



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

Dottorato di ricerca

“La programmazione negoziale per lo sviluppo e la
tutela del territorio”

Ciclo XXIV° - Settore disciplinare Ius/10

Gli ausili pubblici tra autorità e consenso

Coordinatore del Dottorato
Ch.mo Prof. Fiorenzo Liguori

Tutor
Ch.mo Prof. Fiorenzo Liguori

Dottorando
Dott. Alessandro Auletta

Indice

Capitolo I

Fondamento costituzionale dell'intervento dello Stato nell'economia:

- 1.** *Considerazioni introduttive. Individuazione delle variabili (in primo luogo derivanti dal contesto storico) che condizionano il tipo di intervento dello Stato nell'economia. Rapida sintesi delle forme di intervento in età precapitalistica. L'emersione del capitale come fattore produttivo: conseguenza sulla disciplina (non eteronoma, ma autonoma) delle attività economiche. La contestuale affermazione delle monarchie nazionali: separazione della titolarità di potere politico (monarca) e potere economico (borghesia). Delineazione dei prodromi dell'intervento dello Stato nell'economia. L'ascesa al potere politico della borghesia: cenni alle evoluzioni registratesi in Inghilterra e Francia. Lo stato liberale di diritto: ascesa e declino (?) di un mito. L'interventismo statale: individuazione delle relative finalità (cenni introduttivi).....9*
- 2.** *Segue: l'esperienza fascista e l'ordinamento corporativo. Necessità di individuare diverse fasi della politica economica fascista: la fase liberale (ovvero dell'appropriazione e dell'adattamento di figure preesistenti); il periodo dell'ordinamento corporativo (ovvero della sua apparente creazione). La delineazione dell'intervento nell'economia "nell'interesse della Nazione". La politica (restrittiva) della concorrenza. La gestione pubblica dell'economia. Gli organi della gestione pubblica dell'economia: gli enti strumentali nello studio di Ottaviano (sovvenzioni e contributi). La burocratizzazione dell'iniziativa e dell'attività economica private.....15*
- 3.** *La disciplina dei rapporti economici nella Costituzione repubblicana. La necessità di indicare una "terza via". La soluzione fornita dall'art. 41 Cost.: le principali questioni interpretative. In specie: lettura congiunta o disgiunta dei vari commi di cui si compone l'art. 41 Cost.? La soluzione fornita dalla Corte Costituzionale. L'interpretazione sistematica dell'art. 41 Cost. proposta da Spagnuolo Vigorita: l'intervento pubblico nell'economia è fondato sulle norme che delineano la formula politica ed i suoi fini fondamentali; mentre l'art. 41 Cost. serve a limitare e circoscrivere di garanzie questo intervento. La lettura fornita da Satta: la libertà economica riconosciuta "a metà".....28*
- 4.** *Lettura macroprospettica della giurisprudenza costituzionale sull'art. 41 Cost.. Individuazione dei profili rilevanti ai fini dell'indagine: quale criterio di giudizio utilizza la Corte Costituzionale allorché reputa costituzionalmente legittima una disciplina limitativa della libertà economica; la nozione di libertà economica fatta propria dalla Corte; l'individuazione dei requisiti che il giudice reputa indispensabili per l'intervento pubblico nell'economia. La tutela della concorrenza nella Carta costituzionale. Concorrenza in senso soggettivo ed in senso oggettivo: possibili interferenze dei relativi ambiti. L'aiuto di Stato come misura (purché abbia un impatto macroeconomico) di tutela della concorrenza: la sentenza n. 14 del 2004 della Corte*

<i>Costituzionale e possibili criticità. L'evoluzione successiva della giurisprudenza costituzionale: elementi di continuità e discontinuità rispetto alla pronuncia del 2004.....</i>	<i>49</i>
5. <i>Segue: la concezione di libertà economica fatta propria dalla Corte Costituzionale. In specie: la giustificazione di misure limitative e l'incostituzionalità delle restrizioni intollerabili.....</i>	<i>59</i>

Capitolo II

Il rapporto tra legge e amministrazione nella materia delle sovvenzioni:

1. <i>Il carattere relativo della riserva di legge posta dall'art. 41, comma 3, Cost.: breve esemplificazione di alcune pronunce della Corte Costituzionale. La crisi della legge (indicazione delle principali ragioni) e le conseguenze sulla disciplina dell'attività amministrativa. Il nuovo significato della legalità: previetà della regola. Contestualizzazione della questione: l'obbligo di predeterminare e pubblicare i criteri distributivi di ausili pubblici ai sensi dell'art. 12 della l. 241 del 1990 (cenni introduttivi).....</i>	<i>69</i>
2. <i>La predeterminazione dei criteri in alcune normative di settore. Analisi delle genesi dell'art. 12 della l. 241 del 1990 ed interpretazione delle proposizioni di cui esso si compone. Loro necessario collegamento con (se non inclusione tra) i principi generali dell'azione amministrativa. Delimitazione dell'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo dell'art. 12. In particolare (quanto all'ambito soggettivo di applicazione): i contributi a favore di associazioni con finalità non lucrative; (quanto all'ambito oggettivo di applicazione): la legge Bacchelli e i finanziamenti a favore della ricerca universitaria (in specie FIRB e PRIN). Tanto l'ambito soggettivo quanto l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 12 dimostrano che tale norma esprime un principio generale cui l'amministrazione deve attenersi nella distribuzione di risorse pubbliche.....</i>	<i>84</i>
3. <i>La tutela dell'affidamento, con segnato riferimento: alla contraddittorietà tra criteri prefissati e loro concreta applicazione; alla revoca di un beneficio già concesso. Quanto a quest'ultimo profilo: analisi del ridotto spazio operativo del principio nella giurisprudenza nazionale e comunitaria. Indicazione (e critica) delle relative ragioni. Quanto alla prima questione: configurabilità dell'eccesso di potere. Soluzione affermativa: casistica. Configurabilità della lesione della buona fede intesa come incolpevole fiducia nella coerenza dei comportamenti altrui. Trasposizione della tematica generale al "rapporto amministrativo": la ricostruzione (volta a dimostrare la non necessità dell'eccesso di potere) di Cudia. Rilievi critici: essenzialità dell'eccesso di potere, in quanto la lesione dell'affidamento assicura (allo stato) soltanto una tutela risarcitoria che si rivela, di per sé considerata, incompatibile con la funzione istituzionale dell'amministrazione (dare a chi spetta il bene della vita, non un suo surrogato). Contestualizzazione della questione: in materia di incentivi pubblici l'inesatta applicazione dei criteri predeterminati dà luogo ad eccesso di potere.....</i>	<i>102</i>

4.	<i>Segue: il riparto di giurisdizione in materia di incentivi pubblici. La soluzione espressa dalle Sezioni Unite: rilievi critici. In particolare: la difficoltà di distinguere con certezza le situazioni di interesse legittimo e quelle di diritto soggettivo. La controversa qualificazione dell'attività vincolata in termini di autoritatività. Utilità (ed epifanie) della distinzione tra interessi legittimi (pretensivi) finali e strumentali. Ricerca di altri modelli regolatori: la concessione di bene pubblico. Rilievi critici. Possibilità di un superamento degli esposti rilievi critici attraverso il ricorso ad uno schema unificante: il contratto di diritto pubblico. Utilità del riferimento ai fini della concentrazione della tutela (rinvio).....</i>	<i>124</i>
5.	<i>Recenti evoluzioni delle forme dell'intervento pubblico nell'economia (sintesi). Dallo Stato finanziatore allo Stato regolatore. Periodizzazione. I tentativi di razionalizzazione del sistema: la l. 675 del 1977 e la l. 878 del 1978. Relativo fallimento: ragioni. L'incidenza del diritto comunitario: l'affermarsi di un ideale neo-liberista e il progressivo assottigliamento del ruolo dello Stato come attore della vita economica (privatizzazioni e liberalizzazioni). Il disegno neoliberista nella futuribile versione dell'art. 41 Cost.: rilievi critici. Delineazione di parziali conclusioni: l'intervento dello Stato nell'economia assume nuove forme ma non si esaurisce nella regolazione del mercato.....</i>	<i>145</i>
6.	<i>Segue: la disciplina razionalizzante contenuta nel d.lgs. 123 del 1998. Ricognizione dei principi ispiratori della normativa. Interpretazione delle principali disposizioni. In specie: rapporto con la disciplina comunitaria; schemi procedurali; l'art. 6, comma 4, come modello di accordo sostitutivo ex art. 11 l. 241 del 1990 (rinvio).....</i>	<i>169</i>

Capitolo III

Le sovvenzioni nel quadro del diritto comunitario:

1.	<i>L'intervento dello Stato nell'economia secondo il diritto comunitario. In specie, i diritti speciali ed esclusivi (ovvero dell'interpretazione evolutiva dell'art. 86 TCE): introduzione al tema. L'art. 31 TCE: il riordino dei monopoli commerciali. Principali questioni applicative. Le imprese pubbliche: aspetti definitori. I diritti speciali ed esclusivi: l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria: approfondimento.....</i>	<i>182</i>
2.	<i>Il divieto di aiuti di Stato. (Anticipazione circa la) delimitazione dell'oggetto dell'indagine: assunzione di partecipazioni di imprese da parte dello Stato; operazioni di privatizzazione delle imprese pubbliche; erogazione di somme che valgano a compensare gli oneri aggiuntivi di servizio pubblico sostenuti dall'operatore affidatario del servizio medesimo. Interpretazione degli artt. 87 e ss. TCE e delle norme conferenti del regolamento di procedura. L'autorizzazione in deroga: i principi che governano l'esercizio di tale potere (e ricognizione della relativa natura). Gli aiuti regionali: aiuti a finalità regionale ed aiuti a favore di imprese che operano in regioni svantaggiate. La progressiva eclissi del ruolo degli Stati membri nella definizione di politiche economiche: le cause.....</i>	<i>191</i>
3.	<i>Le regole procedurali (aiuti esistenti ed aiuti nuovi) ed il recupero di aiuti illegittimamente concessi.....</i>	<i>204</i>

4.	<i>I casi dell'assunzione di partecipazioni di imprese da parte dello Stato. Il principio di "neutralità" rispetto alla forma della proprietà delle imprese: illustrazione delle relativa ratio. Il criterio dell'investitore privato in condizioni di un'economia di mercato. Gli indici sintomatici del carattere illegittimo della condotta statale. Esemplicazioni.....</i>	<i>210</i>
5.	<i>Segue: la privatizzazione di imprese pubbliche. Individuazione delle ragioni dei processi di privatizzazione: cenni. Condizioni di compatibilità comunitaria delle operazioni di privatizzazione. Il caso EFIM ed altri casi controversi. ENUCLEAZIONE di un catalogo di regole generali di compatibilità delle misure volte a favorire processi di privatizzazione. La previsione di golden shares.....</i>	<i>214</i>
6.	<i>Segue: la compensazione degli oneri impropri derivanti dalla conduzione di un servizio pubblico. La funzione del finanziamento a favore dei gestori di servizi pubblici. Le diverse modalità di finanziamento. In particolare: erogazioni dirette gravanti sul bilancio pubblico. I criteri distintivi rispetto agli aiuti di Stato vietati: la giurisprudenza Ferring e Altmark. Il c.d. pacchetto Monti.....</i>	<i>224</i>

Capitolo IV

Le sovvenzioni: profili dogmatici e proposte ricostruttive:

1.	<i>Delimitazione dell'oggetto dell'indagine. Le classificazioni proposte dalla dottrina: le classificazioni "tipologiche" e quelle "finalistiche" o "causali". Limiti delle prime, utilità delle seconde. In particolare, la tesi di Spagnuolo Vigorita riguardo alla "causa economica", come elemento unificante (appunto sotto il profilo causale) di diverse e (sotto il profilo strutturale eterogenee) forme di ausilio pubblico. La sua utilità rispetto alla proposta ricostruttiva qui avanzata: è ipotizzabile un contratto di diritto pubblico a "doppia causa", dove la causa economica costituisca il polo attorno al quale gravita il momento pubblicistico della fattispecie (il perché) e la causa negoziale in concreto adottata quella che fornisce la disciplina della fase attuativa del rapporto (il come)? Il profilo caratterizzante la fattispecie: la commistione tra momenti di autorità e momenti di consenso. Esemplicazioni. Le ragioni che stanno alla base del superamento dello schema della concessione-contratto: in specie, la deriva giurisdizionalista. Rapporto tra interesse pubblico e privato nelle sovvenzioni di sostentamento ed in quelle di attività.....</i>	<i>233</i>
2.	<i>Rassegna delle diverse tesi formulate con riguardo all'inquadramento dogmatico del rapporto di sovvenzione e rilevazione della sua utilità ai fini della nostra tesi. La tesi privatistica di Serrani: l'attività di incentivazione si attua per mezzo di strumenti non autoritativi. Prospettazione di possibili obiezioni.....</i>	<i>253</i>
3.	<i>Il carattere generale o speciale della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione. Ammissibilità del richiamo allo schema regolatorio della donazione di diritto privato (nelle sue diverse varianti). Esclusione e relative ragioni. Le diverse tesi formulate riguardo alla natura generale o speciale della capacità di diritto privato della p.a. Incidenza sulla questione di quanto disposto dal comma 1-bis dell'art. 1 della l. 241 del 1990. Ricognizione dell'ambito</i>	

<i>applicativo di tale norma: incertezze interpretative. Contestualizzazione della problematica: le sovvenzioni sono provvedimenti autoritativi?. Soluzione affermativa e relative ragioni. Connessione con la tematica del contratto di diritto pubblico. Prospettazione della questione circa l'alternatività tra strumenti di attività pubblicistici e privatistici.....</i>	<i>257</i>
4. <i>Segue: la questione dell'alternatività tra strumenti di diritto pubblico e strumenti di diritto privato. Si tratta di una questione da risolvere caso per caso alla luce del criterio interpretativo fornito dal comma 1-bis. Contestualizzazione della questione: l'attività di sovvenzionamento può essere attuata tramite strumenti di marca non autoritativa?. Richiamo delle ragioni che portano a concludere nel senso dell'autoritatività delle sovvenzioni e quindi ad escludere il ricorso sostitutivo al diritto privato. Il problema della tutela dei terzi: il ricorso al diritto privato determina una sua deminutio?. Insufficienza delle clausole di buona fede e correttezza ai fini di un controllo finalistico. Contestualizzazione della questione: insufficienza della tutela assicurata ai terzi in corrispondenza della qualificazione in termini privatistici della fattispecie. Delineazione di provvisorie conclusioni.....</i>	<i>284</i>
5. <i>La tesi pubblicistica. Caratteristiche ed effetti del provvedimento (tipico) di sovvenzione nella ricostruzione offerta da Pericu. Esclusioni dalla nozione di sovvenzione. Verifica dell'attendibilità di tali esclusioni.....</i>	<i>296</i>
6. <i>Segue: il credito agevolato. Perché si tratta di una fattispecie (di carattere unitario) assoggettata ad una disciplina prevalentemente pubblicistica. Possibili obiezioni. Loro superamento. In specie: perché l'eterogeneità della compagine soggettiva dei diversi momenti del rapporto (rapporto di agevolazione e rapporto di credito) non impedisce una ricostruzione unitaria della fattispecie. Richiamo alla figura della delegazione neutra. Carattere unitario e trilaterale del rapporto "globale". Reciproche interconnessioni tra il momento pubblicistico e quello privatistico. Conseguenze della revoca dell'ammissione al contributo di interessi sul contratto di credito. Sua necessaria caducazione o, quanto meno, novazione. Possibilità di giungere alla medesima soluzione anche ponendosi da una prospettiva "atomistica" dei rapporti di agevolazione e di credito: la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (ovvero delle ragioni che inducono a respingere la fruibilità del rimedio); la presupposizione (con segnato riferimento alle recenti evoluzioni dottrinali e giurisprudenziali). Delineazione di parziali conclusioni.....</i>	<i>298</i>
7. <i>Segue: la concessione di garanzia pubblica. Carattere frastagliato della normativa e delineazione di (possibili) modelli generali. Caratterizzazione della fattispecie: commissione di profili di autorità e profili di consensualità. Possibilità di ricorrere allo schema del contratto di diritto pubblico. Delineazione di parziali conclusioni.....</i>	<i>314</i>
8. <i>Segue: le riduzioni tariffarie. Ragioni dell'esclusione operata dal Pericu e loro inaccettabilità. Spostamento della prospettiva di indagine da un profilo "tipologico" ad un profilo funzionale. Idoneità (esclusiva) di tale approccio ai fini della individuazione di una disciplina minima uniforme per le fattispecie di sovvenzionamento.....</i>	<i>320</i>
9. <i>La tesi dualista: ragioni che militano a favore di un suo superamento, o meglio di una sua evoluzione nel segno dell'unificazione della fattispecie.....</i>	<i>327</i>

10. L'art. 11 della l. 241 disciplina il contratto di diritto pubblico?. La soluzione della questione implica: la previa ricognizione delle diverse tesi circa la natura giuridica dell'accordo; la confutazione di quella privatistica (nelle sue diverse modulazioni) e di quella pubblicistica estrema; la verifica se l'art. 11 decreti effettivamente l'assoggettamento degli accordi ad un regime prevalentemente pubblicistico ed in via suppletiva – specie per quanto attiene alla fase esecutiva del rapporto – ai principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti. Adesione alla tesi per cui l'art. 11 costituisce la norma-base del contratto di diritto pubblico nell'ordinamento italiano.....333

11. Applicabilità dello schema delineato dall'art. 11 della l. 241 alle (variegata) fattispecie di finanziamento pubblico. Unità della funzione e della disciplina (il perché) pur nella necessaria considerazione delle peculiarità rispetto al come il rapporto di agevolazione si attua in concreto. Compatibilità della sovvenzione in senso stretto (come provvedimento autoritativo il cui effetto tipico è la costituzione di un'obbligazione pubblica) con lo schema dell'accordo procedimentale: possibili obiezioni e loro superamento. Applicabilità dello schema dell'accordo sostitutivo alle altre forme di finanziamento: l'art. 6, comma 4, del d.lgs. 123 del 1998 come norma che attesta la compatibilità ontologica tra il finanziamento pubblico e lo schema consensuale. Ulteriori argomenti a sostegno della soluzione affermativa. Ancora sul credito agevolato e sulla possibilità di ritenere che il rapporto di agevolazione e quello di credito non debbano essere intesi atomisticamente ma come momenti (distinti e collegati) di un rapporto giuridico unitario riportabile allo schema del contratto di diritto pubblico.....355

12. Conseguenze applicative della soluzione affermativa. Definizione di una disciplina comune minima delle eterogenee fattispecie riportabili alla causa economica. Necessità di fornire una soluzione rispettosa del principio di effettività alla c.d. questione giurisdizionale. Evidenziazione delle ragioni che ex adverso inducono a dubitare della tenuta, sotto quest'ultimo profilo, della soluzione fornita dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Utilità della distinzione tra interessi (legittimi pretensivi) finali e strumentali. Sua irrilevanza a fronte della previsione di una ipotesi di giurisdizione esclusiva relativa ai rapporti di sovvenzionamento. Utilità, per questo verso, della qualificazione in termini di contratto di diritto pubblico delle variegata fattispecie da cui origina tale rapporto. La devoluzione delle controversie in materia di finanziamento pubblico alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non si risolve in una diminuzione della tutela: la recente giurisprudenza amministrativa in tema di accordi assicura una tutela piena alle parti del rapporto; gli spunti offerti (ad adiuvandum) dalla più recente giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.....369

Capitolo I

Fondamento costituzionale dell'intervento dello Stato nell'economia

1. Considerazioni introduttive. Individuazione delle variabili (in primo luogo derivanti dal contesto storico) che condizionano il tipo di intervento dello Stato nell'economia. Rapida sintesi delle forme di intervento in età precapitalistica. L'emersione del capitale come fattore produttivo: conseguenza sulla disciplina (non eteronoma, ma autonoma) delle attività economiche. La contestuale affermazione delle monarchie nazionali: separazione della titolarità di potere politico (monarca) e potere economico (borghesia). Delineazione dei prodromi dell'intervento dello Stato nell'economia. L'ascesa al potere politico della borghesia: cenni alle evoluzioni registratesi in Inghilterra e Francia. Lo stato liberale di diritto: ascesa e declino (?) di un mito. L'interventismo statale: individuazione delle relative finalità (cenni introduttivi).

Costituisce notazione comune nella letteratura sugli incentivi pubblici all'attività economica privata che il relativo quadro normativo (e, di riflesso, quello degli strumenti attraverso i quali tale segmento di azione amministrativa si compie) è caratterizzato da una notevole (e, si potrebbe dire, con bisticcio di parole solo apparente, sistematica) frammentarietà¹.

¹ PERICU, CROCI, *Le sovvenzioni*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1990, XLIII, 245 e ss.; SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Milano (Franco Angeli Editore), 1971, 175; SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico ai privati*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 2001, 348; BENADUSI, *Attività di finanziamento pubblico: aspetti costituzionali ed amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, 890 e ss., spec. 892; MANZELLA, *Gli ausili finanziari*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, Milano, 2003, 3729 e ss.; ID., *Il decreto legislativo n. 123/98 nel contesto delle modifiche alla legislazione di ausilio all'iniziativa economica*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 1998, 887; D'ALBERGO, *Sulla struttura delle sovvenzioni*, in *Foro amm.*, 1975, 341. Il carattere frammentario della legislazione di ausilio è rilevato anche dalla dottrina economica. In particolare, MOMOGLIANO, *Ristrutturazione e riconversione industriale, politica industriale e programmazione*, in *Riv. Ec. Pol. Ind.*, 1979, 1, osserva severamente "che nel nostro Paese non si è riusciti a superare una prassi di interventi estemporanei, frammentari, di corto respiro, fondati sull'utilizzo quasi esclusivo di un solo strumento privilegiato, quello erogatorio (distribuito prevalentemente a pioggia, in base a rapporti burocratici-clientelari, instaurati tra le imprese e una molteplicità di centri di potere statale) con effetti devastanti di cristallizzazione di strutture industriali inefficienti". In senso sostanzialmente analogo, v. nell'ambito della dottrina giuridica, AMATO, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Bologna, 1976, 15, ad avviso del quale "ogni iniziativa [di sostegno pubblico all'iniziativa ed attività economica privata, n.d.s.] faceva storia a sé e risultava così rimessa ad una discrezionalità decisionale generalmente benigna ma del tutto insondabile e incontrollata".

La stessa Corte dei Conti ha più volte rimarcato la "disorganicità degli interventi di finanziamento pubblico", "la duplicazione e sovrapposizione parziale di iniziative sovvenzionate", nonché la necessità di un intervento normativo che abbia la funzione di razionalizzare il sistema: vedi ad es. Corte

È inoltre del tutto evidente la connessione tra le dinamiche dell'intervento pubblico nell'economia ed il quadro storico-economico di riferimento²: ciò in quanto il punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze di libertà e vincolo delle forze produttive si determina in relazione alla rilevanza attribuita, in un tipo storico di Stato, ai rapporti economici; rilevanza a sua volta condizionata da fattori quali la struttura e lo sviluppo naturale delle attività economiche, la forma di Stato, la variabile considerazione – condizionata a sua volta dall'ideologia politica dominante – delle finalità che l'organizzazione statale si prefigge di raggiungere³.

Consti, Sez. Contr., 14 giugno 1987, n. 1922, in *Cons. St.*, 1987, II, 1997; 2 febbraio 1986, n. 1895, in *Riv. Corte Conti*, 1988, 6, 80; 18 aprile 1996, n. 20, *ivi*, 1996, 2, 47.

² Del resto, come insegna GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 41, “il diritto è nella storia”, siccome “non esiste un diritto senza tempo e senza spazio, valido ovunque e sempre [...]”, nel mentre un diritto astorico sarebbe *una creatura impossibile*. L'idea è presente anche negli scritti di altri grandi giuristi: vedi CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, (nuova ed. a cura di PIOVANI, in *Riv. Dir. Civ.*, 1962, 6, 11.

³ SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 2001, 119 e ss. Ad avviso di tale Autore, in particolare, gli indicati fattori non vanno considerato isolatamente, ma devono essere esaminati “in una più ampia valutazione prospettica”. E così si rivelano insufficienti i tentativi di dar ragione dell'orientamento dello Stato in rapporto all'economica sulla base della sola evoluzione delle teorie politiche ed economiche e della normazione in materia. In tema, vedi più di recente CASSESE, *La nuova costituzione economica*, IV ed., Roma-Bari, 2011.

Del tutto singolare, ancorché autorevolmente sostenuta, la posizione di quella dottrina (GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, spec. 20 e ss.) che, partendo dalla constatazione che, nelle partizioni tradizionali, il diritto pubblico dell'economia concernerebbe lo studio degli ‘interventi’ dello Stato nell'economia, arriva a negare l'autonomia di questa materia, perché fondata sulla falsa concezione che “lo Stato è una cosa, l'economia un'altra, da tener non solo separate ma disgiunte”. È invece vero il contrario: che lo Stato e gli ordinamenti giuridici di carattere generale “hanno sempre disciplinato dati attinenti all'economia, assumendo ciò come una delle loro attribuzioni fondamentali”. In definitiva, l'intervento dello Stato nell'economia non sarebbe fenomeno tipico dei nostri tempi, in quanto si tratta di uno dei compiti che l'organizzazione Stato (anche nelle sue forme meno evolute, e quindi più risalenti nel tempo) assume, si direbbe, *naturalmente*. E così vi è una corrente di pensiero nell'ambito della sociologia tedesca che riconnette la nascita degli ordinamenti generali – che gli storici fissano negli ordinamenti dei popoli stabiliti sulle rive dei grandi fiumi (Nilo, Tigri, Eufrate, Indo, Yangtze) – sarebbe originata “dal bisogno di regolare l'uso dell'acqua” (p. 21). Ancora, fin da tempi assai remoti lo Stato (si usa volutamente una terminologia moderna, ma si intende riferirla anche a fenomeni ordinamentali che si collocano storicamente in epoche assai più remote rispetto a quelle in cui si iscrive la nascita dello Stato moderno) ha provveduto a disciplinare il tempo, come *calendario*, aspetto che può considerarsi come un *fatto economico*, nel senso che detta l'andamento dell'attività produttiva. Assai risalente nel tempo è anche la disciplina dei pesi e delle misure, che è “un'attività di disciplina dell'economia” (p. 22). Vi è poi l'attività relativa alle infrastrutture, intesa come provvista di strade, porti, edifici pubblici e quant'altro. Interessa notare che “l'attività di approntamento di infrastrutture – tradizionalmente riservata, considerato il loro alto costo, ai pubblici poteri, n.d.r. – si va evolvendo con il procedere della tipologia degli ordinamenti giuridici generali”.

E così, se in epoca precapitalistica la vita economica appare segnata da una situazione di generale ristagno e di massimo frazionamento – frazionamento economico cui corrisponde quello dei centri decisionali a livello politico – e l'intervento dello Stato si compendia in politiche fiscali vessatorie non ispirate da un disegno unitario di (ciò che oggi chiameremmo) politica economica, sul finire del secolo XI iniziano a profilarsi le condizioni per l'emersione del capitale quale autonomo fattore produttivo (contrapposto al lavoro ed alla “terra”): nasce infatti una nuova classe economica (la borghesia) che dà vita alle prime forme di commercio organizzato e di industria artigiana.

In tale contesto storico, come è stato osservato⁴, si assiste ad una interessante forma “*di autodisciplina di categoria e di inserzione di organismi intermedi tra pubblici poteri e gli operatori privati per la tutela e la regolamentazione dell'attività economica [...]*”.

Non può peraltro parlarsi di ‘amministrazione pubblica nell'economia’ considerata l'assenza di una qualificazione pubblicistica delle corporazioni.

L'acquisita rilevanza autonoma del capitale, peraltro, produce la concentrazione di ricchezza - di una ricchezza per così dire dinamica e non già di carattere puramente fondiario, e cioè statica - nelle mani di pochi: ne consegue la (lenta ma) progressiva dissociazione tra potere politico e potere economico.

Mentre quest'ultimo si consolidava in capo alla nuova classe emergente, si compie, sul versante della titolarità del primo (il potere politico), l'affermazione di vaste unità statali, ordinate secondo la forma della monarchia.

Inizia, di pari passo, a farsi strada l'idea che alla prosperità economica si accompagni inscindibilmente la potenza nazionale, e con essa l'interesse dello Stato a regolamentare le attività economiche onde indirizzarle verso il più alto livello possibile di produttività: il che si traduce in una politica vincolistica particolarmente penetrante.

Se questo determina, per un verso, la riduzione del potere politico della borghesia (a tutto vantaggio di quello del sovrano), per altro verso, tale classe vede crescere esponenzialmente la propria preminenza sociale ed economica, anche in considerazione di fattori, indotti dall'affermazione dello Stato assoluto, quali:

⁴ SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa*, cit., 124.

l'ampiezza dei mercati, l'accresciuto ordine interno, la maggiore facilità di comunicazioni, più rapida circolazione del denaro in relazione alle spese dell'apparato statale, il favore del monarca per la borghesia inserita nell'amministrazione pubblica contro la feudalità⁵.

Nel riferito periodo, quindi, cominciano a delinearsi i prodromi di un intervento organico dello Stato nell'economia, benché esso non costituisca oggetto di una politica economica in senso proprio, ma rifletta, piuttosto, le esigenze di consolidamento ed espansione della monarchia: il beneficio che la classe mercantile trae, ad esempio, dalla politica estera di segno espansionistico praticata dalle principali potenze è di carattere indiretto.

Se fino a questo momento, in considerazione di quanto detto, la borghesia “*si appaga delle protezioni e dei privilegi del vincolismo mercantilista, che lo compensano [...] della forzata rinuncia alla più naturale libertà di ricerca del mercato e degli investimenti*”⁶, a partire dal secolo XVIII, inizia il processo di *ascesa politica* di tale classe sociale, sebbene con modalità e tempi differenti da Stato a Stato.

Il processo di liberalizzazione dell'economia si attuò in Inghilterra – Stato caratterizzato da un regime parlamentare in grado di garantire l'effettiva traduzione degli interessi economici espressi dalla classe egemone in concreto indirizzo politico – in via democratica, mentre in Francia il ricambio della classe dirigente – e la positivizzazione della nuova istanza liberista – si impose su basi rivoluzionarie; di converso, in altri paesi (come l'Italia), connotati da un'economia arretrata, il predetto rinnovamento politico non si compie, o comunque non si compie con la stessa nettezza.

L'effettiva realizzazione del liberalismo politico, e dell'istanza assenteista in tema di intervento pubblico nell'economia che ad esso si accompagna, subisce una battuta d'arresto a causa della Restaurazione, con un ritorno al vincolismo tipico dello Stato assoluto.

Ma si trattò, quanto meno con riferimento alla situazione dell'Inghilterra e della Francia, di una battuta d'arresto temporanea.

Già a partire dalla metà del secolo XIX, il notevole sviluppo della produzione industriale favorì l'adozione di politiche economiche (non solo nazionali) di stampo liberista, le sole in

⁵ SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa*, cit., 126.

⁶ ID., *op. ult. cit.*, 130.

grado di garantire le esigenze della produzione di massa; politiche, queste ultime, favorite a loro volta dall'affermazione di regimi costituzionali improntati ai principi individualistici.

Per quanto attiene a tale ultimo profilo può ricordarsi, a titolo esemplificativo, l'art. 13 della Costituzione francese del 1848, a mente del quale (comma primo): “La Costituzione garantisce ai cittadini la libertà del lavoro e dell'industria”⁷; mentre, per quanto attiene alle politiche liberiste, interessa richiamare il trattato commerciale “Cobden-Chevalier”, stipulato tra la Francia e l'Inghilterra nel 1860, che pose fine al sistema proibizionista attraverso una significativa riduzione delle tariffe daziarie. Gli effetti del Trattato, attraverso la c.d. *clausola della nazione più favorita*⁸, furono successivamente estesi a molte altre nazioni: Belgio (1862), Zollverein (1862), Italia (1864), Svizzera (1864), Spagna, Olanda e Paesi scandinavi (1865), Austria (1866).

Il processo di massificazione della produzione industriale, peraltro, genera delle ripercussioni sul piano sociale. Nasce la classe del proletariato, portatrice di istanze antitetiche rispetto a quelle della borghesia industriale e capitalista: istanze che trovano un qualche riconoscimento nella legislazione industriale (funzionale alla fissazione di condizioni di lavoro meno disumane per il ceto operaio), che dimostra, implicitamente, la legittimità dell'intervento statale nella mediazione tra interessi contrastanti⁹.

Per quanto i rapporti di forza siano del tutto determinati a favore della borghesia, si registra, anche per effetto delle prime esperienze dell'associazionismo operaio¹⁰, la posizione delle

⁷ Risponde ad una simile impostazione ideologica, ancorché in prima battuta rivolto all'aspetto “proprietario” dell'attività di impresa, l'art. 29 dello Statuto Albertino, a mente del quale: “Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili”.

⁸ Si tratta di quella clausola che impegna i paesi contraenti ad accordare ai prodotti provenienti da un paese estero condizioni doganali e daziarie non meno favorevoli di quelle già stabilite negli accordi commerciali con un altro paese terzo. Questo implica che se due nazioni approvano una reciproca riduzione di dazi la terza nazione che intrattenga rapporti commerciali con le prime due godrà dello stesso regime di favore.

⁹ Antesignana di questa linea di tendenza si mostra la legislazione inglese sul mercato del lavoro degli apprendisti (1802) e sulla massima durata della giornata lavorativa dei minori (1819), cui fanno seguito interventi legislativi concernenti, ad esempio, la disciplina del lavoro delle donne e notturno (1847) o l'imposizione di particolari garanzie per il lavoro nelle miniere (1842, 1867, 1878).

¹⁰ Come ricorda lo SPAGNUOLO VIGORITA V., *op. ult. cit.*, 148, l'associazionismo operaio era inizialmente dovunque vietato: in Inghilterra per effetto della *Combination Law* (1800) che addirittura definisce criminali le *Trade Unions* e gli scioperi da esse organizzati; in Francia, il divieto contenuto nella legge *Le Chepalier*, viene ribadito nella legge del 1804 e nel codice

fondamenta dell'ideologia che determinerà i successivi sviluppi: è il passaggio dall'individualismo alla solidarietà sociale che legittimerà, in seguito, un'azione economica pubblica con finalità redistributive e perequative.

Nell'immediato, tuttavia, nemmeno l'ideologia socialista, negatrice dei valori cardinali del liberismo, consente di andare al di là di una generale democratizzazione della vita politica (segnata dall'estensione quasi universale del suffragio e dalla conquistata progressività delle imposte): è ancora di là da venire l'idea di un intervento statale nell'economia orientato, nelle finalità, a scopi di benessere collettivo.

Una decisiva accelerazione verso la disgregazione dell'ideale liberista si registra con la Prima guerra mondiale: gli spunti e le premesse per il superamento dell'assenteismo statale in materia economica (con finalità di benessere collettivo) – radicati nella nascita della classe operaia e dell'ideale socialista – giungono a definitivo compimento.

Le devastanti conseguenze degli eventi bellici rendono infatti necessario il ricorso massiccio a politiche economiche di segno interventista; mentre i successivi e ben noti eventi del 1929 dimostrano, d'altro canto, che al di là delle esigenze della "ricostruzione" il predetto intervento è indispensabile per fronteggiare la ciclica "crisi" del sistema capitalistico: va diffondendosi – è stato notato (considerazione questa quanto mai attuale) – *"la coscienza dell'obiettiva rilevanza pubblica o sociale dei grandi complessi industriali, finanziari e bancari"*¹¹.

Accanto a questa coscienza comune, tuttavia, monta il dibattito circa le finalità dell'interventismo statale, in relazione alle quali non è dato, in questa prima fase, osservare alcuna concordia: l'intervento della mano pubblica nell'economia può avere luogo sia in direzione del benessere sociale e collettivo che in direzione della protezione dei privilegi oligarchici, e quindi in senso protezionistico.

Si colloca in questo contesto anche la definitiva democratizzazione dei meccanismi di governo attraverso l'ulteriore

napoleonico. Timide aperture si registrano peraltro in Inghilterra già a partire dal 1824, anno in cui il governo moderato riconobbe la legittimità delle *Trade Unions*, che poi ricevettero un formale e definitivo riconoscimento nel *Trade Union Act* del 1861; in Francia, le associazioni ed i sindacati vengono legalizzati nel 1884; in Germania nel 1860.

¹¹ SPAGNUOLO VIGORITA V., *op. ult. cit.*, 162.

estensione del suffragio: il popolo ormai coincide con il corpo elettorale, e ciò rende doverosa, nell'azione di governo, la mediazione degli interessi di *tutte le forze sociali*, tanto più connotata in senso allorché il corpo sociale non presenti un elevato grado di omogeneità.

2. Segue: l'esperienza fascista e l'ordinamento corporativo. Necessità di individuare diverse fasi della politica economica fascista: la fase liberale (ovvero dell'appropriazione e dell'adattamento di figure preesistenti); il periodo dell'ordinamento corporativo (ovvero della sua apparente creazione). La delineaazione dell'intervento nell'economia "nell'interesse della Nazione". La politica (restrittiva) della concorrenza. La gestione pubblica dell'economia. Gli organi della gestione pubblica dell'economia: gli enti strumentali nello studio di Ottaviano (sovvenzioni e contributi). La burocratizzazione dell'iniziativa e dell'attività economica private.

Venendo all'analisi ravvicinata della situazione italiana, nel periodo intercorrente tra le due Guerre mondiali si colloca la peculiare esperienza politica del fascismo.

Interessa al riguardo anzitutto rilevare che sembra più opportuno parlare di pluralità di politiche economiche del periodo fascista (a seconda della fase che si prende in considerazione), nel mentre è osservazione ricorrente nella letteratura economista l'esservi un filo rosso che congiunge le politiche economiche dei regimi totalitari negli anni compresi tra le due guerre, filo rosso individuabile nell'instaurazione, comune anche ai regimi sovietici, di ordinamenti corporativi¹².

Riguardo alla prima notazione (pluralità delle politiche economiche riferibili al fascismo), si osserva che in origine il fascismo non fu portatore di un preciso programma di intervento economico. Ciò è tanto vero che, nella prima fase del ventennio (cioè fino al 1925), la politica economica si pone in una linea di sostanziale continuità con la politica del *laissez faire* che aveva caratterizzato, alla stregua di reazione all'economia di guerra, gli anni immediatamente successivi alla chiusura del primo conflitto mondiale.

Se rottura vi fu con il passato questa riguarda precipuamente il piano delle forme giuridiche attraverso cui questa linea politica

¹² MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, 1935, 155 e ss..

(non antitetica sotto il profilo dei contenuti) trova svolgimento. In specie, la filosofia dell'intervento pubblico in ambito economico che connota questa prima fase – *liberista* – dell'esperienza fascista si compendia nel proposito di appropriarsi di modelli preesistenti alterandone alcuni tratti marginali e ponendo comunque a capo degli enti economici uomini di fiducia della compagine governativa.

Emblematici in tal senso gli esempi dell'INA, operante nel settore delle assicurazioni e destinato ad acquisire la posizione di monopolio con riguardo al settore delle assicurazioni sulla vita¹³, e dell'Istituto nazionale di credito per la cooperazione (la futura Banca Nazionale del Lavoro), entrambi istituiti nel periodo giolittiano, e che furono in questa prima fase del ventennio oggetto di una ristrutturazione.

Una delle prime misure del Governo Mussolini (r.d. 966 del 1923) fu quella di imporre all'INA di operare in regime di concorrenza, anche nel campo delle assicurazioni sulla vita, con imprese private: considerato però l'approssimarsi dell'instaurazione del monopolio l'Istituto godeva già nel 1923 di una posizione particolarmente forte nel mercato di riferimento.

E quindi si trattò solo negli intendimenti annunciati di una liberalizzazione (per usare un termine moderno), tanto che la principale funzione assunta dall'INA in questo periodo fu quella di svolgere, sebbene indirettamente, funzioni di regolazione (si utilizza ancora un termine moderno) nel settore delle assicurazioni private.

Si può quindi parlare, evocando una nota dottrina, dell'INA come di un'amministrazione parallela¹⁴. Il mercato in questione veniva infatti assoggettato a contingentamento, in quanto le nuove compagnie dovevano chiedere un'autorizzazione ministeriale.

Si assiste pertanto alla creazione di un *oligopolio amministrato*, nel senso che *“i soggetti privati già presenti nel mercato sono ammessi a conservare le loro quote di mercato in cambio di una sottordinazione all'ente*

¹³ Sul punto v. SCIALOJA, *L'Istituto Nazionale delle Assicurazioni ed il progetto giolittiano di un monopolio di Stato delle assicurazioni sulla vita*, in *Quaderni storici*, 1971, 971.

¹⁴ CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974. Del resto, che si trattasse di qualcosa di distinto da una amministrazione in senso proprio – e segnatamente di un ente pubblico economico – era ben chiaro anche a Francesco Saverio Nitti, relatore alla Camera della legge istitutiva dell'Istituto, che ebbe ad osservare: *“noi non intendiamo creare un nuovo organo della burocrazia statale ma una vera e propria impresa, con carattere mercantile, che non differisca dalle similari se non in quanto la proprietà ne appartenga allo Stato, invece che ad azionisti e soci”* (AP Camera, Leg. XXIII, sent. 1909-11, doc. n. 881).

*pubblico del settore e della sottoposizione a una disciplina di controlli pubblici ancora più rigorosi di quelli previsti in periodo liberale*¹⁵.

Con riguardo all'Istituto nazionale di credito per la cooperazione, il r.d. 2 dicembre 1923 estrometteva dal Consiglio di amministrazione le rappresentanze elettive del movimento cooperativo a vantaggio di “persone esperte di credito e di amministrazione”, legate da rapporti di fiducia con la forza politica emergente. Si discusse intorno alla metà degli anni '20 di sopprimere l'ente, che tuttavia riuscì a sopravvivere grazie alla gestione dinamica di Arturo Osio, tanto che nel 1927 esso assunse il vero e proprio *status* di banca. La Banca Nazionale del lavoro e della cooperazione (specificazione che cadde a far data dal 1929) svolgeva attività di credito con riferimento ad operazioni di particolare interesse per il regime.

Nel periodo innanzi considerato, lo Stato intervenne anche nel settore del credito cooperativo, attese le gravi difficoltà in cui esso versava¹⁶. In specie l'azione statale si dipanò lungo due linee direttrici: introduzione di elementi di tecnocrazia in seno alla gestione delle Casse agrarie; previsione (l. 656 del 1932) di un privilegio patrimoniale in forza del quale il socio cooperatore che fosse fallito rispondeva dei debiti sociali soltanto per la parte rimasta insoluta a seguito della liquidazione fallimentare; a compensazione di tale privilegio veniva attribuito al Ministero dell'Agricoltura il controllo pubblico sulla gestione delle Casse; successivamente (r.d. 1989 del 1935) la vigilanza sulle Casse agrarie veniva attribuita alle Casse di risparmio (operanti a livello regionale) su delega del Ministro dell'Agricoltura, secondo il modello di un *dirigismo a cascata*.

Interessante, per le ragioni che si diranno, anche l'esperienza dei c.d. enti Beneduce (in particolare, il CREDIOP, l'ICIPU e l'IMI), la cui caratteristica saliente viene individuata nella separatezza dalla pubblica amministrazione tradizionalmente intesa: lo schema di riferimento, sul piano strutturale e funzionale (e quindi anche in termini di agilità operativa), è piuttosto quello dell'impresa privata.

¹⁵ BELLI, SANTORO, *La legislazione economico-finanziaria del fascismo*, in MAZZACANE (a cura di), *Diritto economia e istituzioni nell'Italia fascista*, Baden-Baden, 131.

¹⁶ GALASSO, *Gli anni della grande espansione e la crisi del sistema*, in ZANGHERI, GALASSO, CASTRONOVO V., *Storia del movimento cooperativo in Italia*, Torino, 1987, spec. 457 e ss..

A partire dal 1929, anno della grande crisi finanziaria, riprende vigore l'idea dell'organizzazione dello Stato su basi corporative.

È peraltro diffusa l'opinione che l'ordinamento corporativo sia rimasto una costruzione teorica sostanzialmente inattuata¹⁷: ciò si desumerebbe dalla mancanza di una normativa di attuazione di tale riforma istituzionale.

Nel pensiero dei giuristi dell'epoca si erano profilati due orientamenti: secondo il primo, lo Stato, per il tramite delle istituzioni corporative, “*ha il nuovo compito di collegare ed unificare gli elementi sindacali i gruppi professionali e non più soltanto gli interessi individuali di cui organicamente si compone*”¹⁸; per la diversa impostazione, ricollegabile ad Arturo Rocco, la riforma andava letta in senso statalista¹⁹.

In ogni caso, riguardo alle problematiche che interessano questo studio, può avere interesse l'analisi della dich. VII della Carta del lavoro, secondo cui “Lo Stato corporativo considera l'iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione. L'organizzazione privata della produzione essendo una funzione di interesse nazionale, l'organizzazione dell'impresa è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato. Dalla collaborazione delle forze produttive deriva fra esse reciprocità di diritti e di doveri. Il prestatore d'opera - tecnico, impiegato od operaio - è un collaboratore attivo dell'impresa economica, la direzione della quale spetta al datore di lavoro che ne ha la responsabilità”.

La responsabilità dell'imprenditore di fronte allo Stato, con riferimento alle scelte operate in campo produttivo, in effetti, non rimane una pura affermazione di principio, se si considera che molte leggi dell'epoca²⁰ (e da ultimo il Codice civile: artt. 2088-2091²¹) prevedevano lo spossessamento coattivo dell'azienda

¹⁷ CASSESE, *Corporazioni e intervento pubblico nell'economia*, in ID. (a cura di), *La formazione dello Stato amministrativo*, cit., 65 e ss.

¹⁸ PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, Roma, 1929, p. 99.

¹⁹ Sul punto, cfr. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963, 49 e ss..

²⁰ Si vedano, a mo' di esempio: art. 4, r.d. 859 del 1933, conv. in l. 391 del 1934, concernente le società partecipate dall'IRI per più della metà del capitale sociale; art. 1, r.d. 2 del 1935, conv. in l. 702 del 1935, relativo alle imprese che versavano in situazioni debitorie particolarmente gravi.

²¹ Rileva in specie quanto previsto dagli artt. 2088 e 2089: a mente del primo, “L'imprenditore deve uniformarsi nell'esercizio dell'impresa ai principi dell'ordinamento corporativo e agli

dell'imprenditore sul presupposto di gravi irregolarità amministrative. Ciò nondimeno, la dottrina commercialistica e lavoristica degli anni '30 cercarono di arginare l'ingresso dei principi corporativi nell'ordinamento dell'impresa, sostenendo che l'interesse superiore della Nazione riceveva tutela nei limiti di obblighi specificamente imposti dalla legge²².

Nel periodo susseguente alla crisi economica del 1929, particolare rilevanza riveste altresì l'esame della politica economica del Governo fascista in relazione alla concorrenza.

Secondo le tesi corporative, una disciplina restrittiva della stessa – tesa a favorire la conclusione di cartelli tra le imprese di maggiori dimensioni – si prestava particolarmente bene alla conformazione delle decisioni delle imprese all'interesse superiore dello Stato, incarnato nella specie da quello dei grandi gruppi industriali: *“la concentrazione dell'impresa è una forma superiore e finale dell'organizzazione economica, nella quale l'ordine giuridico si trova innanzi al problema della collettività e comunità d'impresa in rapporto all'impresa individuo”*²³.

Inoltre, dal punto di vista propriamente economico, era diffuso il convincimento che la contrazione del gioco concorrenziale avrebbe determinato influssi benefici sulla ripresa

obblighi che ne derivano e risponde verso lo Stato dell'indirizzo della produzione e degli scambi, in conformità della legge e delle norme corporative”, mentre per il secondo “Se l'imprenditore non osserva gli obblighi imposti dall'ordinamento corporativo nell'interesse della produzione, in modo da determinare grave danno all'economia nazionale, gli organi corporativi, dopo aver compiuto le opportune indagini e richiesto all'imprenditore i chiarimenti necessari, possono disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso la corte d'appello di cui fa parte la magistratura del lavoro competente per territorio, perché promuova eventualmente i provvedimenti indicati nell'articolo 2091”; tali sanzioni si compendiano nella sospensione dell'attività, ovvero, se questa fosse pregiudizievole per l'economia nazionale nella nomina di un amministratore che assumesse la gestione dell'impresa.

²² MAZZONI, *Il principio corporativo nell'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1940, 188; AULETTA G., *Collaborazione corporativa tra imprese e autonomia del diritto commerciale*, in *Studi giuridico-economici dell'Università di Cagliari*, 1940, 72; SOTGIA, *Il diritto commerciale nell'ordinamento corporativo*, Padova, 1942, 196. Non mancano posizioni discordi: v. ad esempio MOSSA, *L'impresa*, cit., 122, per il quale *“l'impresa ha una suprema ragione di esistere per il bene sociale, più che per quello individuale di chi la dirige o di chi vi partecipa”*. Con riguardo alla (esclusione della) vigenza dell'ordine corporativo dopo la caduta del fascismo, cfr. MINERVINI, *Contro la “funzionalizzazione dell'impresa privata”* (1958), ora in *Scritti giuridici. Impresa e concorrenza*, Napoli, 1996, 57.

²³ MOSSA, *L'impresa*, cit., 101. È appena il caso di sottolineare che la politica dei cartelli praticata dalle principali imprese del paese in settori di cruciale importanza, come quello creditizio, anticipava il senso complessivo delle successive riforme degli anni '30. Proprio nel settore bancario, la legge del 1936 si fondava sull'idea di base che il mercato del credito dovesse essere ripartito, per un verso, sulla base della specializzazione funzionale, per altro verso, sulla base della specializzazione territoriale.

economica, senza rendere necessario un intervento diretto dello Stato: ma il corso degli eventi dimostrò piuttosto il contrario.

Assai indicativo in tal senso il caso della legge sui consorzi obbligatori (l. 834 del 1932), che prevedeva l'obbligatoria costituzione di imprese consortili qualora a richiederlo fossero i rappresentanti della maggioranza delle forze produttive; nonché il controllo su queste (ed a partire dal 1936, per effetto della l. 1296, anche sui consorzi volontari).

La legge, infatti, si mostrò inadeguata all'esigenza del risanamento industriale – in funzione della ripresa economica, considerata la particolare congiuntura – in quanto si ravvisò la necessità di un più penetrante intervento della mano pubblica, quale si sarebbe realizzato, di lì a poco, attraverso la costituzione dell'IRI²⁴.

Come è stato rilevato, *“il sistema corporativo che prevedeva un controllo pubblico di indirizzo dell'economia dovette cedere di fronte alla necessità dello Stato di acquisire le imprese industriali per salvarle dal fallimento”*²⁵.

È da questo momento che alla funzione di direzione, svolta nei più disparati settori attraverso una fitta serie di enti pubblici²⁶, si sostituisce un'azione economica diretta alla *gestione pubblica*

²⁴ Non a caso un autorevole giurista, Alberto Asquini, in occasione della presentazione al Senato della legge sui consorzi obbligatori auspicava la provvisorietà del provvedimento (in *Leggi*, 1932, 758): *“la maggioranza della commissione, però, è del parere che pernicioso sarebbe interpretare la misura del consorzio obbligatorio come indirizzo duraturo di politica economica [...] I consorzi obbligatori, impegnando lo Stato come organo del controllo, potrebbero in definitiva impegnarlo anche come organo di salvataggio [...] Anche i consorzi obbligatori corrono il rischio solo di prorogare la crisi [...] Ora quando ciò accada, i consorzi obbligatori possono costituire il più insidioso e il più costoso dei ponti per passare alla gestione dello Stato”*. Segue una linea evolutiva in parte simile la legislazione in materia bancaria, che però non interessa il piano della presente indagine. Vale solo la pena di sottolineare alcuni dati numerici, indicativi dell'impatto della risposta dello Stato alla fioritura di imprese bancarie di piccole dimensioni: all'adunanza generale della Banca d'Italia del 1929 già si registrò la sospensione di 435, mentre nel triennio successivo il numero degli istituti di credito si ridusse di ulteriori 352 unità. Il susseguirsi di una panoplia di provvedimenti tra la fine degli anni '20 ed i primi anni '30 doveva servire a preparare la complessiva riforma del sistema bancario (infine avutasi con la l. bancaria del 1936), che si voleva fondata sui seguenti capisaldi: attribuzione di funzioni specifiche a categorie di banche o a singoli enti; concentrazione; accentramento delle decisioni più significative. Ciò in quanto l'attività bancaria è colta come funzionale alla realizzazione dei fini superiori dell'economia nazionale. In specie, si possono ricordare le parole di FRIGNANI G., *Presentazione* (p. XXVI), in *Il sistema valutario italiano*, a cura di CAPRIGLIONE, MEZZACAPO, Milano, 1981: *“Lo Stato interviene a tutelare il risparmio e sottomette alla propria disciplina gli istituti di credito di ogni specie, ciò non soltanto per vigilare sull'impiego del risparmio, in modo da impedirne la dispersione ma per imporre gli orientamenti opportuni affinché l'investimento di capitali disponibili corrisponda ai bisogni ed ai fini dell'economia nazionale”*.

²⁵ BELLÌ, SANTORO, *op. cit.*, 142.

dell'economia, imperniata su una organizzazione unitaria ed una serie di vincoli sempre più penetranti²⁷.

L'esperienza delle politiche economiche di questo periodo riveste, nel quadro di questa ricerca, un interesse che va al di là di quello (pur presente) di operare una ricostruzione del quadro di riferimento storico, in considerazione della constatazione che i primi studi dedicati alle sovvenzioni nell'ambito della dottrina italiana hanno in particolar modo privilegiato la seguente prospettiva d'indagine: si tentava “di enucleare le caratteristiche differenziali tra gli enti pubblici e privati attraverso la definizione degli elementi essenziali della pubblicità dei primi. Ci si chiedeva, allora, in base al presupposto che l'attività finanziaria dello Stato è diretta all'attuazione di fini pubblici, se l'erogazione di denaro da parte dello Stato a favore di persone giuridiche non determinasse (o non fosse indice del) la loro pubblicità”²⁸.

Si muove in questa direzione, per giungere a conclusioni negative, lo studio di Ottaviano²⁹, dove si assume, come punto di partenza, che la distinzione tra rilevanza e strumentalità (dell'ente rispetto allo Stato) consente di rintracciare, nell'ambito della generica attività pubblica di sovvenzionamento, categorie assoggettate ad una disciplina giuridica comune.

In particolare, occorre considerare separatamente i casi in cui l'attività da compiere sia soltanto rilevante ovvero sia un mezzo

²⁶ Ente nazionale serico (1926), Ente risi (1931), Istituto cotoniero italiano (1934), Ente nazionale per la cellulosa e la carta ed Ente nazionale per la moda (1935), Ente seme bietole zuccherine (1937), Ente nazionale per le industrie turistiche ed alberghiere ed Ente sviluppo industriale macinazione e pasti alimentari (1939), Ente nazionale esportazione canapa (1941), Ente economico dell'ovicoltura, Ente economico dell'orto-frutticoltura ed Ente economico della pastorizia (1942).

²⁷ SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa*, cit., 172.

²⁸ COSÌ SERRANI, *Recensione a CARABBA, Spesa pubblica e iniziativa imprenditoriale, le erogazioni pecuniarie dello Stato a favore dell'attività economica*, Torino, 1968 e PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, I, Milano, 1967, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1969, 349. Quanto alla dottrina per la quale la contribuzione con denaro pubblico all'attività dell'ente è indice della pubblicità dell'ente stesso, si v.: RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche amministrative*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1916, I, 340 (con le specificazioni ed i distinguo, non rintracciabili in altri autori, di cui si dirà in seguito, analizzando il lavoro dell'Amorth); FORTI, *Sui caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche*, in *La Corte di Cassazione*, 1925, 312; LESSONA, *Concetto di persona giuridica pubblica e la competenza esclusiva della giurisdizione ordinaria in materia di impiego*, in *Riv. di Dir. processuale*, 1926, 1; VITTA, *Le persone giuridiche pubbliche in Italia e in Francia*, Modena, 1928; DONATI, *I caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche e la giurisdizione esclusiva dei tribunali amministrativi nelle controversie in materia di rapporto d'impiego*, in *Temi emiliana*, 1930, I, n. 11-12.

²⁹ *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959. La medesima impostazione metodologica si ritrova in: CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962.

di cui l'amministrazione si serve in sostituzione di un'azione che essa stessa potrebbe compiere.

Esemplificando: se l'amministrazione versa un contributo agli agricoltori affinché usino sementi selezionate, “*causa del versamento è di spingere gli agricoltori a servirsi di quelle sementi, e ciò perché rilevante per l'interesse pubblico è che costoro così si comportino*”³⁰; diverso è invece il caso in cui sussiste un fine pubblico proprio dell'amministrazione, che essa stessa potrebbe direttamente curare, ma di cui affida la realizzazione ad un diverso soggetto pubblico, appositamente costituito, cui conferisce i mezzi necessari, o in ipotesi anche ad un soggetto privato contribuendo alle spese da questo sostenute.

Cosicché, “*denominando sovvenzioni le attribuzioni a favore di enti pubblici che trovino il loro fondamento nella rilevanza, e contributi quelli che lo abbiano invece nella strumentalità, possiamo constatare che la distinzione è correlativa a quella tra enti pubblici rilevanti ed enti al servizio dello Stato*”³¹.

Ciò inciderebbe sulla individuazione della disciplina applicabile sotto tali profili: le sovvenzioni trovano una limitazione nel principio di uguaglianza, mentre i contributi, siccome trovano la loro giustificazione nel permettere allo Stato di raggiungere una sua particolare finalità, non vanno incontro allo stesso limite; un ente strumentale può ricevere denaro dallo Stato senza una particolare autorizzazione legislativa, con le sole formalità richieste per l'approvazione del bilancio, mentre nell'altro caso tale autorizzazione sarebbe necessaria³².

La distinzione rileva, ad avviso dell'Ottaviano, anche ai fini dell'oggetto del controllo da parte della Corte dei Conti.

Concentrando l'attenzione sugli enti strumentali, si passano ad esaminare le *vicende* del rapporto di strumentalità ed il suo contenuto.

In specie: non va attribuita soverchia rilevanza alla creazione dell'ente da parte dello Stato, onde sorga il predetto rapporto; ha piuttosto rilievo la struttura degli enti e la connessione tra i loro interessi e quelli statali: e così vanno tenuti distinti il caso in cui l'ente goda di una propria autonomia statutaria e lo statuto sia

³⁰ OTTAVIANO, *op. ult. cit.*, 40.

³¹ ID., *loc. ult. cit.*.

³² Sulla specifica problematica della legittimità delle sovvenzioni disposte su meri stanziamenti di bilancio si tornerà appresso, trattando del rapporto tra sovvenzione e principio di legalità. Per adesso sia consentito rinviare SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici*, cit., 383.

sottoposto al solo controllo dell'autorità statale, e quello in cui lo statuto sia posto da un'amministrazione statale ovvero consista in un atto complesso risultante dalla combinazione della volontà dello Stato e di quella dell'ente medesimo.

Ricorre ad esempio questa particolare situazione con riguardo allo statuto dell'IRI: l'organizzazione dell'ente dipende direttamente dall'amministrazione statale senza diretta partecipazione dell'ente interessato³³; sul versante dei contenuti, il

³³ Lo statuto dell'IRI infatti prevedeva che il Consiglio di amministrazione può soltanto presentare al Consiglio dei Ministri proposte per apportarvi modifiche. Al riguardo, la dottrina (MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 202) rileva che viene dato il nome di statuti ad atti che non costituiscono manifestazioni di autonomia dell'ente: tali atti rimangono atti dello stato “né vale a cancellare tale natura il fatto che l'intervento dello Stato sia designato come approvazione: che non di vera approvazione si tratta, mancando l'atto da approvare o questo consistendo in una mera proposta, bensì della reale ed effettiva fonte di produzione delle norme che a quell'ente si riferiscono”. Analoga disposizione è dettata per l'ENI dall'art. 16 della l. 136 del 1953.

Può essere a tal punto utile, ancorché non interessi direttamente l'oggetto della presente trattazione, ricordare le ragioni che, storicamente, resero necessaria l'istituzione dell'IRI, che ha operato nel settore industriale, detenendo partecipazioni azionarie nelle imprese di rilevanti dimensioni operanti in settori cruciali per l'economia nazionale, fino al 1992, anno in cui ne fu disposta la privatizzazione, che ha preceduto di dieci anni la cessazione dell'ente (scelta per la quale, come si dirà, fu decisivo il processo di unificazione europea ed il programmato passaggio alla moneta unica). In seguito alla crisi dell'economia capitalista, registratasi nel 1929, lo Stato assunse le partecipazioni di banche in crisi, finanziandole perché non fallissero. Le partecipazioni furono trasferite all'IRI, che per restituire alla Banca d'Italia il capitale ricevuto avviò una politica di mobilitazione del credito attraverso lo strumento delle obbligazioni garantite dallo Stato. In tal modo, l'IRI, smobilizzando le banche miste, divenne di fatto il maggior imprenditore italiano, detenendo partecipazioni in imprese come Ansaldo, Ilva, Cantieri Riuniti dell'Adriatico, SIP, SME, Terni, Edison (imprese, si noti, che avevano già goduto di trattamenti tariffari di favore). Nel 1937 l'IRI, nato come ente temporaneo, viene trasformato in ente permanente. Dal punto di vista organizzativo l'Istituto raggruppava le sue partecipazioni per aree merceologiche, detenendo le partecipazioni delle c.d. caposettore, imprese finanziarie che a loro volta detenevano il capitale delle società operative. Dopo la fine della Seconda guerra mondiale, l'IRI (della cui sopravvivenza invero si discusse) mantenne inalterata la sua struttura, divenendo protagonista del c.d. boom economico nel corso degli anni '60, tanto che anche in altri paesi (si pensi ai governi laburisti inglesi) si guardò al “modello IRI” come ad una forma commendevole di intervento dello Stato nelle faccende economiche (per una valutazione positiva del c.d. modello IRI, peraltro da parte di chi ne fu a capo per quasi vent'anni, cfr. PETRILLI, *Lo stato imprenditore*, Bologna, 1967). Fu in questo momento storico che l'IRI prese a finanziarie anche attività non convenienti secondo una valutazione economica (i c.d. oneri impropri), così smarrendo quella prassi di rigore che alla relativa attività (e relativi stanziamenti di bilancio) intese dare il fondatore dell'ente, Alberto Beneduce (su questi aspetti, cfr. PINI, *I giorni dell'IRI*, Milano, 2004, spec. 26). Questo atteggiamento, a dire del Petrilli funzionale alla c.d. terza via, ossia ad un intervento dello Stato in economia modellato su uno schema ibrido tra liberismo e comunismo, fu criticato ad esempio da Einaudi, che ebbe ad osservare “*l'impresa pubblica, se non sia informata a criteri economici, tende al tipo dell'ospizio di carità*”. Questa prassi, a lungo andare, portarono in rosso i conti dell'Istituto, tanto che nel 1976, ad esempio, tutte le imprese del settore pubblico

rapporto di strumentalità si connota per il fatto che gli enti in questione godono di un'autonomia molto limitata: tale aspetto si coglie non solo alla luce di quanto detto con riguardo alla potestà statutaria, ma anche con riguardo al riconoscimento del potere statale di approvare i regolamenti dell'ente di che trattasi, potere che deve *“ritenersi espressione di un principio generale che deve trovare applicazione nel silenzio della legge”*³⁴; sussistono inoltre poteri: di direttiva (di cui si afferma valore vincolante³⁵) e di approvazione dei bilanci preventivi³⁶ come mezzo per dirigere l'attività di enti; di nomina dei titolari degli organi direttivi; di vigilanza; repressivi.

Tornando alle questioni teoriche, la tesi per cui l'ente finanziato con denaro pubblico sia, per ciò solo, anch'esso pubblico sta e cade con il suo presupposto: appare errata la convinzione secondo cui *“poiché titolare originario di tali poteri è soltanto lo Stato, ad esso solo o ad enti con esso legati può attribuirsi la qualifica di pubblici”*³⁷. Il carattere pubblico di un ente prescinde infatti dai suoi

chiusero in perdita (CASTRONOVO V., *Storia dell'industria italiana*, Milano, 2003). Gli eventi successivi sono noti: nel 1982 la presidenza dell'IRI fu attribuita a Romano Prodi, che nel 1987 riportò il bilancio in pareggio (per quanto sia stato osservato che *“(Prodi) nel 1988 ha solo imputato a riserve le perdite della siderurgia, perdendo come negli anni precedenti”* (Bocconi, *I ricordi di Cuccia. E quella sfiducia sugli italiani*, Corriere della sera, 12 novembre 2007); il declino dell'IRI, come si rilevava più sopra, coincide con l'accelerazione del processo di unificazione europea scandito dalla stipula del Trattato di Maastricht. Sulle vicende concernenti la garanzia dello Stato sui debiti delle aziende siderurgiche e l'affidamento (senza gara) di lavori pubblici ad aziende del gruppo IRI e sulle relative censure della Commissione europea si tornerà in seguito, analizzando la disciplina del divieto di aiuti di Stato (*infra* cap. III). Un dato, al di là dei profili più squisitamente giuridici, che appunto saranno specificamente (e separatamente) trattati, è certo: che tra il 1992 ed il 2000 l'IRI vendette partecipazioni a rami d'azienda che determinarono un rilevante incasso per il Ministero del Tesoro, suo unico azionista: in questo arco temporale si collocano le vicende della privatizzazione di Telecom Italia ed Autostrade s.p.a.; le poche aziende rimaste in mano all'IRI furono trasferite sotto il diretto controllo del tesoro, nel mentre il 27 giugno 2000 esso veniva messo in liquidazione ed incorporato (nel 2002) da Fintecna.

³⁴ OTTAVIANO, *op. ult. cit.*, 71.

³⁵ Rileva infatti OTTAVIANO, *op. ult. cit.*, 79 che *“le direttive che il competente organo statale impartisce all'ente dipendente poiché organo ed ente sono elementi di un'unica istituzione, hanno uguale valore ed efficacia di quelle che, ad esempio, il ministro emette in confronto degli organi del suo dicastero”*.

³⁶ Interessante il caso dell'Opera Nazionale orfani di guerra (art. 51, l. 1397 del 1929), che prevede la trasmissione dello stato di previsione delle entrate e delle spese al Presidente del Consiglio, da cui l'ente dipende, ed aggiunge che lo stesso può modificare *“ove occorra le previsioni così delle entrate che delle spese”*.

³⁷ OTTAVIANO, *op. ult. cit.*, 20. Interessante al riguardo anche la posizione di AMORTH, *I contributi pecuniari concessi dallo Stato ad enti pubblici e privati*, in *Studi Urbinati*, 1931. Tale contributo, considerato anche il tempo in cui ha visto la luce, di volgere uno sguardo panoramico alla legislazione del ventennio fascista, con riferimento alla contribuzione ad enti pubblici operanti in determinati settori economici. In particolare, l'ipotesi che l'A. si propone di dimostrare è se il

rapporti con lo Stato persona, dovendo essere ricondotto esclusivamente allo Stato ordinamento.

Ma questa conclusione non inficia (perché attiene ad un diverso aspetto della questione ed anche perché gli enti pubblici sorti durante il fascismo sembrano presentare tutti i sintomi della loro *strumentalità* rispetto all'organizzazione statale) quanto si è rilevato in relazione ad una massiccia burocratizzazione

contributo pecuniario che viene corrisposto dallo Stato ad un ente pubblico, contributo che sarebbe, isolatamente considerato, indice della pubblicità dell'ente beneficiato, presenta dei tratti differenziali rispetto al contributo corrisposto a favore di persone giuridiche private: solo dimostrando l'esistenza di qualche aspetto peculiare dei contributi a favore di enti pubblici, si può far discendere la conclusione che tale contribuzione sia, come detto, indice della pubblicità dell'ente beneficiato; diversamente, ove tale distinzione dovesse risultare insussistente, anche sulla base di un esame della legislazione in materia, è evidente che l'ipotesi di partenza non potrà essere dimostrata, ed occorrerà guardare ad elementi sintomatici della pubblicità dell'ente che non siano l'erogazione a suo vantaggio di somme a carico del bilancio statale. Tra gli autori che hanno enumerato tra i segni distintivi della persona giuridica pubblica la concessione di contribuzioni pecuniarie da parte dello Stato, è particolarmente significativa l'idea espressa da RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche*, cit., il quale con un maggior sforzo di approfondimento rispetto alla dottrina coeva si pone alla ricerca di criteri distintivi tra l'attribuzione patrimoniale a favore di enti pubblici o privati. In specie, ad avviso del Ranalletti, sarebbe necessario distinguere a seconda del titolo sulla base del quale il contributo è stato concesso: e così, se il contributo è attribuito per il raggiungimento di un fine proprio dell'ente conferente allora deve concludersi nel senso della natura pubblicistica dell'ente beneficiato, mentre, laddove il contributo risulta conferito a titolo di assistenza, la persona giuridica è privata. Tenuto conto di ciò lo studio di Amorth è diretto a dimostrare, come si diceva anche attraverso un'attenta analisi della legislazione in materia, che in realtà tale profilo differenziale risulta insussistente e con esso le conseguenze in tema di natura dell'ente che da quel profilo si vogliono desumere. Più specificamente: a) per i contributi c.d. permanenti (erogati ad esempio a vantaggio: dell'Istituto nazionale Fascista di Cultura, r.d. 989 del 1930; dell'Ente nazionale serico, l. 3107 del 1928; dell'Ente nazionale per le piccole industrie, r.d. 187 del 1939; dell'Opera nazionale maternità ed infanzia, l. 2227 del 1925; ma l'esemplificazione potrebbe continuare), caratterizzati da un'assegnazione pecuniaria continua nella corresponsione e fissa nell'ammontare, si nota che *“mentre non è lecito dire che possono concedersi mezzi a titolo di mera assistenza quando il contributo viene conferito in modo continuo, non si può ugualmente sostenere che il contributo acquista carattere di fine a mezzo quando viene attribuito dallo Stato ad intervalli parziali o in una sola volta”* (p. 108); b) per l'assegnazione straordinaria ed il contributo di fondazione (la prima concretantesi nella concessione di una data somma di denaro a favore di un ente in un momento qualsiasi della sua attività; e la seconda concretantesi in un contributo conferito all'atto di costituzione dell'ente stesso) non sembra dimostrato l'assunto per cui quest'ultimo è contributo funzionale alla realizzazione di un fine (e quindi indice della pubblicità dell'ente), mentre la prima deve ritenersi attribuita a titolo di assistenza (e quindi indice del carattere privatistico del soggetto beneficiato): ciò in quanto lo Stato ha contribuito in qualità di azionista alla formazione di importanti Società che non possono considerarsi enti pubblici (si pensi, a titolo di esempio, all'Agenzia autonoma italiana tabacchi, r.d. 13 del 1927); per altro verso la contribuzione pecuniaria sotto forma di “assegnazione straordinaria” è talora andata a vantaggio di soggetti cui è riferibile la qualificazione di enti pubblici; c) per le agevolazioni

dell'iniziativa e dell'attività economica privata, attuata nel periodo fascista.

Del resto, lo Stato possedeva, principalmente ma non esclusivamente attraverso l'IRI, rilevanti quote azionarie delle imprese operanti nei settori chiave dell'industria pesante, mineraria, dei trasporti e dell'energia; effettuava controlli preventivi e successivi sulla quasi totalità delle attività industriali e commerciali; manovrava la politica monetaria attraverso la Banca d'Italia e governava, come detto, il settore creditizio attraverso istituti di credito di diritto pubblico ed un fitto sistema di vigilanza sulle banche private; esercitava direttamente numerose attività economiche attraverso gli enti pubblici economici, le aziende di Stato e le imprese miste³⁸.

Stando così le cose, è inevitabile che alcuni residui di questo particolarissimo assetto dei rapporti economici, permangano anche nel periodo successivo: un po' perché la presenza pervasiva dello Stato nella vita economica crea una sorta di *dipendenza* nelle

fiscali, i profili della *specificazione e della continuità* (vedi ad esempio il caso dell'Opera nazionale balilla e l'Opera nazionale dopolavoro, r.d. 1559 del 1927) che differenzierebbero questa forma di contribuzione *negativa* (definibile come tale perché in una rinuncia da parte dello Stato di una data attività patrimoniale) non sono sempre sussistenti: si osserva infatti che ai sensi della l. 1310 del 1928, concernente i provvedimenti a favore di associazioni enti ed istituti promossi dal Partito Nazionale Fascista, la personalità può essere attribuita a tali enti con decreto del Capo del Governo sentito il parere del P.N.F. (art. 1), mentre (art. 2) “gli atti, contratti stipulati da detti enti, associazioni, istituti riconosciuti a norma dell'articolo precedente sono soggetti al trattamento per gli atti stipulati dallo Stato. I lasciti e le dono nazioni al loro favore *sono esenti da ogni specie di tassa sugli affari* (evidenziazione mia)”. Ora, è certo che un ente non possa dirsi pubblico per il solo fatto che la sua costituzione sia stata promossa dal P.N.F.: ne discende che lo Stato con la legge predetta ha accordato un'esenzione connotata in termini di continuità e specificazione a soggetti privati. Anche sul versante dei contributi *negativi*, quindi, viene confutato il criterio distintivo riguardante le contribuzioni qualificabili come mezzo a scopo (indice della pubblicità dell'ente beneficiato) e quelle qualificabili come di mera assistenza (indice della natura privatistica del soggetto beneficiato). La conclusione tratta da questa confutazione è la seguente (p. 120): “*l'esame, sia pur breve, della legislazione in materia, ha escluso che una differenziazione tra i contributi concessi ad enti pubblici e quelli concessi ad enti privati sia possibile*”. Interessante è anche l'ulteriore deduzione, che in un certo qual modo anticipa le riflessioni di Ottaviano, riportate nel testo (ma, per le ragioni che si comprenderanno, anche quelle della dottrina successiva), quantunque ad essa si giunga sulla base di un diverso percorso argomentativo (p. 123): “*non si vede la ragione per la quale la sovvenzione dovrebbe assumere forme diverse secondoché venga attribuita per il primo o per il secondo motivo (mezzo a scopo ovvero mera assistenza, n.d.r.), mentre il contenuto pecuniario è identico e lo scopo resta costante. Infatti, aumentando i mezzi patrimoniali di un ente, sia esso pubblico o privato, si tratta in ogni caso di provvedere al soddisfacimento di un fine pubblico, nel primo caso indirettamente, nel primo direttamente. Anche per ciò ritengo che la conclusione negativa a cui sono pervenuto sia esatta e che in ogni modo le contribuzioni pecuniarie concesse dallo Stato a una persona giuridica non devono comprendersi fra i segni distintivi di una persona giuridica pubblica*”.

³⁸ SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa*, cit., 192.

imprese; un po' perché anche in Italia sussistono, sebbene con le richiamate peculiarità, le ragioni che, nel resto d'Europa, avevano decretato un (almeno parziale) fallimento dei principi del liberismo; ancora, perché l'ampiezza dell'intervento statale in economia è tale che lo stesso non può essere azzerato in un sol colpo; infine, perché la fase post-bellica richiedeva la presenza pubblica per sostenere il rilancio dell'economia.

In tale periodo, sorge quindi *“il fondamentale problema di dar corso al processo di reinserimento della società italiana nell'ampio e multiforme corso della società occidentale, le cui posizioni ideologiche, sociali ed economiche, non possono non influire decisamente sul riassetto di quella, tanto più ove se ne tengano presenti le già accennate concordanze di struttura fondamentale”*³⁹.

A tale non facile problema fu chiamata a dare soluzione l'Assemblea costituente.

³⁹ SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa*, cit., 174.

3. *La disciplina dei rapporti economici nella Costituzione repubblicana. La necessità di indicare una “terza via”. La soluzione fornita dall’art. 41 Cost.: le principali questioni interpretative. In specie: lettura congiunta o disgiunta dei vari commi di cui si compone l’art. 41 Cost.? La soluzione fornita dalla Corte Costituzionale. L’interpretazione sistematica dell’art. 41 Cost. proposta da Spagnuolo Vigorita: l’intervento pubblico nell’economia è fondato sulle norme che delineano la formula politica ed i suoi fini fondamentali; mentre l’art. 41 Cost. serve a limitare e circoscrivere di garanzie questo intervento. La lettura fornita da Satta: la libertà economica riconosciuta “a metà”.*

La complessità della problematica suesposta si desume chiaramente dalle parole pronunciate da Fanfani in sede di Assemblea Costituente. In particolare, “*il problema del controllo sociale dell’attività economica è certamente complicato dal fatto che oggi [...] si vive in una economia di trapasso, non si è più in un’economia i cui dirigenti, i cui regolamentatori o legislatori credono al principio individualistico, liberistico; ma non si è nemmeno arrivati ad un’economia in cui si è totalmente abbandonato il criterio individualistico e liberistico. Tentativi diversi, fatti in parecchi paesi, ora dal punto di vista di un’ideologia totalitaria [...], ora dal punto di vista di un’ideologia democratica di tipo più o meno liberale, fanno vedere come [...], per motivi di guerra, per motivi di passaggio dall’economia di guerra all’economia di pace, o per le conseguenze dell’economia di guerra, si è tentato a varie riprese di risolvere il problema di controllare, dal punto di vista sociale, lo sviluppo dell’attività economica, senza accedere totalmente ad un’idea collettiva [...], e senza d’altra parte lasciare totalmente libere le forze individualistiche, ma cercando di sfruttarle, disciplinandole e regolandole ai fini di raggiungere determinati obiettivi sociali [...]*”⁴⁰. Nasce quindi la necessità di ricercare una *terza via*, che consenta un controllo dei fini sociali dell’attività economica privata, ma allo stesso tempo garantisca che tale controllo non sia centralizzato o burocratizzato: che sia invece un *controllo democratico*, svolgentesi cioè in un clima di libertà politica.

E questa terza via sarebbe quella indicata dall’art. 41 Cost., di cui è stata immediatamente sottolineata la natura compromissoria⁴¹, se non addirittura il carattere indeterminato⁴².

⁴⁰Atti dell’Assemblea Costituente, Terza Sottocommissione, 15 ottobre 1946, in *www.parlamento.it*.

⁴¹ Tra i primi vedi DE VALLES, *Posizione di problemi sulla costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Dir. econ.*, 1959, 798.

⁴² Vedi ad esempio BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 582; AMATO, *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova costituzione economica*, a cura di DELLA CANANEA e NAPOLITANO, Bologna, 1998, 11 e ss..

Il testo attualmente in vigore dell'art. 41 Cost., che nasce dall'unificazione di due distinte disposizioni (artt. 37 e 39 del testo elaborato dalla III Sottocommissione), la prima rivolta a funzionalizzare l'attività economica al perseguimento del benessere collettivo, la seconda contenente il riconoscimento dell'iniziativa economica privata come libera, riproduce la tradizionale tensione tra libertà (primo comma) ed autorità (secondo e terzo comma): per un verso, si conferisce al cittadino una libertà (primo comma), per altro verso, si prevede che la stessa non possa essere esercitata senza limiti (secondo comma) e che la legge determina i programmi ed i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata sia indirizzata e coordinata a fini sociali (terzo comma).

La norma va inquadrata nel contesto del titolo III della prima parte della Costituzione repubblicana, che si connota, è stato osservato, per la sua completezza: sono infatti ivi disciplinati tutti i momenti dell'attività economica⁴³: lavoro subordinato, proprietà, iniziativa ed impresa.

Da tale disciplina, complessivamente considerata, e dalle reciproche interrelazioni dei diversi suoi *momenti*, si evincerebbe “*un'omogenea impronta sociale, ovvero non individualistica, delle relative norme*”⁴⁴.

L'esegesi dell'art. 41 Cost. ha posto due ordini di problemi: la definizione dell'oggetto delle relative previsioni (nel primo comma l'iniziativa economica privata, nel terzo l'attività economica privata); l'attribuzione di un contenuto ai principi di libertà e di vincolo sociale.

Quanto alla prima questione, si è da taluno ritenuto che la formulazione ampia, ai limiti del generico, del primo comma – nel punto in cui individua l'oggetto della libertà ivi riconosciuta – vada intesa come comprensiva di qualunque attività diretta al vantaggio economico⁴⁵: rientrerebbero quindi in questa nozione ampia di *iniziativa economica privata* anche il lavoro subordinato, le professioni liberali ed anche la formazione di sindacati⁴⁶.

⁴³ In questo senso, v. ad es. GRECO P., *I rapporti economici nella Costituzione italiana*, in *Atti dell'Accademia delle scienze di Torino*, vol. 84, tomo II, 1949-50, 230 e ss., spec. 251; GUELLI, *Libertà e socialità nella carta costituzionale e nella costituzione sociale del Paese*, in *Scritti giur. in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1955, 5 e ss.; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, *passim*.

⁴⁴ SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa*, cit. 55.

⁴⁵ MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Roma, 1956, 151; GUELLI, *Libertà e socialità*, cit. 6.

⁴⁶ In questo medesimo senso, v. ESPOSITO, *Lo stato e i sindacati*, ora in *La Costituzione italiana* (Saggi), Padova, 1954, 172.

Ma, se ciò fosse vero, dovrebbero ritenersi applicabili a tutte queste attività (in specie: lavoro subordinato e professioni liberali) non solo la garanzia della libertà di iniziativa (di cui al primo comma), ma anche le limitazioni in relazione alla non contrarietà all'utilità sociale (di cui al secondo comma) e la possibilità di essere sottoposte a programmi e controlli (di cui al terzo comma).

Partendo da tale constatazione, altra parte della dottrina propende per un'interpretazione più ristretta del primo comma dell'art. 41 Cost.: il concetto di iniziativa economica privata, infatti, non può ricomprendere le attività economiche per le quali altre norme costituzionali prevedano un diverso statuto regolatorio, come accade nel caso dell'impresa agricola (art. 44 Cost.), ovvero dell'impresa operante nel settore del credito (art. 47 Cost.), o ancora dell'impresa artigiana (art. 45 Cost.).

A maggior ragione non rientrano nella nozione in esame il lavoro subordinato (riguardato specificamente dagli artt. 4 e 35 Cost.) o le professioni liberali (ricomprese nella generale garanzia di libertà del primo comma dell'art. 4 Cost.)⁴⁷.

In definitiva, *“l'oggetto principale dell'art. 41 Cost. si disegna in relazione ai concetti di intrapresa industriale o commerciale [...] cioè come attività produttiva rivolta a procurare o trasformare beni e servizi e come attività intermediaria nella circolazione dei beni”*⁴⁸.

Diversa, ma connessa, la problematica concernente l'esatta definizione del concetto di “attività economica” di cui al terzo comma dell'art. 41 Cost.: in particolare è nota la dottrina⁴⁹ per cui altro sarebbe “l'iniziativa”, concernente il momento di avvio dell'intrapresa, altro sarebbe “l'attività” concernente il suo svolgimento. Diversamente detto, la scelta del soggetto se scendere o meno nell'agone economico è completamente libera, mentre la fase dell'effettivo esercizio dell'attività di che trattasi potrebbe essere sottoposta a limitazioni di vario genere. Tale dottrina riprende una prospettiva di indagine già sviluppata nella letteratura tedesca, che distingue tra *Eroffnung* e *Fortsetzung*, cioè tra inizio e

⁴⁷ Al riguardo nota ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 19, che per tali attività non si verifica il presupposto perché possa applicarsi l'art. 41, e cioè la produzione di massa.

⁴⁸ SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa*, cit., 68.

⁴⁹ MAZZIOTTI, *op. cit.*, 157 e prima di lui ESPOSITO, *Note esegetiche sull'art. 44 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Agr.*, 1949, 157 e ss., spec. 184.

continuazione dell'attività economica, ritenendo tuttavia che la garanzia costituzionale riguardi entrambi i momenti.

Siffatta lettura *disgiunta* dei commi di cui si compone l'art. 41 Cost. sembra contraddetta dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Tra le prime pronunce collocabili nel solco di questo filone interpretativo (tendente ad affermare, viceversa, la necessità di una lettura *coniunta* dei vari commi) merita considerazione *Corte Cost.*, 25 gennaio 1957, n. 29⁵⁰.

Risultano, in specie, interessanti, ai fini che interessano, le considerazioni che il giudice costituzionale svolge, si direbbe, in via subordinata: posto cioè che la questione di legittimità costituzionale della norma che prescrive prezzi d'imperio per la vendita al pubblico di medicinali (art. 125 TU delle leggi sanitarie) non ha meritato accoglimento in quanto la *ratio* di tale disciplina “è quella di tutelare il pubblico sia da speculazioni che potrebbero verificarsi in caso di emergenza con la rarefazione dei medicinali, sia da inconvenienti collegati al regime di libera concorrenza, che porterebbe al ribasso dei prezzi e, inevitabilmente, alla preparazione dei medicinali con materie prime meno costose, e perciò con risultati terapeutici che potrebbero recare nocimento alla salute dei cittadini?”, con la conseguenza che tale attività – in quanto non inquadrabile nel novero delle attività economiche - non rientra nell'ambito applicativo dell'art. 41 Cost.; nondimeno si osserva che “la norma impugnata deve ritenersi costituzionale, anche se la vendita di medicinali fatta dal farmacista possa riportarsi tra le attività economiche considerate dall'art. 41 della Costituzione”. Ed infatti: “tale disposizione enuncia sul piano costituzionale la libertà economica nella sua fondamentale manifestazione di libertà di iniziativa economica e privata, che si traduce nella possibilità di indirizzare liberalmente, secondo le proprie convenienze, la propria attività nel campo economico. A tale libertà la Costituzione pone il limite del pubblico interesse, in quanto l'iniziativa privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale [...]. Infine lo stesso costituente autorizza di stabilire legislativamente programmi e controlli allo scopo di indirizzare e coordinare l'attività economica ai fini sociali. L'iniziativa economica privata viene così subordinata alle esigenze generali e sociali determinate dalla legge (evidenziazione mia)”⁵¹.

⁵⁰ In *Giur Cost.*, 1957, 404.

⁵¹ Può essere di qualche interesse notare che la pronuncia, a quanto risulta, più recente da cui si evince l'intendimento della Corte Costituzionale di riconnettere il medesimo oggetto alle disposizioni del primo e del terzo comma dell'art. 41 Cost. (nel segno quindi di un

Anche in dottrina non mancano posizioni apertamente critiche rispetto all'assunto per cui altro sarebbe l'iniziativa (riguardata, si può dire, incondizionatamente, dal primo comma) altro sarebbe l'attività (sottoponibile a programmi e controlli onde essere indirizzata e coordinata alla realizzazione di fini sociali).

In particolare, si osserva che tale distinzione non ha alcun fondamento nella lettera e nello spirito della disposizione costituzionale.

Quanto all'aspetto letterale, poiché l'uso dell'espressione "attività economiche" in seno al terzo comma dell'art. 41 Cost. si spiega in relazione all'intendimento del Costituente di dettare la disciplina (non solo dell'attività d'impresa da parte dei privati, ma anche) dell'azione economica dei pubblici poteri; in secondo luogo, *"perché l'art. 41 parla di iniziativa privata in tono di polemica o dialettica contrapposizione alla gestione pubblica o diretta dall'alto dell'economia, rispetto alla quale vuol tutelare appunto – con la relativa affermazione di libertà – i valori dell'impulso conferito dall'interesse privato alla produzione"*, con la conseguenza che *"non può intendersi pertanto, per una ingannevole*

superamento della distinzione tra "iniziativa" e "attività") ha parimenti riguardato la materia della vendita di medicinali (si tratta di Corte Cost., 7 luglio 2006, n. 279, in *Giur. Cost.*, 2006, 2871, con nota di CASSETTI). La vicenda ha riguardato l'asserito contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost. degli artt. 48, comma 5, lett. f) del d.l. 269 del 2003, conv. in l. 326 del medesimo anno e 1, comma 3, del d.l. 156 del 2004, conv. in l. 202 del 2004. In particolare, la prima disposizione riconosce all'Agenzia italiana del farmaco, in caso di superamento del tetto di spesa programmata, il potere di ridefinire, anche temporaneamente, nella misura del 60% del superamento, la quota di spettanza al produttore prevista dall'art. 1, comma 40, della l. 662 del 1996; la seconda invece prevede che le farmacie, nel richiedere i rimborsi per l'assistenza farmaceutica erogata dovranno applicare lo stesso sconto ottenuto dal produttore. Ne conseguirebbe, ad avviso del remittente, l'irragionevolezza del sistema complessivamente inteso, in quanto imporrebbe un sacrificio ad un solo soggetto della filiera (il produttore, cui lo sconto è imposto) e non agli altri due (grossista e farmacista), che nondimeno partecipano *pro quota* ai relativi ricavi. Tralasciando quanto osservato dal Collegio remittente in relazione all'asserita violazione dell'art. 3 Cost., con riferimento ad un quadro normativo *"suscettibile di essere migliorato"* (la Corte si richiama in questo frangente ai propri precedenti in tema di sconti obbligatori, posto che in questo settore la tutela della salute ha un peso preminente), si statuisce circa l'infondatezza delle censure riferite all'art. 41 Cost.: in specie *"con l'imposizione dello sconto ai produttori, il legislatore persegue, in maniera né sproporzionata né inidonea, l'obiettivo di realizzare il contenimento della spesa sanitaria in vista del fine di utilità sociale costituito dalla garanzia del più ampio godimento del diritto di assistenza farmaceutica"*; ciò in quanto la sfera di autonomia privata, cui si ricollegerebbe l'asserita lesione della *"libertà di iniziativa economica"* (così testualmente), *"non riceve dall'ordinamento una protezione assoluta sì che la sua lamentata compressione nella determinazione del prezzo non è costituzionalmente illegittima quando si riveli preordinata a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti"*. Anche in questo caso, quindi, si parla indifferentemente di iniziativa ed attività economica, dando a intendere la necessità della lettura congiunta dei commi di cui si compone l'art. 41 Cost..

*assonanza di radici verbali, come allusiva alla mera fase iniziale delle singole intraprese in cui si snoda tale processo produttivo*⁵².

Quanto al contrasto con lo spirito della disposizione costituzionale, si osserva condivisibilmente che non avrebbe senso lasciare incondizionata libertà al privato in relazione alla scelta se intraprendere o meno una certa attività economica, per poi far riemergere momenti di intervento (o anche solo di controllo) pubblico nella successiva fase della conduzione dell'impresa, perché la forma e la consistenza del ridetto intervento evidentemente condizionano la scelta *a monte* se avviare o meno l'attività di che trattasi (si pensi allo stimolo alla decisione imprenditoriale connesso alla previsione di incentivi, sia per quanto attiene al momento iniziale che a momenti successivi della vita dell'impresa⁵³).

Partendo da tali premesse, e quindi dall'esigenza di una lettura congiunta dei tre commi dell'art. 41 Cost., la richiamata dottrina reputa indispensabile una interpretazione sistematica di tale norma, in relazione (ed alla luce) dei principi fondamentali, esprimenti la formula politica dello Stato, contenuti negli artt. 1-4 Cost..

Nel quadro di una rilettura dell'istituto democratico orientata verso forme sostanziali o effettive, si assegnano allo Stato compiti di benessere collettivo, se del caso anche attraverso un'ingerenza nell'economia, sul presupposto che manca una reale partecipazione egalitaria delle classi sociali alla vita pubblica, un regime di piena occupazione e via discorrendo.

E così: *“alla democrazia politica si sostituisce quella sociale; ai diritti involabili il dovere di reciproca assistenza; all'eguaglianza giuridica quella di fatto; alla difesa dell'ordinamento costituito dei rapporti economici, fondato sulla proprietà o sull'impresa, la tutela e l'incremento del lavoro [...] Non più*

⁵² I brani sono ripresi da SPAGNUOLO VIGORITA V., *op. ult. cit.*, 219.

⁵³ Pur se, anche a fronte della previsione di incentivi, la scelta sul se intraprendere l'attività rimarrebbe libera: su tale dato una dottrina (SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, cit., spec. 209) ricostruisce l'intervento dello Stato nell'economia secondo un modulo non autoritativo, come *funzionalizzazione dell'impresa*, essendo diretto allo scopo di *“individuare tra le ‘utilizzazioni’ possibili dell'impresa (privata ma anche pubblica o in mano pubblica: nulla esclude che anche queste possano godere di ausili) quelle che, in un certo momento, sono conformi agli interessi della collettività”*. In specie, sui modelli autoritativi della funzionalizzazione dell'impresa prevalgono, a dire del Serrani, modelli non autoritativi *“che al posto di imporre al privato imprenditore certi comportamenti, hanno la caratteristica di rendere questi ‘appetibili’ mediante la corresponsione di benefici”*.

integrazione e 'lasciar fare', ma integrazione e ausilio delle forze individuali, non più atomismo ma solidarismo"⁵⁴.

Si tratta quindi di una linea interpretativa – in disparte le considerazioni sulla effettiva realizzazione di questo disegno costituzionale, orientato al modello dello Stato sociale⁵⁵ – che capovolge la prospettiva tradizionale circa l'esegesi delle disposizioni dell'art. 41: le quali quindi non vanno lette come fonte che legittima il sacrificio delle forze economiche individuali, ma al

⁵⁴ SPAGNUOLO VIGORITA V., *op. ult. cit.*, 104. La questione se una simile ricostruzione abbia resistito agli effetti del tempo (e dei rilevanti cambiamenti politici e sociali registratisi, non solo a livello nazionale, tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90) sarà esaminata più approfonditamente in seguito. Per adesso basti ricordare quanto osservato da LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000, 20, in nota, ad avviso del quale "il movimento pendolare dei rapporti tra economia e pubblici poteri sembra oggi seguire la direzione opposta a quella indagata negli anni '50 e '60 in particolare da Spagnuolo Vigorita, contraddistinta dalla pubblicizzazione del diritto, dall'amministrazione di diritto pubblico, dall'amministrazione di diritto pubblico e dalla restrizione dei diritti individuali". Il citato A. avverte peraltro del fatto che "oggi più di allora, anche per il crescente grado di complessità della nostra società e la conseguente dinamica di spinte e contropunte, il movimento non è unidirezionale né privo di contraddizioni".

⁵⁵ Interessa al riguardo dare contezza del dibattito, certo oggi non proprio di stretta attualità, sui rapporti intercorrenti tra Stato di diritto e Stato sociale, in specie per quanto attiene alla questione se lo Stato di diritto possa essere al contempo uno Stato sociale. La dottrina italiana che si è occupata del tema (SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario*, cit.). In particolare si osserva che lo Stato sociale "viene contrapposto allo Stato di diritto – mitico custode della costituzione normativa, legittimista e assertore della piena legalità dell'esecutivo. Siffatta contrapposizione – inconsistente sul piano storico ed erronea su quello logico (evidenziazione mia) – conduce peraltro, oltre tutto, alla stasi della ricerca giuridica". Il cui compito, in definitiva, è quello di "segnalare il grado e i modi della conciliazione tra i tradizionali principi di garanzia (legalità, controllo giurisdizionale, responsabilità concreta dei poteri) e la nuova realtà dell'interventismo sociale". Più ampi riferimenti al rapporto (di non contrapposizione) Stato di diritto-Stato sociale sono rinvenibili in SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli 1962, spec. cap. I. L'opera è ora agevolmente consultabile nella raccolta *Opere giuridiche*, II, cit.. Nello stesso senso, si v. SANDULLI A.M., *Stato di diritto e Stato sociale*, in *Nord e Sud*, 1963, 23.

Assai cospicuo è rispetto all'approfondimento di tale tematica, il contributo offerto dalla dottrina giuspubblicistica tedesca (per una completa ricostruzione v. FORSTHOFF, *La repubblica federale tedesca come Stato di diritto e Stato sociale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, 547). Si guarda in primo luogo alle radici storiche del fenomeno, evidenziando come in Francia, nel 1789, la borghesia dopo avere conquistato il potere costituente con un atto rivoluzionario avesse impostato la forma di Stato come orientata a garantire la sicurezza politica dell'autonomia dell'individuo: la libertà. E si precisa che "di una sicurezza sociale la borghesia non aveva bisogno, perché era ben consapevole di essere all'inizio di un potente espansione spirituale ed economica" (FORSTHOFF, *op. cit.*, 548). Al modello dello Stato di diritto si ispirarono a ben vedere le Costituzioni dell'Ottocento. Con riguardo specifico alla Germania, caratterizzata da una minore coesione sociale rispetto alla Francia, si avvertì ben presto l'insufficienza di un Carta ispirata unicamente ai principi dello Stato di diritto, essendo opportuno completare il catalogo dei diritti fondamentali tradizionali con diritti fondamentali a valenza sociale. Per questo motivo la Costituzione del 14 agosto del 1919 (c.d. Costituzione di Weimar) prevedeva diverse garanzie sociali. Nel dettaglio può essere utile richiamare il primo comma dell'art. 151 di tale Carta (disposizione con cui si apre il

contrario come “*salvaguardia, per quanto remota, della libertà d’impresa*”⁵⁶.

L’intervento pubblico nell’economia è quindi fondato sulle norme che delineano la formula politica ed i suoi fini fondamentali; mentre l’art. 41 Cost. serve a limitare e circoscrivere di garanzie questo intervento, posto che l’iniziativa, al di fuori dei limiti previsti dal secondo e terzo comma di questa disposizione, non sarebbe

relativo Titolo V dedicato alla disciplina della vita economica), a mente del quale “l’organizzazione della vita economica deve corrispondere ai principi fondamentali della giustizia allo scopo di assicurare a tutti una esistenza degna dell’uomo. *In questi limiti è da garantire la libertà economica del singolo* (evidenziazione mia)”; ancora l’art. 153 relativo alla disciplina della proprietà così prevede: “La proprietà è garantita dalla Costituzione. Il suo contenuto e i suoi limiti risultano dalle leggi. – La proprietà comporta dei doveri. *Il suo uso deve essere insieme servizio per il bene comune* (evidenziazione mia)”. Erano poi previste, come ulteriori garanzie: la tutela della famiglia, la previdenza per i figli legittimi e illegittimi, tutela della gioventù, riforma agraria, socializzazione, tutela della salute degli operai, tutela del ceto medio. Nondimeno, come rileva il FORSTHOFF, *loc. ult. cit.*, tali disposizioni, dirette al legislatore, rimasero sostanzialmente inattuato. Di tale stato di cose, si osserva (p. 549), “*gli autori della legge fondamentale del 1949 hanno tratto un insegnamento. Essi hanno fin da principio rinunciato ai diritti fondamentali sociali, ed hanno intensificato invece essenzialmente la tutela dei diritti fondamentali liberali*”. Tale legge fondamentale fa menzione nella norma dell’art. 19 (con cui si apre il Titolo dedicato all’Ordinamento economico) della necessità che la disciplina della vita economica sia corrispondente ai principi di giustizia sociale: ciò impone appunto di valutare se una Costituzione possa essere al tempo stesso uno Stato di diritto e uno Stato sociale. Sembra di primo acchito che lo Stato di diritto, e la formulazione in termini generali ed astratta delle relative norme, in funzione di garanzia delle libertà e dei diritti individuali, sia intrinsecamente incompatibile con regolamentazioni di contenuto sociale: infatti “*lo Stato di diritto rimane distante dall’autonomia vita sociale, mentre lo Stato sociale vi prende responsabilmente parte, formandola*” (p. 552). La formula che consente di superare tale fase di apparente inconciliabilità è quella dello “Stato sociale di diritto” dove la libertà garantita tra i diritti fondamentali è limitata da un vincolo di carattere sociale. Se quindi lo Stato deve intervenire ad orientare in senso sociale l’esercizio delle libertà fondamentali, è evidente che tale intervento sarà principalmente adottato nella forma del provvedimento amministrativo per fronteggiare una necessità concreta: ne consegue sul piano costituzionale un passaggio dallo Stato legislativo di diritto allo Stato amministrativo. L’intervento di tale forma di Stato è per lo più diretto ad attuare, rileva il Forsthoff, una *ripartizione*. Ne esistono due tipi: la ripartizione diretta che si manifesta nell’attribuzione di sussidi, rendite, ecc. a coloro che ne hanno bisogno; e la ripartizione indiretta che può assumere le più svariate forme, come l’agevolazione di un ramo dell’economia, o l’adozione di misure protettive per i lavoratori, ovvero ancora tramite le imposte, destinate non più soltanto (conformemente alla loro classica caratterizzazione) a finanziare lo Stato ed i suoi compiti, ma anche a fungere da mezzo per lo spostamento del potere d’acquisto. In specie, l’imposizione si rivolge al prodotto sociale, ossia a ciò che secondo la teoria economica è la risultante di tutti i proventi che derivano, in un certo periodo, da patrimonio produzione o lavoro. Lo Stato sociale di diritto, quindi, se ha il dovere di rispettare le libertà fondamentali, di converso può ampiamente intervenire sul prodotto sociale, e quindi in definitiva la combinazione dei due modelli (Stato di diritto e Stato sociale) consiste in ciò che: “*il sistema della ripartizione dei beni è protetto più saldamente che non mai attraverso la garanzia della proprietà, ma il prodotto sociale attraverso*

libera in senso assoluto. In altre parole, l'art. 41 Cost. è strumentale alla realizzazione dell'indirizzo fondamentale dello Stato.

Assai interessante, perché parte dal rilievo della *palese contraddizione* esistente tra il primo e terzo comma dell'art. 41 Cost., la ricostruzione offerta dal Satta⁵⁷.

Chiarito preliminarmente che il parlare dell'attività economica privata come libera nei mezzi ma vincolata nel fine⁵⁸ si risolve in un *artificio logico*⁵⁹, si deve ritenere, atteso il carattere compromissorio⁶⁰ dell'art. 41 Cost., che l'intenzione del Costituente

l'imposizione è a disposizione dello Stato per la ripartizione diretta. Realmente una parte rilevante del prodotto sociale è soggetto a spostamenti operati dallo Stato attraverso le imposte per motivi sociali" (p. 558). Ma perché il sistema possa funzionare (che poi come si vedrà è *ex adverso* il motivo per cui, a partire da una certa fase storica, esso non ha più funzionato) è necessario un prodotto sociale rilevante e soprattutto un prodotto sociale che aumenti e non diminuisca.

⁵⁶ SPAGNUOLO VIGORITA V., *loc. ult. cit.*

⁵⁷ *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, spec. 40 e ss.

⁵⁸ Come fa POTOTCHINIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, spec. 108 e ss..

⁵⁹ La contraddizione tra il primo ed il terzo comma anzi c'è e non può, ad avviso di tale A., essere eliminata sol che si consideri il contesto storico in cui la norma costituzionale di che trattasi è nata ("nel contrasto tra *socializzatori* e *pianificatori globali e non meno globali liberalisti?*").

⁶⁰ Carattere compromissorio peraltro messo in discussione da quanti osservano che "il compromesso ideologico che gran parte della dottrina italiana ha visto cristallizzato in quell'articolo in realtà o non fosse tale o ad ogni modo non sufficientemente consolidato, oppure si fosse realizzato – non importa se per motivi di fiducia nel mercato come meccanismo economico efficiente piuttosto che di difesa della libertà politica di cui esso era ritenuto solo uno strumento ancillare –, ad un livello tale da consentire comunque una sufficiente tutela del mercato stesso". In questi termini, SPATTINI *Ascesa e declino (eventuale) della nozione di "Costituzione economica" (nell'ordinamento italiano e in quello comunitario)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, 1465, spec. 1504. Nel senso che tra i diversi commi dell'art. 41 Cost. non vi sarebbe alcun contrasto, in quanto accade anche con riferimento ad altre libertà che il legislatore non escluda del tutto interventi limitativi di quelle libertà da parte dell'autorità a tutela di interessi preminenti, cfr. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Giur. Cost.*, 1979, I, 1219 ed ancora SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino, 2006, spec. 102 e ss., il quale richiamando le norme della "Costituzione economica comunitaria", e rilevata, sulla base di questa, la permeabilità della Comunità ai fini sociali – il diritto comunitario non si risolve cioè nella tutela potremmo dire incondizionata della concorrenza – conclude nel senso che "non solo il 'principio fondamentale' della libertà di iniziativa economica dell'art. 41 Cost. è in piena sintonia con la Costituzione europea quale risulta dai Trattati vigenti, ma che anche il II e III comma, che nei confronti del primo sono sostanzialmente ancillari [...], non contrastano radicalmente con essa. Dunque, non nella loro, e specialmente nel terzo di essi, più o meno tacita abrogazione si dovrebbe parlare, bensì di una forse più plausibile interpretazione 'adeguatrice' alla luce di un ripristino del corretto rapporto tra Stato e mercato nell'ambito di una comune economia sociale di mercato". Vedi inoltre MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e antarchia nazionale*, il quale rileva che "il paradosso è soltanto apparente: la programmazione e gli atti di indirizzo similari contenevano norme sostanziali sull'esercizio del diritto di libertà economica, la regolazione stabilisce soltanto le regole processuali perché tutti i cittadini possa esercitare ad armi pari la stessa libertà consistente nella possibilità di concorrere in un mercato 'rilevante' cioè in un luogo giuridico nel quale si possa formare un litisconsorzio tra tutti gli interessati al contraddittorio". Si può a tal proposito ricordare anche quanto rileva quella dottrina che valorizza un approccio fondato sullo studio dell'organizzazione dell'economia,

sia stata quella di riconoscere la libertà di iniziativa economica *a metà*, “*lasciando aperta al legislatore la porta della pianificazione di attività economiche pubbliche e private*”⁶¹.

La previsione costituzionale di proprietà ed attività economiche, pubbliche e private, quindi, non elimina *giuridicamente* il diritto riconosciuto dal primo comma, ma lo priva *in fatto* di contenuto: la Costituzione quindi non avrebbe dato al cittadino “*una vera e propria garanzia di potere sempre iniziare fruttuosamente la sua attività; la garanzia è a metà, di carattere eminentemente formale, in quanto attraverso lo strumento dell’impresa pubblica (ma si aggiunge, anche la previsione di incentivi o disincentivi, n.d.r.)⁶² è data la possibilità di*

piuttosto che su distinzioni articolate sulla diversa intensità dell’intervento pubblico nell’economia, perché queste ultime avrebbero soltanto una valenza descrittiva (tra queste classificazioni rientrerebbe, a dire di questa dottrina, quella proposta da SPAGNUOLO VIGORITA, *L’iniziativa economica privata*, cit., tra misure occasionali che danno luogo all’interventismo, misure sistematiche che danno luogo al dirigismo, misure coordinate a mezzo di piani che danno luogo alla pianificazione). Ad avviso di TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1992, 1 e ss., se ci si pone dalla detta prospettiva, deve rilevarsi che l’organizzazione dell’economia risultante dalle norme costituzionali sia di tipo “misto”, dove coesistono il modo di conduzione pubblico (art. 43) con quello dell’iniziativa privata (art. 41). Anche quando sussiste l’organizzazione dell’economia ad iniziativa privata, peraltro, non è precluso al legislatore di assoggettare un determinato settore a programmi e controlli al fine di assicurare esigenze di carattere generale. Per questo motivo, il primo ed il terzo comma dell’art. 41 “*non esprimerebbero forme di organizzazione economica tra loro alternative, ma si compongono all’interno di un’unica forma, quella che è identificata dall’iniziativa privata*” (p. 15): ma questo implica la necessità di individuare un criterio che valga a verificare la compatibilità delle misure di cui al terzo comma con la permanenza di quella forma. L’A. cita quindi osserva che tra le varie forme di regolazione del mercato dovrebbero ritenersi incompatibili con l’organizzazione dell’economia “ad iniziativa privata” (vedi però quanto di desume dalla giurisprudenza costituzionale, letta in macroprospettiva) tutte le misure che sostituiscono alla libertà di accesso “*il dosaggio autoritativo dell’offerta [...] Quando la suddivisione del mercato tra gli operatori diviene il risultato di un calcolo dell’autorità viene meno istituzionalmente – e non solo di fatto – il dinamismo del mercato: si esce dal quadro dell’art. 41*” (p. 18). Ne discende che le misure consentite da tale norma sono quelle che operano *all’interno* del sistema ad iniziativa privata. Si arriva per tale via a risultati diversi (probabilmente partendo da prospettive diverse, specie quanto alla caratterizzazione ed alla forza d’espansione del diritto fondamentale di iniziativa economica privata) da quelli proposti dallo Spagnuolo Vigorita (*Attività*, cit., *passim*) allorché additò le “autorizzazioni con esame del bisogno” come gli strumenti per il dimensionamento dell’attività economica, sul presupposto che l’iniziativa privata per così dire disponibile dal soggetto pubblico. Ma di queste tematiche e del connesso (quanto meno parziale) superamento della *summa divisio* tra autorizzazioni e concessioni (secondo il tipo di attività – oggetto di un diritto o riservata allo Stato - venuta in rilievo e il tipo di potere – vincolato o discrezionale - *speso* dall’autorità), non si può in questa sede indugiare oltre.

⁶¹ SATTA, *op. ult. cit.*, 44.

⁶² Del resto è a questi altri mezzi che lo Stato ha per influenzare le scelte imprenditoriali, quando non può disporre dello strumento della coazione, che l’A. fa riferimento nelle pagine appena precedenti a quelle citate nel testo.

*influire sui dati di cui l'imprenditore (l'imprenditore privato) deve tener conto prima di affrontare i rischi dell'impresa e quindi di distoglierlo da essa, facendogli prevedere la impossibilità di un profitto economico*⁶³.

Sebbene si affermi, in accordo con la dottrina prima ricordata, che lo Stato abbia assunto tra i propri fini (e quindi come interesse pubblico) il benessere economico della collettività (dato dalla sommatoria, per dir così, della ricchezza dei singoli), e che il privato – mosso dalla prospettiva del suo personale profitto - costituisca in definitiva uno strumento di cui lo Stato può servirsi per realizzare il predetto benessere, si osserva che, in quanto lo Stato strumentalizza l'iniziativa economica privata al raggiungimento di fini generali, esso può conseguire tale risultato solo conoscendo bene verso quale direzione occorre orientarsi perché siffatti interessi (quello privato e, di riflesso, quello pubblico) siano effettivamente realizzati.

Lo Stato, cioè, soggiace all'economia (non la governa ma, si direbbe, la subisce) *“perché deve conoscerne le regole per poter stabilire il tenore dei propri interventi?”*; e quindi offre contributi o agevolazioni o viceversa disincentiva una certa attività: mentre tuttavia gli incentivi *“non sono regali che esso offra agli imprenditori, ma strumenti che trae dalla collettività e ripone a sua disposizione per il suo avanzamento”*, quando esso scoraggia un'attività (anche soltanto assoggettandone l'esercizio ad una previa autorizzazione) *“non si pone come bruta autorità nei confronti del cittadino, affermando un potere contro una libertà, ma realizza la propria posizione di centro di riferimento dell'intera collettività, che per il suo tramite attua in via generale la migliore regola economica”*⁶⁴.

⁶³ SATTI, *op. ult. cit.*, 45.

⁶⁴ SATTI, *op. ult. cit.*, 54.

4. *Lettura macroprospettica della giurisprudenza costituzionale sull'art. 41 Cost.. Individuazione dei profili rilevanti ai fini dell'indagine: quale criterio di giudizio utilizza la Corte Costituzionale allorché reputa costituzionalmente legittima una disciplina limitativa della libertà economica; la nozione di libertà economica fatta propria dalla Corte; l'individuazione dei requisiti che il giudice reputa indispensabili per l'intervento pubblico nell'economia. La tutela della concorrenza nella Carta costituzionale. Concorrenza in senso soggettivo ed in senso oggettivo: possibili interferenze dei relativi ambiti. L'aiuto di Stato come misura (purché abbia un impatto macroeconomico) di tutela della concorrenza: la sentenza n. 14 del 2004 della Corte Costituzionale e possibili criticità. L'evoluzione successiva della giurisprudenza costituzionale: elementi di continuità e discontinuità rispetto alla pronuncia del 2004.*

Al di là degli spunti riflessivi offerti dalle prime pronunce della Corte Costituzionale e dalla dottrina in materia di libertà di iniziativa economica (legittimazione, finalità e limiti dell'intervento dello Stato), può essere utile volgere uno sguardo, per così dire, macroprospettico alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, anche per cogliere, ove ve ne fossero, dei profili evolutivi (il che tornerà particolarmente utile quando si tratterà, sia pur brevemente, della motivazione addotta a fondamento di un disegno di legge costituzionale di modifica dell'art. 41 Cost.).

Gli aspetti che vanno necessariamente tenuti in considerazione, nello svolgere siffatta analisi ad ampio raggio, sono, come rileva la dottrina⁶⁵, essenzialmente tre: l'individuazione delle ragioni che spingono la Corte a ritenere una normativa limitativa della libertà economica conforme all'art. 41 Cost.; la concezione che la Corte ha della libertà economica; i requisiti che il Giudice delle leggi reputa indispensabili per l'intervento pubblico nell'economia.

Quanto al primo punto, si può ravvisare nella giurisprudenza della Corte Costituzionale un atteggiamento sostanzialmente omogeneo nel ritenere compatibile con il riconoscimento della libertà di iniziativa economica qualsiasi misura che abbia carattere “conservativo, cautelativo, di argine rispetto alla durezza del mercato”⁶⁶.

⁶⁵ RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. Amm.*, 2008, 121 e ss., spec. 124.

⁶⁶ RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 126.

Sono indicative di tale linea di tendenza alcune remote pronunce sui prezzi amministrati, sul divieto di importazione e di esportazione, sulla disciplina dei magazzini a prezzo unico⁶⁷. In specie, alla base di queste misure conservative vi sarebbe l'idea che il mercato lasciato a sé stesso tende a situazioni di monopolio od oligopolio; e quindi un'idea, per quanto allo stato embrionale, di tutela della concorrenza⁶⁸.

In relazione a tale aspetto deve altresì darsi contezza del dibattito svoltosi (specificamente prima della riforma del Titolo V) intorno alla questione se la tutela della concorrenza trovasse o meno fondamento e riconoscimento nell'art. 41 Cost.⁶⁹; dibattito da

⁶⁷ In tema di prezzi amministrati, v. Corte Cost., 8 luglio 1957, n. 103, in *Giur. Cost.*, 1957, 976, su cui vedi le riflessioni di PIERANDREI, *Le decisioni della Corte costituzionale in materia economica*, in *Dir. econ.*, 1958, 419 e ss.; in tema di divieti di importazione ed esportazione, vedi Corte Cost., 13 aprile 1957, n. 50, in *Giur. Cost.*, 1957, 621; in tema di disciplina dei magazzini a prezzo unico, cfr. Corte Cost., 10 giugno 1969, n. 97, in *Giur. Cost.*, 1969, 1239.

⁶⁸ Si ricordi al riguardo l'assunto fondamentale della dottrina economica di Pareto: la configurazione ottimale del sistema economico (c.d. ottimo paretiano) si ha quando non è possibile migliorare la situazione di qualcuno senza peggiorare quella di qualcun altro. Tale assunto viene utilizzato per spiegare teoremi fondamentali dell'economia di benessere: il primo teorema fondamentale di tale dottrina afferma che ogni configurazione derivante da un equilibrio competitivo è ottima in senso paretiano; il secondo che una configurazione del sistema economico Pareto ottimale può essere ottenuta come risultato di un equilibrio competitivo alterando opportunamente la distribuzione iniziale del reddito. L'equilibrio competitivo in altre parole *garantisce una configurazione efficiente del sistema non una configurazione equa*. Oltre a tale distribuzione non equa, potrebbe anche accadere che vi sia una configurazione *sub-ottimale* del sistema economico, ossia il primo teorema fondamentale, prima esposto, potrebbe non realizzarsi in corrispondenza di un *fallimento del mercato*. I principali casi di fallimento del mercato, che lo Stato del benessere ha il compito di fronteggiare, sono: insufficiente distribuzione dei beni pubblici, esternalità negative (cioè costi di produzione che il produttore non sopporta e che sono posti a carico della collettività o di specifici gruppi sociali o territoriali), asimmetria informativa, strutture di mercato mono-oligopolistiche; disoccupazione di lungo periodo. La crescita a dismisura di istanze di redistribuzione e stabilizzazione economica avrebbe quindi determinato la crisi del *welfare State* e sarebbe causa della progressiva inefficienza dello stesso. Secondo CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit., 24, un aspetto di incompletezza (e quindi una causa del fallimento) del *welfare state* all'italiana deve essere individuato nell'assenza di politiche di sostegno all'occupazione. Si osserva infatti che *mentre gli interventi per l'occupazione, in altri paesi, sono diretti a tutti (anche agli inoccupati, e non solo ai disoccupati) hanno carattere di entitlements (termine americano con il quale si indicano i diritti dei cittadini a prestazioni gratuite o semigratuite dei pubblici poteri, esercitabili automaticamente, in base alla legge, al verificarsi di determinati eventi), in Italia, nonostante le disposizioni dell'art. 4 della Costituzione, gli interventi della Cassa integrazione guadagni straordinaria (che è il principale strumento a favore dell'occupazione) sono diretti solo a favore dei disoccupati (coloro che avevano un lavoro e l'hanno perduto) e hanno carattere discrezionale (sono decisi da un organo governativo)*.

⁶⁹ In senso affermativo, v. ad esempio ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., 35; in senso contrario AMORTH, *Sulla costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Dir. econ.*, 1958, 1123, spec. 1130-1131.

taluno ritenuto inattuale⁷⁰, considerato che l'art. 117, comma 2, lett. e) assegna la suddetta materia alla competenza esclusiva del legislatore statale.

Tale idea è stata invero contestata da quanti ritengono necessario distinguere tra libertà di concorrenza e concorrenza effettiva (o tra concorrenza in senso soggettivo e concorrenza in senso oggettivo): la prima sarebbe oggetto di una libertà individuale, e segnatamente di quella riconosciuta dall'art. 41, primo comma, Cost., giacché si tratta di una delle possibili forme di manifestazione della libertà di iniziativa economica ivi riconosciuta; la seconda va intesa, di per sé, come bene giuridico tutelato.

Le possibilità di conflitto tra libertà di concorrenza e concorrenza intesa in senso oggettivo (come valore da salvaguardare) ha costituito la base della disputa tra quanti (in prevalenza) hanno ritenuto quest'ultima declinazione della concorrenza come estranea all'ambito precettivo dell'art. 41 Cost.⁷¹ e quanti hanno ritenuto che la tutela della concorrenza effettiva costituisca un limite all'esercizio della libertà di iniziativa economica già nell'impostazione originaria della richiamata norma costituzionale⁷².

Quest'ultima linea di pensiero è ad avviso della dottrina⁷³ frutto dell'insegnamento della scuola di pensiero ordoliberal⁷⁴, insegnamento per cui finalità politiche e finalità economiche della concorrenza appaiono come due facce di una stessa medaglia: e così “*la concorrenza era vista come difesa della libertà individuale contro i pericoli di limitazioni imposte dal potere privato (di imprese dominanti o di coalizioni di imprese) e accanto a ciò come mezzo di promozione del benessere economico collettivo*”⁷⁵. Del resto, pure affermata in astratto la necessità di tenere distinte la nozione soggettiva e quella oggettiva di

⁷⁰ RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, spec. 127, in nota.

⁷¹ FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, *ad vocem*.

⁷² Per una sintesi cfr. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e società*, 2004, 439 e ss..

⁷³ LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, 2005, 1429.

⁷⁴ Si ricordi in particolare l'opera del giurista BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtssoepferische Leistung*, Baden, 1937. Tra gli economisti si ricorda Eucken.

⁷⁵ LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 1431-1432. Denota a ben vedere una tale impostazione della problematica il pensiero di quanti hanno, specie in passato, ritenuto che la nozione di mercato concorrenziale si risolvesse in un vantaggio non già per i singoli (in questo senso, v. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 18 e ss.) ma per l'intera collettività: cfr. SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata*, cit., 224.

concorrenza, permangono riguardo ai confini di quest'ultima, come già si diceva, notevoli dubbi.

Dubbi che in primo luogo sembrano riguardare il legislatore statale, che svariate volte, nella normativa più recente, utilizza lo schermo della tutela della concorrenza per attrarre alla sua competenza materie che forse rientrerebbero nella legislazione concorrente Stato-Regioni (art. 117, comma 3) o addirittura in quella esclusiva e residuale delle Regioni (art. 117, comma 4).

Si può al riguardo citare, in estrema sintesi, la controversa (per non dire contorta) vicenda della riforma dell'art. 19 della l. 241 del 1990: norma riguardata negli ultimi anni da svariati interventi, di cui l'ultimo, più significativo, attuato con l. 122 del 2010.

In specie, oltre a modificare (senza mutarne l'intima sostanza) la denominazione dell'istituto in segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), il legislatore (art. 49, comma 4-ter della l. 122 del 2010) ha ricondotto il comma precedente (quello che ha "riscritto" l'art. 19 della legge sul procedimento amministrativo) "alla tutela della concorrenza ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. e) della Costituzione", prevedendo altresì che esso "costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lett. m) del medesimo comma" (quindi ancora una volta ad una materia di esclusiva competenza del legislatore statale)

⁷⁶.

Tale affermazione (rectius: *proclamazione*) di principio costituisce il presupposto logico del successivo alinea, a mente del

⁷⁶ Non può non essere ricordata, a tal riguardo, la previsione dell'art. 29 della l. 241, come novellata dalla l. 69 del 2009, che, nel definire l'ambito applicativo delle norme sul procedimento amministrativo dettate da tale legge, ascrive le disposizioni concernenti la garanzia di assicurare la partecipazione al procedimento del cittadino e la chiusura del procedimento stesso in tempi certi e predeterminati, nonché l'accesso ai documenti (comma 2-bis), e quelle concernenti la d.i.a., il silenzio assenso e la conferenza di servizi, salva la possibilità di individuare d'accordo con la Conferenza unificata ulteriori casi cui le predette disposizioni non si applicano (comma 2-ter, come modificato ulteriormente nel 2010), al livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lett. m), del terzo comma dell'art. 117 Cost.. Vedi in proposito quanto osserva MORBIDELLI, *In tema di art. 29 della l. 241/90 e di principi generali del diritto amministrativo*, in www.giustamm.it, ad avviso del quale "il nuovo art. 29 pone più problemi di quelli che risolve (ma lo stesso poteva dirsi già per il testo precedente): e la sua stessa 'architettura compositiva' lo dimostra. Del resto si tratta di un'opera di autoqualificazione, che come tale non è mai decisiva (evidenziazione mia). Non v'è dubbio che l'art. 29 offre talune indicazioni, di cui in sede interpretativa non si può non tenere conto. Ma ha anche il difetto di distogliere dall'attenzione verso i principi generali (scritti e non scritti) ricavabili aliunde. Principi comunque che, anche senza una diretta derivazione costituzionale, investono ogni sorta di competenza regionale, perché costituiscono la linfa stessa e lubi consistam dell'ordinamento, anzi di qualunque ordinamento".

quale “le espressioni ‘segnalazione certificata di inizio attività’ e ‘Scia’ sostituiscono, rispettivamente, quelle di ‘dichiarazione di inizio attività’ e ‘Dia’, ovunque ricorrano (evidenziazione mia), 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”.

Al di là delle complicazioni terminologiche derivanti dalla sovrapposizione di diverse nomenclature⁷⁷, la questione nodale ha riguardato il se la *nuova* disciplina dell’istituto si applicasse o meno all’edilizia⁷⁸.

È chiaro che riconnettendo la riforma dell’art. 19 alla materia della tutela concorrenza il legislatore statale ha – si deve ritenere – travalicato il limite di un ambito di competenza da ricondurre viceversa alla legislazione concorrente (nel caso specifico della d.i.a. edilizia il “governo del territorio”): per questo motivo, fin dai primi commenti, la dottrina ha evidenziato che “*trattandosi di autorizzazioni vincolate sostituite dalla Scia, non sembra costituire una «barriera all’entrata» lesiva della concorrenza la previsione di un termine breve di attesa per l’avvio dell’attività*”, ragion per cui si pone un “*primo dubbio di costituzionalità*”⁷⁹.

Nel solco di siffatto schema argomentativo, la Regione Toscana⁸⁰ ha sollevato in via principale la questione di costituzionalità dell’art. 49, comma 4-*ter* della l. 122 del 2010, nella parte in cui impone (*rectius*: proclama!) l’applicazione del regime

⁷⁷ Confusione che risulta ulteriormente alimentata dal legislatore dell’ultima (?) riforma dell’art. 19: il nuovo comma 6-*ter*, di cui si dirà più ampiamente appresso, usa promiscuamente (per assoggettare in tutti i casi la tutela del terzo al rito disciplinato dall’art. 31 del Codice del processo amministrativo) i termini segnalazione certificata, denuncia e dichiarazione di inizio attività, in ciò mostrandosi dimentico di quanto previsto dall’art. 49 del d.l. 78 del 2010, per cui le espressioni “segnalazione certificata di inizio attività” e “scia” sostituiscono quelle di “dichiarazione di inizio attività” e “dia” ovunque ricorrano, anche come parte di un’espressione più ampia.

⁷⁸ Sul punto era tempestivamente intervenuta una nota esplicativa emanata in data 16 settembre 2010 dal Capo dell’Ufficio legislativo del Ministero della Semplificazione Normativa, diretta a fornire risposta ad un quesito formulato dalla Regione Lombardia, e che ha risolto la questione dell’applicabilità della disciplina della SCIA al settore dell’edilizia in senso affermativo.

⁷⁹ CLARICH, *Problemi di costituzionalità e molte incertezze applicative: ecco perché non funzionerà*, in *Edilizia e territorio (Il Sole 24 Ore)*, 26-31 luglio 2010.

⁸⁰ Questioni analoghe risultano essere state poste anche dalle seguenti altre Regioni: Calabria, Lombardia, Abruzzo, Valle d’Aosta, Basilicata e Molise (fonte: *news.cambiocasa.it*).

della SCIA (anche) alla materia edilizia, afferente - si deve viceversa ritenere - al “governo del territorio” e quindi rientrante tra le ipotesi in cui sussiste la legislazione concorrente Stato-Regioni⁸¹.

Significativo appare il passaggio del ricorso presentato dalla Regione dove si evidenzia che “*non è sufficiente la mera autoqualificazione formale operata dal legislatore statale per ricondurre una disciplina nell’ambito della competenza esclusiva dello Stato, ma è necessario esaminarne il contenuto sostanziale e verificare se lo scopo cui la norma tende permette di ricondurre la stessa in tale ambito*”⁸². In specie, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale “*l’identificazione della materia nella quale si colloca la norma impugnata richiede di fare riferimento all’oggetto ed alla disciplina stabilita dalla medesima, tenendo conto della sua ratio, tralasciando gli aspetti marginali e gli aspetti riflessi, così da identificare correttamente e compiutamente anche l’interesse tutelato*”⁸³. Alla luce di questo principio, la ricorrente conclude nel senso (a nostro parere condivisibile) che “*la SCIA ‘edilizia’ non è uno strumento per tutelare la concorrenza*”: a suffragio giova ancora una volta richiamare la giurisprudenza costituzionale (sulla quale peraltro si tornerà più approfonditamente in seguito), secondo cui la materia “tutela della concorrenza” ricomprende “*le misure legislative [aventi] ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati e quelle di promozione che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l’apertura eliminando barriera all’entrata*”⁸⁴.

Va peraltro rilevato che il c.d. decreto sviluppo ha inteso, almeno in parte, risolvere – seguendo la via dell’interpretazione autentica dell’art. 19 della l. 241 del 1990 - le complesse problematiche sottese al coordinamento tra disciplina generale a livello nazionale, da un lato, e disciplina speciale a livello sia nazionale che regionale, dall’altro.

⁸¹ Riprendo qui alcune delle considerazioni svolte nel mio *Ancora su s.c.i.a. e tutela del terzo: le questioni irrisolte e le soluzioni prospettate, in attesa della pronuncia della Plenaria*, in www.giustamm.it, cui sia consentito rinviare.

⁸² Il testo del ricorso presentato dalla Regione Toscana è rinvenibile sul sito istituzionale della Corte Costituzionale (www.cortecostituzionale.it), allibrato al Reg. Ric. N. 97 del 2010 (vedi G.U. 10 novembre 2010, n. 45): l’udienza pubblica risulta ad oggi fissata per il giorno 11 novembre 2011. Ma vedi quanto rilevato nel testo.

⁸³ Corte Cost. 11 maggio 2007, n. 165; Id., 28 dicembre 2006, n. 450; Id., 26 luglio 2005, n. 319, tutte rinvenibili sul portale www.cortecostituzionale.it.

⁸⁴ Corte Cost., 14 marzo 2008, n. 63, in *Foro it.*, 2008, V, 1369; Id., 14 dicembre 2007, n. 430, in *Giur. Cost.*, 2007, 6.

Da un lato, l'art. 5, comma 2, lett. b) n. 2 del d.l. 70 del 2011 ha aggiunto all'art. 19 della l. 241 un nuovo comma a mente del quale “Nei casi di Scia in materia edilizia il termine di sessanta giorni di cui al primo periodo del comma 3 è ridotto a trenta giorni. Fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 4 e al comma 6, “restano altresì ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal Testo Unico dell'Edilizia, e dalle leggi regionali”.

Si precisa però, dall'altro lato [cfr. la successiva lett. c.) del secondo comma dell'art. 5], che la SCIA (ed il relativo regime giuridico⁸⁵) è applicabile in sostituzione della c.d. d.i.a. semplice, non già di quella alternativa al permesso di costruire, mentre sono in ogni caso salve le discipline regionali che, ai sensi dell'art. 22, comma 4, del TUE abbiano ampliato l'ambito applicativo della d.i.a. alternativa al permesso di costruire (c.d. super d.i.a.). La possibilità di intraprendere immediatamente l'attività edificatoria – questa la più significativa novità introdotta dalla riforma del 2010 – resterebbe quindi circoscritta agli interventi di minore impatto sul territorio⁸⁶.

Le preoccupazioni paventate dalla dottrina - e cioè che venisse compressa l'autonomia delle Regioni, che avevano indotto la stessa a cercare un'interpretazione *svalutativa* dell'incidenza della nuova disciplina generale nel settore dell'edilizia - sembrano quindi essere state superate⁸⁷.

⁸⁵ Per il cui approfondimento si rinvia, oltre che ai contributi che saranno citati nel prosieguo della trattazione, a: BOSCOLO, *La segnalazione certificata di inizio attività: tra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2010, II, 580 e ss.; MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1328 e ss.

⁸⁶ In questo senso vedi anche VITALE, *Gli interventi in materia di costruzioni private e trasformazione del territorio*, in *Il “decreto sviluppo”*, *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 1067.

⁸⁷ Sulla questione, come detto sorta all'indomani della riforma del 2010, allorché si era ritenuto, nella richiamata nota dell'Ufficio legislativo del Ministero per la semplificazione normativa, che la nuova disciplina sulla s.c.i.a. si applicasse anche al settore edilizio, vedi LIGUORI, *I modelli settoriali: d.i.a. edilizia e procedure semplificate in materia di rifiuti*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di SANDULLI M.A., Milano, 2010, 773 e ss., che invoca una soluzione rispettosa del principio di specialità, atteso il livello di definizione delle disposizioni in materia edilizia, non comparabile a quello che caratterizza il modello generale ed in considerazione del grado di stabilità e funzionalità acquisito dal modello speciale. Vedi inoltre, GIULIETTI, *Il controverso impatto della L. n. 122 del 2010 sulla dia edilizia*, in www.giustamm.it, dove si riprendono le più ampie considerazioni sul tema della s.c.i.a. sviluppate in PAOLANTONIO, GIULIETTI, *Art. 19 Segnalazione certificata di inizio attività – S.c.i.a.*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 750 e ss.. Ad avviso di GIULIETTI, *op. ult. cit.*, il richiamato parere ministeriale “se formalmente afferma l'estensione

Tornando alla discussa distinzione tra libertà di concorrenza e concorrenza effettiva, se è corretto ritenere che (solo) la seconda trova fondamento nell'art. 117 Cost.⁸⁸, può avere interesse analizzare come la Corte Costituzionale abbia interpretato *positivamente* siffatta nozione (la questione di cosa *non* possa essere considerato tutela della concorrenza è stata, sia pure con una mera esemplificazione, già trattata).

La prima e assai significativa pronuncia sul punto è *Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 14*⁸⁹. Si tratta, oltretutto, di una pronuncia che assume specifico interesse ai fini della presente trattazione perché da essa provengono utili (ancorché, come si dirà, non sempre del tutto condivisibili) indicazioni ai fini dell'individuazione delle condizioni ricorrendo le quali la previsione di incentivi da parte del legislatore statale⁹⁰ sia compatibile, per un verso, con il

della portata applicativa delle nuove norme alla materia edilizia, sostanzialmente mitiga fortemente tale estensione, relegandola alla sola disciplina del termine immediato per avviare l'attività e, per contro, escludendo qualsivoglia impatto delle nuove norme rispetto agli altri profili della disciplina. In particolare, viene esclusa l'estensione automatica dell'ambito applicativo della SCIA rispetto al permesso di costruire, al di fuori delle previsioni contenute nel T.U.E., ovvero delle estensioni previste dalle leggi regionali”.

⁸⁸ LIBERTINI, *op. ult. cit.*, spec. 1434.

⁸⁹ In *Giur. Cost.*, 2004, 237.

⁹⁰ Venivano infatti sottoposte al vaglio della Consulta alcune norme contenute nella legge finanziaria 2002 (l. 448 del 2001). Nel dettaglio: l'art. 52, comma 83, che, nel modificare l'art. 127, comma 2, l. 388 del 2000, prevede: il concorso dello Stato nella costituzione e nella dotazione annuale del fondo di mutualità e solidarietà per i rischi in agricoltura; che le modalità operative e gestionali del fondo sono stabilite con decreto del Ministro delle politiche agricole e forestali, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni; che entro il 31 maggio di ogni anno il Ministro, sempre d'intesa con la predetta Conferenza, stabilisce con proprio decreto la quota di stanziamento per la copertura dei rischi agricoli da destinare alle azioni di mutualità e solidarietà. Al riguardo la Corte Costituzionale osserva che: “*proprio la destinazione della misura a tutte le imprese operanti a livello nazionale, e insieme la finalità di stimolare la propensione agli investimenti e l'espansione del mercato di settore, rappresentano indici dell'attinenza dell'intervento alla funzione di stabilizzazione macroeconomica propria dello Stato e della sua riconducibilità alla materia 'tutela della concorrenza', nel suo profilo dinamico e promozionale*”; l'art. 59 che disponeva aumenti di stanziamenti (già previsti dall'art. 103 della l. 388 del 2000) per la concessione di contributi in conto capitale nei limiti degli aiuti *de minimis* per il settore produttivo tessile, dell'abbigliamento e calzaturiero, finalizzando tali somme alla realizzazione di progetti consortili adottati da enti pubblici o soggetti privati per la formazione e la valorizzazione degli stilisti. Tale norma, segnatamente, veniva censurata sul presupposto che allo Stato sarebbe precluso *ratione materiae* ogni intervento diretto a sostegno delle imprese e della produzione in questo specifico settore, trattandosi di materia riservata alla potestà legislativa regionale residuale o, tutt'al più, rientrante nelle competenze concorrenti del “sostegno all'innovazione per i settori produttivi”. La Corte ritiene di non poter accogliere i rilievi delle Regioni ricorrenti nella loro assolutezza: ed invero “*è possibile riconoscere indici della dimensione macroeconomica dell'intervento sia nel fatto che gli aiuti sono estesi all'intero territorio nazionale ed accessibili, su base concorsuale, a tutti gli operatori dei settori interessati [...]; sia nella circostanza che le misure medesime sono destinate ad agire simultaneamente, senza che tra un aiuto e l'altro vi siano discontinuità temporali e territoriali che ne attenuino l'impatto sull'economia nazionale*”.

riparto delle competenze legislative ai sensi dell'art. 117 Cost. (nella versione oggetto di revisione ad opera della l. cost. 3 del 2001) e, per altro verso, con le previsioni – specie quelle in tema di aiuti di Stato – del Trattato CE (aspetto sul quale si tornerà più approfonditamente *infra* cap. III).

La questione di fondo 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 sua azione debba esaurirsi nel promuovere ed assecondare le attività delle autonomie (specie se l'intervento riguardi ambiti materiali, come "l'alimentazione" - cui potrebbe riconnettersi, secondo una certa ricostruzione, l'agricoltura, non più contemplata espressamente – ovvero "l'industria" o la "formazione professionale", che sono oggetto di legislazione concorrente ovvero esclusiva delle Regioni).

Anche in questo caso, quindi, il Giudice delle leggi reputa sintomatica della portata economico-generale del provvedimento la circostanza che esso preveda la possibilità di conseguire il beneficio a favore di tutti gli operatori del settore a livello nazionale; l'art. 60, comma 1, lett. d) che riconosce al Ministro delle politiche agricole e forestali il potere di individuare, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni, le tipologie degli investimenti per le imprese agricole, nonché per quella della prima trasformazione e commercializzazione ammesse agli aiuti. Anche in questo caso la motivazione su cui la Corte Costituzionale fonda la valutazione in termini di non fondatezza della questione di legittimità costituzionale inerisce alla considerazione del carattere generale della misura in questione: ed infatti *"beneficiari dell'aiuto non sono quindi le imprese che hanno stabilito in determinate Regioni, ma tutti i soggetti titolari di reddito di impresa nell'ipotesi in cui si risolvano a trasferire o impiantare in determinate aree attività di trasformazione e commercializzazione dei prodotti. È chiaro l'intendimento di favorire, attraverso lo strumento fiscale del credito d'imposta, la riallocazione dei fattori produttivi sul territorio nazionale, così da renderne beneficiarie aree geografiche economicamente svantaggiate e meno produttive: finalità, questa, che presuppone una visione generale delle condizioni del mercato agricolo e la capacità di adottare misure la cui efficacia si estenda simultaneamente all'intero settore"*; l'art. 67 che attribuiva allo Stato un'attività di programmazione negoziata in agricoltura (ma vedi oggi la delibera CIPE n. 26 del 2003 che ha disposto la c.d. regionalizzazione dei patti territoriali, con la conseguenza che ogni Regione o Provincia autonoma può assumere la piena responsabilità ed il coordinamento della programmazione e gestione dei patti territoriali), in violazione, si assumeva, del criterio di riparto delle funzioni amministrative previsto dall'art. 118 Cost.. Al riguardo, la Corte ritiene che *"la peculiarità delle iniziative promosse dallo Stato è che i relativi contratti di programma e i patti territoriali si riferiscono all'intero territorio nazionale (evidenziazione mia) nei limiti e nella misura in cui ciò sia reso possibile dalla disciplina comunitaria. Tali iniziative sono infatti inserite nel quadro complessivo delle programmazione comunitaria degli aiuti con finalità di coesione economico-sociale, coinvolgono i rapporti dello Stato con l'Unione europea e richiedono una visione degli assetti del mercato nazionale, del quale sono intese a rafforzare l'efficienza"*.

Se si rivelasse vera questa seconda ipotesi, osserva la Corte Costituzionale, *“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”*. L’Avvocatura dello Stato ha orientato la propria difesa cercando di dimostrare la pertinenza delle misure disposte dalle normative censurate alla materia *“rapporti con l’Unione europea delle Regioni”* e *“coordinamento della finanza pubblica e del settore tributario”*, in relazione alle quali lo Stato, anche in considerazione della propria responsabilità in ordine all’attuazione del diritto comunitario, sarebbe abilitato a disporre norme di dettaglio cedevoli fino all’esercizio della potestà legislativa regionale ed a svolgere funzioni amministrative, in via suppletiva e sussidiaria.

La Corte Costituzionale, nondimeno, ricostruito il quadro normativo – nazionale e sopranazionale – di riferimento, e rilevato, per un verso, che i principi comunitari non sono svincolati da un’idea di sviluppo economico-sociale, tanto che *“sarebbe errato affermare che siano estranei alle istituzioni pubbliche compiti di intervento sul mercato”* (con la conseguenza che le regole della concorrenza non sono limitate all’attività sanzionatoria in rapporto alle violazioni della normativa *antitrust* ma comprendono anche il regime degli aiuti, specie nel campo agricolo e in altri settori produttivi) e, per altro verso, quanto alla normativa nazionale, che *“l’aver accorpato, nel medesimo titolo di competenza, 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”*, conclude nel senso che la tutela della concorrenza non può essere intesa soltanto in senso *statico*, ma anche in senso *dinamico*, il che consente di adottare misure volte *“a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato e ad instaurare effetti concorrenziali”*.

Il Giudice delle leggi si mostra consapevole del rischio che l’accezione dinamica appena declinata possa comportare una perimetrazione eccessivamente ampia della competenza esclusiva del legislatore statale, con quanto ne consegue in punto di lesione 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 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 negata⁹¹

In dottrina è stato osservato che se è condivisibile l'assunto di fondo della pronuncia in esame – cioè che lo Stato deve poter disporre di strumenti di politica macroeconomica – suscitano tuttavia perplessità “*sia il rilievo che tutti gli interventi dello Stato rientrerebbero nel genus degli aiuti di Stato, sia la considerazione che gli aiuti di Stato costituirebbero forme di tutela della concorrenza*”⁹².

⁹¹ Viene in definitiva in rilievo, come criterio di giudizio della Corte Costituzionale, quello di proporzionalità e ragionevolezza: pur non potendo entrare nel merito economico della misura adottata, il Giudice delle leggi dovrà vagliare l'adeguatezza di essa in relazione agli obiettivi attesi. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul punto è stata colta da quella dottrina che ha messo in luce come nelle prime applicazioni il principio di ragionevolezza ha assolto al compito per così dire di mediare tra norma giuridica e realtà sociale (si può richiamare l'insegnamento di LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Milano, 1973, 1573 e ss., spec. 1587, che individua nella ragionevolezza il “ponte fra prescrizioni-fonti e realtà”), per modo che si delineasse “*un processo irreversibile di modificazione del ruolo del giudice negli equilibri tra poteri, un processo che, attraverso l'applicazione di parametri elastici e di giudizi di valore sul contenuto degli atti, avrebbe condotto il giudice a divenire partecipante del circuito ermeneutico volto ad una valutazione non meramente formale dei profili di arbitrarietà*” (in questo senso SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, spec. 297-298); nella seconda fase di sviluppo il criterio di giudizio si raffina attraverso la distinzione (dovuta a ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 147 e ss.) tra razionalità, ragionevolezza e giustizia (o adeguatezza).

⁹² PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di 'tutela' della concorrenza?*, in *Giur. Cost.*, 2004, 259, spec. 260. Nella stessa direzione si orientano le riflessioni di DOLSO, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*, in *Giur. Cost.*, 2004, 265, spec. 270, ad avviso del quale: “*in primo luogo si può ribadire la non perfetta concordanza tra l'assetto del Trattato, stando al quale gli aiuti di Stato sono*

Vero è che lo Stato dispone di strumenti di intervento sul mercato nelle materie di sua spettanza esclusiva, e vero è che tra tali materie rientra la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (il che giustifica l'intervento del complesso dei poteri pubblici laddove il mercato non assicuri un livello minimo di tali prestazioni⁹³); ma ciò non può condurre ad ammettere che lo Stato possa a livello generale, e perché ciò costituirebbe misura di tutela della concorrenza, disporre aiuti al di là dei limiti consentiti dall'ordinamento comunitario. I cui principi costituiscono viceversa il limite esterno della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni (art. 117, comma primo, Cost.): con la conseguenza che gli aiuti di Stato sono da considerarsi preclusi al legislatore statale e regionale *“anche se non producono alcuna alterazione nel mercato europeo, anche se cioè gli effetti anticoncorrenziali sono circoscritti all'interno dei confini nazionali”*⁹⁴.

L'assunto, da cui muove la Corte Costituzionale, per cui *“non è priva di valore interpretativo la sistematica del Trattato (istitutivo della CE, n.d.r.) che inserisce la disciplina degli aiuti di Stato all'interno del Titolo VI, al Capo I, rubricato Regole di concorrenza”*, e da cui si desume la conclusione che tutte le misure statali di impatto macroeconomico sono modalità di tutela della concorrenza, sembra non collimare con quanto ritenuto dalla giurisprudenza comunitaria, che, per definizione (cioè anche quando sia eccezionalmente ammesso), considera l'aiuto come un evento

oggetto di un generale divieto, e impostazione della Corte, secondo cui essi non sono altro che l'altra faccia della medaglia della disciplina della concorrenza, la quale si nutre di normativa antitrust ma anche di disciplina degli aiuti di Stato. In secondo luogo, la nozione di aiuti di Stato fornita in sede comunitaria, dagli organi preposti alla valutazione degli aiuti stessi, è sicuramente articolata e dinamica ma non certo coincidente con ogni intervento dello Stato nell'economia. Ancora. Se la Corte ragiona di una trasposizione del quadro comunitario in ambito interno, tale trasposizione non è comunque, né potrebbe probabilmente esserlo, completa. Non solo di 'aiuto' la Corte fornisce una nozione assai dilatata, ed inusuale per lo stesso diritto comunitario, ma, in relazione alla compatibilità di tali aiuti con la norma costituzionale relativa alla 'tutela della concorrenza', la Corte non si muove più nell'ottica comunitaria, in base alla quale le deroghe al divieto sono ammesse soltanto in casi tassativi previsti dal Trattato CE, ma cambia marcia e compie una serie di valutazioni [...] apprezzabili solo in una cornice squisitamente interna”. Si esprime in termini diversi ACOCELLA, *Le scelte di politica economica e gli interventi a tutela della concorrenza*, in *www.luiss.it*, ad avviso della quale *“la distinzione tra tutela della concorrenza e regolazione non [è]”*, in quanto la realtà lascia spazio *“all'attribuzione al medesimo organismo di funzioni di regolamentazione e promozione della concorrenza, finalità di garanzia e finalità più propriamente politiche, che si esprimono attraverso atti a contenuto precettivo”*.

⁹³ CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 990.

⁹⁴ CORSO, *op. ult. cit.*, 997.

distorsivo della concorrenza⁹⁵; la giurisprudenza comunitaria è infatti orientata nel senso che gli interventi statali non vanno distinti “a seconda della loro causa o del loro scopo, ma li definisce in funzione dei loro effetti”⁹⁶ e che “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”⁹⁷: in ogni caso, va considerato che le deroghe al principio generale di incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune devono essere oggetto di interpretazione restrittiva⁹⁸.

E quindi sembra condivisibile l’idea di chi rileva che “se l’intervento economico si risolve in un aiuto, è dubbio che esso costituisca una misura a ‘tutela’ della concorrenza, ancorché sia consentito dall’ordinamento comunitario”⁹⁹.

Si noti, a titolo incidentale, che quanto detto - nel diritto comunitario, e quindi, in forza della previsione del primo comma dell’art. 117, anche in quello nazionale, l’aiuto *non* è una forma di tutela della concorrenza - se vale con riguardo ai settori non regolamentati (dove ciascuno è libero di entrare o non entrare, nel primo caso a proprio rischio e pericolo), non vale con riferimento ai settori regolamentati, dove, per entrare nel mercato, è necessario il rilascio di un provvedimento abilitante: qui si ammettono misure di natura asimmetrica.

⁹⁵ CGCE, 12 febbraio 1992, *Koninklijke c. Nederland*, in C. 48-90 e C. 66-90, in www.curia.europa.it (le pronunce del Giudice comunitario citate d’ora in avanti sono reperibili sul portale appena citato: si ometterà quindi di ripetere nuovamente la collocazione, salvo che per quelle pronunce, di particolare rilevanza ai fini della nostra trattazione, di cui sarà indicata la collocazione su rivista cartacea e le eventuali annotazioni dottrinali).

⁹⁶ Tra le tante v. Trib. I Grado CE *Fleuren Compost BV c. Commissione*, in T. 109-01 del 2004, CGCE, *Italia c. Commissione*, in C. 173/73 del 1974 e *Paesi Bassi c. Commissione*, in C. 382/99 del 2002.

⁹⁷ V. ad esempio, Trib. I Grado CE, *Thermenhotel Stoiser Franz e.a. c. Commissione*, in T. 158/99 del 2004, riportabile all’orientamento secondo cui in materia di aiuti di Stato vige il principio c.d. dell’investitore privato, chiaramente delineato nella pronuncia 6 marzo 2003, in cause, T-228 e 233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale, Land Nordrhein-Westfalen c. Commissione*, dove si legge: “per determinare se l’intervento dei pubblici poteri nel capitale di un’impresa presenti il carattere di un aiuto di Stato, si deve valutare se, in circostanze simili, un investitore privato operante in normali condizioni di un’economia di mercato, di dimensioni paragonabili agli enti che gestiscono il settore pubblico, avrebbe potuto essere indotto a procedere all’apporto di capitali in questione. In particolare, è rilevante chiedersi se un investitore privato avrebbe realizzato la transazione di che trattasi alle stesse condizioni e in caso negativo esaminare a quali condizioni avrebbe potuto realizzarla”.

⁹⁸ CGCE *Repubblica federale di Germania c. Commissione*, in C. 301/96 del 2003.

⁹⁹ PACE, *op. ult. cit.*, 261.

Ma su questo aspetto si tornerà più approfonditamente in seguito.

In questa sede si vuole piuttosto evidenziare che nella successiva evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale si colgono, quanto meno in una prima fase, degli elementi di continuità con la citata pronuncia, specie per quanto attiene ai profili che in questa sede maggiormente interessano. Ad esempio, *Corte Cost.*, 6 aprile 2005, n. 134¹⁰⁰ ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 18 e 19 della l. 350 del 2003 nel punto in cui (comma 18) trasferisce nello stato di previsione del Ministero delle politiche agricole e forestali le risorse, accertate al 31 dicembre di ogni anno, cui si riferisce l'art. 67, comma 1, l. 448 del 2001, e (comma 19) prevede che, nei limiti delle stesse, il predetto Ministero sottopone annualmente all'approvazione del CIPE i contratti di programma nei settori agricolo e della pesca.

Al riguardo il Giudice delle leggi rileva: *“l'elemento della dimensione macroeconomica dell'intervento previsto dalla disciplina impugnata [...] ha [nno] la funzione di stimolare la crescita economica e rafforzare la concorrenza sul piano nazionale, giustifica l'intervento dello Stato, poiché trattasi di interventi finanziari che rientrano nella materia della tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. (evidenziazione mia)”*.

Nella stessa direzione sembra esprimersi *Corte Cost.*, 21 aprile 2005, n. 162¹⁰¹, chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 82, della l. 350 del 2003 nella parte in cui prevede l'incremento delle disponibilità del fondo per il concorso nel pagamento degli interessi sulle operazioni di credito a favore delle imprese artigiane di cui all'art. 37 della l. 949 del 1957 e ss. mm..

Invero la Consulta 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, con la conseguenza che in attesa dell'attuazione del nuovo modello di cui all'art. 119 Cost. la logica di garantire la continuità dell'ordinamento impone la conservazione di finanziamenti a favore di un settore di importanza nodale per l'economia nazionale, quale quello

¹⁰⁰ In *Foro It.*, 2005, 1, 37.

¹⁰¹ In *Giur. Cost.*, 2005, 1314, con nota di GENTILINI.

dell'impresa artigiana, che riceve specifico riconoscimento anche nel testo della Costituzione (art. 45 Cost.).

Nondimeno, nello giungere alla ridetta soluzione, la Corte Costituzionale ha escluso che la normativa fosse riconducibile alla tutela della concorrenza, nel suo profilo dinamico e promozionale, “*essendo privo 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*”.

Perché un intervento statale possa qualificarsi come funzionale alla tutela della concorrenza è quindi necessario, argomentando *a contrario*, che si tratti di una misura che spieghi un impatto complessivo sul sistema economico generale.

In una successiva occasione¹⁰², in parziale controtendenza rispetto al punto pocanzi esaminato (la natura esigua della misura incentivante che opera come fattore che esclude la caratterizzazione della stessa come misura macroeconomica), il Giudice delle leggi – chiamato a sindacare la costituzionalità dell'art. 4, commi 61 e 63, della l. 350 del 2003, che prevede l'istituzione di un fondo per la realizzazione di azioni a sostegno di una campagna promozionale a favore del *made in Italy* – ha rilevato che “*la materia-funzione 'tutela della concorrenza' [...] deve essere intesa in senso dinamico e il carattere (asseritamente) modesto dal punto di vista finanziario dell'intervento statale non determina di per sé l'estraneità alla suddetta materia, potendo le scelte del legislatore essere censurate in questa materia solo quando i loro presupposti siano manifestamente irrazionali e gli strumenti di intervento non siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi?*” (in altri termini, come già rilevato nella pronuncia del 2004, il Giudice costituzionale dispone dei poteri di valutazione tipici di un sindacato estrinseco, non potendo sindacare il *merito* della soluzione adottata da un punto di vista economico); relazione di ragionevolezza e proporzionalità che nella specie viene ritenuta sussistente, con conseguente legittimità della misura.

Nell'evoluzione più recente della giurisprudenza della Corte Costituzionale possono nondimeno cogliersi, rispetto al quadro finora tracciato, degli elementi di discontinuità.

Anzitutto, con il passare del tempo, la Corte ha avuto modo di occuparsi anche di altre sfaccettature della nozione di

¹⁰² Corte Cost., 4 maggio 2005, n. 175, in *Giur. Cost.*, 2005, 1591.

concorrenza, sicché può ritenersi che siano ascrivibili ad essa, sinteticamente: le “*misure di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione*”¹⁰³; 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*”¹⁰⁴; 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 del mercato a tutti gli operatori economici*”¹⁰⁵, ed è quanto avvenuto nel settore dei servizi pubblici (specialmente in ambito locale) caratterizzato da una concorrenza *per* il mercato e non *nel* mercato¹⁰⁶.

Dal catalogo or ora riportato emergerebbe, rispetto alla prima fase della giurisprudenza inaugurata dalla pronuncia n. 14 del 2004 e proseguita da quelle più sopra ricordate, un *riavvicinamento* della Corte Costituzionale alla nozione comunitaria di concorrenza¹⁰⁷.

¹⁰³ Corte Cost., 14 dicembre 2007, n. 430, in *Giur. Cost.*, 2008, 6. Rilevano che la linea argomentativa seguita dal Giudice costituzionale nella citata pronuncia non sia del tutto coerente con le premesse CORSO, FARES, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*, in *Foro It.*, 2008, I, 1786.

¹⁰⁴ Cfr. ancora Corte Cost., 14 dicembre 2007, n. 430, *cit.*.

¹⁰⁵ Corte Cost., 233 novembre 2007, n. 401, in *Giur. Cost.*, 2007, 4447 con note di CASSETTI e LOMBARDI.

¹⁰⁶ Su tali aspetti, sui quali si tornerà appresso, si rinvia fin d’ora a LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007, *passim*, e ivi ulteriori riferimenti. Vedi poi PACE, *Libertà “del” mercato e “nel” mercato*, in AA. VV., *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, a cura dell’Associazione Nazionale dei Costituzionalisti, Padova, 1997, spec. 180 e ss., il quale nota che “*una Costituzione, per quanto possa essere ‘liberista’, non può (né deve) garantire il ‘mercato’ come tale, altrimenti tutto diverrebbe suscettibile di valutazione economica e disponibilità giuridica*”. La scelta del Costituente, rileva l’A., “*non è la ‘libertà di mercato (idonea di per sé ad incidere su altri interessi primari: la salute, la sicurezza, ecc.)*”, quanto piuttosto “*la libertà di iniziativa economica privata*” e quindi libertà del mercato intesa “*come la risultante della convergente presenza, in un dato settore, di una pluralità di operatori e di una disciplina giuridica che predetermini le regole del gioco, valide per tutti nella stessa misura*”.

¹⁰⁷ In questo senso v. di recente Corte Cost., 12 febbraio 2010, n. 45, in *Giur. Cost.*, 2010, 509. Nel mentre, in altra pronuncia (Corte Cost., 14 marzo 2008, n. 63, in *Foro It.*, 2008, 5, I, 1369), il distacco dalla giurisprudenza del 2004 e del 2005 sembra più netto: nella citata occasione, infatti, la Consulta ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 1, comma 583, della l. 296 del 2006 (legge finanziaria 2007), nella parte in cui non prevede che i poteri del CIPE di determinazione di criteri e modalità di attuazione degli interventi del “Fondo per il finanziamento degli interventi consentiti dagli Orientamenti Ue sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese e difficoltà” siano esercitati d’intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano. Posto infatti che “*nell’ambito della competenza residuale delle Regioni, non è configurabile né una materia*

Non è peraltro escluso - non risulta dai *dicta* della Corte Costituzionale – che una misura di “impatto complessivo” possa essere inquadrata, quanto meno, sia nella prima che nella seconda tipologia 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*”¹⁰⁸, e che tali interventi possano compendiarsi (per quanto ciò possa

impresa, né una materia ‘sviluppo economico’, e che la competenza in materia di tutela della concorrenza non giustifica l'intervento del legislatore statale in relazione ad aiuti di Stato (evidenziazione mia), e che la norma impugnata non costituisce adempimento di un obbligo comunitario di esclusiva competenza statale, le materie interessate dai finanziamenti in esame corrispondono a molteplici settori (ad esempio il commercio, l'agricoltura, il turismo e l'industria) nei quali operano le imprese in difficoltà che siano beneficiarie dei medesimi, riconducibili a materie di competenza regionale”. Tuttavia, in quanto gli interventi del fondo non sono diretti a perseguire finalità di politica economica di rilievo esclusivamente regionale “*in tanto sono giustificate la deroga al normale riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni e la conseguente ‘attrazione in sussidiarietà’ allo Stato della relativa disciplina [...] in quanto lo Stato coinvolga le Regioni stesse*”.

Sulla pronunce (già citate nelle note precedenti) n. 401 del 2007 e n. 45 del 2010, in relazione alle quali va ancora una volta sottolineata la specificità della materia controversa (definire a chi spetti la competenza legislativa in materia di lavori pubblici, in genere, e con riguardo alle Regioni a Statuto speciale, rispettivamente), cfr. le perspicue osservazioni di FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2010, spec. 29 e ss., ad avviso del quale: “*in sostanza la Corte costituzionale afferma con chiarezza che la disciplina sulla contrattazione delle amministrazioni pubbliche deve raccordarsi con le esigenze di un mercato in cui vanno preservate le aspettative delle imprese. Tale conclusione, secondo la Consulta, trova sicuro ancoraggio nell'influenza del diritto comunitario*”. Con riguardo specifico alla sentenza n. 45 del 2010, il citato A. osserva che “*in relazione alla latitudine della potestà statale, deve registrarsi la precisazione successivamente operata in relazione alle regioni e alle province a statuto speciale [...] i cui statuti speciali attribuiscono una competenza esclusiva in materia di lavori pubblici d'interesse regionale e provinciale*”, precisazione che può così sintetizzarsi: “*la Corte [...] esclude che la riforma del Titolo V abbia potuto comprimere la precedente autonomia e statuisce che essi possono continuare a legiferare, con il vincolo, però, di rispettare le norme statali di riforma economico-sociale [...], gli obblighi internazionali e i principi dell'ordinamento della repubblica, ivi compresi quelli attinenti ai rapporti privatistici [...]*”. Fatte tali premesse, l'A. rileva che “*tale sentenza, frazionando l'unitarietà degli oggetti regolati dal Codice [...] può avere ripercussioni sia in ordine all'uniformità della disciplina sia in ordine allo spettro applicativo del regolamento statale di attuazione che non può concernere le materie rientranti nella competenza esclusiva delle regioni e delle province a statuto speciale*”. Se quindi, come rilevato più sopra, e come sottolineato dalla citata dottrina, la nozione di concorrenza qui accolta è effettivamente ancorata al diritto comunitario, ciò nondimeno, e non potrebbe essere diversamente attesa la diversità dei casi che hanno dato luogo alle pronunce costituzionali del 2004 e del 2007, si può notare che pur quando ha operato una lettura costituzionalmente orientata della nozione in esame, la Consulta non ha mai apertamente sconfessato l'orientamento inaugurato dalla sentenza n. 14, che sostanzialmente, e come rilevato dalla dottrina, ha ricostruito, operando con schemi invero alquanto lontani da quelli suggeriti (*rectius*: imposti) dal diritto comunitario, l'aiuto di stato *come mezzo di tutela della concorrenza*. Resta ancora il fatto, che sarà sottolineato anche nel testo, che la tutela della concorrenza è contemporaneamente titolo sulla base del quale il legislatore nazionale (auto)legittima il proprio intervento per estendere l'ambito applicativo dell'art. 19

apparire paradossale) 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 di Stato diventa una forma di tutela della concorrenza*.

In questa stessa ottica può forse essere letta – pur nella consapevolezza della peculiarità della vicenda controversa (il c.d. caso Alitalia) – *Corte Cost.*, 22 luglio 2010, n. 270¹⁰⁹.

Com'è noto, il T.A.R. Lazio aveva sollevato, con riferimento agli artt. 3 e 41 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 10, del d.l. 134 del 2008, convertito con modifiche nella l. 166 del 2008, nella parte in cui ha introdotto il comma 4-*quinquies* nell'art. 4 del d.l. 347 del 2003.

In sintesi, la norma impugnata stabilisce che le operazioni di concentrazione concluse dalle imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria, che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, sono escluse dalla necessità di autorizzazione di cui all'art. 10 della l. 287 del 1990 (istitutiva dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato).

La norma costituirebbe, a dire del Collegio remittente (che suffraga la sua conclusione sulla base dell'esame dei lavori preparatori), una legge-provvedimento, irragionevole perché ha reso possibile (senza esplicitarne le 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 sul 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 stretto¹¹⁰, in relazione al suo specifico

della l. 241 del 1990, e quindi per realizzare una liberalizzazione, e sul quale la Corte Costituzionale costruisce, unitamente alla considerazione del carattere macroeconomico della misura, la legittimazione del legislatore statale a prevedere incentivi, secondo una logica di intervento *attivo* della mano pubblica nelle faccende economiche, che si pone in antitesi con quella sottesa alla sostituzione del previo atto abilitativo con una dichiarazione privata (in funzione legittimante) che attesti la sussistenza dei presupposti e requisiti di legge. E quindi la considerazione fatta nel testo, per cui il concetto di tutela della concorrenza presenta ancora confini incerti - se è vero che si presta a ricomprendere interventi normativi ispirati da *ideologie* opposte dell'intervento pubblico nell'economia - sembra quanto meno plausibile.

¹⁰⁸ Così Corte Cost., 2004, n. 272, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1971, con nota di IANNOTTA R..

¹⁰⁹ In *www.cortecostituzionale.it*.

contenuto¹¹¹, 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”¹¹², 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 – 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, citt.); 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 è 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 rispetto alla valenza macroeconomica dell'intervento come possibile indice della loro legittimità costituzionale¹¹³.

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

¹¹⁰ Corte Cost., 29 ottobre 2002, n. 429, in *Giur. Cost.*, 2002, 3230, con nota di PINELLI; 26 maggio 1998, n. 185, *ivi*, 1998, 1510.

¹¹¹ Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 137, *ivi*, 2009, 1472, con nota di SPUNTARELLI.

¹¹² Corte Cost., 15 maggio 1990, n. 241, in *Giur. Cost.*, 1990, 1467.

¹¹³ Alla luce del quale si spiega (e si legittima) evidentemente la competenza esclusiva del legislatore statale. Non sembra casuale infatti che proprio nella pronuncia n. 14 del 2004 si legge che “la tutela della concorrenza [...] costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”).

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 ad impatto complessivo ad incidere sull'equilibrio economico generale*, 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 nostro avviso, ai riferimenti espliciti ai propri precedenti riguardo all'art. 117, comma 2, lett. e)] in quanto intento del legislatore era quello di *“garantire la continuità del trasporto aereo su tutte le rotte nazionali e di evitare la dissoluzione di 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 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.

In ogni caso, a conclusione di queste brevi notazioni sulla *“tutela della concorrenza”*, sembra che sotto tale vessillo il legislatore nazionale abbia talora dato luogo ai (o meglio accelerato

i) processi di liberalizzazione (è il caso della riforma della d.i.a.) talaltra alimentato quel 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 invero notevolmente diverse tra loro, essendo rispettivamente riferibili all'idea dello Stato "attore dell'economia" e dello Stato "regolatore e controllore" delle iniziative private.

5. Segue: la concezione di libertà economica fatta propria dalla Corte Costituzionale. In specie: la giustificazione di misure limitative e l'incostituzionalità delle restrizioni intollerabili.

Così chiarito, da un lato, il profilo che attiene all'individuazione delle ragioni che spingono la Corte Costituzionale a ritenere una normativa limitativa della libertà di iniziativa economica conforme all'art. 41 Cost. (deve trattarsi di una normativa che cauteri l'impresa contro la *durezza del mercato*, e quindi di un intervento pubblico che funga da fattore di mediazione e riequilibrio delle tendenze spontanee di esso) e, dall'altro, quanto dalla stessa Corte ritenuto in relazione alla compatibilità di misure incentivanti previste dalla normativa statale con il quadro costituzionale (e segnatamente dei confini della materia 'tutela della concorrenza') e con quello comunitario (non immune come detto da censure, considerato che, nel ragionamento svolto dalla Corte ogni intervento che abbia una portata macroeconomica è mezzo di tutela della concorrenza); ravvisata la continuità tra tali orientamenti, e le connesse criticità¹¹⁴; sembra più agevole

¹¹⁴ La dottrina rileva che "mentre l'art. 41 Cost. si limita a riconoscere la concorrenza, il nuovo art. 117 ne fa oggetto di doverosa tutela", e che "affermare come fa la Corte che la tutela della concorrenza si estende anche agli aiuti di Stato non significa forse, al di là delle sue intenzioni, e al di là del problema di riparto delle competenze tra Stato e Regioni, ritenere legittimo (col solo limite della ragionevolezza) qualsiasi intervento pubblico di sostegno, ivi inclusi gli 'incentivi a pioggia' di infausta memoria?": in tal senso v. PACE, *op. ult. cit.*, 263. D'altro canto, si ritiene che la valutazione della giurisprudenza in tema di tutela della concorrenza "lascia molto perplessi" (così LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 1439). Infatti, "sembra possibile auspicare un più vigile impiego di termini tecnici del linguaggio economico (macroeconomico, equilibrio economico generale, concorrenza in senso dinamico), nelle sentenze della Consulta. Un uso impressionistico o addirittura arbitrario può solo nuocere alla efficacia comunicativa e alla possibilità di controllo razionale delle decisioni. In particolare, l'uso linguistico della Corte rischia di diffondere una concezione di 'concorrenza in senso dinamico' come politica di sostegno alle imprese o a settori economici, che non ha nulla a che vedere con la nozione di 'concorrenza dinamica' che è propria del linguaggio economico e che [...] dovrebbe ritenersi centrale nella ricostruzione del significato di 'concorrenza' come bene giuridico". Il riferimento da cui tale osservazione trae l'abbrivio è costituito, in specie, da Corte Cost., 27 luglio 2004, n. 272 (in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1971, con nota di IANNOTTA R. ed in *Giur. Cost.*, 2004, 2748, con nota di BELLOMIA,

comprendere (e siamo al secondo punto nel quale si articola l'analisi macroprospettica della giurisprudenza costituzionale sull'art. 41) quale sia, complessivamente, la concezione che la Corte Costituzionale ha della libertà economica.

Il punto di partenza è costituito dall'analisi di *Corte Cost.*, 16 dicembre 1958, n. 78¹¹⁵, che ha dichiarato l'incostituzionalità del d.lgs. del Capo provvisorio dello Stato n. 929 del 1947 in materia di massimo impiego di lavoratori agricoli.

Si tratta(va), in specie, di una normativa che consentiva (tramite decreto prefettizio e previo parere favorevole di un'apposita commissione) l'imposizione dell'obbligo, in capo ai conduttori a qualsiasi titolo di aziende agrarie o boschive, di assumere mano d'opera da adibirsi "nell'annata agricola o durante le singole stagioni di essa alla coltivazione [...]

]” (art. 1).

Nel valutare la compatibilità di tale normativa con l'art. 41 Cost., la Corte Costituzionale parte dalla premessa che “*l'iniziativa economica in questo settore tende a regolare l'azienda in modo che [...] venga nell'azienda stessa impiegata mano d'opera che per numero, qualità, specializzazione, operosità del conduttore ritenga necessaria al raggiungimento dei fini economici prefissi*”, per giungere alla conclusione che il riconoscimento di un simile (ed assai ampio) potere al Prefetto (“al fine di favorire il massimo impiego possibile di lavoratori agricoli”) risulta gravemente lesivo della libera e autonoma valutazione dell'operatore agricolo in relazione a quelli che, a suo giudizio,

nonché in *Serv. Pubbl. e app.*, 2004, 824, con nota di POLICE e GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*), che ha ribadito la legittimità dell'intervento statale che sia volto alla *promozione della concorrenza*, censurando per altro verso la parte della disciplina nazionale (art. 113-bis TUEL) che si riferiva ai servizi locali privi di rilevanza economica, rispetto ai quali non sussistendo la possibilità di un mercato concorrenziale, prevale la competenza organizzativa dell'ente locale. In senso contrario, vedi quanto rileva RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia*, cit., spec. 132. Ad avviso di tale A., la lettura fornita dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 14 del 2004 “*a prima vista incongrua e forzata [...] risulta però coerente con l'impostazione tipica della Corte, che correla l'intervento pubblico ad una dimensione storico-evolutiva dei processi economici che sfugge all'astratta atemporalità delle teorie del mercato*”. Ed ancora: “*nella proposizione citata si nasconde una sottile critica alle teorie che non tengono conto dell'attrito del reale e immaginano il processo economico come un meccanismo regolato matematicamente*”. Se quindi i mercati lasciati a sé stessi non tendono all'equilibrio, e pertanto necessitano costantemente di una regolazione; se il ripristino dell'equilibrio comporta elevati costi economici e sociali, “*ne consegue la necessità di anticipare la logica insita nel processo dinamico, agendo gradualmente nel corso del tempo in modo da ridurre gli squilibri, favorire lo sviluppo del mercato e instaurare assetti concorrenziali*”.

¹¹⁵ In *Giur. Cost.*, 1958, 979.

possono essere gli adeguati elementi per dimensionare l'azienda e provvedere alla sua interna organizzazione.

Né la normativa sull'imponibile di mano d'opera può trovare giustificazione nelle previsioni del secondo e terzo comma dell'art. 41 Cost.: *“non gioverebbe a sostegno della tesi opposta a quella che viene dalla Corte accolta nella presente sentenza, invocare la locuzione costituzionale per ravvisare in essa l'ammissibilità di una compressione dell'iniziativa economica privata così penetrante da dar fondamento al sistema dell'imponibile di mano d'opera”*.

La normativa recata dal decreto 929, quindi, lungi dal riguardare attività nocive alla sanità o all'incolumità dei cittadini o che importino la lesione della dignità dei lavoratori (rispetto alle quali le limitazioni alla generale libertà di cui al primo comma dell'art. 41 Cost. si giustificano in forza di quanto previsto dal secondo comma della medesima disposizione), e non potendo essere riguardata (ai sensi e per gli effetti di cui al terzo comma dell'art. 41 Cost.) come idonea a delineare da un punto di vista della generale utilità programmi *“diretti a stimolare, indirizzare, coordinare l'attività economica al fine di dare effettivo incremento alla produzione”*, si profila piuttosto come idonea ad *“interferire nell'attività economica di singoli operatori, turbando e comprimendo quell'iniziativa privata che è garantita dal primo comma dello stesso articolo”*¹¹⁶.

In altre parole, la legge, anche quando sia diretta a perseguire finalità di carattere generale (nella specie il raggiungimento dell'obiettivo della piena occupazione nel settore agricolo), non può comprimere quel nucleo minimo ed irriducibile in cui si concreta la libertà dell'imprenditore, e cioè il potere di operare le scelte relative al dimensionamento dell'azienda ed alla sua organizzazione interna.

L'orientamento seguito dalla Corte in questo remoto precedente, cui si è conformata più di recente *Corte Cost., 28 luglio 1993, n. 356*¹¹⁷, è in un certo qual modo controbilanciato dalla giurisprudenza (principalmente degli anni '60 e '70) favorevole a riconoscere la legittimità di limitazioni dell'autonomia imprenditoriale a fronte di esigenze contingenti e settoriali di politica economica¹¹⁸.

¹¹⁶ Sul punto vedi DALFINO E., *Rassegna di giurisprudenza costituzionale sulla libertà di iniziativa economica*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960, III, 170, spec. 173.

¹¹⁷ In *Foro It.*, 1993, I, 2748.

¹¹⁸ Sul punto, v. RAMAJOLI, *op. cit.*, 135.

Vanno ascritte a questo filone:

- *Corte Cost.*, 8 febbraio 1962, n. 5¹¹⁹, in materia di ammasso obbligatorio del risone (d.lgs. 439 del 1947). Giova precisare che in generale l'ammasso obbligatorio rientra tra quelle misure che prevedono l'utilizzazione coattiva delle forze di imprese private assicurando la provvista di materie prime ritenute necessarie: è stato precisato che *“il provvedimento che, sulla base dell'attribuzione di una certa quantità di beni [...] appositamente 'fermati', impone a determinate imprese (eventualmente gestite da soggetti pubblici) la lavorazione, trasformazione, fabbricazione, distribuzione, ecc., di quelli, è l'assegnazione, più in particolare qualificata, in rapporto alla specifica finalità politico-economica che la regge, e alla natura dell'attività regolata, come assegnazione industriale o commerciale (evidenziazioni dell'Autore)”*¹²⁰. Con specifico riferimento all'ammasso di risone¹²¹, la Corte Costituzionale, partendo dalla premessa che altro è l'imposizione dell'obbligo di conferimento di certi prodotti all'ammasso, altro l'espropriazione di cui all'art. 42, terzo comma, Cost. – *“perché l'espropriazione si realizza mediante un atto d'autorità che importa immediatamente il trasferimento della proprietà, mentre il trasferimento dei prodotti conferiti all'ammasso ha luogo in virtù di una cessione, per quanto dovuta”* – l'uno e l'altra differendo a loro volta dalla riserva originaria di cui all'art. 43 Cost. *“perché questo articolo non interessa qualsiasi categoria di cose ma soltanto le imprese (evidenziazione mia)”*, conclude nel senso che *“non può dubitarsi che l'obbligo di conferimento all'ammasso di prodotti agricoli ai fini della tutela della produzione nell'interesse generale della collettività nazionale rappresenti un limite imposto all'attività economica dei produttori per ragioni di utilità sociale (evidenziazione mia)”*. Siffatte ragioni di utilità sociale prescindono dalla natura voluttuaria o di prima necessità del prodotto di che trattasi: sulla base di questa premessa, *Corte Cost.*, 14 giugno 1962, n. 54¹²² ha ritenuto (si trattava nella specie di valutare la legittimità

¹¹⁹ In *Giur. Cost.*, 1962, 40, con osservazioni di CRISAFULLI e nota di ESPOSITO, *Gli artt. 3, 41 e 43 della Costituzione e le misure legislative e amministrative in materia economica*.

¹²⁰ In questo senso, SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, ora in *Opere giuridiche*, II, Napoli, 2001, spec. 256.

¹²¹ Su cui v. PUTZOU, *Natura giuridica del rapporto tra l'Ente naz. Risi e gli industriali incaricati della lavorazione e distribuzione del riso*, in *Foro It.*, 1953, I, 1273, mentre più in generale sulla posizione e la funzione dell'Ente nazionale risi cfr. ALESSI, *Intorno ai poteri dell'Ente naz. Risi*, in *Foro padano*, 1956.

¹²² In *Giur. Cost.*, 1962, 640.

costituzionale ella normativa sull'obbligo di vendita dell'essenza di bergamotto mediante consorzio) che la finalità sociale non può escludersi *“in vista del carattere particolare o localmente limitato della categoria degli operatori economici, e nemmeno in considerazione della natura voluttuaria del prodotto”*. Ciò in quanto *“anche una produzione limitata [...] e relativa a prodotti di non largo consumo può avere apprezzabili riflessi sull'economia generale e assumere quel carattere, più o meno intenso, di socialità che è idoneo a giustificare l'intervento direttivo e coordinatore della legge”*¹²³;

- Corte Cost. 27 giugno 1975, n. 200¹²⁴, intervenuta a riconoscere la legittimità costituzionale di una normativa sulla disciplina dei prezzi di beni di largo consumo (d.l. 427 del 1973, conv. in l. 496 del 1975), normativa ispirata dall'intento di frenare la spinta inflazionistica particolarmente accentuatasi nei primi mesi del 1973. In specie, ad avviso dei giudici *a quibus*, siffatta normativa supererebbe il limite di tollerabilità *“che ogni disciplina vincolistica deve pur avere e che è costituita dalla necessità di lasciare all'operatore un ragionevole margine di utile, affinché egli possa trovare, nell'esercizio dell'attività economica, la convenienza a iniziare e proseguire il proprio lavoro”*, convenienza che viene meno laddove, attraverso il blocco dei prezzi, l'imprenditore sia costretto ad acquistare materie prime ad un costo superiore, senza possibilità di ritrarre alcun utile dalla conduzione della propria attività. La Corte Costituzionale esprime peraltro un diverso avviso, in considerazione *“dell'eccezionalità del momento”* e della *“relativa brevità del periodo di blocco”*;

¹²³ Giova ricordare che nella citata pronuncia la Corte Costituzionale ha ravvisato il contrasto delle norme impugnate con l'art. 41 Cost. (non già nella non sussistenza delle ragioni di utilità sociale, considerata la particolare natura del prodotto, ma) nella non rispondenza di esse al principio della riserva di legge, nei termini in cui questa è disposta dal terzo comma di detto articolo. Si legge infatti che: *“una grave limitazione all'iniziativa economica privata, tale da inibire in sostanza ogni libera disponibilità del prodotto, è stata disposta dalla legge impugnata non soltanto senza la minima specificazione di indirizzi e programmi, ma senza indicazione alcuna di dati attraverso i quali si manifestino in qualche modo i fini di utilità sociale e i criteri ai quali all'uopo la legge si sarebbe ispirata [...]”. Le determinazioni programmatiche della legge possono essere indubbiamente diverse, a seconda della natura dell'attività economica e della finalità sociale che si tende a perseguire; e può anche ammettersi che in talune ipotesi esse si presentino di complessità notevolmente minore che non in altre. Ma non può essere dubbio che la loro totale mancanza, come nel caso di specie, significhi che il principio della riserva di legge non è stato rispettato”*. Sui rapporti tra attività di incentivazione e principio di legalità, si tornerà appresso. Quanto alla natura della riserva di legge di cui all'art. 41, terzo comma, Cost., ed alla collegata giurisprudenza costituzionale, v. SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata*, cit., spec. 277, ed *ivi* ulteriori riferimenti.

¹²⁴ In *Giur. Cost.*, 1975, 1558.

- *Corte Cost.*, 26 giugno-5 luglio 1990, n. 316 ¹²⁵, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, terzo e quarto comma, del d.l. 857 del 1976, conv. in l. 39 del 1977 (disposizione, quella recata dall'art. 11, abrogata nella sua interezza dall'art. 354 del d.lgs. 209 del 2005, Codice delle assicurazioni private). La normativa censurata riconosceva al commissario liquidatore il potere di trasferire il portafoglio dell'impresa di assicurazione posta in liquidazione, ancorché tale potere non fosse espressamente previsto nel decreto di liquidazione (primo comma), ed affidava al comitato del "Fondo di garanzia per le vittime della strada", per un verso, la competenza a disporre la ripartizione fra le altre imprese autorizzate ad operare nel settore assicurativo laddove il commissario liquidatore non vi avesse potuto provvedere (terzo comma) e, per altro verso, la competenza alla *correlativa* ripartizione del personale dell'impresa in liquidazione fra le imprese alle quali fosse stato trasferito il portafoglio (quarto comma). Ora, se è vero (come assumevano i remittenti) che in nessun altro settore economico, in caso di crisi occupazionale determinata dal fallimento dell'impresa, la libertà organizzativa delle altre imprese subisce una compressione così grave, è altresì vero che *"l'obbligatorietà dell'assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione degli autoveicoli accentua fortemente l'inerenza dell'interesse pubblico alle imprese autorizzate ad esercitarla e perciò giustifica l'assoggettamento dell'esercizio del diritto d'impresa a limiti più penetranti, a salvaguardia non solo dell'interesse alla continuità dei contratti d'assicurazione nel caso di liquidazione coatta di un'impresa, ma anche dell'interesse alla conservazione dei livelli occupazionali. Tali limiti sono corrispettivi allo specifico vantaggio che a queste imprese è procurato dall'obbligo imposto ai proprietari di autoveicoli di assicurarsi presso di esse"*;
- *Corte Cost.*, 10-22 giugno 2004, n. 176 ¹²⁶ che ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale (sollevata con riferimento agli artt. 3, 41, 117, primo e secondo comma lett. e) Cost.) di una normativa regionale che prevede la sospensione

¹²⁵ In *Giur. Cost.*, 1990, 2025, con nota di LUCIANI, *Libertà di impresa (di assicurazione) e garanzia dei livelli occupazionali. Prime osservazioni alla sentenza n. 316 del 1990 della Corte Costituzionale*.

¹²⁶ In *Giur. Cost.*, 2004, 1805, con nota di CASSETTI, *La ragionevolezza della legislazione regionale in materia di grande distribuzione commerciale tra tutela della concorrenza e libertà di iniziativa economica privata*.

del rilascio di nuove autorizzazioni per l'apertura di grandi strutture di vendita "fino all'approvazione dei piani di coordinamento territoriale che stabiliscono, d'intesa con i Comuni, la programmazione riguardante la grande distribuzione con relative individuazione di zone idonee, anche attraverso la valutazione dell'impatto dei flussi di traffico riferiti alla grande distribuzione in ambito provinciale [...]". Ad avviso del ricorrente (il Presidente del Consiglio dei Ministri), siffatta normativa si porrebbe in contrasto: con l'art. 117, secondo comma, lett. e) Cost., nonché con il primo comma della stessa disposizione atteso che da tale disposizione si evince che la potestà legislativa (ivi inclusa quella regionale) trova il proprio limite nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, che garantisce il diritto di stabilimento; con l'art. 41 Cost., considerato che l'esercizio della libertà ivi riconosciuta e garantita sarebbe subordinata alla efficienza e tempestività di più autorità amministrative facenti capo a diversi soggetti; con l'art. 3 Cost., in quanto vi sarebbe una irragionevole disparità di trattamento tra la grande distribuzione e le iniziative minori. Interessa notare, quanto all'asserito contrasto con la norma che riserva alla competenza esclusiva del legislatore statale la materia "tutela della concorrenza", che la Corte ritiene di non potersi pronunciare in merito, non essendo deducibile dal ricorso alcuna motivazione che consenta a questa di *"valutare quale possa essere l'incidenza dell'intervento regionale sul regime della concorrenza e dunque sull'equilibrio economico generale"*. Le coordinate interpretative di riferimento, quindi, sono quelle tracciate dalla ricordata pronuncia n. 14 del 2004, ancorché nella specie il Giudice delle leggi rilevi di non essere in grado di valutare, attesa la laconicità del ricorso introduttivo sul punto, se la misura prevista dalla normativa regionale censurata, in quanto di carattere macroeconomico, dovesse essere viceversa adottata dal legislatore nazionale. Circa l'asserito contrasto con l'art. 41 Cost., la Corte Costituzionale rileva, sulla base dell'esame della normativa conferente (in specie, l. R. Marche, 34 del 1992), che la previsione di termini certi entro i quali l'amministrazione provinciale sia tenuta a concludere il procedimento di adeguamento dei piani territoriali di coordinamento, nonché la previsione di rimedi di tutela azionabili in caso di inerzia

dell'amministrazione stessa, “forniscono una protezione adeguata alla libertà di iniziativa economica”. La normativa censurata, nel punto in cui subordina il rilascio dell'autorizzazione per l'apertura di una grande struttura di vendita alla previa programmazione urbanistica, introduce “un limite non irragionevole all'iniziativa economica privata per la salvaguardia di un bene di rilievo costituzionale, qual è il governo del territorio”.

Così come quando si tratta di valutare la congruità di una misura statale volta alla tutela della concorrenza (nell'accezione assai ampia che ne fornisce la Corte Costituzionale), così anche quando si tratta di verificare se le limitazioni eventualmente imposte alla libertà di iniziativa economica privata rispondano a finalità di carattere generale (quali quelle contemplate nel secondo e nel terzo comma dell'art. 41 Cost.) il sindacato possibile da parte del Giudice delle leggi è di tipo debole, potendo appuntarsi “solo [su]gli aspetti logici del problema”¹²⁷. In altre parole, il giudice costituzionale, cui sono preclusi apprezzamenti di ordine politico, “deve arrestarsi di fronte alla valutazione che il legislatore ha fatto degli elementi del problema che lo hanno portato a ritenere l'esistenza e la congruità dei motivi posti a fondamento della sua statuizione [...]”, mentre spetta “solo al legislatore un'eventuale nuova valutazione complessiva di tutti quegli elementi, anche emersi [...] nel giudizio”¹²⁸.

Vi sono nondimeno pur dopo la ricordata pronuncia del 1958 in materia di imponibile di mano d'opera nel settore agricolo, delle sentenze nelle quali il Giudice delle leggi si mostra maggiormente incline a far sì che l'iniziativa economica privata sia effettivamente libera (attraverso la declaratoria di incostituzionalità di leggi che impongano alla stessa delle intollerabili limitazioni), piuttosto che a giustificare, anche in considerazione delle caratteristiche di un sindacato estrinseco di ragionevolezza, le limitazioni imposte a siffatta libertà.

Assumono perspicuo interesse, in tale contesto:

- Corte Cost., 21 maggio-3 giugno 1970, n. 78¹²⁹, che ha ritenuto non conforme all'art. 41 Cost., la normativa che aveva disposto la costituzione di un consorzio obbligatorio tra le imprese

¹²⁷ Corte Cost., 22 giugno 1971, n. 137, in *Foro It.*, 1971, I, 1776.

¹²⁸ Corte Cost., 15 febbraio 1980, n. 20, in *Giur. Cost.*, 1980, 171; in termini: Corte Cost., 14 aprile 1988, n. 446, *ivi*, 1988, 2049; Corte Cost., 14 giugno 2001, n. 190, *ivi*, 2001, 1462, con nota di MORRONE, *Libertà d'impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale*.

¹²⁹ In *Giur. Cost.*, 1970, 1037.

operanti nel settore della produzione di fiammiferi, sulla scorta del rilievo che “i programmi ed i controlli che possono essere imposti alla attività economica privata non debbono sopprimere l’iniziativa individuale, potendo essi soltanto tendere ad indirizzarla ed a condizionarla”;

- Corte Cost., 28 ottobre-6 novembre 1998, n. 362¹³⁰ che concerne specificamente i limiti che incontra il legislatore regionale, nella specie in materia di agenzie di viaggio, e che conclude nel senso che a tale legislatore sia preclusa “la creazione di artificiose barriere territoriali all’espandersi dell’impresa e al diritto di questa di calibrare le proprie capacità organizzative sulla propria capacità produttiva”. Nella specie veniva in rilievo una normativa regionale che subordinava l’apertura di filiali o sedi secondarie ad autorizzazione regionale (comprendendovi anche le agenzie che avessero la loro sede principale in altre Regioni) e che faceva dipendere dalla distinzione tra sede principale e secondaria l’imposizione di determinati oneri (ad esempio si prevedeva che il direttore tecnico prestasse la propria attività in una sola agenzia o filiale, a tempo pieno e con carattere di continuità ed esclusività). Per quanto specificamente attiene al primo aspetto, dalla lettura in combinato disposto degli artt. 41 e 120 Cost., si desume che “la decisione se mantenere l’attività di impresa circoscritta all’ambito territoriale in cui è sorta o se estenderla ed articolarla in un territorio più vasto, all’interno di una stessa Regione o anche oltre i confini di questa, è espressione della libertà organizzativa dell’imprenditore ed è affidata esclusivamente alla sue valutazioni”;
- Corte Cost., 6-26 giugno 2001, n. 207¹³¹, intervenuta a dichiarare l’illegittimità costituzionale di una normativa regionale che prevedeva un “sistema di qualificazione” delle imprese per gli appalti di lavori pubblici di una certa tipologia, fondato “su un albo di preselezione di carattere regionale dotato di efficacia triennale con riferimento alla presenza di un’adeguata ed efficiente organizzazione aziendale su tutto il territorio regionale”; sistema che si porrebbe in contrasto (ai fini che qui rilevano) per un verso con gli artt. 3 e 120 Cost., poiché

¹³⁰ In *Foro It.*, 1999, I, 42, con nota di SALMONI, *Quando la concorrenza diventa il limite della libertà di impresa. Riflessioni a partire da una sentenza della Corte Costituzionale*. In termini con la pronuncia del 1998, cfr. Corte Cost., 13 marzo 2001, n. 54, in *Giur. Cost.*, 2001, 336; 24 ottobre 2001, n. 339, *ivi*, 2001, 2900; 30 dicembre 2003, n. 375, *ivi*, 2003, 3840.

¹³¹ In *Urb. e app.*, 2002, 47, con nota di DE PAULI, *La Corte costituzionale e i sistemi regionali di qualificazione: la ‘bocciatura’ della valle d’Aosta*, ed in *Le Regioni*, 2002, 382, con nota di RAUTI, *L’interpretazione adeguatrice come criterio logico tra rilevanza e non manifesta infondatezza*.

determinerebbe una ingiusta discriminazione, tra le imprese operanti nel territorio nazionale, a sfavore di quelle non ubicate o radicate nel territorio regionale e per altro verso con l'art. 41 Cost. in quanto frapporrebbe ostacoli al libero esercizio dell'attività al libero esercizio dell'attività imprenditoriale. La pronuncia costituisce un ulteriore esempio di come la Corte Costituzionale eserciti in materia il proprio sindacato di ragionevolezza, allorché si tratti di dichiarare l'incostituzionalità di norme limitative della libertà di iniziativa economica privata: ed infatti, *“il requisito della adeguata ed efficiente organizzazione aziendale su tutto il territorio regionale [...] non è fondato su alcuna ragione tecnica, né può essere ragionevolmente giustificato in nome dell'efficienza e del buon andamento dell'amministrazione (evidenziazione mia) perché è evidentemente ben possibile che anche imprese aventi sede e organizzazione stabile fuori dal territorio regionale possiedano i requisiti tecnico-organizzativi necessari [...] per assicurare un'efficiente esecuzione degli appalti [...]. Detto requisito in realtà si atteggia proprio, nella sostanza, come condizione rivolta a frapporre barriere all'ingresso nel territorio regionale, in qualità di soggetti appaltatori, di imprese provenienti da altre aree e prime di legami stabili con il territorio medesimo”*.

In definitiva, sono individuati due limiti invalicabili all'intervento pubblico diretto alla realizzazione di fini sociali: il divieto di chiudere artificialmente l'accesso al mercato e il divieto di ostacolare restrizioni allo sviluppo delle singole imprese all'interno del mercato.

Fuori di tali limiti *“la Corte non appiattisce mai la propria considerazione sugli interessi economici contingenti che costituiscono spesso la vera causa degli interventi legislativi, ma cerca sempre di evidenziare ragioni strutturali a fondamento delle misure di politica economica esaminate”*¹³². E quindi traspare l'esigenza di sostenere e conservare il processo economico, per così dire accompagnandolo e prevenendo i costi sociali occorrenti a riequilibrare le tendenze spontanee dello stesso.

¹³² RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, spec. 154.

Capitolo II

Il rapporto tra legge e amministrazione nella materia delle sovvenzioni

1. Il carattere relativo della riserva di legge posta dall'art. 41, comma 3, Cost.: breve esemplificazione di alcune pronunce della Corte Costituzionale. La crisi della legge (indicazione delle principali ragioni) e le conseguenze sulla disciplina dell'attività amministrativa. Il nuovo significato della legalità: previetà della regola. Contestualizzazione della questione: l'obbligo di predeterminare e pubblicare i criteri distributivi di ausili pubblici ai sensi dell'art. 12 della l. 241 del 1990 (cenni introduttivi).

Altra questione interpretativa posta dall'art. 41 Cost., e segnatamente (ancorché non esclusivamente¹³³) dal terzo comma di tale disposizione - comma sul quale si è basata, a dire della dottrina, una politica economica di segno dirigista, e quindi non *meramente interventista*, essendo l'interventismo caratterizzato da un'ingerenza quantitativamente e qualitativamente diversa, ma neanche *collettivista*, essendo la programmazione propria di questo tipo di politica economica più penetrante di quella consentita dal dirigismo

¹³³ La Corte Costituzionale ha infatti chiarito che la riserva di legge in materia economica costituisce un principio-chiave dell'intero art. 41 Cost.: in pratica la garanzia riguarderebbe non soltanto il terzo comma ma anche il secondo, e ciò si evince “*dai principi generali informatori dell'ordinamento democratico, secondo i quali ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura [...]*” nonché “*dall'esigenza che la valutazione relativa alla convenienza dell'imposizione di uno o di un altro limite sia effettuata avendo presente il quadro complessivo degli interventi statali nell'economia inserendolo armonicamente in esso, e pertanto debba competere al Parlamento, quale organo da cui emana l'indirizzo politico generale dello Stato*”. In questo senso Corte Cost., 14 febbraio 1962, n. 4, in *Giur. Cost.*, 1962, 31.

¹³⁴ Per queste idee si rinvia agli scritti di Vincenzo Spagnuolo Vigorita, in particolare: *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., spec. 331, dove, in sede di rassegna delle conclusioni, si legge “*si ricava la visione di un ordinamento che attribuisce alla libertà di industria e commercio – in rapporto alla forte caratterizzazione dello Stato - un ruolo di primo piano solo in principio ma in realtà largamente limitato dalla prevalente considerazione del benessere generale [...]. In particolare si è vista la Carta ammettere per fini di utilità sociale non solo un penetrante e fitto interventismo, ma decisamente la direzione coattiva settoriale, anche pianificata, e addirittura l'espropriazione delle imprese private*”. Rileva l'illustre A. che se si è parlato di ‘indirizzare’ e non già di ‘dirigere’ fu a causa del dichiarato timore che tale ultima espressione potesse far pensare ad una direzione integrale dell'economia: “*sostanzialmente, però, si ribadiva la necessità di una visione unitaria dell'intervento statale*”, così che “*l'attuale formula appare egualmente ispirata alla duplice necessità di garantire il raggiungimento dell'utilità sociale e di condurre l'impresa privata con azione organica e consapevole*” (v. spec. 250); *Profili giuridici dell'ausilio finanziario pubblico ai privati*, cit., spec. 345; *Attività economica privata e potere amministrativo*, dove come meglio si dirà nel prosieguo della trattazione si raggruppano le misure di intervento dello Stato nell'economia attorno alla c.d. causa economica, per tali intendendosi quelle misure che si propongono “*come scopo tipico – quindi prescindendo dall'idoneità effettiva e dalle incidenze riflesse –*

– è quella che concerne il rapporto *in subiecta materia* tra legge e amministrazione.

In effetti, la dottrina coltiva il convincimento che tale rapporto si atteggi, nel caso che ci interessa, in senso parzialmente diverso da quanto si ritiene rispetto all'insegnamento tradizionale¹³⁵.

Limitando per adesso lo sguardo al carattere assoluto o relativo della riserva di legge prevista dal terzo comma dell'art. 41 Cost., deve segnalarsi l'orientamento consolidato di dottrina¹³⁶ e giurisprudenza costituzionale fin dai (ed a maggior ragione nei) più remoti arresti (considerato che in quei casi si trattò di valutare la costituzionalità di norme corporative che attribuivano ampi poteri all'amministrazione): orientamento che afferma il carattere relativo della riserva¹³⁷.

la manovra politico-economica dei settori o zone considerate".

¹³⁵ MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna 2007, 15 e ss. nonché 65 e ss., il quale rileva l'emersione nel diritto pubblico dell'economia di una *nuova legalità* connessa alla funzione di regolazione. Tale nuova legalità "*ha per scopo di garantire quel che i privati non sanno fare da soli: rispettare le regole del gioco, essere autonomi in un mercato concorrenziale*" (p. 15). Ma come si coordina questa *nuova legalità* con la riserva, pur se relativa, di legge imposta ai programmi di cui all'art. 41, terzo comma, Cost.? Come mai, per usare le parole dell'illustre A. (p. 65), "*quando si pretendeva di pianificare e, comunque, di indirizzare l'economia si affermava che l'autonomia privata era garantita da una riserva di legge [...] e che in forza della garanzia costituzionale di cui godeva, secondo il comma 1 dello stesso art. 41, l'autonomia privata era solo condizionabile ab externo attraverso sovvenzioni ed incentivi di varia natura, mentre oggi la 'regolazione' di autorità amministrative indipendenti può addirittura sostituirsi all'autonomia privata, imponendo, ad esempio, ad operatori di un determinato mercato comportamenti 'asimmetrici' che mai un operatore di mercato porrebbe spontaneamente in essere?*". Per rispondere a tale quesito l'A. introduce la categoria degli "atti amministrativi sostitutivi di negozi giuridici privati": "*ciò che rileva nella regolazione non è pertanto il carattere astratto o concreto dell'atto quanto il suo effetto sostitutivo sul mercato che può tradursi, a seconda dei casi, in un obbligo per il privato di porre in essere determinati negozi giuridici o in una sostituzione vera e propria di negozi giuridici intesa a simulare una concorrenza inesistente, come spesso è accaduto e come ancora accade nella c.d. liberalizzazione dei servizi pubblici*".

¹³⁶ Per tutti, v. FOIS, *Osservazioni sui limiti dell'impugnativa costituzionale e sulla riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 1958, 23 e ss., nonché SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa*, cit., 264 e ss.. Più di recente vedi RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 142, ad avviso della quale la soluzione (circa il carattere relativo della riserva *de qua*) pare obbligata anche sotto l'aspetto della garanzia della tutela giurisdizionale: "*la riserva di legge non solo della programmazione e della normativa generale ma anche di singoli provvedimenti di intervento finirebbe per privare l'impresa della garanzia giurisdizionale, senza offrigliene alcun'altra veramente valida*".

¹³⁷ Di notevole importanza, a proposito dell'evoluzione storica dell'istituto della riserva di legge, le considerazioni di FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1962. Ad avviso del chiaro A., che fonda le proprie conclusioni sull'osservazione della monarchia costituzionale tedesca - atteso il valore "*scarsamente rilevante*" ed "*il significato pressoché trascurabile*" (p. 7), a tal fine, delle altre esperienze costituzionali europee -, con la caduta dello Stato assoluto (che si pone in logica contraddizione con la separazione dei poteri, che è il presupposto se non logico quanto meno storico del principio di legalità), si sono delineati i seguenti principi di carattere generale (p. 18): il principio della supremazia della legge formale; il

Assai indicativa sul punto la pronuncia – già esaminata per altri, ancorché connessi, fini – sull’ammasso obbligatorio del risone (Corte Cost., 8 febbraio 1962, n. 5).

In specie, la Corte Costituzionale ravvisa nel complesso normativo censurato una *“inosservanza del principio della riserva di legge (e cioè [dal] la mancanza di una sufficiente disciplina ad opera del potere legislativo)”*. Tale insufficienza riguardava: i criteri di classificazione delle singole quantità di risone e la determinazione dei relativi

principio della esclusiva competenza della legge quanto agli interventi limitativi in materia di libertà e proprietà; il principio della esclusiva competenza del legislatore su alcune speciali ‘materie’ di particolare rilevanza politica. Il primo principio *“significa che la ‘legge’ garantisce, a favore del popolo, un’autoimposizione e non un’eteroimposizione”*(p.19). Il secondo *“non sembra s’ispirasse ad un concetto sufficientemente chiaro ed incisivo quale quello accennato riguardo al principio di preminenza e preferenza della legge”* (p. 21): in specie si poneva la questione se per legge si intendesse la legge in senso formale o quella in senso materiale. Rispetto a tale ultima nozione non si registra nella dottrina tedesca un’opinione concorde: talvolta si parla della legge in senso materiale come regola *“generale ed astratta”*; talvolta come *“regola giuridica”*; infine come *“intervento nella sfera della libertà e proprietà individuale”*. Ora, chi intendeva la legge impositiva di limiti alla proprietà o alla libertà in senso formale, richiamandosi alla teoria dell’autoimposizione, riteneva tale impostazione *“del tutto coerente e pienamente armonico con il principio secondo il quale solo alla legge spettava di intervenire a limitare la libertà e la proprietà: la legge garantiva i diritti individuali perché i limiti che essa poneva o consentiva di porre erano [...] soltanto autolimiti”* (p. 25). Reputando invece che la legge impositiva di limiti alla proprietà o alla libertà dovesse caratterizzarsi per il suo contenuto, *“si voleva affermare che l’organo legislativo doveva preoccuparsi di fare soltanto determinate cose e non altre, che la sua sfera d’azione s’intendeva delimitata e circoscritta rispetto a quella, e a favore di quella, riconosciuta ad un altro organo costituzionale”* (p. 28), e cioè l’esecutivo monarchico. In questa logica, il principio si inseriva pienamente nell’ambito di una concezione dualistica tipica della monarchia costituzionale. Il terzo principio rappresentava la premessa storica ed al contempo il completamento degli altri due. In forza di tale principio, si affermava la competenza esclusiva del legislatore in relazione: all’imposizione dei tributi; all’approvazione del bilancio statale; alla determinazione dei reati e delle pene. I principi appena ricordati possono, ad avviso del Fois, *“essere riassunti in un’unica formula che tutti li comprende e li riassume: quella del principio di legalità”* (p. 37). Il quale principio quindi, nella sua prima manifestazione a livello storico, comprende l’aspetto della preferenza e quello della riserva di legge. Nondimeno, la constatazione per cui il principio della riserva di legge si identifica, durante il periodo della monarchia costituzionale, con il principio di legalità non può essere considerata sufficiente (p. 39): occorre infatti chiedersi se simile identificazione valga soltanto in relazione all’ordinamento della monarchia costituzionale, od invece assuma un valore oggettivo e permanente. Guardando alla specificità della monarchia costituzionale, caratterizzata dal ridetto dualismo, *“una prima delimitazione e definizione della sfera della riserva derivava [...] dal concetto materiale di legge”*, nel significato di legge come intervento nella libertà e proprietà: si affermava sussistere una *“riserva generale di legge per gli interventi nella libertà e proprietà, non solo per stabilire ciò che solo la legge poteva fare ma anche e contemporaneamente per precisare che la legge doveva fare soltanto questo”* (evidenziazione nel testo, p. 42). Quanto alla posizione dell’esecutivo monarchico, il potere di questo era non già fondato ma soltanto limitato dalla legge; sussisteva a suo favore una presunzione di competenza, in forza della quale si ritenevano spettanti a tale esecutivo tutti i poteri che l’ordinamento non gli negasse esplicitamente. Restavano fuori dalla riserva non solo gli atti individuali e concreti dell’amministrazione (la ragione di tale esclusione dovendosi ricercare nella competenza

prezzi; i criteri di distribuzione del prodotto ammassato (rispetto ai quali l'esigenza di una eterodeterminazione si manifesta tanto più impellente in considerazione del rischio che la p.a. dia luogo a, o alimenti la formazione di, sistemi monopolistici). La conseguenza, facilmente intuibile, è la dichiarazione di incostituzionalità *“nonostante il riconoscimento della legittimità in sé dell'istituto”*.

Assai rilevante anche quanto la Corte Costituzionale ha affermato nella pronuncia n. 35 del 1961¹³⁸: in particolare, si precisa che *“non basta che la legge determini genericamente i fini che con i detti programmi si vogliono raggiungere. Occorre la specificazione dei fini, l'indicazione dei mezzi, la determinazione degli organi che sono chiamati ad attuare i programmi o che sono stabiliti per esercitare i controlli”*; ferma restando la sovranità del legislatore che valuterà come modulare in concreto la misura di politica economica dal punto di vista della formulazione giuridica¹³⁹.

Come è stato evidenziato¹⁴⁰, l'affermato carattere relativo della riserva di legge prevista dal terzo comma dell'art. 41 Cost.

dell'esecutivo a far valere nei casi singoli il potere pubblico d'imperio, e nel carattere originario di tale potere), ma anche taluni atti considerati normativi e benché riguardanti la materia della libertà e della proprietà (come nel caso di regolamenti di mera esecuzione della regolamentazione legislativa). Per questi casi, in altre parole, non occorre la previa autorizzazione legislativa. La riserva, spiega Fois, *“richiedeva soltanto [...] che le generali limitazioni della libertà e proprietà fossero autorizzate dall'organo legislativo: richiedeva cioè soltanto che esse risultassero consentite (evidenziazione nel testo) dalla rappresentanza popolare”* (p. 58). Riservare alla legge significava cioè riservare all'autorizzazione del legislatore. E quindi: *“poiché contenuto necessario della riserva era soltanto l'atto di autorizzazione; poiché tale atto poteva tradursi in un puro e generico consenso, la riserva di legge consisteva nell'esigere un simile consenso in forma di legge e nulla più”* (p. 62). Così chiarito il contenuto della riserva di legge, l'A. si premura di verificare in che senso e sotto quale aspetto la riserva di legge si riconnettesse e tendesse ad identificarsi con l'altro aspetto della legalità (quello della preferenza della legge) e quindi con il principio di legalità in quanto tale. Ciò è dovuto, si osserva, alle reciproche interrelazioni tra tali concetti: *“la riserva influiva negativamente (evidenziazione nel testo) sulla preferenza, perché di questa contribuiva a contenere la potenzialmente illimitata capacità di espansione”*; la preferenza *“influisce positivamente (evidenziazione nel testo) sulla riserva perché [...] permetteva che la riserva superasse quelle intrinseche contraddizioni le quali ad essa impedivano di estendersi effettivamente a tutta la sfera della libertà e proprietà”* (p. 72). Considerato che le intenzioni garantistiche insite nella riserva di legge venivano interamente frustrate dalla reale estensione di tale istituto, e quindi considerato che la riserva di legge solo in via marginale significava e valeva come garanzia individuale, quale era il suo reale significato?. Il Fois conclude nel senso che *“la riserva di legge assumeva in realtà il significato di criterio di ripartizione di competenza tra rappresentanza popolare ed esecutivo monarchico (evidenziazione nel testo, p. 80)”*. E quindi si trattava di un istituto che giocava essenzialmente a favore dell'esecutivo monarchico.

¹³⁸ In *Giur. Cost.*, 1961, 629.

¹³⁹ La dottrina ha dal canto suo evidenziato che tale interpretazione non può dirsi del tutto chiara ed univoca. In questo senso, v. SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica*, cit., 277.

¹⁴⁰ RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 144.

porta con sé delle problematiche specifiche connesse al fatto che i requisiti della riserva relativa sono tutt'altro che incontestati.

È poi interessante guardare alla questione non soltanto per così dire dal lato della legge (prospettiva dalla quale si pone necessariamente la Corte Costituzionale) ma anche (ed è appunto ciò che ci accingiamo a fare) dal lato dell'amministrazione (la concessione di qualsivoglia incentivo deve essere autorizzata dalla legge?); e valutare poi, anche sotto il profilo evolutivo, se esista, ed in che termini, una discrezionalità nell'attività di incentivazione e come essa debba essere spesa.

Le esigenze che occorre tenere presente nel trattare una simile questione sono sostanzialmente due: garantire una ripartizione degli aiuti giuridicamente controllabile; assicurare la cura effettiva dell'interesse pubblico¹⁴¹.

Per consentire la realizzazione di entrambe tali esigenze, apparentemente antitetiche, la prima riguardando specificamente l'imparzialità, la seconda invece l'efficacia dell'azione amministrativa, la dottrina meno recente è partita dalla domanda se sia sempre necessaria la legge (come atto formale del Parlamento¹⁴²) ovvero se siano sufficienti (ed in alcuni casi preferibili) fonti diverse.

In effetti, siffatta questione deve essere risolta in considerazione delle evoluzioni compiute, in relazione ai contenuti del principio di legalità ed al suo modo di manifestarsi, dalla dottrina più recente.

Se infatti la dottrina tradizionale¹⁴³ si interrogava sui contenuti della riserva di cui all'art. 41, terzo comma, Cost., e segnatamente sulla problematica se la legge ivi prevista dovesse contemplare soltanto gli scopi od anche i mezzi necessari alla sua attuazione, poiché, vera questa seconda ipotesi (necessaria predeterminazione sia degli scopi che dei mezzi occorrenti per il loro raggiungimento), anche le sovvenzioni (come strumento di attuazione del piano) avrebbero dovuto essere coperte dalla riserva di legge, il discorso non può oggi prescindere dalla acquisita consapevolezza (oltre che della mutata dinamica dell'intervento della mano pubblica nell'economia, di cui si dirà) della "crisi della

¹⁴¹ In questo senso PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, II, Milano, 1970, spec. 16.

¹⁴² In questo senso v. Corte Cost., 12 dicembre 1957, n. 129, in *Giur. Cost.*, 1957, 1229.

¹⁴³ PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., II, 59.

legge”¹⁴⁴ - cioè della sua endemica inidoneità a fungere da presidio di garanzia contro gli abusi del potere, e prima ancora da strumento di selezione degli interessi da perseguire¹⁴⁵ - nonché dalla declinazione del principio di legalità come principio della preesistenza della regola.

È necessario, per dirla brevemente, che l’azione amministrativa sia previamente disciplinata; non è allo stesso modo necessario che la disciplina puntuale di essa sia contenuta nella legge intesa in senso formale, conformemente ad un postulato fondamentale dello Stato di diritto, per cui la legge deve stabilire i valori e gli obiettivi da perseguire, l’amministrazione ha invece il compito di realizzarli¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Sulla crisi della legge, vedi specificamente LEDDA, *La legalità nell’amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di crisi*, in *Democrazia ed Amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, a cura di MARONGIU e DE MARTIN. Ad avviso del chiaro A. (vedi in specie p. 160 e ss.), le ragioni di siffatta crisi vanno individuate nella carenza di effettività che “*per un verso investe le stesse strutture costituzionali, alterando il rapporto che tra queste doveva correttamente stabilirsi, per altro verso [...] riduce grandemente la portata reale della garanzia, promuovendo un incremento della sfera di autorità non certo compensato dal diffondersi dei modelli convenzionali di Amministrazione*”. Simile l’impostazione di FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1973, XXIII, 688 e ss., il quale rileva che “*la crisi del principio di legalità trova la sua fonte nel principio di effettività, nelle esigenze di efficienza ed incisività dell’esecutivo che privilegiano la fonte regolamentare, in ciò è dato riscontrare la crisi della fonte primaria che è la legge*”. Individua invece le ragioni della crisi del principio di legalità nel mutato rapporto tra Stato e cittadini il SATTI, *Principio di legalità*, cit., 23, che rileva: “*se il principio è sorto e si è venuto affermando in relazione ad un conflitto Stato-cittadino ed ha avuto contenuto concreto come difesa del secondo contro il primo, è possibile pensare che la crisi attraversa, vada imputata forse proprio a questa sua antica origine*”. Dissentono da tale opinione il LEDDA, *op. ult. cit.*, 167, e sulla scia di questi il POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, spec. 108, in nota. In specie, il LEDDA (*loc. ult. cit.*) sottolinea in primo luogo che non può dirsi ancora superato il rapporto di contrapposizione Stato-cittadini ed in secondo luogo che, anche quando tale superamento vi sarà, il principio sarà chiamato ad operare per evitare “*che questa contrapposizione si ristabilisca ed assicurare che l’Amministrazione si attenga al proprio ruolo ponendosi non già come soggetto naturale di poteri, ma come semplice apparato a servizio della comunità*”. Si veda inoltre quanto efficacemente notato da MERUSI, *Sentieri interrotti*, cit., che muove dall’analisi di alcuni esempi concreti, per desumere, appunto, una crisi del principio di legalità.

¹⁴⁵ In questo senso, cfr. quanto notato da SALA, *Il principio del giusto procedimento nell’ordinamento regionale*, Milano, 1985, 5, ad avviso del quale “*il momento amministrativo, di fronte alla caduta delle capacità di incidenza della legge, costituisce la reale sede di selezione degli interessi sociali. La tendenza della legge [...] a progettare più che a prescrivere è emblematicamente evidenziata dall’abituale codificazione di un preambolo dedicato alla indicazione degli scopi dell’intervento legislativo stesso. Il fenomeno [...] viene sul piano politologico oggi superato con la tendenza di una ‘democrazia recitata’ ad usare le norme come strumento politico indipendentemente dalla loro attuazione o attuabilità concreta*”.

¹⁴⁶ Al riguardo, cfr. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, ad vocem. Al riguardo cfr. anche MANZELLA, *Gli ausili*, cit., 3732, il quale osserva che “*lo schema normativo tipico attribuisce alla legge la definizione degli elementi essenziali della misura di ausilio: la finalità da perseguire, le risorse finanziarie pubbliche coinvolte, gli specifici strumenti da utilizzare. Spetta invece alla*

È in particolare con l'avvento del c.d. Stato pluriclasse che il compito, affidato in tesi astratta al legislatore, di selezionare i fini specifici dell'azione pubblica diventa di assai difficile realizzazione: e ciò ha inciso, evidentemente, sul rapporto tra legge ed amministrazione (in generale e quindi, di riflesso, con riguardo alla tematica della distribuzione di incentivi).

Sono quindi emerse diverse letture circa i *nuovi* contenuti della c.d. funzione esecutiva: si rileva che la p.a. sia chiamata a tradurre in pratica l'assetto e gli scopi dell'ordinamento e, segnatamente, il programma legislativo¹⁴⁷.

Come nota la dottrina¹⁴⁸, in una prima fase (ma come si vedrà di qui a poco anche in tempi più recenti), le Corti Supreme tedesca ed italiana¹⁴⁹ avevano esperito il tentativo di affermare l'esigenza di leggi precise che non lasciassero eccessivi margini di apprezzamento discrezionale alle amministrazioni.

In questa logica va, in specie, ricordata la giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di poteri di ordinanza del Prefetto¹⁵⁰ secondo cui “*nulla vieta che [...] una disposizione di legge ordinaria conferisca al Prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di detto potere*”, poiché diversamente si rende possibile “*un'applicazione della norma tale da violare i diritti dei cittadini e da menomarne la tutela giurisdizionale*”¹⁵¹.

pubblica amministrazione dar seguito all'autorizzazione legislativa: sia dettando atti che specifichino criteri e modalità della concessione degli ausili sia concretamente gestendo questi ultimi?”.

¹⁴⁷ In questo senso, v. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 152.

¹⁴⁸ POLICE, *op. ult. cit.*, 109.

¹⁴⁹ Per una attenta ricostruzione, v. POLICE, *op. ult. cit.*, 109 e ss., in nota, che rileva come l'atteggiamento per così dire *ancien regime* delle Corti supreme italiana e tedesca sia stato comune, per quanto possa sembrare strano, anche alle Corti costituzionali di alcuni ordinamenti di *common law*.

¹⁵⁰ Corte Cost., 20 giugno 1956, n. 8, in *Giur. Cost.*, 1956, 602, che pur dichiarando non fondata la proposta questione di legittimità costituzionale auspicava la riforma della norma censurata (l'art. 2 TULPS), in modo che fosse assicurata “*l'attuazione di alcuni canoni derivanti principalmente dal carattere amministrativo dei provvedimenti prefettizi di urgenza*” e Corte Cost., 27 maggio 1961, n. 26, *ivi*, 1961, 525.

¹⁵¹ Vedi ancora POLICE, *op. ult. cit.*, 111, in nota, il quale cita anche Corte Cost., 2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. Cost.*, 1962, 126, dove si legge essere “*principio generale dell'ordinamento giuridico l'esigenza del giusto procedimento. Quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enucleare delle ipotesi astratte predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo aver fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo aver messo i privati in condizioni di esporre le proprie ragioni*”. Nella specie (si discuteva della legittimità costituzionale della norma attributiva del potere al Presidente della Giunta regionale

Il fatto che si tratti di una giurisprudenza risalente non deve peraltro far pensare che essa riguardi temi inattuali.

La questione si è infatti di recente (ri)posta con riguardo ai poteri di ordinanza riconosciuti al Sindaco dall'art. 54 TUEL.

La Corte Costituzionale¹⁵² ha dichiarato l'incostituzionalità della richiamata normativa nella parte in cui ricomprende la locuzione “anche” prima delle parole “contingibili ed urgenti”, e ciò alla luce della considerazione che un simile potere d'ordinanza (non limitato ai casi in cui vi sia necessità di fronteggiare una situazione urgente) si risolve in una violazione della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., in quanto non si prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito che rientra nella generale sfera di libertà dei cittadini.

In particolare, il Giudice delle leggi osserva che questi ultimi “sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare

di rilasciare autorizzazioni in materia urbanistico-paesaggistica, senza ulteriori specificazioni), la Corte rilevava lo stato di grave incertezza in cui versano i privati interessati, che “non hanno alcun elemento certo per sapere se una determinata innovazione sarà o no ritenuta alteratrice del paesaggio: di modo che o dovranno assoggettarsi in tutti i casi alla richiesta dell'autorizzazione o dovranno affrontare l'alea delle sanzioni previste. In definitiva, durante il periodo transitorio l'attività edilizia, ed in parte anche quella agricola, saranno regolate con atti amministrativi senza una adeguata base legislativa”. Tale pronuncia è stata vivacemente criticata dal CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1962, 133, il quale rileva che “la vera garanzia dei diritti non si esaurisce né nel principio di legalità dell'Amministrazione (tradizionalmente inteso come subordinazione dell'Amministrazione alla legge), né ove lo si consideri un principio differenziato [...] nel principio della riserva di legge, ma richiede per di più che tra la legge e l'atto applicativo, tra la norma e il provvedimento, sussistano un margine e uno stacco tali da consentire quei rimedi, in sede amministrativa e giurisdizionale, che non sarebbero possibili nei confronti della legge”. Vi è pure chi (CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, spec. 175 e ss.) ha affermato che: “il nuovo valore del principio di legalità starebbe nel vincolo del legislatore ad emanare leggi che permettano la effettiva realizzazione della tutela del cittadino nei confronti della p.A. e quindi pongano i criteri positivi in base ai quali il giudice possa, poi, svolgere il giudizio dell'atto amministrativo”.

¹⁵² Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 115, in www.cortecostituzionale.it, su cui v. VACCARELLA M., *Il potere di ordinanza sindacale ex art. 54 TUEL n. 267/2000 come modificato dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 7 aprile 2011, n. 115*, in www.giustamm.it, la quale osserva che: “tra le tante obiezioni sollevate a causa della locuzione usata dal legislatore c'erano soprattutto, come già evidenziato, quelle relative alla possibilità, per questa via, di introdurre atti di natura normativa, idonei a regolare a tempo indeterminato situazioni non qualificabili urgenti e contingibili, trasformando in tal modo il potere urgente del sindaco da strumento espressione di un potere straordinario in un potere ordinario. Gli effetti che derivavano da ciò determinavano l'introduzione di un potere normativo sganciato dai presupposti di legge della contingibilità e dell'urgenza illimitato e capace di incidere in modo profondo sulla libertà dei singoli di tenere ogni comportamento che non sia vietato dalla legge. Sostanzialmente si lasciava al sindaco un potere eccezionale, straordinario e anche ordinario in caso di pericoli che minacciano la sicurezza urbana e l'incolumità pubblica, anche se tale potere è, come sappiamo, sottoposto al sindacato giurisdizionale del giudice che tuttavia non è più, in seguito all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, esteso al merito, anche se la materia delle ordinanze rientra comunque nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge".

Ad ogni modo la dottrina è oggi concorde nel rilevare che *"la fissazione di una scala di valori non può essere rinvenuta nella legge, né ricondotta alla volontà del legislatore"*¹⁵³, in quanto in capo alla p.a. residua un margine più o meno ampio di valutazione discrezionale, soltanto effettuata la quale i fini genericamente previsti dalla norma attributiva si specificano e si concretizzano: l'interesse pubblico alla cui realizzazione l'azione amministrativa deve tendere non è un *prius* ma un *posterius*, e nella sua delimitazione ha decisivo rilievo anche la partecipazione del cittadino, evidentemente preclusa con riguardo ai procedimenti di formazione delle leggi che l'amministrazione sia chiamata puramente e semplicemente ad eseguire¹⁵⁴.

¹⁵³ POLICE, *op. ult. cit.*, 115, ed ivi ulteriori ampi riferimenti. In particolare, possono qui ricordarsi le idee espresse da un autorevole studioso (NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 26), che così osserva: *"la legge è il fondamento e la misura dell'azione dell'amministrazione, ma poiché la legge è espressione razionale della volontà e dell'interesse generale impersonati dallo stato e dai rappresentanti del popolo e della nazione, ed essa (legge) considera e soddisfa l'interesse privato solo mediatamente, in quanto gli assegna e mantiene il posto che li compete in una società ordinata – il principio di legalità ha, oltre e prima che la funzione individualistica che oggi gli prestiamo (la funzione di preservare dall'arbitrio statale le libertà e le aspettative dei cittadini), anche e soprattutto una obiettiva funzione ordinativa, la funzione di limitare ed incanalare l'attività dello Stato nell'interesse dello Stato medesimo"*. Si vedano, inoltre, le riflessioni già richiamate in altra sede svolte dalla dottrina tedesca (FORSTHOFF, *La repubblica federale tedesca*, cit., 551) che sottolinea che *"la legge dello Stato di diritto può essere soltanto norma generale ed astratta. In questa situazione anche i diritti fondamentali acquistano una loro funzione logico-giuridica. Essi valgono come limiti che, imponendo divieti allo Stato, garantiscono il singolo. Da ciò deriva la particolare struttura logico-giuridica del diritto fondamentale, essendo tali limitazioni dell'azione statale formulabili in modo generale ed astratto"*. Nella dottrina italiana, con intonazione simile, v. SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata*, cit., 24 e ss. ad avviso del quale il ruolo della legge si riduce, nello Stato del benessere, ad una *"autorizzazione legislativa ad operare o (se si preferisce) di un fondamento di legge per ogni attività [...] Ogni più stretta accezione del vincolo legislativo dell'attività dell'amministrazione o si rassegna a una validità soltanto parziale e comunque estranea al settore dell'ingerenza economico-sociale, o si pone del tutto fuori dalla realtà"*

¹⁵⁴ In dottrina è comune l'opinione per cui l'interesse pubblico non vada più riferito allo Stato apparato, ma in funzione della comunità degli amministrati, cioè agli interessi del popolo: v. TIPO M., *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 924. Vedi anche quanto osservato da PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. Amm.*, 1996, 413 e ss., spec. 492 e ss; BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996. Valorizza l'importanza del procedimento come forma più raffinata di cooperazione tra il "potere" ed il cittadino, il NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, nel volume *Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazione dell'amministrazione*, Atti del Convegno di Messina-Taormina del febbraio 1988, Milano, 1990, spec. 12 e 13. Si veda inoltre PUGLIESE, *Interessi individuali – interessi della collettività: ragioni e conseguenze di una formula che supera la dialettica interesse pubblico interesse privato*, Napoli, 1996.

È ora opportuno ricordare l'insegnamento di chi ha visto nel procedimento “*l'epifania del farsi dell'imperio, un modo cioè di manifestarsi della sovranità; o meglio non propriamente della sovranità, ma del potere, come potere complessivo, come potere globale, come capacità di imporsi, cioè appunto di imperio*”¹⁵⁵.

Il principio di legalità, quindi, dopo essere divenuto una nozione *passé partout*¹⁵⁶, si riempie di significati nuovi e più sostanziali, se coniugato, per un verso, con la acquisita consapevolezza del valore della partecipazione, e per altro verso con l'istanza efficientista (non sempre facilmente conciliabile con la partecipazione come garanzia)¹⁵⁷, che spinge l'amministrazione verso la realizzazione del *risultato*¹⁵⁸.

¹⁵⁵ BENVENUTI, *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, 3647, Milano, 2006.

¹⁵⁶ SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 67.

¹⁵⁷ Riguardo all'amministrazione di risultato, nell'ambito di una letteratura assai ampia, v., anche per altri riferimenti, il volume a cura di IANNOTTA L., *Economia, diritto e politica nell'Amministrazione di risultato*, Torino, 2003, nonché SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

¹⁵⁸ Si tratta in effetti di esigenze (quella della partecipazione e quella dell'efficienza) in perenne tensione, tanto che la dottrina osserva condivisibilmente che la legge 241 del 1990 avrebbe “due anime” (così, IMMORDINO, CONTIERI, *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 2783). Prova evidente di quanto detto si può cogliere nella vicenda evolutiva di due istituti introdotti nella legge sul procedimento amministrativo in sede di riforma (tramite la l. 15 del 2005). Il riferimento è, da un lato (e più precisamente dal lato delle garanzie partecipative dei privati) all'art. 10-*bis*, dall'altro (e più precisamente dal lato della garanzia del raggiungimento del risultato, quantunque non sia rispettata la forma prevista) all'art. 21-*octies*. Il contenuto di queste disposizioni è ormai noto, così come cospicuo è l'apporto alla loro corretta interpretazione fornito dalla dottrina (a parte i contributi che saranno citati nel prosieguo della trattazione, si segnalano in argomento, senza pretesa di completezza, quanto all'art. 21-*octies*: CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 192; GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-*octies* della l. 241/90*, in *www.giustamm.it*; SAITTA F., *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ult., e 21-*octies*, comma 2, l. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm. T.A.R.*, Supplemento al n. 6/05, 2295; GRASSO G., *Spunti di riflessione sull'art. 21-*octies*, 2° comma, l. n. 241/90*, in *www.lexitalia.it*; TREBASTONI, *La sanatoria dell'invalidità dei provvedimenti nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 1308; CORLETTI, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 40; quanto all'art. 10-*bis*: VAIANO, *Preavviso di rigetto*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, cit., 549 e ss.; SAITTA F., *Preavviso di rigetto ed atti di conferma: l'errore sta nella premessa*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 3235; MICARI, *Il preavviso di rigetto provvedimento, la “partecipazione nella partecipazione” e l'art. 21-*octies* della l. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 2006, 1542; FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di comunicazioni scritte e documenti al “preavviso di rigetto”*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1003; PROIETTI, *Preavviso di rigetto: conquista di civiltà*, in *Dir. e giust.*, 2005, 34, 105). Ci si limiterà pertanto ad alcune osservazioni di carattere sintetico. Quanto all'art. 10-*bis*, si tratta della norma che introduce nell'ambito del procedimento, un ulteriore momento di contraddittorio da svolgere ad istruttoria chiusa (l'idea peraltro non è da tutti

E ciò, come è stato opportunamente osservato¹⁵⁹, ha influito anche sul dibattito intorno al metodo giuridico.

È nota infatti la polemica al riguardo svoltasi tra Cassese e Orsi Battaglini¹⁶⁰. Mentre il primo afferma essere venute meno le strutture portanti dello Stato di diritto, e quindi del principio di legalità, con la conseguenza che l'azione della pubblica amministrazione, che non può essere incanalata in binari rigidamente fissati dalla legge, si identifica sostanzialmente con

condivisa) e vertente su un “progetto di provvedimento” di rigetto dell’istanza (dubita della correttezza della soluzione adottata dal legislatore nel senso di limitare l’ambito applicativo dell’art. 10-bis ai soli procedimenti ad istanza di parte il RALLO, *Comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10-bis l. 241/90 e partecipazione post-decisionale: dal contraddittorio oppositivo al dialogo sul possibile*, in *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, a cura di LIGUORI, Bologna 2007, 31 e ss., spec. 36 in nota): funzione di tale contraddittorio è evidentemente quella di collocare nel procedimento quelle deduzioni che, diversamente, il privato avrebbe svolto in sede di impugnazione del provvedimento negativo, e quindi in una sede processuale. Quanto all’art. 21-octies (sulla cui natura formale o sostanziale si controverte: vedi al riguardo la precisa ricognizione degli orientamenti in campo svolta da VOLPE F., *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 319), e specificamente del suo secondo comma, si tratta della norma che concerne le illegittimità non pronunciabili: quante volte risulti (primo alinea) che il vizio formale o procedimentale non ha influito sul contenuto dispositivo del provvedimento, e ciò risulti palese al giudice in considerazione del carattere vincolato del procedimento, l’annullamento del provvedimento non può essere pronunciato; stesso a dirsi (secondo alinea) laddove (si ritiene: anche al di là dei casi di attività vincolata, dovendosi riconnettere valore disgiuntivo all’avverbio “comunque”; ma vedi in senso contrario SORRENTINO, *Spunti di riflessione per un’applicazione vincolata del comma 2 dell’art. 21-octies della legge n. 241/90*, in *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo*, cit., 147) l’amministrazione abbia omesso di comunicare al privato l’avvio del procedimento ex art. 7, e ciò nondimeno risulti provato (sulla ripartizione dell’onere probatorio, come percepito dalla giurisprudenza, v. FERRARA L., *L’allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell’annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in www.giustamm.it, che evidenzia le possibili criticità connesse all’orientamento prevalente) che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere differente anche se il privato avesse partecipato. Ora, venendo al come la giurisprudenza coniuga tali diverse “anime” della l. 241 del 1990, la violazione dell’art. 10-bis è stata riportata talvolta alla prima (cfr., di recente; T.A.R. Toscana, Firenze, 17 giugno 2009, n. 1058, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 1739; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 29 maggio 2009, n. 1340, in *Giur. Merito*, 2009, 2976; Cons. St., Sez. III, 27 gennaio 2009, n. 7, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 302. Si v. anche T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 14 novembre 2008, n. 3550, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 2997) talaltra alla seconda parte del comma in esame sul presupposto, in tale ultimo caso, della identità di funzione del preavviso di rigetto e della comunicazione di avvio del procedimento (esplicita in tal senso T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 8 agosto 2008, n. 9932, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 2139: “l’art. 21-octies l. n. 241 del 1990 – pur essendo dettato espressamente in relazione alla violazione dell’art. 7 della medesima legge – è sicuramente applicabile, per identità di ratio, anche alla violazione della comunicazione del c.d. preavviso di rigetto”. In termini, si v. T.A.R. Lazio, Sez. III, 15 aprile 2009, n. 3811, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 1133; T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 2 aprile 2008, n. 113, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 1065, secondo le quali “la mancanza del preavviso di rigetto non è da ritenersi viziante nel caso in cui il contenuto degli atti impugnati non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto stabilito [...] sicché ricorre l’effetto sanante di cui all’art. 21-

l'attività discrezionale, nel mentre sfuma il confine tra diritto pubblico e diritto privato (ciò che conta è la realizzazione del risultato piuttosto che la forma utilizzata)¹⁶¹; il secondo cerca di asseverare la validità e la solidità di tali principi, sebbene cercando di adattarli alle mutate esigenze della società, e nella prospettiva di garantire il cittadino dall'invasione del potere pubblico,

octies a mente del quale il provvedimento non è annullabile per mancato avviso di avvio del procedimento quando l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". Nel senso che la comunicazione di avvio del procedimento ed il preavviso di rigetto assolvono a funzioni differenti, v.: T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 29 maggio 2006, n. 2125, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 1859; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 10 aprile 2006, n. 2553, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 1328).

Eppure l'orientamento preferibile risulta essere quello, ormai minoritario, secondo cui l'omissione di che trattasi è causa di annullabilità del provvedimento, non potendosi prescindere da tale ulteriore occasione di "dialogo" tra cittadino e pubblica amministrazione (cfr., di recente, T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 30 gennaio 2009, n. 138, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 47, nonché TAR Toscana, Firenze, Sez. II, 17 giugno 2009, n. 1058, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 1739. Cfr. inoltre T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 6 dicembre 2007, n. 15817, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 3878, T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 29 maggio 2006, n. 2125, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 1859, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 26 ottobre 2005, n. 3296, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 3064). In altri termini, una lettura in chiave sistematica dell'art. 10-*bis* consente di superare le "strettezze" della norma sulle illegittimità praticabili, perché sarebbe del tutto contraddittorio da un lato prevedere un ulteriore (ed importante) momento di partecipazione (una partecipazione che si configura come elemento indefettibile per la "legalità del risultato": in questo senso v. SORRENTINO, *op. ult. cit.*) e dall'altro fare di tale strumento una sorta di arma spuntata, come nel caso in cui si ammette che la violazione della norma sul preavviso di rigetto non comporti l'annullamento dell'atto. In questo senso, cfr. SORRENTINO, *Spunti di riflessione per un'applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21-octies*, cit., spec. 171. Per un approfondimento circa i rapporti tra art. 10-*bis* ed art. 21-*octies*, si può vedere MARENGHI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 961. Si v. anche ZITO, *Profili funzionali del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 159, spec. 166. Ad avviso di tale A., "senza entrare nello specifico delle complesse disposizioni contenute nel suddetto articolo [l'art. 21-*octies*, n.d.s.], pare evidente che la dequotazione dei vizi connessi alla violazione di norme sul procedimento e la dequotazione di quelli relativi alla mancata comunicazione di avvio del procedimento, ai fini dell'annullabilità del provvedimento, non possano che essere interpretati, stante la centralità della partecipazione e la filosofia che ne sta alla base, in senso assai rigoroso e restrittivo atteso che, se così non fosse, si finirebbe per indebolire quella dialettica tra posizioni, che è invece chiaramente additata come un momento essenziale per la legittimazione della complessiva azione amministrativa e per l'assunzione di decisioni corrette dal punto di vista della razionalità e dell'equità". Per un quadro di sintesi, e per ulteriori riferimenti, sia consentito infine rinviare ai miei, *Dia e preavviso di rigetto: note minime tra vecchi dubbi e nuove incertezze*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 710, nonché *Omessa comunicazione di avvio del procedimento e ripartizione dell'onere probatorio circa l'ineluttabilità del contenuto del provvedimento*, in *La Rivista Nel Diritto*, 2010, 1659.

¹⁵⁹ LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit., 28 e ss..

¹⁶⁰ CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista di Diritto Pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1995, 789, nonché *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996,

ricostruendo, ove occorra, il rapporto che lega amministrazione ed amministrato secondo l'endiadi diritto/obbligo¹⁶².

Invero, sembra criticabile l'idea, cara a Cassese, dell'inevitabilità del potere discrezionale¹⁶³.

Ai fini che qui specificamente interessano – e cioè rispetto alla trattazione del tema dei rapporti tra legge e attività amministrativa che si manifesta nella concessione di sovvenzioni e contributi a favore degli amministrati – deve rilevarsi, anzi, che la

689; ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 639.

¹⁶¹ Assume una posizione critica rispetto alle *immobili* categorie dogmatiche orlandiane il BENVENUTI, *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Annuario dell'Università Cattolica del S. Cuore*, a.a. 1955/56 e 1956/57.

¹⁶² Ma vedi anche, dello stesso ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 52. In questo scritto l'illustre A. prende le mosse dalla tradizionale distinzione (formulata originariamente da GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957) tra norme d'azione e norme di relazione per arrivare a sostenere che solo le prime sono realmente attributive di poteri alla pubblica amministrazione e conseguentemente abilitano quest'ultima ad emettere provvedimenti dotati del carattere dell'imperatività; le norme di relazione avrebbero, invece, come compito quello di dirimere conflitti di interesse, ragion per cui il potere di scelta sarebbe sottratto all'amministrazione che si limita ad applicare l'assetto di interessi predeterminato dalla norma. Come a dire che l'amministrazione pone in essere l'attività imperativa solo quando è in grado di operare delle scelte in ordine all'equilibrio degli interessi in gioco che siano in grado di imporsi agli amministrati, cioè solo quando svolge attività discrezionale; invece, a fronte dell'attività vincolata non si potrebbe parlare di esercizio di un potere ma piuttosto di adempimento di un obbligo. Orsi Battaglini ripercorre le linee fondamentali di questa idea in uno studio dedicato alle autorizzazioni (voce *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987) giungendo a sostenere la distinzione tra autorizzazioni discrezionali ed autorizzazioni vincolate: solo le prime hanno efficacia costitutiva, nel senso che valgono a produrre delle modificazioni del mondo giuridico in via diretta; le seconde sono piuttosto "atti meramente ricognitivi" privi di efficacia costitutiva e privi altresì del carattere imperativo (p. 70). In relazione a quest'ultimo punto precisa l'Autore riferendosi alla fonte dell'effetto: "se è la legge, i comportamenti dei soggetti avranno carattere esecutivo e qualificazione di fatti o meri atti; se è l'atto del soggetto, la legge esercita la sua efficacia all'attribuzione del potere, perdendo ogni rapporto diretto con l'effetto" (p. 71). In pratica, per dirla con LEDDA (*Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, 376 e ss.), "di un potere dell'amministrazione può utilmente parlarsi solo con riferimento ai casi in cui quest'ultima disponga di un certo margine di discrezionalità, cioè di un margine che consenta l'affermazione di una volontà non compiutamente espressa dalla norma: e quindi per l'affermazione della volontà di un precetto che non sia semplice proiezione, nel concreto di quello posto dalla legge".

¹⁶³ Osserva LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit., 33, che "sembra infatti possibile in numerose – e di recente incrementate – ipotesi ricostruire il rapporto tra privato e p.a. secondo lo schema canonico diritto-obbligo, relazione giuridica fondamentale che una secolare tendenza a ricostruire in termini di supremazia il ruolo dell'amministrazione ha posto in ombra anche nelle situazioni più banali [...]. D'altro canto non sembra oggi esservi un modo diverso di regolare i rapporti tra legge e amministrazione, rispetto a quello che va sotto il nome di principio di legalità, ancorché non rigidamente inteso, che continua anzi ad apparire un presidio ineliminabile per la stessa libertà dei cittadini [...]. La funzione garantistica della regola previa (non sempre necessariamente posta dalla legge in senso formale) non trova infatti valori veri con cui mutarsi. Ciò non vuol dire che il principio sia egualmente adattabile ad un'amministrazione da intendere in termini di risultato e non di forma,

valutazione sul se effettuare o meno l'attribuzione patrimoniale di cui si tratta è interamente *guidata*, dovendo l'amministrazione provvedere a definire, a monte, i criteri che applicherà onde stabilire, in un contesto di risorse limitate (quale è tipicamente quello della concessione di incentivi), a chi tale attribuzione spetti (o viceversa non spetti) ed in che termini.

Ciò per evitare, come avvertiva anche la dottrina tradizionale, che la vicenda della distribuzione di benefici economici si risolva nel “*politischer Mehrwert*”, creando “*un rapporto di scambio nel quale la ‘moneta’ del privato è rappresentata dalla sua fedeltà elettorale*”¹⁶⁴.

A tale funzione di *giustizia distributiva*¹⁶⁵ assolve oggi, in termini generali, l'art. 12 della l. 241 del 1990, che stabilisce, al primo comma, che “la concessione di sovvenzioni, contributi, ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi”, mentre, al secondo comma, che “l'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1

ma sembra oggi questo il tentativo da compiere mentre anche il ricorso sempre più diffuso agli strumenti del diritto comune – se correttamente praticato – non dovrebbe valere ad aprire la strada ad una sorta di privilegio quanto piuttosto segnare un recupero non solo in termini di consenso e di efficienza ma anche di legalità, poiché comporta la piena sottoposizione dell'amministrazione al diritto dei soggetti uguali” Sul punto, cfr. inoltre MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 420.

¹⁶⁴ PERICU, *Le sovvenzioni*, II, cit., 10. Il rischio del c.d. *Subventionsabsolutismus*, ovvero l'esigenza di prevedere delle forme di controllo affinché gli incentivi non siano soltanto erogati a favore di imprese “amiche”, è stato particolarmente dotato dalla dottrina tedesca: il problema, come sottolinea MANZELLA, *Gli ausili finanziari*, cit., 3733, è tanto più grave “*allorché i sistemi muovono verso assetti di tipo maggioritario, in cui, cioè, la dialettica parlamentare è solo in parte capace di temperare le scelte della maggioranza*”. Sui problemi connessi alla compatibilità di misure di aiuto con il principio di uguaglianza, si veda SPAGNUOLO VIGORITA V., *Iniziativa economica privata*, cit., spec. 88 e ss.; nonché dello stesso A., *Problemi giuridici*, 386 e ss.. Vedi inoltre MERUSI, *Disciplina e organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il Mezzogiorno*, Roma, 1968 spec. 61 e ss.. Con specifico riguardo alla politicità della questione, v. RESCIGNO, *Sovvenzioni statali e parità di trattamento*, in *Dir. econ.*, 1964, 20, nonché BENADUSI, *Attività di finanziamento: profili costituzionali ed amministrativi*, cit., spec. 946.

¹⁶⁵ In questo senso, da ultimo, LARICCIA, *I provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, Commento all'art. 12 l. 241 del 1990, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, cit., 572 e ss., spec. 575. Ma vedi anche POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 1996, 697; CORSO, TERESI (a cura di), *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991.

deve risultare dai singoli provvedimenti relativi agli interventi di cui al medesimo comma 1”¹⁶⁶.

¹⁶⁶ PUGLIESE, *Il contraddittorio nel procedimento*, in *Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, cit., 25 e ss. che fa presenti le ragioni che hanno spinto la Commissione Nigro a codificare tale regola. In specie, si legge: “*la concezione che ci ha animato è stata quella che prevede l'obbligo della p.a. di usare mezzi di pubblicità adeguata a portare a conoscenza di tutti coloro che possono essere interessati e diciamo anche toccati da questi provvedimenti, la vicenda dell'iniziativa pubblica in questo settore e quindi dare a tutti la possibilità di partecipazione a queste procedure che sono procedure favorevoli al privato, su un piede di parità per poter concorrere nella procedura destinata all'assegnazione di questi benefici?*”.

2. *La predeterminazione dei criteri in alcune normative di settore. Analisi delle genesi dell'art. 12 della l. 241 del 1990 ed interpretazione delle proposizioni di cui esso si compone. Loro necessario collegamento con (se non inclusione tra) i principi generali dell'azione amministrativa. Delimitazione dell'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo dell'art. 12. In particolare (quanto all'ambito soggettivo di applicazione): i contributi a favore di associazioni con finalità non lucrative; (quanto all'ambito oggettivo di applicazione): la legge Bacchelli e i finanziamenti a favore della ricerca universitaria (in specie FIRB e PRIN). Tanto l'ambito soggettivo quanto l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 12 dimostrano che tale norma esprime un principio generale cui l'amministrazione deve attenersi nella distribuzione di risorse pubbliche.*

Prima di analizzare specificamente il significato di tale disposizione, e di indagarne la *ratio*, è bene avvertire che l'esigenza di precostituire i criteri di valutazione cui l'amministrazione si atterrà nell'esercizio del potere di attribuire benefici (e più in generale beni) era già stata presa in considerazione dal legislatore prima del 1990, ma con disposizione di carattere settoriale.

Deve a questo proposito essere senz'altro ricordata la l. 64 del 1986, recante la disciplina dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno¹⁶⁷ che attribuiva al Comitato Interministeriale per la programmazione industriale (CIPI) la competenza a “fissare i criteri per il finanziamento agevolato”.

Ispirato alla medesima logica appare essere il d.l. 786 del 1985 (conv. in l. 44 del 1986), in materia di promozione e sviluppo dell'imprenditorialità giovanile nel Mezzogiorno¹⁶⁸, che all'art. 1-*quater*, comma 2, stabilisce che “le agevolazioni finanziarie sono concesse ed erogate secondo criteri e modalità stabiliti con decreto del Ministro degli interventi straordinari nel Mezzogiorno, di concerto con il Ministro del tesoro, con il Ministro del lavoro e della previdenza sociale e con il Ministro dell'Industria, del commercio e dell'artigianato”, precisando, in seguito, che la

¹⁶⁷ Su cui v. AA. VV., *Il nuovo intervento straordinario per il Mezzogiorno*, a cura di MARONGIU e DI GASPARE, Milano, 1988, nonché MORONE, VECCHIONE, voce *Mezzogiorno (legislazione sul)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, 1 e ss..

¹⁶⁸ Su cui cfr. ZUPPETTA, *I poteri discrezionali della pubblica amministrazione nel procedimento di finanziamento agevolato della legge n. 44/1986 sull'imprenditorialità giovanile*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 1994, 721; MORANA, *Nuova imprenditorialità giovanile: l'estensione del modello della legge n. 44/1986, in L'intervento pubblico per lo sviluppo dell'imprenditorialità*, Documenti del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche V. Bachelet, n. 3, Milano, 1997, 25 e ss..

fissazione di tali criteri debba avvenire tenendo conto: della residenza nel Mezzogiorno alla data di entrata in vigore del decreto legge, o a data anteriore, della maggioranza dei giovani partecipanti alla cooperativa o alla società; della necessità di privilegiare le cooperative nella determinazione del contributo per le spese di gestione; della necessità di evitare il cumulo delle agevolazioni finanziarie previste nel decreto con altre agevolazioni regionali, nazionali o comunitarie; dell'obbligo a carico del soggetto agevolato di non distogliere dall'uso previsto, per un congruo periodo di tempo, i beni strumentali agevolati¹⁶⁹; della necessità di assicurare procedure celeri per l'erogazione dei contributi; dell'opportunità di

¹⁶⁹ Al riguardo, è interessante, per quanto attenga ad una questione più generale di cui si tratterà con maggiore grado di approfondimento in seguito, l'analisi della giurisprudenza in tema di revoca delle agevolazioni finanziarie a favore dell'imprenditoria giovanile ai sensi del d.l. 786 del 1985 (potere spettante, in origine al Comitato per l'imprenditoria giovanile nel Mezzogiorno e poi trasferito all'Imprenditoria giovanile s.p.a. in forza dell'art. 1 comma 2, d.l. 26 del 1995, conv. in l. 95 del 1995). In specie, la Cassazione a Sezioni Unite (27 luglio 2007, n. 16297, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 7-8; 20 maggio 2005, n. 10603, *ivi*, 2005, 5) ed il Consiglio di Stato (da ultimo, Sez. VI, 9 ottobre 2009, n. 6209, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 2371, s.m.; in senso parzialmente contrario vedi peraltro Cons. St., Sez. VI, 8 giugno 2009, n. 3664, in www.giustizia-amministrativa.it, con riguardo al caso – affatto particolare – della revoca di una sovvenzione incompatibile con il diritto comunitario concesso ad un'impresa in applicazione di una pronuncia giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata) sono concordi nel ritenere che il provvedimento di revoca del beneficio delle agevolazioni finanziarie di che trattasi “*partecipa esclusivamente dell'apprezzamento del pubblico interesse in ordine al mantenimento del finanziamento, una volta acclarata la sopravvenuta impossibilità della sua finalizzazione agli scopi originari*” e che, trattandosi di un provvedimento ascrivibile all'area dei poteri autoritativi di controllo, pertinenti in via esclusiva alla p.a., la posizione giuridica soggettiva vantata dal privato ha la consistenza dell'interesse legittimo, con quanto ne discende in punto di giurisdizione. In altra pronuncia (Cons. St., Sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4588, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 2502, s.m.) si precisa nondimeno che l'esercizio dei poteri di autotutela, che radica, nel senso appena detto, la giurisdizione del g.a. ricorre esclusivamente quando “*la revoca attinga elementi che avevano condizionato l'originaria concessione dell'erogazione (e non già come nel caso oggetto dell'odierna cognizione, in ipotesi di inadempimento successivo)*”: ed infatti nel senso che della revoca conseguente all'inadempimento dell'obbligo da parte del sovvenuto di mantenere determinati livelli occupazionali debba conoscere il g.o., venendo in rilievo profili di inadempimento nella fase di esecuzione del rapporto, v. Cass. S.U., 9 gennaio 2007, n. 117, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 9. La distinzione sembra utile, e lo si spiegherà meglio nel prosieguo della trattazione, per evidenziare la natura *binaria* del rapporto che si instaura tra amministrazione ed impresa sovvenzionata: in tale rapporto, infatti, convivono momenti propriamente autoritativi e momenti (specie nella fase esecutiva) retti dai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti (in particolare, ci si riferisce agli istituti che presuppongono un'alterazione del sinallagma contrattuale). Questo tipo di considerazioni consentirà di verificare la possibilità di qualificare questo rapporto, e desumerne conseguentemente la disciplina giuridica, facendo riferimento all'art. 11 della l. 241 del 1990, e cioè degli accordi nei quali, secondo la lettura preferibile (vedi da ora almeno: GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003), convivono aspetti del provvedimento ed aspetti del contratto.

privilegiare le iniziative ubicate nelle zone a più alto livello di disoccupazione ovvero, a parità di condizioni economiche e produttive, le iniziative promosse da cooperative e società a prevalente composizione femminile oppure costituite esclusivamente da giovani.

Per quanto la predeterminazione dei criteri e delle modalità di concessione dei contributi avvenga, secondo le leggi appena ricordate, nella forma del decreto ministeriale, la dottrina¹⁷⁰ ha

¹⁷⁰ POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 177. Dello stesso A., vedi anche *Prevedibilità delle scelte*, cit., dove si rileva che “non pare debbano spendersi parole per constatare quanto sia diffusa l'esigenza che l'azione amministrativa, nel suo concreto svolgersi, superi il limite binario della ‘mera conformità alla legge’ per offrire garanzie di certezza agli amministrati. Una delle garanzie di maggior peso, a tal fine, è quella offerta dalla trasparenza dei processi decisionali pubblici e dalla loro prevedibilità. Assai più che di un obiettivo strategico per l'Amministrazione, la prevedibilità delle scelte pubbliche è presidio ideale della sfera di libertà del cittadino contro i pericoli dell'esercizio arbitrario del potere. Si tratta di un valore fondante per tutti i rapporti giuridici intersoggettivi, sia per quelli privati (l'illustre A. intende riferirsi al principio di buona fede ed affidamento nei rapporti negoziali) sia per quelli tra privati ed Amministrazione pubblica”. Del resto, si osserva, anche WEBER (*Economia e società*, vol. II, trad. it. PALMA M., Roma, 514) aveva già messo in risalto l'esigenza di poter contare sulla prevedibilità del comportamento dell'amministrazione. Ai fini dell'indagine condotta, il Police evidenzia la sussistenza di questo principio generale (di predeterminazione delle scelte amministrative) tenendo conto non solo della normativa, anche qui ricordata, in tema di concessione di finanziamenti pubblici e sovvenzioni, ma anche di altre discipline di settore, che vale la pena, sulla scia della brillante analisi condotta dal citato A., anche qui. In particolare, si guarda: a) al settore bancario, ed in specie a quanto previsto dall'art. 4, comma 2, del d.lgs. 385 del 1993 (verificare), a mente del quale “la Banca d'Italia determina e rende pubblici previamente i principi ed i criteri dell'attività di vigilanza”, mentre l'art. 53 (che riproduce il contenuto dell'art. 22, d.lgs. 481 del 1992, recante l'attuazione della dir. 646/89 CE in materia bancaria) specifica che le previsioni di carattere generale (comprehensive delle “scelte di base” circa l'adeguatezza patrimoniale) che orientano l'attività di vigilanza sono adottate in conformità alle delibere del CICR. Sull'art. 53 del t.u. in materia bancaria e creditizia si rinvia a CLEMENTE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di CAPRIGLIONE, Padova, 1994, 278 e ss. Il riferito *modus operandi* (predeterminazione dei criteri, in funzione di auto-limite) trova poi una rilevante applicazione con riguardo all'attività di autorizzazione all'attività bancaria: la Banca Centrale specifica *a priori* le caratteristiche ed i contenuti del programma di attività della banca, l'accertamento dello stato patrimoniale del richiedente, le modalità ed i criteri per l'iscrizione all'albo. Analogamente, in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, l'art. 2 della l. 154 del 1992 (abrogato dall'art. 161 del d.lgs. 385 del 1993) prevede(va) che “per quanto riguarda i titoli di Stato, il Ministro del tesoro fissa, sentita la Banca d'Italia, i criteri ed i parametri per la determinazione delle eventuali commissioni che gli enti creditizi pongono a carico della clientela, in occasione del collocamento nonché per la trasparente determinazione dei relativi rendimenti”, laddove il settimo comma del medesimo articolo chiarisce che “conformemente alle deliberazioni del CICR, la Banca d'Italia impartisce istruzioni relative alla forma, al contenuto economico dei rapporti e individua altre operazioni e servizi che si renda opportuno assoggettare agli obblighi di pubblicità”; b) al settore della vigilanza sul mercato mobiliare, ed in specie all'art. 3, comma 3, lett. f) del d.l. 95 del 1974 (articolo abrogato dal d.lgs. 58 del 1998) che attribuisce (attribuiva) alla CONSOB il potere di determinare “in via generale o per singole borse i requisiti per l'ammissione alle quotazioni in borsa, anche con riguardo alle diverse

evidenziato che non mancano strumenti diversi: al riguardo – e con riserva di trattare più approfonditamente la questione con riguardo all’art. 12 della l. 241 – si ricorda la soluzione sperimentata dal legislatore nella l. 505 del 1992, in materia di provvidenze in favore di zone colpite da eccezionali avversità atmosferiche verificatesi nel periodo dall’ottobre 1991 al luglio 1992, che all’art. 1, comma 4, prevede che “le regioni indicate al comma 1, anche sulla base di segnalazioni degli enti locali interessati ed in armonia con le

categorie di titoli e di emittenti; i contenuti e le modalità di pubblicazione del prospetto informativo per l’ammissione alla quotazione stessa; i tipi di contratti ammessi; i sistemi di quotazione; le modalità di accertamento dei prezzi e di formazione del listino; le tariffe di mediazione; gli importi minimi negoziabili in borse per ciascun titolo quotato”. Analogamente, l’art. 8 del d.p.r. 138 del 1975 stabilisce che “la Commissione delibera in via generale o per singole borse [...] i requisiti per l’ammissione su domanda e d’ufficio, anche per categorie di titoli e di emittenti”. La stessa Commissione è chiamata a determinare, in via generale, “le modalità di presentazione delle domande e le relative forme di pubblicità, i documenti e gli elementi informativi che devono essere forniti dagli enti richiedenti”. Un sistema simile vale per quanto attiene alla disciplina dell’iscrizione all’albo delle c.d. SIM (società di intermediazione mobiliare): la CONSOB infatti determina con proprio atto (da pubblicarsi oltretutto in Gazzetta Ufficiale) “le modalità di presentazione della domanda, gli elementi informativi che la domanda deve contenere, i documenti che devono essere forniti in allegato, nonché le modalità dell’istruttoria” (art. 3, comma 3, l. 1 del 1992). Stesse considerazioni valgono per la disciplina delle offerte pubbliche di vendita o di sottoscrizione, anche finalizzata alla quotazione in borsa (art. 6, comma 4, l. 149 del 1992) e per quella in materia di offerte pubbliche di acquisto e di scambio (art. 15, comma 1, l. 149 del 1992) dove specificamente si prevede che “la CONSOB determina in via generale e, all’occorrenza, per i casi particolare: le informazioni che devono essere rese pubbliche in sede di pubblicazione dell’offerta, le modalità di pubblicazione di questa e le garanzie di adempimento dell’obbligo di corrispondere il corrispettivo offerto; le procedure e le modalità per seguire e divulgare, in pendenza dell’offerta, avvisi e comunicati diversi dal documento dell’offerta; le modalità di pubblicazione dei risultati dell’offerta; i requisiti e le modalità da osservare per le modificazioni dell’offerta”. La CONSOB, inoltre, predetermina i criteri di valutazione alla stregua dei quali sarà consentita la commercializzazione in Italia di quote di organismi di investimento collettivo situati in altri Paesi dell’Unione Europea (art. 10-*bis*, comma 1, l. 77 del 1983 e ss. mm.); c) alla disciplina in tema di determinazione di prezzi e tariffe dei servizi pubblici essenziali specie con riguardo alle prestazioni di assistenza specialistica, riabilitativa e ospedaliera nel SSN (con riguardo al quale si rinvia, per l’approfondimento di specifiche problematiche a LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1995), in relazione alla quale si prevede che la determinazione di siffatte tariffe avvenga alla luce dei “criteri generali” fissati con decreto del Ministro della Sanità. Il Pollice ritiene poi di escludere dall’analisi quelle ipotesi in cui la predeterminazione dei criteri in funzione di auto-limite avvenga attraverso la fonte regolamentare. Vero è però che “*le differenze formali che investono la natura ed il diverso grado di vincolatività di tali strumenti crea non poche problemi all’interprete, nell’operare una classificazione sia delle prime, che costituiscono atti normativi, sia delle seconde che restano, invece, atti amministrativi. Ed anche se nella rassegna che si è appena esposta, seppure si richiamano figure di predeterminazione che nella forma sembrano coincidere con lo strumento regolamentare, per i loro contenuti sono assai più assimilabili a forme di anticipato esercizio del potere discrezionale, che non alle tradizionali fonte regolamentari?*” (*La predeterminazione*, cit., 209). È questo il caso, ad esempio, della disciplina che regola il rilascio di concessioni ed autorizzazioni in materia radiotelevisiva e

previsioni degli schemi previsionali e programmatici di cui all'art. 31 della l. 183 del 1989, elaborano un programma di interventi urgenti”, tenendo conto dei seguenti criteri: eliminazione delle situazioni di pericolo; concessione di contributi per la riparazione dei danni subiti dalle abitazioni private e dalle cose di privati cittadini; riparazione dei danni alle infrastrutture essenziali; rimessa in pristino od esecuzione delle altre opere ed infrastrutture.

quella relativa ai programmi sponsorizzati. Con segnato riferimento alla prima, deve rilevarsi che il legislatore non ha fissato, se non in termini estremamente generici (art. 16, comma 17, l. 223 del 1990 che prevede che il rilascio della concessione debba avvenire “sulla base di criteri oggettivi che tengano conto della potenzialità economica, della programmazione prevista e dei progetti radioelettrici e tecnologici”), i criteri per il rilascio della concessione (si veda in tema Corte Cost., 7 dicembre 1994, n. 420, in *Giust. Civ.*, 1995, 17, che ha espresso un orientamento diverso dalla precedente decisione 26 marzo 1993, n. 112, in *Giur. Cost.*, 1993, 939). A tanto si è provveduto con il regolamento di attuazione contenuto nel d.p.r. 255 del 1992. In specie, rilevano gli artt. 23 e 24 di tale regolamento: la prima disposizione specifica (primo comma) che il Ministro delle poste e delle telecomunicazioni specifica nel bando annuale il numero delle concessioni che possono essere rilasciate per ciascun bacino d’utenza o per parti limitate di detto bacino alle emittenti a carattere commerciale e (terzo comma) che la domanda deve contenere particolari indicazioni; la seconda disposizione disciplina la procedura di valutazione e comparazione delle domande di concessione, che è sostanzialmente strutturata intorno alla applicazione in concreto degli elementi e requisiti previsti, a monte, nel bando. In tema di concessioni radiotelevisive si v. CAPOTOSTI, *Le concessioni provvisorie e i requisiti aggiuntivi nella più recente legislazione sulla radiodiffusione*, in *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia* (a cura di BARILE e ZACCARIA), Torino, 1994, spec. 475, mentre per un trattazione di carattere generale (ma al tempo stesso esaustiva) si rinvia, per tutti, a ZACCARIA, *Radiotelevisione*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da SANTANIELLO), vol. XV, tomo II, Padova, 1996. Si può oggi aggiungere al catalogo stilato da Police (non si è ricordata qui la trattazione delle procedure di evidenza pubblica perché fondata su una disciplina che è stata in buona parte riscritta, pur essendo ancora oggi ancorata all’idea, per quanto qui interessa, che l’amministrazione definisca in un atto generale i criteri di attribuzione del bene della vita, sicché l’atto applicativo, e le valutazioni su cui esso si fonda, sono di carattere vincolato o al più espressione di discrezionalità tecnica), sebbene si tratti di ipotesi da inquadrare su di un piano diverso, e segnatamente su quello dell’efficienza (cioè della buona amministrazione) e quindi del risultato dell’azione amministrativa, la normativa sulla misurazione della *performance* contenuta nel c.d. decreto Brunetta (d.lgs. 150 del 2009). Tale decreto, fin dall’enunciazione dei principi generali (art. 3), stabilisce che “la misurazione e la valutazione della *performance* sono volte al miglioramento della qualità dei servizi offerti alle amministrazioni pubbliche, nonché alla crescita delle competenze professionali”: a tal fine si prevede (art. 10) la redazione di un documento programmatico annuale che individua gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi e definisce “[...] gli indicatori per la misurazione e la valutazione della *performance* dell’amministrazione, nonché gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori”; al sistema complessivamente inteso è assicurata la massima trasparenza (art. 11). Si vuole in sostanza rilevare che la predeterminazione dei criteri distributivi in funzione di auto-limite sta all’esercizio del potere discrezionale (e quindi alla valutazione comparativa degli interessi in gioco) come la previsione di obiettivi e standard minimi della *prestazione amministrativa* stanno all’efficienza della p.a.; in funzione, a ben vedere, di similari esigenze di

Tornando all'art. 12 della l. 241 del 1990, giova anzitutto ricordare che la norma, nella formulazione che può leggersi nello schema di ddl predisposto dalla Commissione Nigro¹⁷¹, differiva da quella oggi in vigore per i seguenti profili: il riferimento, tra i beneficiari dei vantaggi economici, anche agli enti pubblici; il richiamo alle “forme previste nei rispettivi ordinamenti”; la precisazione che i provvedimenti di cui al secondo comma costruiscono atti applicativi degli interventi contemplati nel primo comma.

Tali modifiche presentano aspetti di interesse.

La prima (che concerne l'inclusione tra i beneficiari dell'aiuto da erogarsi secondo le modalità di cui all'art. 12 degli enti pubblici) si spiega alla luce dell'esigenza di evitare che un soggetto, solo perché pubblico, soggiaccia, allorché beneficia (o meglio aspira a beneficiare) di un finanziamento pubblico, ad un regime differenziato rispetto a quello applicabile agli altri soggetti dell'ordinamento: ciò in attuazione del parere espresso dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato¹⁷².

La seconda (che consiste nel richiamo alle “forme previste nei rispettivi ordinamenti”) consente alle singole amministrazioni, appunto in considerazione delle rispettive norme d'organizzazione, di utilizzare ai fini della predeterminazione dei criteri in funzione di auto-limite la forma giuridica ritenuta, in concreto, più appropriata: il riferimento significa oltre a ciò che deve esservi un atto formale, non sostituibile con prassi ed usi interni, che potrebbero al più avere una funzione integrativa e giammai sostitutiva¹⁷³.

La terza (riguardante la specificazione che i provvedimenti di cui al secondo comma si riferiscono agli interventi contemplati nel comma precedente, con formulazione invero assai ampia) è spiegabile – a dire della dottrina¹⁷⁴ - in considerazione dei dubbi interpretativi cui avrebbe da adito l'originaria formulazione: in specie, tale ultima formulazione (“provvedimenti di cui al primo comma”) poteva essere intesa come riferita ai provvedimenti di

trasparenza e garanzia per gli amministrati.

¹⁷¹ Il testo può leggersi in *Riv. Trim. Sc. Amm.*, 1987, 88 e ss..

¹⁷² Cons. St., Ad. Gen., 17 febbraio 1987, n. 7, in *Foro it.*, 1988, III, c. 22 e ss.

¹⁷³ Corte Conti, Sez. Contr., 4 agosto 2009, n. 15, in *Riv. Corte Conti*, 2009, 4, 7.

¹⁷⁴ Vedi ad esempio BALESTRA, *L. 7 agosto 1990, n. 241 – Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto d'accesso ai documenti amministrativi. Capo III – Partecipazione al procedimento amministrativo. Commento all'art. 12*, in *Nuove leggi commentate*, Padova, 1995, n. 67.

definizione dei criteri distributivi, e non invece agli atti attributivi, in concreto, del beneficio economico.

La dottrina è concorde nel ritenere che la *ratio* della disposizione in esame sia individuabile in ciò, che in primo luogo si è voluto conformare l'azione della p.a. *in subiecta materia* alla logica dell'auto-limite, ma altresì fornire un criterio di giudizio al giudice¹⁷⁵; che in secondo luogo si è inteso scongiurare, pur quando non vi sia (in un contesto di risorse scarse) controversia tra più

¹⁷⁵ Vedi ad esempio VIRGA P., *Eccesso di potere per mancata prefissione dei parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di Giannini*, vol. I, Milano, 1988, 589; nonché, del medesimo A., *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione dell'imparzialità amministrativa*, in *Scritti in onore di G. Scaduto. Diritto pubblico e scritti vari*, vol. I, Padova, 1970, 170. In questa sede si può soltanto sfiorare il tema, che sarà ripreso più ampiamente nel prosieguo, se il contrasto tra quanto stabilito nei criteri distributivi a monte e l'atto applicativo dia luogo a conseguenze, per così dire, pubblicistiche, essenzialmente inquadrabili nel vizio dell'eccesso di potere, ovvero a conseguenze civilistiche (ovvero anche a queste ultime), non soltanto per quanto attiene ai profili risarcitori. Rispetto ai quali, si vedrà, si potrebbero porre esigenze di tutela non soltanto a favore di chi confida in buona fede nell'attribuzione di un beneficio economico da parte della p.a. (perché in possesso dei requisiti richiesti in generale: sull'esigenza di tutelare l'affidamento ingenerato nel destinatario del provvedimento amministrativo circa il rispetto delle procedure, v. Corte Conti, Sez. Contr., 10 maggio 1993, n. 76, in *Cons. St.*, 1993, II, 1936, che pure qualifica il principio espresso dall'art. 12 della l. 241 del 1990 in termini di principio generale. Circa la tutela dell'affidamento, in materia di sussidi pubblici, vedi più di recente Cons. St., Sez. III, parere 30 luglio 2009, n. 5191, in www.giustizia-amministrativa.it; in dottrina, cfr. GRECO G., *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 375 e SOTTILI, *Revoca di aiuti di Stato e tutela dell'affidamento*, in *Diz. Unione Europea*, 1998, 196. Su tali aspetti - qualificazione del principio espresso dall'art. 12 in termini di principio generale e sulla tutela dell'affidamento in materia di sovvenzioni si tornerà nel prosieguo della trattazione -, ovvero nella sua conservazione); ma anche a favore di chi concorre nel mercato con l'impresa che abbia ricevuto un sussidio pubblico non spettante. In particolare, si potrebbe indagare la possibilità di configurare una responsabilità di tipo risarcitorio, in capo alla p.a. che abbia ritirato il beneficio, nei confronti delle imprese concorrenti che facevano in buona fede affidamento sulla buona situazione finanziaria dell'impresa sovvenzionata, credenza ingenerata dall'attribuzione stessa del beneficio. Vero è comunque che, più in generale, la tutela della buona fede ha assunto, anche con riguardo a ciò che si suole chiamare *rapporto amministrativo* una notevole importanza (sulla buona fede nel diritto pubblico vedi, per tutti, il fondamentale contributo di MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001; ID., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; più di recente ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005). E ciò tanto per quanto attiene alla fase *fisiologica* di svolgimento di tale rapporto, che per quanto attiene alla fase *patologica*, quando cioè, a fronte di comportamenti scorretti venga dedotta la mancanza di buona fede, in specie della parte pubblica. È quanto, ad un primo esame, si potrebbe ritenere accada in materia di repressione di abusi edilizi, qualora l'amministrazione abbia prima di sanzionare l'abuso tenuto comportamenti tali da ingenerare nel privato la credenza della legittimità urbanistica dell'opera realizzata. Sul tema, che comunque è solo apparentemente distante dall'oggetto della nostra trattazione, sia consentito per adesso limitarmi a rinviare ad AULETTA A., *Considerazioni intorno al c.d. affidamento del responsabile dell'abuso ed all'operazione qualificatoria del fatto nel caso di intempestivo esercizio del potere sanzionatorio in materia edilizia (a margine di T.A.R. Umbria, Sez. I, 21 gennaio 2010,*

interessati ad attingere il medesimo beneficio, il rischio di comportamenti collusivi tra l'amministrazione ed il privato¹⁷⁶.

Ad ogni buon conto, la disposizione si ricollega a principi generalissimi, non a caso contemplati espressamente nell'art. 1, comma 1, della legge sul procedimento amministrativo, quali quello di pubblicità e trasparenza¹⁷⁷, ma prima ancora quelli di uguaglianza e buona amministrazione previsti nella nostra Costituzione¹⁷⁸: questo intimo collegamento, unitamente alla considerazione che

n. 23), in *Riv. Giur. Ed.*, 2010, 223. Non è da escludere, peraltro, che il richiamo alla buona fede (o meglio alla sua mancanza) possa orientare il giudizio anche riguardo al comportamento tenuto dal privato, pure in sede processuale. Su questo ordine di argomentazioni (arricchite dal richiamo alla distinzione *tutta civilistica* tra danno evento e danno conseguenza, specie con riguardo al nesso di causalità) l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (23 marzo 2011, n. 3, in *www.giustamm.it*) ha ritenuto che la mancata proposizione da parte del privato della domanda di annullamento preclude (perché interrompe in nesso di causalità tra fatto generatore del danno ed evento dannoso) la possibilità di beneficiare della tutela risarcitoria, poiché la mancata attivazione degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento costituisce comportamento negligente (ovvero, il che è lo stesso la loro attivazione costituisce comportamento esigibile) ai sensi e per gli effetti dell'art. 1227 c.c. (che invero l'art. 30 del Codice del processo amministrativo non richiama esplicitamente). Ma su tale aspetto si conta di tornare più approfonditamente in seguito.

¹⁷⁶ Vedi CORSO, TERESI, cit., 67 e ss., ma già PERICU, *op. ult. cit.*, 10.

¹⁷⁷ Sulla distinzione tra pubblicità e trasparenza, vedi, anche per ulteriori richiami, ARENA, BOMBARDELLI, *Il diritto d'accesso ai documenti amministrativi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di CERULLI IRELLI, cit., 409 e ss., spec. 411 che rilevano che “*si ha applicazione del criterio di pubblicità quando informazioni detenute dall'amministrazione vengono messe a disposizione di coloro che desiderano prenderne visione, su loro richiesta (diritto d'accesso) o per iniziativa autonoma dell'amministrazione. [...] Questo tuttavia non comporta necessariamente una maggiore trasparenza dell'amministrazione [intendendo, come intendono gli Autori, la trasparenza come un modo d'essere dell'amministrazione, e quindi piuttosto che come un istituto giuridico come un obiettivo da raggiungere con vari mezzi, n.d.s.]*”. E si aggiunge: “*in realtà quando si dice che l'amministrazione deve essere trasparente dice qualcosa di più che non semplicemente che devono essere pubbliche le informazioni che essa detiene. La pubblicità è fondamentale, ma è solo il passaggio intermedio per uscire dal segreto e arrivare alla trasparenza. Il segreto è infatti non conoscibilità, non conoscenza e quindi non comprensione. La pubblicità è conoscibilità ma non necessariamente conoscenza. La trasparenza è insieme conoscenza e comprensione*”. Affinché si abbia il passaggio dalla pubblicità alla trasparenza è quindi necessario “*il passaggio dalla conoscibilità alla conoscenza vera e propria, su cui può a sua volta fondarsi la comprensione*”.

¹⁷⁸ OSSERVA VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, 519 che “*delle due l'una: o una legge sul procedimento ignora del tutto il fenomeno auto-limitativo, lasciando impregiudicata la problematica della sua ammissibilità, della sua estensione e del modo in cui si realizza: il che comporta un implicito riconoscimento, al riguardo, dell'assetto vigente, quale risulta da alcune disposizioni legislative settoriali, nonché in via più generalizzata, dai cospicui orientamenti della giurisprudenza. Oppure la legge sul procedimento amministrativo prevede espressamente l'obbligo di auto vincolarsi: ma allora dovrebbe farlo per tutte le tipologie di attività che richiedono la determinazione di autolimiti. Non pare logico che il riferimento a questi ultimi sia omesso proprio per il settore che esigerebbe la loro prefissione in maniera più imperativa*”. Quanto all'esigenza di pubblicità, in collegamento ai principi costituzionali, si vedano le notazioni di ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 245. Ad avviso

pur avendo una valenza settoriale – perché si riferisce alla sola attività amministrativa di concessione di ausili finanziari - la disposizione in concreto concerne una parte significativa dell'amministrazione dell'economia, aveva spinto la dottrina a sostenere che sarebbe stata più corretta la collocazione di essa nell'ambito del Capo I della legge generale sul procedimento amministrativo¹⁷⁹.

dell'autorevole costituzionalista, infatti, “*in ossequio al principio di imparzialità si dovrebbe stabilire in generale che l'attività dell'amministrazione deve svolgersi in ideale contraddittorio con tutti gli interessati. Si dovrebbe cioè prescrivere in principio che, salvi i casi in cui uno specifico interesse pubblico lo vieti, i poteri pubblici dei funzionari siano esercitati in pubblico, e che le procedure amministrative siano sempre istruite in pubblico e che l'attività preparatoria degli atti non si svolga nel mistero e nel segreto degli uffici, ma in modo palese; e che di tutti gli elementi che possano anche e solo psicologicamente influire sulle decisioni [...] resti pubblica traccia nel procedimento. Le mura degli uffici dovrebbero essere di vetro, mentre oggi, troppo spesso, sono del tutto simili a quelle degli uffici privati entro le quali si trattano in segreto questioni private; e le parole non dovrebbero essere solo sussurrate, ma pronunciate e scritte in modo che ogni interessato (ogni cittadino) possa avere cognizione degli elementi influenti sulla decisione ed abbia modo di comprendere in tempo utile argomento ad argomento*”. Del resto, la Corte Costituzionale – attenta all'esigenza di individuare dei limiti a poteri latamente discrezionali (sulla discrezionalità della p.a. in generale e per tutti v. GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939 e PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.* Milano, 1964, XIII, 65 e ss.) - aveva già in tempi remoti avvertito l'esigenza di dichiarare l'incostituzionalità di norme che, in materia coperta dalla riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., affidavano all'amministrazione finanziaria un potere di imposizione senza limiti (si pensi alla vicenda dei contributi turistici per cui v. Corte Cost., 1957, n. 47, in www.cortecostituzionale.it); ovvero di norme che lasciavano alla discrezionalità sostanzialmente illimitata dell'autorità amministrativa il se autorizzare o meno l'esercizio di un diritto fondamentale (si pensi alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 113 TULPS che subordinava a licenza di polizia la distribuzione e la messa in circolazione di scritti e disegni per la mancata previsione di criteri direttivi secondo i quali esercitare il ridetto potere: Corte Cost., 1956, n. 1, in www.cortecostituzionale.it); ed in certi casi eccezionali aveva essa stessa fissato un parametro di esercizio del potere, definendo il limite territoriale entro il quale fossero legittime le radiodiffusioni locali (Corte Cost., 28 luglio 1976, n. 202, in *Riv. Dir. Ind.*, 1981, II, 17). Laddove i criteri non fossero stati fissati dal legislatore – si riteneva ben prima dell'entrata in vigore dell'art. 12 della l. 241 del 1990 – a tanto avrebbe dovuto provvedere la stessa amministrazione. E il principio veniva ritenuto di carattere generale proprio con riferimento alla materia degli incentivi della mano pubblica alle imprese: si legge ad esempio in Cons. St., Sez. VI, 21 febbraio 1983, n. 95, in *Cons. St.*, 1983, I, 168 che l'amministrazione ha il “*dovere di fissare parametri generali affinché essa provveda in maniera logica e coerente*”. Ciò per evitare che l'amministrazione possa “*a suo piacimento conculcare le legittime aspettative degli operatori economici riconoscendo o negando il finanziamento senza alcun criterio* (Cons. St., Sez. VI, 29 novembre 1985, n. 618, in *Cons. St.*, 1985, I, 1491). Questo conduceva la dottrina a parlare di *discrezionalità regolamentata* (vedi VIRGA P., *op. cit.*, 588). Si tratta di un fenomeno notevolmente cresciuto negli anni più prossimi ai nostri: le c.d. liberalizzazioni, il ritirarsi dello Stato dal ruolo di attore dell'economia, e la correlativa assunzione delle vesti di regolatore, ha condotto la dottrina a parlare, guardando anche ai massimi sistemi (liberismo o interventismo?) di stagione delle *libertà regolate* (DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, spec. 420). Per un profilo analitico del fenomeno delle liberalizzazioni e della nuova dimensione dell'intervento pubblico

Che la disposizione esprima un principio generale (quanto meno con riferimento alla materia degli ausili pubblici all'economia) è stato peraltro sostenuto anche dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato¹⁸⁰.

Chiamato a rendere un parere circa la legittimità del regolamento attuativo del d.lgs. 502 del 1992 nella parte in cui prevede l'erogazione di benefici economici a favore dell'attività di ricerca corrente e finalizzata degli Istituti zooprofilattici sperimentali, il suddetto organo consultivo ha ritenuto che per la fissazione, una volta per tutte, dei criteri e delle modalità che saranno osservati nella concessione di tali sussidi l'amministrazione ben può servirsi dello strumento regolamentare.

La predeterminazione dei criteri e delle modalità correlati all'attività di sovvenzionamento (nonché il loro rispetto), infatti, “è rivolta alla trasparenza dell'azione amministrativa e si atteggia a principio generale in forza del quale l'attività di erogazione dell'Amministrazione deve in ogni caso rispondere a referenti oggettivi, e quindi definiti precedentemente al singolo provvedimento, nonché pubblici?”.

L'Adunanza generale quindi osserva che l'art. 12 della l. 241, che esprime un “*principio generale in materia di ausili finanziari, non definisce l'Autorità che deve preventivamente fissare i criteri e le modalità di concessione dei contributi, né la natura di tale preventiva determinazione; tutti questi aspetti varieranno in considerazione del contesto normativo in cui la determinazione stessa si inserisce, ed in particolare a seconda dell'aspetto più o meno definito del sistema, a livello legislativo o comunque più generalmente normativo*”.

Ma veniamo alla delimitazione dell'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione dell'art. 12 della l. 241 del 1990.

Quanto al primo, si è già chiarita la motivazione (conforme al suggerimento espresso dal Consiglio di Stato in sede consultiva) che ha spinto il legislatore a ricomprendere tra i soggetti beneficiari degli aiuti da erogare secondo le modalità stabilite nel primo comma della disposizione anche i soggetti pubblici: oltre a questi la regola della predeterminazione in funzione di auto-limite si applica

in economia (dal controllo *ex ante* a quello *ex post*) v. LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit..

¹⁷⁹ CASTIELLO, *La legge n. 241/90 sul procedimento amministrativo e le sue disposizioni di principio*, Roma, 1993, 67 e ss., il quale nondimeno spiega l'inserimento della disposizione nel capo relativo alla partecipazione alla luce della considerazione che solo attraverso la predeterminazione e la pubblicazione dei criteri distributivi si possono compiutamente e correttamente esercitare i c.d. diritti partecipativi.

¹⁸⁰ Cons. St., Ad. Gen., 28 settembre 1995, parere 95/95, in *Cons. St.*, 1997, I, 601

anche alle contribuzioni a favore di persone fisiche, imprese, enti ed associazioni di diritto privato.

Rispetto a queste ultime, è - nell'impossibilità di esaminare la complessa "geografia" del settore delle associazioni con finalità non lucrative e degli incentivi pubblici previsti a loro vantaggio¹⁸¹ - interessante la vicenda (che ha dato luogo peraltro ad un noto contenzioso giudiziario¹⁸²) delle contribuzioni previste a favore delle associazioni di consumatori iscritte nell'elenco di cui all'art. 5 della l. 281 del 1998 (v. oggi art. 137 del d.lgs. 206 del 2005, c.d. Codice del consumo) dall'art. 6 della medesima legge (vedi oggi art. 138 del Codice del consumo).

In specie, a mente di tale ultima disposizione, "le agevolazioni e i contributi previsti dalla legge 5 agosto 1981, n. 416, e successive modificazioni, in materia di disciplina delle imprese editrici e provvidenze per l'editoria, sono estesi, con le modalità ed i criteri definiti con apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri [d.p.c.m. 218 del 1999, n.d.s.], alle attività editoriali delle associazioni [...]” di cui si discute, purché siffatte attività editoriali siano inerenti all'attività statutaria (art. 1, d.p.c.m. 218 del 1999).

L'erogazione del contributo è effettuata annualmente tra tutti gli aventi diritto, mentre il suo ammontare è parametrato calcolando "il venticinque per cento dell'importo complessivo in parti uguali, il venticinque per cento in proporzione al numero delle

¹⁸¹ Può ricordarsi, a titolo meramente esemplificativo, nell'ambito dell'alluvionale (e quasi convulsa) normativa di settore, quanto previsto dall'art. 96 della l. 342 del 2000 e relativo decreto ministeriale d'attuazione (decreto del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali n. 388 del 2001, in GU 26 ottobre 2001, n. 250). In particolare, viene prevista l'erogazione di contributi per l'acquisto o il *leasing* di determinati beni indicati nel decreto stesso (si pensi alle ambulanze, ovvero beni da donare alle strutture sanitarie pubbliche). Discussa la categoria dei "beni strumentali, ad esclusione dei beni immobili, utilizzati direttamente ed esclusivamente per attività di utilità sociale, che, per le loro caratteristiche, *non sono suscettibili di diverse utilizzazioni senza radicali trasformazioni*" (evidenziazione mia). Una volta ottenuto il contributo, per almeno tre anni, il bene deve essere utilizzato "direttamente ed esclusivamente" (così testualmente l'art. 3, comma 2 del predetto regolamento) dai diretti beneficiari del contributo e non può essere, per alcun motivo, utilizzato per finalità estranee a quelle specificate dall'art. 1 ovvero ceduto a terzi. Interessante notare che la giurisprudenza, ad esempio, ha ritenuto che non rientri tra i soggetti aventi diritto alla suddetta provvidenza la Croce Rossa Italiana, che in base all'art. 1 del d.p.r. 613 del 1980 e ss. mm. ha natura di ente dotato di personalità giuridica pubblica e, in quanto tale, è soggetta alla disciplina degli enti pubblici (Cons. St., Sez. VI, 24 marzo 2010, n. 1723, in *Ragiusan*, 2010, 319-320, 38).

¹⁸² Vedi T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 21 giugno 2002, n. 5669, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, 2050, con nota di PARISI, confermata in grado d'appello da Cons. St., Sez. IV, 27 aprile 2004, n. 2555, in *Foro It.*, 2005, III, 1.

vendite uscite nel corso dell'anno ed il cinquanta per cento in proporzione al numero delle copie diffuse nel corso dell'anno" (art. 2). L'art. 3, comma 3, di tale decreto prevede poi che alla domanda volta ad ottenere il beneficio sia allegato, tra l'altro, lo Statuto dell'associazione. Tale adempimento è evidentemente necessario affinché l'amministrazione possa verificare (o il controinteressato contestare, anche in sede processuale) che vi sia un nesso di strumentalità tra l'attività editoriale sovvenzionata e la realizzazione dei fini statutari dell'associazione consumieristica.

Ed invero, come si anticipava, avverso gli atti che disponevano la distribuzione di tale incentivo per l'anno 2001, era insorto il Codacons deducendo di essere stato beneficiario del contributo più basso nonché, *in limine*, lamentando l'incostituzionalità della disciplina dettata dal citato art. 6 della l. 281 del 1998.

Nel dettaglio, sotto quest'ultimo profilo, vi sarebbe stata violazione dell'art. 97 Cost.: sebbene l'attività editoriale costituisca uno dei possibili strumenti utilizzabili da parte delle associazioni per la tutela dei diritti dei consumatori, si tratterebbe di attività secondaria rispetto a quella di consulenza e assistenza nella tutela giudiziaria, che propriamente caratterizza, dal punto di vista delle finalità istituzionali, le associazioni a tutela dei consumatori.

Al di là della dedotta questione di costituzionalità, il Codacons asseriva che aveva viceversa beneficiato di un contributo di maggiore importo una testata giornalistica (organizzata in forma di società di capitali: quindi in violazione, si rilevava, di quanto previsto dall'art. 5 della l. 218 secondo cui le associazioni di consumatori non possono avere nessun legame con imprese di produzione e di distribuzione, e neppure con partiti e sindacati, ossia con enti che non siano ONLUS) della quale il Comitato Consumatori Altroconsumo possedeva una modesta partecipazione azionaria.

Il contributo, in altre parole, sarebbe stato erogato ad un'associazione la cui attività editoriale veniva svolta da un soggetto autonomo e distinto.

Riguardo alla dedotta questione di costituzionalità, il Tar Lazio¹⁸³, investito della decisione, l'ha ritenuta infondata: la previsione di erogazione di benefici "*rientra nell'ampia discrezionalità*

¹⁸³ Nella decisione n. 5669, prima citata.

del legislatore, sicché non può essere oggetto di censura la scelta di ritenere meritevole di benefici e sovvenzioni l'attività editoriale svolta dalle associazioni a tutela dei consumatori e non invece altre determinate attività svolte dalle stesse", la ratio della previsione dovendo essere ravvisata nella volontà di "estendere i benefici concessi all'attività editoriale [...] anche all'editoria di tutela dei consumatori".

E comunque, quella rilevante nel caso in esame, non è l'unica forma di finanziamento pubblico a vantaggio delle attività svolte dalle associazioni dei consumatori: si pensi a quanto previsto dall'art. 16 della l. 57 del 2001 in tema di finanziamento dei progetti promossi da tali associazioni per i servizi di assistenza, informazione ed educazione rese ai consumatori ed agli utenti¹⁸⁴.

Nel merito, il Giudice capitolino (la cui statuizione è stata confermata dal Consiglio di Stato¹⁸⁵) ha ritenuto, in linea astratta, ammissibile che un'associazione non lucrativa si avvalga, *in toto*, di un'impresa costituita nella forma di una società di capitali per realizzare una pubblicazione periodica, "ma perché si possa continuare a dire che è la prima a svolgere attività editoriale occorre che l'impresa ne sia un mero strumento, sia cioè soggetta all'immanente controllo dell'associazione per i poteri che le derivano da un peculiare rapporto organizzatorio o in base a rapporti negoziali". Diversamente argomentando, l'associazione perderebbe (come nella specie è avvenuto) la qualificazione di "impresa editrice" ai sensi della l. 281 del 1998, e con tale qualificazione il titolo per ottenere la sovvenzione.

In altre parole, siccome il contributo previsto dalla l. 281 del 1998 a favore dell'editoria delle associazioni consumieristiche è diretto a sollevare queste associazioni di parte dei costi sostenuti, laddove l'attività sia affidata ad una società di capitali (in assenza del predetto vincolo di stretta strumentalità di questa rispetto all'attività dell'associazione), viene meno la ragion d'essere del contributo, perché in definitiva lo stesso sarebbe diretto ad un soggetto che esplica fini diversi da quelli voluti dalla legge.

Venendo all'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 12, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere la disposizione in esame riguardi non solo sussidi o incentivazioni ad attività

¹⁸⁴ Analoga previsione è contenuta nell'art. 2 della citata l. 57 del 2001: in specie si prevede il cofinanziamento, da parte del Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, di programmi di informazione e orientamento promossi dalle associazioni e rivolti agli utenti dei servizi assicurativi.

¹⁸⁵ Cons. St., Sez. IV, 27 aprile 2004, n. 2555, cit..

economiche ma anche, ed in generale, interventi che: abbiano un contenuto economico; si rivolgano a soggetti determinati e non alla generalità dei soggetti; siano connotati dall'esercizio di un potere discrezionale (per quanto speso a monte, in sede di predeterminazione dei criteri distributivi) da parte dell'amministrazione¹⁸⁶.

Al di là dell'ultima caratteristica, di cui già si è detto in precedenza, acquisisce rilievo la considerazione che il principio della predeterminazione dei criteri in funzione di auto-limite concerne non soltanto i procedimenti volti alla concessione di sovvenzioni a favore del settore imprenditoriale, ma anche quelle forme di contribuzione che non sono rivolte ad incentivare le attività economiche, ma hanno piuttosto una causa assistenziale ovvero, in senso lato, promozionale.

Si prenda, ad esempio, il caso del Fondo per gli investimenti a favore di cittadini illustri che versino in particolare stato di necessità di cui alla l. 440 del 1985 (c.d. legge Bacchelli).

In particolare, a mente dell'art. 1, comma 2, di tale provvedimento normativo il Presidente del Consiglio dei Ministri, su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, e previa comunicazione al Parlamento, può assegnare, a carico del suddetto fondo, "un assegno straordinario vitalizio a favore di cittadini, italiani di chiara fama, che abbiano illustrato la Patria con i meriti acquisiti nel campo delle scienze, delle lettere, delle arti, dell'economia, del lavoro, dello sport e nel disimpegno di pubblici uffici o di attività svolte a fini sociali, filantropici e umanitari e che versino in stato di particolare necessità".

Al riguardo, la giurisprudenza ha precisato che anche la concessione di siffatto vitalizio è subordinata alla predeterminazione e alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi¹⁸⁷.

¹⁸⁶ BALESTRA, *op. cit.*, 67; GIAMPAOLINO, *Prime considerazioni sulle nuove norme in materia di procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, in *Riv. Corte Conti*, 1991, 3, 326; da ultimo LARICCIA, *op. cit.*, 578.

¹⁸⁷ Corte Conti, Sez. Contr., 4 agosto 2009, n. 15, *cit.*, che riconnette esplicitamente la previsione dell'art. 12 della l. 241 del 1990 all'art. 97 Cost.. Interessante è anche il passaggio della pronuncia ove si specifica che "la chiara ed inequivoca formulazione della norma non consente di attribuire alcun pregio alla controdeduzione dell'amministrazione [...] secondo cui – pur in assenza di una formalizzazione dei criteri – sarebbe stata seguita anche nel caso in esame una prassi ormai consolidata: invero, in disparte la considerazione che anche ad accedere a tale prospettiva mancherebbe comunque la previa

Si possono poi ricomprendere negli incentivi non rivolti – o quanto meno non rivolti direttamente – ad attività economiche quelli previsti dal legislatore statale a favore dell'attività di ricerca.

Non si pretende certo di svolgere in questa sede un'analisi completa della legislazione in materia, né tanto meno di prendere partito circa la questione se i suddetti finanziamenti siano adeguati allo scopo di sostenere e far sviluppare un settore di cruciale importanza per la vita (non solo culturale) di un paese.

Ciò premesso, possiamo svolgere qualche considerazione a proposito del FIRB (rivolto a sostenere la ricerca di base) e dei PRIN.

Quanto al primo (Fondo per gli investimenti della ricerca di base), rileva anzitutto l'art. 104 della l. 388 del 2000 (legge finanziaria 2001), a mente del quale (secondo comma), il FIRB finanzia: progetti di potenziamento delle grandi infrastrutture di ricerca pubbliche o pubbliche-private; progetti di ricerca di base di alto contenuto scientifico o tecnologico, anche a valenza internazionale, proposti da Università, istituzioni pubbliche e private di ricerca, gruppi di ricercatori della stesse strutture; progetti strategici di sviluppo di tecnologie pervasive e multisetoriali; costituzione, potenziamento e messa in rete di centri di alta qualificazione scientifica, pubblici e privati, anche su scala internazionale, nel mentre (terzo comma) spetta al Ministro dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica provvedere con decreto a stabilire i criteri e le modalità procedurali per l'assegnazione delle relative risorse finanziarie. A tale compito (fissazione di criteri e modalità di assegnazione delle risorse del Fondo) si è provveduto tramite il d.m. 26 marzo 2004¹⁸⁸.

Di tale provvedimento attuativo riveste particolare interesse l'esame degli artt. 6 e ss. che definiscono i criteri sulla base dei quali sono attribuiti i finanziamenti a carico del fondo relativamente: ai progetti di ricerca di base di alto contenuto scientifico o tecnologico, anche a valenza internazionale ed ai progetti strategici

pubblicità dei criteri e delle modalità, è appena il caso di osservare che non dalla prassi debbono e possono ricavarsi i criteri, ma dai criteri deve discendere la prassi". Nel caso di specie, il Giudice contabile riteneva non condivisibile la ricostruzione prospettata dall'amministrazione secondo cui la legge in esame intenderebbe non già sollevare i cittadini benemeriti da condizioni di particolare bisogno, bensì assicurare a tali cittadini un tenore di vita adeguato ai meriti conseguiti: "sembrerebbe arduo ritenere che il reddito del Prof. V. (analogo a quello dei numerosi colleghi con pari anzianità di servizio non sia di per sé sufficiente a garantire un'esistenza dignitosa".

¹⁸⁸ In GU 26 luglio 2004, n. 173.

di sviluppo di tecnologie pervasive e multisettoriali (art. 6)¹⁸⁹; ai progetti di potenziamento delle grandi infrastrutture di ricerca pubbliche o pubblico-private e progetti per la costituzione, il potenziamento e la messa in rete di centri di alta qualificazione scientifica, pubblici o privati anche su scala internazionale (art. 7)¹⁹⁰; giova precisare che, a mente dell'art. 5 dello stesso decreto ministeriale, i procedimenti attraverso i quali può realizzarsi il finanziamento sono di due tipologie, e cioè a carattere valutativo (per il progetti di ricerca di cui all'art. 6) ovvero negoziale (per i progetti di ricerca di cui all'art. 7)¹⁹¹.

Quanto ai secondi (Progetti di ricerca di rilevante interesse nazionale), interessano anzitutto le disposizioni dei commi 870, 871 e 872 dell'art. 1 della l. 296 del 2006 (legge finanziaria 2007). In particolare, il comma 870 istituisce il Fondo per gli investimenti nella ricerca scientifica e tecnologica, mentre (in disparte il comma 871 che prevede le modalità di alimentazione di tale fondo) il comma 872 stabilisce che in attuazione delle indicazioni contenute nel Programma nazionale della ricerca di cui al d.lgs. 204 del 1998 e ss. mm., il Ministro dell'Università e della ricerca, con proprio decreto, e di concerto con il Ministro dell'Economia e delle finanze e sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, “provvede alla ripartizione delle complessive risorse del fondo, garantendo comunque il finanziamento di un programma nazionale di investimento nelle ricerche liberamente proposte in tutte le discipline da università ed enti di ricerca, valutate mediante

¹⁸⁹ In specie, ai sensi dell'art. 6, comma 2, del decreto sono considerati elementi quali: l'innovatività della metodologia proposta; la rilevanza e/o l'originalità dei risultati attesi; la rilevanza scientifica, individuale o collettiva, dei proponenti e dei partecipanti; il collegamento delle strutture coinvolte con reti di ricerca nazionale ed internazionale; la potenzialità di promozione e sviluppo di reti di ricerca nazionali ed internazionali; l'integrazione tra attività di ricerca ed alta formazione; il partenariato pubblico-privato; la coerenza tra le competenze e le esperienze scientifiche e manageriali dei soggetti proponenti e i contenuti della relativa proposta progettuale; i risultati attesi ed il relativo impatto sul contesto scientifico nazionale ed internazionale.

¹⁹⁰ In relazione ai quali si prevede che debba trattarsi di iniziative che presentano: il carattere della multidisciplinarietà; molteplicità di scopi applicativi; forte rilevanza scientifica internazionale; finalizzazione al potenziamento di grandi infrastrutture di ricerca nazionali ovvero alla costituzione, il potenziamento o la messa in rete di centri di alta qualificazione scientifica, pubblici o privati.

¹⁹¹ Riguardo alle modalità di monitoraggio dei progetti finanziati, si veda la circolare del Dipartimento per l'Università, l'Alta formazione artistica, Musicale e Coreutica e per la Ricerca scientifica e tecnologica, 8 luglio 2001, n. 1106, reperibile sul sito istituzionale del MIUR.

procedure diffuse e condivise nelle comunità disciplinari internazionali interessate”.

Anche con riguardo ai PRIN è utile analizzare brevemente le disposizioni del d.m. 19 marzo 2010, n. 51¹⁹², ed in specie quelle contenute nell’art. 5 (Valutazione dei progetti) secondo cui la procedura valutativa (per attribuzione di punti) si svolge tenendo conto dei seguenti criteri: rilevanza, originalità e possibile impatto della ricerca proposta e della sua metodologia; possibilità di conseguire nei tempi previsti i risultati attesi e congruenza tra la richiesta economica e l’importanza della ricerca proposta; qualificazione scientifica del coordinatore scientifico, dei responsabili delle unità e delle unità operative nel loro complesso, anche tenendo conto della relativa attività scientifica recente e della competenza nel settore oggetto della proposta.

Dopo avere operato una ricognizione dell’ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione dell’art. 12 della legge sul procedimento amministrativo, ed avendo dimostrato attraverso degli esempi concreti (proposti peraltro senza alcuna pretesa di esaustività), per un verso, che i soggetti riguardati dalla norma non sono soltanto le imprese e le persone, ma anche enti pubblici e privati (vedi, quanto a questi ultimi¹⁹³ il caso delle associazioni consumeristiche e delle ONLUS) e, per altro verso, che i finanziamenti per i quali sussiste l’obbligo di predeterminazione e pubblicazione dei criteri attributivi non sono soltanto quelli a favore delle imprese, ma, più in generale, tutti quelli che rilevano per il loro contenuto economico (vedi il caso delle provvidenze previste dalla l. Bacchelli ed il sistema dei finanziamenti alla ricerca universitaria); dopo aver dimostrato quindi che l’ambito di applicazione dell’art. 12 copre un’area più vasta di quella occupata dall’attività di sovvenzionamento strettamente intesa (l’esatta delimitazione della quale sarà operata nel prosieguo), deve darsi conto di due specifiche problematiche che la norma pone, problematiche della cui trattazione in termini generali ci si gioverà in sede di formulazione di una proposta ricostruttiva circa l’inquadramento dogmatico delle sovvenzioni: si tratta delle questioni connesse alla tutela dell’affidamento ed a quelle connesse

¹⁹² Procedure per il finanziamento dei Progetti di Ricerca di Interesse Nazionale relativamente all’anno 2009, che può essere letto sul sito istituzionale del MIUR.

¹⁹³ In relazione ai primi qualcosa si dirà analizzando la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato, con segnato riguardo al settore dei servizi pubblici.

al riparto di giurisdizione in ordine al provvedimento che, in concreto, attribuisce il beneficio economico applicando i criteri previsti, in generale, ai sensi della disposizione di che trattasi.

3. La tutela dell'affidamento, con segnato riferimento: alla contraddittorietà tra criteri prefissati e loro concreta applicazione; alla revoca di un beneficio già concesso. Quanto a quest'ultimo profilo: analisi del ridotto spazio operativo del principio nella giurisprudenza nazionale e comunitaria. Indicazione (e critica) delle relative ragioni. Quanto alla prima questione: configurabilità dell'eccesso di potere. Soluzione affermativa: casistica. Configurabilità della lesione della buona fede intesa come incolpevole fiducia nella coerenza dei comportamenti altrui. Trasposizione della tematica generale al "rapporto amministrativo": la ricostruzione (volta a dimostrare la non necessarietà dell'eccesso di potere) di Cudia. Rilievi critici: essenzialità dell'eccesso di potere, in quanto la lesione dell'affidamento assicura (allo stato) soltanto una tutela risarcitoria che si rivela, di per sé considerata, incompatibile con la funzione istituzionale dell'amministrazione (dare a chi spetta il bene della vita, non un suo surrogato). Contestualizzazione della questione: in materia di incentivi pubblici l'inesatta applicazione dei criteri predeterminati dà luogo ad eccesso di potere.

La prima tematica, quella della tutela dell'affidamento, ha un'estensione assai ampia e sostanzialmente risulta essere trasversale. Ciò in quanto il principio della tutela dell'affidamento può venire in rilievo, nella materia che qui interessa, in tre ordini di casi:

- 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 la precisazione che, nell'uno e nell'altro caso, può trattarsi sia di aiuti per così dire nazionali che di finanziamenti erogati direttamente dall'Unione europea.

Dei due casi presi in considerazione, quello intorno al quale si è maggiormente polarizzata l'attenzione della dottrina (e rispetto al quale è più nutrito il formante giurisprudenziale sia nazionale che comunitario) è senz'altro il secondo.

Per la trattazione del quale, peraltro, occorre chiedere al lettore di dare per conosciuti (perché costituiranno oggetto di analisi più approfondita nel prosieguo) i profili definatori di aiuto di Stato secondo il diritto comunitario¹⁹⁴ e le procedure di

¹⁹⁴ Ed il relativo quadro normativo: il riferimento è non solo alle conferenti norme del Trattato istitutivo, ma anche a quelle contenute nel Regolamento del Consiglio del 22 marzo 1999, n.

autorizzazione in deroga laddove l'aiuto sia considerato compatibile con l'assetto concorrenziale del mercato nonché quelle di recupero degli aiuti illegittimamente erogati¹⁹⁵.

Invero, sia che si guardi alla giurisprudenza nazionale sia che si guardi a quella comunitaria lo spazio operativo del principio di affidamento laddove l'amministrazione intenda revocare il beneficio¹⁹⁶ sembra alquanto modesto¹⁹⁷.

Ed infatti, è consolidata la massima per cui “*il beneficiario di un aiuto di Stato può fare legittimo affidamento sulla regolarità del beneficio solo se concesso nel rispetto della procedura 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*”¹⁹⁸.

Se quindi per un verso si riconosce in astratto la configurabilità di una posizione di affidamento da proteggere, per altro verso si nega sistematicamente (con una sorta di presunzione

659/1999, in GUCE, 27 marzo 1999, L. 83/1.

¹⁹⁵ A tale ultimo riguardo sia sufficiente in questa sede ricordare quanto statuito da Trib. I Grado CE, 11 maggio 2005, n. 111, in *Dir. e giust.*, 2005, 25, 98, per cui “*il procedimento di controllo degli aiuti di Stato è un procedimento avviato non nei confronti del beneficiario o dei beneficiari dell'aiuto, bensì nei confronti dello Stato membro responsabile della concessione dell'aiuto, alla luce dei suoi obblighi comunitari. La Commissione qualora constati che alcuni aiuti non sono compatibili con il mercato comune può ingiungere allo Stato membro di recuperare detti aiuti presso i beneficiari. La soppressione di un aiuto illegittimo attraverso il recupero è una logica conseguenza dell'accertamento della sua illegittimità ed è intesa al ripristino dello status quo ante. Siffatto obiettivo è raggiunto quando gli aiuti in parola, eventualmente maggiorati degli interessi di mora, siano stati restituiti dal beneficiario o, in altri termini, dalle imprese che ne hanno tratto effettivo vantaggio. Per effetto di tale restituzione, il beneficiario è infatti privato del vantaggio di cui aveva fruito sul mercato rispetto ai suoi concorrenti, e la situazione esistente prima della corresponsione dell'aiuto è ripristinata. Ne consegue che il principale obiettivo cui è finalizzato il rimborso di un aiuto di Stato illegittimamente versato è quello di eliminare la distorsione della concorrenza causata dal vantaggio concorrenziale determinato dall'aiuto illegittimo*”.

¹⁹⁶ Profili su cui si era già intrattenuta la dottrina tradizione: PERICU, *Le sovvenzioni*, II, cit., 277 e ss..

¹⁹⁷ Con nettezza, il GRECO G., *Sovvenzioni*, cit., 379, rileva che “*la tutela dell'affidamento non può mai valere*”.

¹⁹⁸ Da ultimo, nella giurisprudenza nazionale, v. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 9 marzo 2011, n. 416, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 1012; T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 19 gennaio 2011, n. 41, in *Giur. merito*, 2011, 1120; vedi inoltre, sempre a livello nazionale, T.A.R. Milano, Sez. III, 12 novembre 2009, n. 5059, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 3062; T.A.R. Lazio, Sez. II, 11 gennaio 2005, n. 167, *ivi*, 2005, 121.

assoluta di conoscenza del carattere legittimo o illegittimo dell'aiuto¹⁹⁹) che ricorrano in concreto i presupposti per la sua tutela.

Autorevole dottrina ha al riguardo precisato che, nel caso che ci interessa, *“non sussiste tutela dell'affidamento non perché non vi siano mai i presupposti dell'affidamento, ma perché nel settore degli aiuti di Stato tale affidamento è per necessità recessivo rispetto alla tutela della concorrenza: il che significa che la tutela della concorrenza è apprezzata dalla Corte a livello di un super principio”*²⁰⁰.

A tale conclusione si giunge sulla base di un esame comparato della giurisprudenza appena esaminata e di quella - che denota un atteggiamento possibilista in tema di tutela dell'affidamento del sovvenzionato - concernente una vicenda sostanzialmente simile: la revoca di un beneficio già concesso, laddove tuttavia il finanziamento sia erogato dall'Unione europea.

In quest'ambito si ritrovano affermazioni del seguente tenore: *“il diritto comunitario non osta, in via 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 pratica, alla 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”*.

Il contrasto tra i due orientamenti, quello possibilista appena ricordato e quello restrittivo in tema di aiuti concessi a livello nazionale, è così spiegato: *“le due situazioni non sono paragonabili; in particolare, il vantaggio in termini di concorrenza conferito alle imprese nazionali, che caratterizza gli aiuti statali, non si riscontra nell'ambito degli aiuti comunitari nel settore della politica agricola comune”*²⁰¹.

Una (sia pur limitata) tutela dell'affidamento è peraltro possibile nel caso in cui la falsa credenza della legittimità dell'aiuto

¹⁹⁹ Rileva a tal proposito il GRECO G., *op. ult. cit.*, 382, che *“pare criticabile, ad esempio, quell'accentuato dovere di diligenza, preteso dalla Corte, in ordine alla conoscenza dell'iter procedimentale comunitario: tale dovere di diligenza si può comprendere nel caso di un singolo beneficiario di un aiuto particolare, ma appare sproporzionato nel caso di un intero regime di aiuti ad una pluralità indeterminata di destinatari, com'è avvenuto per gli aiuti italiani (sotto forma di crediti d'imposta) per l'intera categoria dei trasportatori per conto terzi”*.

²⁰⁰ GRECO G., *op. ult. cit.*, 380.

²⁰¹ CGCE, 16 giugno 1998, in causa 298/96.

sia stata ingenerata da un comportamento della Commissione²⁰²: sicché “*senza la pronuncia della Commissione, niente certezza e niente affidamento*”²⁰³, ciò che ha condotto la dottrina a parlare di una “*obiettivizzazione e desoggettivizzazione della tutela dell'affidamento*”²⁰⁴.

Riguardo alla prima problematica prospettata²⁰⁵, ovvero quella del se vi sia lesione dell'affidamento a fronte di una contraddittorietà tra i criteri di massima e l'atto applicativo, sembra opportuno partire dall'orientamento per così dire tradizionale di dottrina e giurisprudenza, per poi verificare se sia possibile (ed utile) una diversa lettura della vicenda, che valorizzi il principio di buona fede.

Non si può quindi prescindere, così fissato l'ordine di trattazione delle questioni, da un'analisi delle riflessioni svolte sul punto, qualche anno prima dell'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo, dal Virga²⁰⁶.

In specie, ad avviso del chiaro Autore, il principio della preregolazione (ad opera dell'amministrazione quando a tanto non provveda la stessa legge attributiva) dell'esercizio del potere discrezionale ha trovato applicazione in giurisprudenza con

²⁰² Vedi al riguardo Corte Conti, Sez. Contr., 6 luglio 1994, n. 43, in *Cons. St.*, 1994, II, 1705, secondo cui “*il sistema di controllo della legittimità comunitaria sugli aiuti alle imprese non lasci[a] spazio per autonome interpretazioni da parte dello stato interessato ma [implica] sempre la denuncia agli organi comunitari, la cui sola favorevole pronuncia può rendere certi che l'intervento pubblico non verrà messo in forse da una procedura d'infrazione nei riguardi dell'amministrazione erogante con conseguenti obblighi di restituzione da parte dell'impresa beneficiaria*”.

²⁰³ GRECO G., *loc. ult. cit.*. La Corte di Giustizia ha di recente precisato che gli aiuti di Stato dichiarati incompatibili con una decisione della Commissione deve essere effettivo ed immediato: “*tali principi si applicano anche ai giudici nazionali, i quali, dinanzi all'istanza presentata dal beneficiario di sospensione dell'esecuzione del provvedimento di recupero, debbono respingerla* (CGCE, Sez. I, 5 maggio 2011, n. 305, in *Giust. Civ.*, 2001, 6, I, 1381). È quindi definitivamente superato l'orientamento contrario espresso da Cons. St., Sez. VI, 24 gennaio 1989, n. 30, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1991, 162.

²⁰⁴ WEBER A., *Sviluppi del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1998, 589, spec. 599.

²⁰⁵ Che si è scelto di trattare per seconda, in quanto mentre l'affidamento ingenerato dalla predisposizione dei criteri di massima è aspetto logicamente e cronologicamente antecedente rispetto a quello (successivo) determinato dall'atto attributivo del beneficio e leso dalla sua successiva revoca, è un dato di fatto che la dottrina e la giurisprudenza come si è peraltro anche notato abbiano riservato maggior interesse all'ipotesi che, potremmo dire per importanza pratica, abbiamo trattato per prima. E quindi: in sede di definizione delle problematiche si è inteso privilegiare, nell'esposizione, l'ordine logico delle questioni, laddove, nella relativa analisi, il profilo attinente alla maggiore o minore importanza pratica (guardando alla mole di contributi dottrinali e di pronunce sul punto) delle stesse.

²⁰⁶ VIRGA P., *Eccesso di potere per mancata prefissione*, cit.

riguardo alla vicenda dell'autorizzazione all'apertura di nuovi presidi sanitari.

A fronte dell'esuberanza del numero di tali presidi in seguito all'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, le autorità sanitarie avevano infatti spesso opposto un blocco indiscriminato che ridondava in vantaggio di chi avesse già ottenuto l'autorizzazione.

E così il Consiglio di Stato²⁰⁷ ha ritenuto che siffatto diniego sia illegittimo “*in mancanza di una programmazione sanitaria intesa a predeterminare i criteri in base ai quali possano valutarsi le esigenze degli utenti in relazione alle strutture sanitarie pubbliche e private preesistenti nel bacino di utenza*”. Ciò implica che l'amministrazione che abbia predeterminato e correttamente applicato i criteri distributivi potrà legittimamente negare il rilascio dell'autorizzazione in esame; in caso di diniego per omessa determinazione dei parametri di riferimento, il vizio sarà l'eccesso di potere.

La medesima conclusione può trarsi anche rispetto al caso, oggetto della nostra analisi, in cui i criteri pur definiti siano travisati e/o non correttamente applicati²⁰⁸. La dottrina che si è occupata di studiare il principio di preregolazione del potere discrezionale ha giustamente evidenziato che l'auto-limite che discende dalla predeterminazione dei criteri di decisione non costituisce un limite esterno della discrezionalità, ma è esso stesso esercizio della discrezionalità. Si tratta in altre parole di una consumazione anticipata della discrezionalità²⁰⁹.

È infatti ricorrente, nella giurisprudenza amministrativa, l'affermazione per cui “*sussiste il vizio di eccesso di potere in caso di contraddizione con precedenti manifestazioni di volontà o con precedenti atti istruttori, in difetto di idonea motivazione sul punto; inoltre è illegittimo per 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*”²¹⁰.

²⁰⁷ Cons. St., Sez. IV, 20 maggio 1980, n. 577, in *Cons. St.*, 1980, I, 681; 6 ottobre 1984, n. 749, in *Foro amm.*, 1984, 1683, nonché in *Giur. It.*, 1985, III, 1, c. 142 (con ampia nota redazionale).

²⁰⁸ Vedi già Cons. St., 15 novembre 1967, n. 606, in *Cons. St.*, 1967, I, 2175.

²⁰⁹ VIPIANA, *op. cit.* 360; POLICE, *La predeterminazione*, cit. 321

²¹⁰ Vedi, tra le tante, Cons. St., Sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6800, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 3466; Cons. St., Sez. IV, 22 settembre 2005, n. 5000, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 2582, s.m.; Cons. St., Sez. V, 3 ottobre 1995, n. 1381, in *Foro amm.*, 1995, 2176; T.A.R. Campania, Napoli, 2010, n. 22679, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 3605. Non mancano tuttavia pronunce che circondano di cautele il suddetto principio. Si veda da ultimo T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I,

Nell'ambito di un formante giurisprudenziale assai nutrito, il caso esaminato dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato nella citata decisione n. 6800 del 2007 assume particolare interesse ai fini del discorso che qui si sta compiendo.

Un'amministrazione comunale aveva infatti dichiarato di voler assumere come parametro di riferimento per la fissazione dei canoni annui per la collocazione degli impianti pubblicitari a margine della sede stradale le esperienze delle province viciniori,

26 gennaio 2010, n. 85, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui “*l'eccesso di potere per contraddittorietà è configurabile solo laddove gli atti in asserita contraddizione provengano dalla medesima autorità, onde possa ritenersi che la stessa, adottando di volta in volta soluzioni diverse, abbia inteso usare della sua potestà discrezionale per cause mutevoli, non aderenti al fine istituzionale assegnato dalla norma attributiva del potere; tale vizio non è pertanto riscontrabile allorché gli atti promanino da autorità diverse o siano espressione di poteri differenti*” (in termini: Cons. St., Sez. V, 6 ottobre 2009, n. 6094, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 2320; 31 dicembre 2003, n. 9266, *ivi*, 2003, 3774; Cons. St., Sez. IV, 8 marzo 1983, n. 111, in *Foro amm.*, 1983, 307; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 1° aprile 2009, n. 3497, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 1130). Tale orientamento peraltro non esclude che quando il contrasto sussista tra atti o manifestazioni di volontà della stessa amministrazione (come normalmente accade qualora l'atto applicativo sia disallineato rispetto ai criteri predefiniti) il vizio di legittimità in discussione si configuri ugualmente. E quindi, ai fini che interessano, l'esame di questo orientamento che pone delle precisazioni rispetto al primo potrebbe fermarsi qui, proprio perché si tratta di precisazioni (in funzione escludente del vizio) che non si adattano al caso preso in considerazione. Non si può tuttavia fare a meno di notare che con riguardo alla materia degli abusi edilizi è venuto specificandosi, nell'ambito di un più ampio orientamento per cui l'ordine di demolizione intervenuto a notevole distanza di tempo dalla commissione dell'abuso deve contenere una motivazione che espliciti le ragioni di interesse pubblico (diverse da quello al mero ripristino della legalità urbanistica violata) che giustificano il sacrificio dell'interesse proprietario, un filone che reputa che accanto alla notevole diacronia tra realizzazione dell'abuso e sua repressione l'affidamento del privato (ammesso e non concesso che di vero affidamento si tratti) intanto è configurabile in quanto l'amministrazione abbia, prima di ingiungere la demolizione, tenuto comportamenti tali da ingenerare la credenza della legittimità urbanistica dell'opera (vedi T.A.R. Umbria, 21 gennaio 2010, n. 23, in *Riv. Giur. Ed.*, 2010, 576). In altra sede (AULETTA, *Considerazioni intorno al c.d. affidamento*, cit.), si è cercato di individuare, guardando alla casistica giurisprudenziale, quali potessero essere questi comportamenti precedenti e contrari alla scelta sanzionatoria, che renderebbero quest'ultima illegittima (salvo specifica motivazione) in virtù del divieto di *venire contra factum proprium*: e si è pensato, prima di tutto, al tema dei rapporti tra permesso di costruire e certificato di agibilità, ambito nel quale la giurisprudenza si è prevalentemente, ancorché non monoliticamente, orientata nel senso che il rilascio del certificato di agibilità presuppone la conformità urbanistico-edilizia dell'opera realizzata, pur muovendo dalla premessa che i due atti sono tra loro distinti e diretti a soddisfare interessi diversi (T.A.R. Veneto, Sez. II, 17 novembre 1997, n. 1569, in *RGU*, 1999, 11; T.A.R. Abruzzo, Pescara, ord. 11 gennaio 2001, n. 1, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Trentino Alto Adige, 8 aprile 2003, n. 145, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 1154; Cons. St., Sez. V, 5 aprile 2005, n. 1543, in *Riv. Giur. Ed.*, 2005, 951). Pare allora che la contraddittorietà possa sussistere anche tra atti conclusivi di procedimenti rivolti alla cura di diversi interessi pubblici. Vero è che, nella specie, si è ritenuto non meritevole di affidamento la posizione del privato che abbia commesso l'abuso, mentre la suggestione per cui, con il decorso del tempo, un potere normalmente vincolato (quale quello della repressione degli abusi

ma aveva successivamente applicato dei criteri di misurazione ingiustificatamente più elevati. Contro la pronuncia del Tar che accoglieva una simile censura proponeva appello la Provincia in questione sostenendo la legittimità della scelta discrezionale compiuta, che sarebbe avvenuta alla stregua dei criteri previsti dall'art. 27, comma 8, del Codice della strada e comunque deducendo che non esisterebbe un parametro valido per valutare la eccessiva onerosità del canone stabilito, posto che agli importi

edilizi) possa trasformarsi in un potere discrezionale veniva superata alla luce della considerazione che il tempo notevole intercorso dalla commissione dell'abuso (accompagnato eventualmente dall'esercizio di poteri logicamente - e giuridicamente - in contrasto con la misura ripristinatoria) non costituisce uno strumento di indagine dell'interesse pubblico (individuabile, prima ancora che nella scelta di *punire* il responsabile dell'abuso, nell'esigenza di assicurare, se del caso irrogando misure tese a restaurare lo *status quo ante*, un ordinato sviluppo edilizio del territorio), ma è propedeutica alla sua concretizzazione. Ciò sul presupposto che non è detto che ogni scelta sia una scelta tra interessi (MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 436).

Specificamente sulla violazione dell'autolimita come figura sintomatica dell'eccesso di potere, cfr. Cons. St., Sez. V, 22 marzo 1999, n. 302, in *Cons. St.*, 1999, I, 405 riguardante la materia degli appalti pubblici, dove la predeterminazione dei criteri di scelta è operata attraverso il bando, che costituisce un "*autolimita immediato per la p.a. appaltante, dal quale essa non può prescindere*". In termini: Cons. St., Sez. V, 3 febbraio 1999, n. 112, in *Cons. St.*, 1999, I 205; Cons. St., Sez. VI, 22 gennaio 2002, n. 356, *ivi*, 2002, I, 100; Cons. St., Sez. V, 18 agosto 1998, n. 1269, in *Foro amm.*, 1998, 2095. Con riguardo all'accesso al pubblico impiego, v., tra le tante, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 8 febbraio 1995, n. 118, in *T.A.R.*, 1995, I, 1865.

Ed invero, con riguardo specifico alla violazione dell'auto-limite in materia di attribuzione di vantaggi economici potrebbe ravvisarsi una figura sintomatica dell'eccesso di potere diversa dalla contraddittorietà, vale a dire il difetto di motivazione dell'atto applicativo, che com'è noto deve rendere evidente "*l'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni devono attenersi*". Secondo una logica simile, sebbene in materia diversa (predeterminazione dei criteri di valutazione di una commissione di concorso per il conferimento di incarichi a tempo determinato nella p.a.), cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 13 luglio 2002, n. 3268, in *Foro amm.* T.A.R., 2002, 2669, s.m.. In altri casi, la giurisprudenza reputa che l'inosservanza dell'auto-limite sia suscettibile di turbare la *par condicio* dei destinatari dell'azione amministrativa sia profilabile l'eccesso di potere per disparità di trattamento. In tal senso cfr. Cons. St., Sez. V, 4 agosto 1982, n. 397, in *Cons. St.*, 1986, I, 1160. Ad avviso di VIPIANA, *op. ult. cit.*, 361-362, occorre peraltro chiedersi se oltre all'eccesso di potere non sia configurabile, in caso di mancata osservanza dell'auto-limite, anche una violazione di legge. La soluzione positiva potrebbe desumersi, a parere dell'A. (che richiama al riguardo T.A.R. Piemonte, 14 marzo 1978, n. 139, in *Trib. Amm. Reg.* 1978, I, 1959), seguendo un duplice schema argomentativo: segnatamente, o ritenendo che l'inottemperanza all'auto-limite si concreta "*in via mediata nella violazione della norma di legge che attribuisce all'autorità amministrativa il potere decisionale in una certa fattispecie*", ovvero immaginando la violazione degli art. 97 e (forse) 3 della Costituzione (p. 363). Dal che la citata A. deduce che la qualificazione del vizio derivante dall'inosservanza dei criteri prefissati discende in primo luogo dal tipo di fonte dell'auto-limite; laddove ciò non accada si profila l'eccesso di potere; quando sussistano ostacoli alla configurabilità di tale vizio si potrà ricorrere alla figura residuale della violazione di legge.

praticati dagli enti confinanti non è mai stato attribuito il ruolo di valore di riferimento.

Al riguardo, il Collegio si osserva nondimeno che, pur non sussistendo alcun obbligo per l'amministrazione di uniformarsi alle "esperienze" delle province viciniori, "è stata la stessa amministrazione [...] a imporre a se stessa, per ragioni non ben precisate ma su cui non vi è contestazione, un criterio che ha poi immotivatamente disatteso". Ne discende che "la determinazione impugnata è affetta da eccesso di potere nelle figure sintomatiche dell'incoerenza, della contraddittorietà e della illogicità".

Assodato che vi è nella specie eccesso di potere, occorre verificare se sia configurabile anche una lesione dell'affidamento, con quanto ne potrebbe discendere anche dal punto di vista risarcitorio.

In effetti, prima di analizzare tale ultimo profilo, è utile dare conto di una recente giurisprudenza secondo cui la prerogativa del potere discrezionale (art. 12 l. 241 del 1990) in materia di provvedimenti attributivi di vantaggi economici è una regola generale 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 consegue "l'illegittimità del comportamento 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"²¹¹.

Orbene, prima di analizzare il caso deciso da una delle pronunce ascrivibili al detto orientamento, sembra opportuno dare brevemente contezza di una tendenza dottrinale, riferibile prevalentemente alla Scuola fiorentina, che ricostruisce il rapporto amministrativo secondo l'endiadi diritto/obbligo, pretendendo (con asserti suggestivi ma non sempre del tutto condivisibili) di recuperare i margini di tutela andati perduti abbandonando la tradizionale figura dell'eccesso di potere (vizio tipico della discrezionalità che ha ragion d'essere in quanto il rapporto amministrativo sia ricostruibile in termini di potere/interesse legittimo) attraverso il ricorso alla clausola generale di buona fede e correttezza (che implica il divieto di *venire contra factum proprium*)²¹².

²¹¹ Cons. St. Sez. III, parere 30 luglio 2009, n. 5191, cit.

²¹² Vedi da ultimo CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008. Ascrivibile al medesimo filone di pensiero, e sempre per

In specie, con riguardo all'ipotesi che qui interessa (contraddittorietà tra provvedimenti *sub specie* di violazione di criteri predeterminati dalla p.a. nell'atto attributivo del vantaggio), la citata dottrina reputa che la configurazione dell'eccesso di potere onde garantire la tutela del privato non costituisce una costruzione necessaria²¹³.

Si osserva, infatti, che “*in queste ipotesi entra in gioco il principio di buona fede, in quella particolare estrinsecazione che è la tutela dell'affidamento*”, principio che nell'ipotesi in argomento non si manifesta solo *all'esterno* del procedimento (come *divieto di venire contra factum proprium*) ma anche all'interno di esso, ed a cominciare dall'istruttoria, se si aderisce all'idea che quello procedimentale sia un rapporto di tipo bilaterale²¹⁴.

Se, come spiega Police²¹⁵, gli atti di predeterminazione fanno sorgere negli amministrati un'aspettativa di risultato, “*l'inosservanza dei criteri di scelta prefissati dall'amministrazione [...]*

] non è mero indizio dell'eccesso di potere, non è una presunzione di illogicità nell'esercizio della funzione, o di un allontanamento dall'interesse

rimanere ai contributi più recenti, il volume di FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giustizia amministrativa*, Milano, 2003, sebbene con riguardo ad una problematica di carattere processuale. Invero, anche un autorevole processualista di Scuola fiorentina, su altro ma connesso versante, predica da tempo il superamento del sistema duale di giurisdizione sulla base dell'assunto che, non essendo più le regole che disciplinano il rapporto amministrativo diverse da quelle che disciplinano il rapporto di diritto comune (si veda, tra i vari aspetti, proprio l'emersione dell'esigenza di tutela della buona fede), è venuta correlativamente meno la necessità di un giudice *speciale*. Ci si riferisce a PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 369; dissente GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, in *www.giustamm.it*.

²¹³ CUDIA, *op. cit.*, spec. 272..

²¹⁴ Si tratta di una prospettiva utilizzata, ma poi rapidamente abbandonata, dalla giurisprudenza della Cassazione, allorché tentò di ricostruire la responsabilità risarcitoria per illecito provvedimento della p.a. in termini di responsabilità contrattuale (la qual cosa, per le ragioni che si diranno, potrebbe non essere casuale). Ci si riferisce a Cass. civ., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro It.*, 2003, I, 78, con nota di FRACCHIA - intervenuta peraltro con riguardo alla medesima vicenda di fatto cui si riferiva la celebre sentenza n. 500 del 1999 - secondo cui la suddetta concezione “*è proponibile, ove si voglia sperimentare un modello tecnico giuridico operativo di ricostruzione della responsabilità amministrativa, solo dopo l'entrata in vigore della l. 241/90. Ed è pertanto inattuale con riferimento al tempo cui si riferiscono i fatti di causa*”. In disparte ogni questione sulla *superficialità* del passaggio, appena ricordato, per cui prima della 241 tutto è “brutale autorità”, mentre il 1990 viene percepito come l'anno del Salvatore (su questi aspetti rinvio a LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2010, spec. 155 e ss., in nota), la Corte sembra comunque ancorare la rilevanza (ai fini risarcitori) di un comportamento scorretto alla lesione della pretesa ad ottenere l'utilità effettivamente spettante.

²¹⁵ POLICE, *La predeterminazione*, cit., 71.

*pubblico quale emerso nell'atto di autolimita. Essa integra immediatamente e direttamente (evidenziazioni nel testo) una violazione del principio di affidamento, che regola il rapporto amministrativo e rileva come contrarietà alla legge*²¹⁶.

Ma, e questo sembra il punto debole della costruzione dottrinale appena riassunta, quali sono le implicazioni dal punto di vista del *modello di tutela* (e correlativamente dal punto di vista delle posizioni giuridiche soggettive del privato e dell'amministrazione) indotte dall'abbandono dell'eccesso di potere?

L'effetto più dirompente della eliminazione dell'eccesso di potere sarebbe, a dire della citata dottrina, *“la caducazione dello stesso interesse legittimo o, meglio, la sua elevazione a diritto soggettivo”*; la riconduzione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere alla violazione di clausole generali, poi, porta ad ammettere *“la trasposizione nel diritto amministrativo di una norma di comportamento (evidenziazione dell'Autrice)”*²¹⁷.

Se è vero che l'interesse legittimo ha assunto negli anni a noi più vicini ed in conseguenza di specifici rivolgimenti ordinamentali

²¹⁶ CUDIA, *op. cit.*, 273.

²¹⁷ CUDIA, *op. ult. cit.*, 342-343. L'esigenza di rimeditare la categoria dell'interesse legittimo era già emersa in dottrina: cfr. in particolare, GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1937, 51 e MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 222.

²¹⁸ Ci si riferisce innanzitutto alla nota vicenda della (riconosciuta) risarcibilità degli interessi legittimi. Autorevole dottrina (ROMANO Alb., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, 23; ID., *Sono risarcibili; ma perché devono essere considerati interessi legittimi*, in *Foro it.*, 1999, I, 3222), con riferimento specifico alla suddetta vicenda, ha avvertito dello spostamento dell'interesse legittimo dal *piano subordinato a quello pariordinato*, nell'ambito del quale *“la protezione deve essere concettualizzata in termini di diritti soggettivi”*: siccome infatti il diritto soggettivo e l'interesse legittimo non descrivono la *sostanza delle cose*, ma sono delle nozioni convenzionali e classificatorie, è proprio alla tecnica di protezione predisposta dall'ordinamento che si deve guardare per qualificare in un senso piuttosto che nell'altro la situazione giuridica soggettiva di cui il privato è portatore nei confronti dell'amministrazione. Dalla identità degli strumenti di tutela discende l'identica sostanza delle due situazioni giuridiche soggettive. È poi nota la più recente novità in materia, costituita dal riconoscimento, nell'ambito del Codice del processo amministrativo (d.lgs. 104 del 2010), di una autonomia temperata, di cui la dottrina ha peraltro subito posto in luce le criticità (vedi per tutti VERDE, *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutela e ai poteri del giudice*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 795; nonché GRECO G., *Che fine ha fatto la pregiudiziale amministrativa?*, in *www.giustamm.it*). Novità cui si accompagna invero un rilevante lavoro giurisprudenziale, che peraltro sembra evidenziare per un verso che le disposizioni del Codice sono già *“vecchie”* (ci si riferisce alla citata pronuncia n. 3 del 2001 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che *praeter codicem* ha fatto dichiaratamente applicazione del canone di giudizio di cui all'art. 1227 c.c., cui l'art. 30 invero non sembra far alcun riferimento: sull'opportunità di sganciarsi dal riferimento all'art. 1227 c.c. vedi GAROFOLI, *La pregiudizialità*:

una nuova fisionomia, pare altrettanto vero che si possa ancora oggi accampare una difesa della sua essenzialità: in specie, l'attuale configurazione dell'interesse legittimo risulta compatibile con un giudizio di spettanza quale è oggi il processo amministrativo²¹⁹.

In disparte la questione che, nel caso della predeterminazione dei criteri di decisione, si potrebbe ragionevolmente sostenere che l'atto attributivo sia di carattere vincolato, con la conseguenza (altrettanto ragionevole) che

*per un superamento "regolato", in www.giustamm.it) e per altro verso che, quando sono realmente innovative, esse sono di dubbia costituzionalità: ci si riferisce all'ordinanza con cui il T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 7 settembre 2011, n. 1628, in www.giustamm.it (ed *ivi* vedi anche il commento di D'ANGELO L.) ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 5, c.p.a., ossia di quella norma che prevede che l'azione risarcitoria esperibile successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di annullamento sia assoggettata al termine di decadenza di centoventi giorni. Osserva condivisibilmente il Giudice remittente: "mentre nel caso di azione risarcitoria proposta autonomamente l'accertamento – sia pure meramente incidentale, e dunque senza effetti sostanziali sul rapporto – della illegittimità del provvedimento veicolo di lesione potrebbe in tesi giustificare la previsione di tale termine, la definitiva certezza giuridica prodotta – sul rapporto – dal passaggio in giudicato della sentenza che statuisce sulla domanda di annullamento del provvedimento, priva di qualsivoglia giustificazione razionale la previsione di un brevissimo termine decadenziale per la proposizione dell'azione risarcitoria incidente unicamente sul profilo della regolazione patrimoniale delle conseguenze dell'illecito". Merita inoltre qualche cenno (senza la minima pretesa di esaustività) la questione che attiene all'ammissibilità dell'azione di accertamento (aspetto su cui vedi almeno GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1981 e CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 557), di cui peraltro l'art. 31, comma 4, c.p.a., in tema di nullità del provvedimento pare costituire un'ipotesi applicativa specifica (come azione dichiarativa). In particolare la nota pronuncia 717 del 2009 (che può leggersi in: *Urb. e app.*, 2009, 572, con nota di FORMICA, *DLA e accertamento nel processo amministrativo*; *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 478 con nota di SCOTTI, *Denuncia di inizio attività e processo amministrativo: verso nuovi modelli di tutela?*; *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 1245, con nota di VALAGUZZA, *La DLA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*; *Guida al diritto*, 2009, 13, 96 con nota di FORLENZA; www.giustamm.it, con nota di VETRÒ) con cui la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha ricostruito la tutela del terzo controinteressato all'intrapresa di un'attività tramite d.i.a. in termini di tutela di accertamento (con la precisazione che trattandosi di interesse legittimo la relativa domanda andava proposta nel termine decadenziale di sessanta giorni) non sembrava del tutto immune da alcune emende critiche. In altra sede (AULETTA A., *D.i.a. e preavviso di rigetto: note minime tra vecchi dubbi e nuove incertezze*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 710, nonché in *Ancora su s.c.i.a. e tutela del terzo: le questioni irrisolte e le soluzioni prospettate, in attesa della pronuncia della Plenaria*, in www.giustamm.it) si osservava sommessamente che malgrado l'apertura segnata dalla ricordata pronuncia occorreva verificare se la tutela di accertamento (dell'interesse legittimo) avesse effettivamente carattere generale: circostanza di cui si poteva dubitare richiamandosi alla giurisprudenza consolidata che in tema di inquadramento del pubblico dipendente in mansioni superiori affermava essere "inammissibile l'azione di accertamento promossa dal pubblico dipendente per l'accertamento del suo diritto all'inquadramento in una qualifica superiore a quella posseduta, atteso che detta azione postula la titolarità di un diritto soggettivo laddove la posizione del dipendente in materia di inquadramento è quella di interesse legittimo" (v. ad esempio cfr. Cons. St., Sez. IV, 9 settembre 2009, n. 5404, in *Foro amm., C.d.S.*, 2009, 1972, successiva alla sentenza 717 ma che ad essa non fa il*

potrebbe configurarsi una posizione di diritto soggettivo *originario* (senza cioè dover ipotizzare *l'elevazione dell'interesse legittimo a diritto soggettivo*), questione sulla quale si tornerà appresso parlando del riparto di giurisdizione in materia di sovvenzioni, sembra da condividere l'opinione (sulla quale peraltro si tornerà più approfonditamente) di chi rileva che, per quante acrobazie interpretative si facciano, non esiste nel diritto privato uno strumento che assicuri il controllo funzionale alla stregua di quanto

minimo riferimento). Si dubitava inoltre che il termine decadenziale di sessanta giorni fosse coesistente a qualsivoglia forma di tutela dell'interesse legittimo. Un'analisi anche sommaria della normativa conferente dimostra il contrario: pensiamo alla tutela del diritto d'accesso, che a dispetto del *nomen* la giurisprudenza ricostruisce (invero non senza parziali ripensamenti) come *interesse legittimo* (vedi, per la tesi dell'interesse legittimo, Cons. St., Ad. Plen., 24 giugno 1999, n. 16, in *Foro amm.*, 1999, 1205; mentre tendono a svalutare la rilevanza di una precisa qualificazione dogmatica, considerata la sopravvenuta previsione di una ipotesi di giurisdizione esclusiva, Cons. St., Ad. Plen., 18 aprile 2006, n. 6, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 1119, e 20 aprile 2006, n. 7, *ivi*, 1121, nonché in *Corriere del merito*, 2006, 6, 815, con nota di MADDALENA), ovvero al termine annuale per ricorrere avverso il silenzio inadempiuto. Tornando alla tutela del terzo a fronte di attività intrapresa tramite dichiarazione privata, si reputava, da parte di alcuni, che proprio l'applicazione del termine annuale previsto per il rito del silenzio (soluzione alla fine, ed inaspettatamente, accolta dal legislatore del d.l. 138 del 2011) avrebbe potuto costituire un "ragionevole compromesso fra l'esigenza di non perpetrare all'infinito lo stato di incertezza collegato alla precarietà della posizione giuridica del dichiarante e la pretesa di tutela del terzo, che rischierebbe di rimanere ingiustamente sacrificata in virtù dell'applicazione del termine di decadenza ordinario"; v., inoltre, VALAGUZZA, *op. ult. cit.*, spec. 1317, che, da un lato, reputa corretto l'assoggettamento al termine di decadenza dell'azione di accertamento posta a tutela di interessi legittimi, mentre, dall'altro, afferma che l'applicazione del termine di un anno di cui all'art. 2, co. 8, l. 241 del 1990 "non sarebbe fuori luogo, considerato che il mancato esercizio dei poteri inibitori sembra equivalere, sostanzialmente, ad un silenzio inadempiuto". Orbene, le perplessità sul carattere generale della tutela di accertamento sembrano dover aumentare se si considera la soluzione offerta in tema di SCIA e tutela del terzo dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (29 luglio 2011, n. 15, in *www.giustamm.it*). Se infatti è in buona parte condivisibile quanto statuito con riguardo all'ipotesi in cui il terzo agisca dopo la scadenza del termine per l'esercizio dei poteri inibitori (soluzione mutuata, a ben vedere, dalla migliore dottrina: GRECO G., *La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempiuto, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *www.giustamm.it*, su cui vedi peraltro le considerazioni in parte dubitative nel mio *Ancora su s.c.i.a.*, cit., dove ci si richiamava all'autorevole insegnamento dello SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 239, spec. § 10), non può dirsi altrettanto con riguardo a quella offerta riguardo all'ipotesi in cui il terzo si attivi prima di tale momento. Si afferma infatti che in questo caso la tutela attingibile si compendia nell'azione di accertamento: azione di cui, proprio mentre da un lato si predica il carattere generale e la discendenza diretta dai principi costituzionale, si ridimensiona fortemente la potenzialità applicativa (senz'altro nell'intento di superare la "strettoia" costituita dall'art. 34, comma 2, del Codice del processo amministrativo) laddove si afferma che "una volta maturato il termine per la definizione del procedimento amministrativo, si converte automaticamente in domanda di impugnazione del provvedimento sopravvenuto in quanto la portata sostanziale del ricorso iniziale finisce per investire in pieno, sul piano del petitum sostanziale e della causa petendi, la decisione della pubblica amministrazione di non adottare il provvedimento inibitorio"; e cioè che

avviene, in ambiente pubblicistico, attraverso il sindacato sull'eccesso di potere²²⁰.

E quindi non si condivide l'illazione per cui “*non è necessaria l'attribuzione del bene della vita ai fini della qualificazione del vincolo della p.a. come obbligo e della situazione della p.a. come diritto: è la pretesa a un certo comportamento che rileva in quanto tale [...]*”²²¹.

Ciò in quanto se la correttezza della p.a. nei confronti del privato è senz'altro regola cogente del rapporto tra p.a. e cittadino

la domanda di accertamento si trasformerà sempre *in altro* (considerazione che sembra contrastare, appunto, con l'affermato carattere generale di tale azione). Qualche riferimento, necessariamente fugace può essere fatto anche con riguardo all'art. 21-*octies* (additato come sintomo della trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto anche nella contestabile pronuncia Cass. S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254, in www.giustamm.it su cui sia consentito rinviare, anche per gli ulteriori riferimenti in tema di pregiudiziale amministrativa, al mio *Risarcimento del danno ed abuso della giurisdizione: ancora su Cass. S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254*, ivi) laddove si reputa da parte di autorevole dottrina che “*la limitazione dei motivi di annullamento del provvedimento [di cui all'art. 21-*octies*, l. 241 del 1990, n.d.s.], vista in un quadro sistematico, completa l'evoluzione del processo amministrativo verso un tipo di processo realmente e pienamente di carattere soggettivo*”, sicché ad essere tutelato è propriamente (e solamente) l'interesse del ricorrente al conseguimento dell'utilità sostanziale. Tutti i vizi che non intaccano la spettanza di tale bene non determinano l'annullamento dell'atto (SCOCA F.G., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Nuovi poteri e dialettica degli interessi*. Atti del LV Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione tenutosi a Varenna il 24-26 settembre 2009, Napoli, 2010, spec. 64, nonché in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 379 e ss.). Segue una diversa impostazione CUDIA, *op. ult. cit.*, 363, la quale, richiamandosi ad una giurisprudenza minoritaria che reputa la prima parte del secondo comma dell'art. 21-*octies* applicabile anche ai provvedimenti che sono frutto dell'esercizio di poteri in origine e discrezionali ma in concreto vincolati, arriva a sostenere che la distinzione tra attività vincolata e discrezionale “*finisce per dipendere integralmente dal parametro assunto: se si tratta del riferimento al bene della vita, i due fenomeni sono del tutto incompatibili. Se, invece, si assume la prospettiva del diritto ad un comportamento secondo le regole, la differenza tra le due forme di attività si riduce alla dualità adempimento (inadempimento) e libertà, a quanto sta dentro e quanto esula dalla norma*”; rilievi che confermerebbero “*la discrezione della discrezionalità in vincolatezza e potere (o libertà) in corrispondenza, rispettivamente, dell'esistenza e dell'inesistenza di una posizione giuridicamente rilevante del privato*”. Quanto all'azione di adempimento (che completerebbe il quadro della tutela dell'interesse legittimo: vedi ancora quanto rileva la Plenaria sia nella pronuncia n. 3 che nella pronuncia n. 15 del 2011) è rilevante, per un verso, quanto ritenuto, a livello pretorio, da T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 1491, s.m. e, per altro verso, quanto stabilito a livello normativo dall'art. 124 del Codice dei contratti pubblici (sul se preveda un'ipotesi di azione di adempimento si v. GRECO G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in www.giustamm.it, nonché LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010*, ivi).

²¹⁹ SCOCA F.G., *op. ult. cit.*, 67.

²²⁰ GRECO G., *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. Ad avviso del chiaro A., ma sulla tematica si tornerà più ampiamente in seguito, il *merito* dell'art. 1, comma 1-*bis* sta nell'aver stabilito non già una presunzione di assoggettamento dell'azione amministrativa alla disciplina di diritto comune, quanto piuttosto, nell'aver sancito un principio

ciò non toglie che la funzione istituzionale dell'amministrazione rimanga pur sempre "attribuire beni ed attribuirli bene"²²².

I profili della partecipazione, se rendono più democratico l'agere della pubblica amministrazione, non escludono che la pretesa all'attribuzione del bene a chi spetta, qualora sia mediata dalla dettatura di un assetto innovativo di interessi, conseguente alla loro ponderazione sul metro di un interesse primario - e cioè nel caso

(quasi) opposto: quello "che l'attività non autoritativa si presume di diritto privato (e salva sempre diversa disposizione di legge)". Si tratta quindi, rileva Greco, di un'impostazione agli antipodi rispetto a quella fatta propria dalla Corte Costituzionale (7 aprile 1988, n. 396, in *Foro amm.*, 1988, 3141) allorché ha dichiarato l'incostituzionalità del sistema delle IPAB, nel punto in cui escludeva che potessero assumere personalità giuridica di diritto privato, qualora ne avessero tutti i requisiti e presupposti.

Che quanto detto circa l'insostituibilità dello schema dell'eccesso di potere per garantire un sindacato effettivo sull'esercizio della funzione non sia una mera presa di posizione, per così dire ideologica, pare dimostrato dalla vicenda della c.d. discrezionalità (inerente però ad un potere regolato oggi dal diritto comune) del datore di lavoro pubblico nel conferimento di incarichi dirigenziali (su cui vedi, anche per ulteriori riferimenti, MERLONI, *Gli incarichi dirigenziali nelle ASL tra fiduciarietà politica e competenze professionali*, in PIOGGIA, DUGATO, RACCA, CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano 2008, 100; vedi inoltre LIGUORI, "Politica" e "amministrazione" nelle aziende sanitarie, in *Diritti, lavori, mercati*, 2009, 49 e PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004. Sulle differenze e le convergenze tra la tutela nei confronti dei poteri pubblici e di quelli privati, v. TRIMARCHI BANFI, *L'articolo 1, comma 1 bis della legge n. 241 del 1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 947). Il richiamo alla discrezionalità è "operato dalla giurisprudenza in maniera evidentemente strumentale rispetto alla mera necessità di chiarire il carattere fiduciario dell'atto di conferimento e quindi di negare la sussistenza di un diritto soggettivo all'incarico in capo ai dirigenti" (così LIGUORI, *La funzione*, cit., spec. 22). Del resto, ed analogamente, anche la qualificazione della situazione giuridica del dipendente in termini di *interesse legittimo di diritto privato* [vedi ad esempio Cass. civ., Sez. Lav., 22 dicembre 2004, n. 23760, in *Riv. Corte Conti*, 2005, 283, nonché di recente Id., 30 settembre 2009, n. 20979, in *Lav. nella p.a.*, 2009, 893, secondo cui la qualificazione degli atti di conferimento dell'incarico in termini non provvedimentali determina la "sottrazione al regime e alle regole proprie degli atti amministrativi (in particolare, dalla legge 241 del 1990) di tali atti"] si risolve in definitiva in una perdita di effettività della tutela attingibile. E quindi, per dirla ancora con il Liguori (*loc. ult. cit.*), "le categorie - proprio quelle che tradizionalmente riflettono la costruzione finalistica del potere - risultano per così dire 'edulcorate' all'esito della migrazione dal diritto pubblico al diritto privato". In questa prospettiva si colloca anzitutto quell'orientamento che *minimizza la funzione della motivazione* (Cass. civ., Sez. Lav., 12 novembre 2007, n. 23480, in *Giust. Civ.*, 2008, 3047; in termini: Cass. S.U., 16 aprile 2007, n. 8950, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 1759, con nota di GAGLIARDI, e Id., 6 marzo 2009, n. 5457, in *Giust. Civ.*, 2009 2847 ; in senso contrario T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 19 aprile 2006, n. 1367, in www.giustizia-amministrativa.it; a tali posizioni *adde* di recente le pronunce che valorizzano il riferimento alle regole della correttezza e buona fede, che obbligherebbero la p.a. ad esternare le ragioni della scelta dell'uno piuttosto che dell'altro candidato: Cass. civ., Sez. Lav., 14 aprile 2008, n. 9814, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 1060). Si è pienamente d'accordo con l'opinione di chi sottolinea che "entrambi gli orientamenti richiamati finiscono per confermare l'idea di una differenziazione, se non separazione, del diritto pubblico e del diritto privato, quanto meno sul piano delle rispettive tutele"

dei poteri discrezionali - rimanga sostanzialmente una pretesa a soddisfazione non necessaria.

Se quindi la correttezza come valore del rapporto amministrativo rappresenta senz'altro una conquista di civiltà, ciò non toglie che di fronte alle manifestazioni di vera discrezionalità la posizione del cittadino resti di soggezione, ancorché circondata, rispetto al passato, di maggiori garanzie.

Del resto, se fosse vero che il (diritto al) comportamento corretto abbia cambiato pelle, diventando (da bene strumentale) bene finale, se ne dovrebbero trarre una serie di conseguenze (su tutte quella della risarcibilità degli interessi procedurali) che, al di là delle pionieristiche ricostruzioni di una parte della dottrina, non sembrano trovare aderenza alla realtà delle cose²²³.

(LIGUORI, *op. ult. cit.*, 27). Al riguardo, va ricordata l'opinione di TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit.*, spec. § 4, ad avviso della quale non sussiste un generalizzato obbligo di motivazione per gli atti di esercizio di poteri privati: “la motivazione è necessaria se ciò è espressamente disposto oppure se occorre fornire la dimostrazione che il potere è stato usato in presenza dei presupposti richiesti o in modo conforme alla specifica ratio della norma attributiva. S'intende che, in casi del genere, la motivazione della quale si parla non ha nulla a che vedere con la motivazione nel senso in cui il termine è impiegato con riferimento ai provvedimenti amministrativi. La motivazione è un modo breve per dire che, se vi sono condizioni implicite nella norma attributiva del potere, deve essere data dimostrazione del fatto che le condizioni sono soddisfatte; per questo la motivazione non deve necessariamente essere contestuale e può essere fornita in giudizio (così come ritengono Trib. Agrigento 5 maggio 2004; Trib. Bari, 14 marzo 2003/o.). Il che significa che non è configurabile un obbligo di motivazione del datore di lavoro ed una correlativa pretesa del prestatore di lavoro che sia azionabile come tale”.

²²¹ CUDIA, *loc. ult. cit.*

²²² Utilizzo la felice formula di IANNOTTA L., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. Amm.*, 1999, 72; dello stesso A., vedi anche *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 935, dove si propone la qualificazione del nuovo interesse legittimo in termini di *diritto amministrativo* (conciliabile con il potere), e dove si confuta l'idea che il diritto soggettivo sia il presupposto dell'interesse legittimo, trattandosi di situazioni giuridiche soggettive che assumono pari dignità e che derivano entrambe dai diritti e dalle libertà riconosciuti nella Costituzione.

²²³ La questione della risarcibilità degli interessi procedurali reca con sé spiccati aspetti di problematicità. Per l'approfondimento della tematica, sembra utile rinviare a RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 557. In sintesi, pare nondimeno che i dubbi sulla ammissibilità della tutela risarcitoria degli interessi procedurali (in funzione, per così dire, di supplenza della tutela di annullamento) siano ricollegabili alle seguenti considerazioni: in primo luogo, la tutela di tali interessi dovrebbe avvenire in forma specifica (vedi FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 29), puntando fin dove possibile alla correzione dei vizi piuttosto che alla loro monetizzazione (LIGUORI, *La funzione amministrativa*, cit., spec. 187 e ss.); in secondo luogo, pur volendo ammettere che un risarcimento senza annullamento sia un'opzione coerente con il sistema (cosa di cui chi scrive dubita, malgrado la soluzione “compromissoria” accolta nel Codice del processo amministrativo circa la autonomia – si potrebbe dire quasi-autonomia – dell'azione di danni rispetto a quella di annullamento), mancherebbe (o potrebbe considerarsi

Se si guarda ad esempio al formante giurisprudenziale, pare corretto ritenere che il *diritto ad un comportamento corretto* non possa che trovare una tutela risarcitoria, e questo tipo di ricostruzione, come ognuno vede, determina in capo all'amministrazione "*il diritto di violare la legge pagandone il prezzo*"²²⁴, e quindi quella esaminata si rivela paradossalmente una costruzione che, proprio mentre cerca di amplificare la tutela del cittadino in collegamento al carattere paritario del rapporto, genera in realtà l'effetto esattamente contrario, considerato che l'avente titolo non conseguirà il *bene della vita* cui aspira (che non è certo, o non è in *via diretta*, il comportamento corretto della p.a.) ma soltanto un suo surrogato economico²²⁵.

mancante) il danno ingiusto e, quindi, la meritevolezza della tutela risarcitoria autonoma. In giurisprudenza, cfr. Cons. St., Sez. IV, 24 dicembre 2008, n. 6538, in www.giustizia-amministrativa.it, che conferma l'orientamento secondo cui nei casi di annullamento di un atto per vizio formale non si può riconoscere all'interessato il risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo pretensivo, dal momento che "*la pretesa alla legittimità (formale) del provvedimento viene adeguatamente ristorata attraverso l'eliminazione del vizio formale stesso*" (su tale pronuncia v. TRIMARCHI M., *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi pretensivi e vizi formali*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 149). In dottrina cfr. CONTESSA, *La previsione di ipotesi di "illegittimità non invalidante fra pregiudiziale amministrativa e logica della spettanza*, in www.giustamm.it; in senso contrario, FERRARA L., *La partecipazione tra illegittimità e illegalità. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 2008, 103 e ss., spec. 114. Secondo CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006, 428, "*la mancanza di rimedi annullatori non comporta l'irrilevanza delle norme [sulla forma e sul procedimento], ma solo l'irrilevanza dei vizi sul piano del giudizio di convalidazione dell'atto*". Ad avviso di VERDE, *Sguardo panoramico al libro primo*, cit., spec. 804, l'illegittimità dell'atto è (con particolare riferimento agli interessi pretensivi) "*elemento costitutivo della pretesa risarcitoria, così che rappresenta addirittura un eccesso di tutela la possibilità offerta al ricorrente di agire per il risarcimento in via autonoma ed è giustificato che questa azione sia comunque contenuta nei termini entro i quali si dovrebbe impugnare l'atto*" (ossia 120 giorni se si utilizza lo strumento del ricorso straordinario al P.d.R.).

²²⁴ LIGUORI, *La funzione*, cit., spec. 165 e ss..

²²⁵ LIGUORI, *La funzione amministrativa*, cit., *passim*. Si veda inoltre quanto notato da CONTIERI, *Principio di buon andamento e vizi dell'atto amministrativo*, in AA. VV. *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di CONTIERI, FRANCARIO, IMMORDINO, ZITO, Napoli 2010, vol. II, 95 e ss., spec. 106, ad avviso del quale la costruzione del giudizio amministrativo come giudizio sul rapporto, di per sé ineccepibile dal punto di vista teorico, non può dirsi del tutto compiuta: diversamente "*non si spiegherebbe perché in tanti casi il giudice amministrativo continua ad annullare per incompetenza, dichiarando assorbiti gli altri motivi di natura sostanziale, che sono proprio quelli che dovrebbe valutare per pronunciarsi sulla spettanza. L'assorbimento dei motivi è decisamente incompatibile con il giudizio sul rapporto. Oppure perché, nell'unico caso, mi riferisco al giudizio sul silenzio inadempimento, in cui per esplicito riconoscimento normativo, è certo che il giudice possa pronunciarsi sulla spettanza, sulla fondatezza della pretesa, si guarda bene dal farlo. Allo stato, sembrerebbe un giudizio sul rapporto a senso unico: il giudice si pronuncia esclusivamente sulla non spettanza e mai sulla spettanza*".

Di recente, ad esempio, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione²²⁶ hanno ritenuto che laddove l'amministrazione eserciti (anche legittimamente) poteri di autotutela di segno eliminatorio in relazione ad atti attributivi di vantaggi il privato può chiedere (al g.o.) il risarcimento del danno in considerazione dell'avvenuta lesione dell'affidamento ingenerato dalla credenza della legittimità del provvedimento di primo grado.

Senza ulteriormente indugiare sulla costruzione (francamente alquanto *bizantina*) di cui le Sezioni Unite si servono per affermare la propria giurisdizione su tale controversia risarcitoria²²⁷, vi è da considerare anche quell'orientamento

²²⁶ Si tratta di Cass. S.U., 23 marzo 2011, nn. 6564, 6595 e 6596, in *www.giustamm.it*, ed ivi il commento di SANDULLI M.A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (breve note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*. Vedi inoltre le riflessioni di MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 896.

²²⁷ Ad avviso della S.C. in seguito all'annullamento (legittimo) in via di autotutela il provvedimento di primo grado rileva come "mero comportamento degli organi che hanno provveduto al suo rilascio": in quanto si versa al di fuori dell'ambito di "valutazioni sull'esercizio del potere pubblico", si tratta solo di verificare il rispetto di "doveri di comportamento". E quindi la lesione dell'affidamento del privato avvantaggiato dal provvedimento successivamente rimosso va risarcito (e la controversia va instaurata innanzi al g.o. trattandosi di mero comportamento e quindi non trovando applicazione l'art. 7 del Codice del processo amministrativo) in quanto "tale atto con la sua apparente legittimità [ha] ingenerato nel suo destinatario l'incolpevole convincimento (avendo questo il diritto di fare affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa) di poter legittimamente procedere alla edificazione del fondo". Aveva peraltro evidenziato la possibilità (meglio il rischio) che riemergessero problematiche (che oramai si sperava fossero superate) in ordine alla spettanza della giurisdizione sulle controversie risarcitorie nelle quali il danno derivi da un provvedimento amministrativo il MERUSI, *In viaggio con Laband ...*, in *www.giustamm.it*, il quale osservava, ragionando sul progetto di Codice da cui sarebbe derivato l'articolato attualmente in vigore, che "il termine previsto nell'intento di rendere le azioni di responsabilità nei confronti della Pubblica Amministrazione praticamente impossibili è palesemente un termine di decadenza. Ma i diritti, e certamente il diritto al risarcimento è un diritto garantito dalla Costituzione e dalla Convenzione sui diritti dell'Uomo, sono sottoposti a termini di prescrizione. La prescrizione può essere ridotta, la c.d. *praescriptio brevis*, ma non eliminata a favore della decadenza. Ne segue che, al di là di quel che c'è scritto nel [progetto di] codice, qualunque danneggiato potrà sempre rivolgersi, entro il termine di prescrizione, al giudice ordinario per chiedere il risarcimento del danno". In termini non dissimili, ma con specifico riguardo a quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 30 c.p.a., cfr. FANTINI, *Commento all'art. 30*, in GAROFOLI, FERRARI Gi. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma-Molfetta, 2010, il quale pone in luce "la intrinseca debolezza sistemica dell'ultimo comma dell'art. 30 del Codice del processo amministrativo che non prefigurando una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo potrebbe mantenere aperto in sede ermeneutica un varco in favore del giudice ordinario sulla pretesa risarcitoria, in tutti i casi in cui manchi la connessione tra azione di annullamento e azione di condanna, così rischiando di compromettere la complessa e compromissoria architettura della disposizione in esame".

Portando alle estreme conseguenze il ragionamento per cui si deve parlare di un rapporto amministrativo informato ai doveri di buona fede e correttezza reciproca, viene da chiedersi se

giurisprudenziale che, dopo l'introduzione dell'art. 2-*bis* della l. 241 del 1990 (ad opera della l. 69 del 2009), ammette la risarcibilità del danno c.d. da mero ritardo, ossia del danno derivante dalla lesione del diritto (evidentemente di carattere procedimentale) al rispetto del termine di conclusione del procedimento, al di là della questione se il bene finale spetti o meno²²⁸.

Tanto nell'uno (risarcimento da lesione dell'affidamento), quanto nell'altro caso (risarcimento del danno da mero ritardo),

sia possibile immaginare una responsabilità diretta dell'amministrazione che elargisca e successivamente revochi una sovvenzione non spettante nei confronti delle imprese che hanno intessuto rapporti con l'impresa ausiliata confidando nella solidità della relativa situazione patrimoniale. Si potrebbe cioè immaginare di richiamare l'orientamento assunto dalla giurisprudenza civile con riguardo al caso di abusiva concessione del credito (che invero presenta rispetto a quello che a noi specificamente interessa la seguente specificità: 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 del credito soltanto a *prolungare la sua agonia*, creando al contempo danni ai creditori che confidano invece che la banca abbia erogato il credito a chi fornisca garanzie di un fruttuoso utilizzo della somma mutuata): in specie, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (28 marzo 2006, n. 7029, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 4) qualificano la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito nei confronti dei terzi creditori del soggetto finanziato come responsabilità da fatto illecito, riconoscendo la legittimazione ad agire in capo ai creditori danneggiati (discussa invece, anche se prevalentemente risolta in senso negativo, la questione se ad agire contro la banca possa essere il curatore fallimentare), sebbene nella consapevolezza di dover differenziare tra creditori antecedenti o successivi all'abusivo sovvenimento dell'impresa (poiché i secondi possono dolersi esclusivamente 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 a lui stata immediatamente conoscibile. E quindi, specie per quanto attiene al nesso di causalità, la prova si concreta nella ricostruzione presuntiva di quelle che sarebbero potute essere le conseguenze di un diverso comportamento della banca come pure del terzo danneggiato. 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 (in questo senso vedi da ultimo Cons. St., Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002, in *Dir. e giust.*, 2011, 27 settembre), sembra ragionevole pensare - anche se si tratta di un percorso che la giurisprudenza nazionale non ha, nella materia degli incentivi provenienti dalla mano pubblica, ancora percorso - 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 diversamente 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

sembrerebbe dimostrato l'assunto (cui prima si accennava semplicemente) per cui la lesione del *diritto ad un comportamento corretto* da parte della p.a. generi, allo stato attuale, tutt'al più conseguenze risarcitorie.

Ciò sempre che non si voglia ritenere, più radicalmente, che *“l'interesse legittimo include l'interesse sostanziale ad un provvedimento favorevole, ma include anche un (per così dire) parallelo interesse a che il*

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 propagganda politica; vero è inoltre che – tornando a considerazioni più propriamente giuridiche – nella nostra giurisprudenza (pure se si controverte ancora sulla spettanza della relativa giurisdizione: v. Cass. S.U., 2 maggio 2003, n. 6719, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 5; 29 luglio 2005, n. 15916, *ivi*, 2005, 6) 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. Si vedano ad esempio le conclusioni dell'Avvocato generale Tesaurò nella causa C-142/87 - *Regno del Belgio c. Commissione* - (CGCE, 21 marzo 1990).

²²⁸ Nel senso che la risarcibilità del danno da ritardo ai sensi dell'art. 2-*bis* non possa prescindere da una valutazione in merito alla spettanza del bene della vita, vedi, di recente, T.A.R., Lazio, Roma, Sez. II, 5 gennaio 2011, n. 28, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 101; in termini T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 22 settembre 2010, n. 32382, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 2813. Da ultimo vedi anche T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 12 gennaio 2011, n. 35, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 13, con nota di QUINTO. Si tratta pertanto di un orientamento che si pone in ideale continuità con quello espresso da Cons. St., Ad Plen. 15 settembre 2005, n. 7, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 2519. In senso contrario, di recente, Cons. St., Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, in *Guida al diritto*, 2011, 12, 77, con nota di MASARACCHIA, che, estendendo il risarcimento anche al danno non patrimoniale causato dall'inerzia, così rileva: “*il tempo è un bene della vita per il cittadino e [...] il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica*”. Chiarisce invece che il danno da ritardo trova applicazione soltanto con riguardo all'attività di carattere provvedimentale e non anche a quella che si manifesta attraverso atti paritetici di diritto privato T.A.R. Campania, Sez. III, 10 novembre 2010, 23758, che specifica altresì che ai fini del risarcimento occorre fornire la prova (di cui è onerato il ricorrente, secondo una ricostruzione extracontrattuale di tale responsabilità: in tal senso v. di recente T.A.R. Lazio, Roma, 7 febbraio 2011, 1125, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 963; diversa la ricostruzione offerta dal COMPORRI, *La tutela risarcitoria “oltre” il Codice*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 67, ad avviso del quale, se si aderisce alla tesi della risarcibilità del danno da mero ritardo, “*ogni riferimento al modello aquiliano di cui all'art.*

*provvedimento sia emanato entro una certa durata temporale*²²⁹, e quindi che pur sempre di lesione dell'interesse legittimo (e non di un distinto – ed inautonomo – diritto) debba parlarsi.

Del resto, come ricordato, quando nella giurisprudenza amministrativa in tema di incentivi provenienti dalla mano pubblica viene in rilievo la tematica della lesione dell'affidamento – segnatamente con riguardo al caso di inesatta applicazione dei criteri di massima prefissati a monte - ci si riferisce all'eccesso di

2043 c.c. appare dunque incongruo, perché viene meno ogni rilievo della prospettiva finale della meritevolezza/fondatezza della pretesa perseguita, e pertanto della correlata necessità di azionare i rimedi volti al relativo accertamento”: ne consegue che “la colpa sarebbe così sempre presunta in caso di violazione del termine, salva sempre la prova contraria di un errore scusabile che integra un'ipotesi di esimente; ancora, la scusabilità farebbe venire meno l'ingiustizia dell'ipotetico danno”) della colpa in relazione al mancato rispetto del termine. Sull'elemento della colpa rilevanti le indicazioni fornite da T.A.R. Lazio, Roma, 7 febbraio 2011, 1125, cit., secondo cui ai fini della scusabilità o evitabilità dell'errore della p.a., rilevante ai fini della colpa della stessa, deve farsi riferimento “al giurista di medio livello che applica professionalmente norme amministrative”; sicché la mera possibilità, sempre presente, di un'erronea interpretazione normativa deve essere considerata incolpevole solo nell'ipotesi in cui il testo normativo sia insuscettibile di univoca comprensione.

²²⁹ MAZZAMUTO, *op. cit.*, spec. 900, il quale rileva che “non era neanche necessario che il danno da ritardo venisse incluso nelle materie di giurisdizione esclusiva, scelta che va piuttosto ascritta all'utilizzo di questo tipo di giurisdizione come arma in più per chiudere (o tentare di chiudere) certi conflitti di giurisdizione, in realtà risolvibili con il criterio ordinario di riparto. Né ovviamente la giurisdizione esclusiva è necessaria per attribuire al giudice amministrativo, se lo si vuole ancora così qualificare, il diritto soggettivo al risarcimento del danno derivante dalla lesione di un interesse legittimo”. Le parole del citato Autore forniscono l'occasione per *seminare* uno spunto di riflessione che, si spera, possa essere oggetto di più approfondite indagini. Si ha riguardo alla materia del danno non patrimoniale, in relazione al quale, sebbene con qualche tentennamento, la giurisprudenza amministrativa inizia a mostrare un atteggiamento di maggiore apertura, e soprattutto inizia a seguire le coordinate individuate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in tema (vedi al riguardo Cons. St., Sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1899, in www.giustizia-amministrativa.it), rilevando quindi la necessità di *agganciare* la risarcibilità di tale danno alla lesione di una posizione che trovi riconoscimento nella Carta costituzionale, tant'è vero che, nella giurisprudenza amministrativa, si parla di danno non patrimoniale specialmente in materia di omessa o ritardata assunzione (vedi ad esempio T.A.R. Sardegna, Sez. I, 8 febbraio 2011, n. 110, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 663; per una più ampia rassegna sul tema giudice amministrativo e danno non patrimoniale, v. VIOLA, *Ancora sul danno esistenziale innanzi al Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it; ID., *Il danno non patrimoniale da illegittima prestazione del servizio di leva*, ivi; di recente v. CORSARO, *La p.a. e il risarcimento del danno morale*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 2502): cioè in una materia dove viene in rilievo un diritto, quello al lavoro, di rilievo costituzionale (ma sulla scarsa selettività del parametro individuato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione vedi le perspicue osservazioni di GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2009, 736). Ora, considerato che il Giudice amministrativo è sempre più spesso investito, in sede di giurisdizione esclusiva, della cognizione dei c.d. diritti fondamentali (vedi da ultimo l'art. 133 c.p.a.; in dottrina, PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli, 2009), ci si può porre la seguente domanda (riprendo qui alcune riflessioni svolte in *Focus sul processo amministrativo*, in *Rivista NelDiritto*, 2011, 1051 e ss.): è necessario ritenere (come si dovrebbe, alla luce di quanto sopra osservato) che il danno non patrimoniale possa essere risarcito dal g.a. solo in sede di giurisdizione esclusiva?. Altrimenti detto: le posizioni sostanziali

potere (nella forma, già esaminata della *contraddittorietà tra successive manifestazioni di volontà della p.a.*), e quindi alla tutela tutto sommato insostituibile che ad esso si riconnette²³⁰.

A conclusione di questo discorso sulla (controversa) rilevanza del principio di affidamento nella materia delle sovvenzioni è giusto il caso di notare che laddove si convenga, ritenendo plausibile la nostra proposta ricostruttiva, di inquadrare il rapporto sovvenzionante/sovvenzionato nella disciplina degli

fondamentali possono ricevere tutela (non solo risarcitoria) da tale giudice solo a condizione che siano qualificabili in termini di *diritti*? Il problema si pone con segnato riguardo alle posizioni di segno pretensivo, che pur quando ineriscono a beni fondamentali potrebbero essere “sacrificate” in vista della realizzazione (o meglio della tutela) di un interesse pubblico (ancor più) rilevante, quale è in molti casi l’interesse finanziario dello Stato (ossia il limite della disponibilità finanziaria). Un’interessante (ma certo non esaustiva) casistica, in grado di fornire supporto ad una simile proposta ricostruttiva - *configurabilità di interessi legittimi pretensivi* anche quando sono coinvolti *beni fondamentali*, cioè di rilievo costituzionale, quali la salute, e conseguente *sussistenza della giurisdizione* (generale di legittimità) *del g.a.* - potrebbe provenire dall’esame della giurisprudenza in tema di richiesta di rimborso delle spese sanitarie sostenute dai cittadini residenti in Italia presso centri di altissima specializzazione all’estero per prestazioni che non siano ottenibili in Italia tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico. Giova però premettere qualche cenno sulla disciplina conferente. In specie, dal combinato disposto dell’art. 5 della l. 595 del 1985 e degli artt. 2 e 5 del relativo decreto attuativo (d.m. Sanità 3 novembre 1989 e ss. mm.) si evince che: - possono essere erogate all’estero prestazioni che richiedono “non comuni procedure tecniche o curative o attrezzature di avanzata tecnologia e che non sono ottenibili tempestivamente o adeguatamente presso i presidi ed i servizi” (art. 2, comma 1, del citato d.m.); - la prestazione non ottenibile tempestivamente in Italia è quella “per la cui erogazione le strutture pubbliche o convenzionate con il Servizio sanitario nazionale richiedono un periodo di attesa incompatibile con l’esigenza di assicurare con immediatezza la prestazione stessa, ossia quando il periodo di attesa comprometterebbe gravemente lo stato di salute dell’assistito ovvero precluderebbe la possibilità dell’intervento o delle cure (art. 2, comma 3); - la prestazione non ottenibile in forma adeguata alla particolarità del caso clinico è invece quella che richiede “specifiche professionalità ovvero procedure tecniche o curative non praticate ovvero attrezzature non presenti nelle strutture pubbliche italiane o convenzionate con il Servizio sanitario nazionale” (art. 2, comma 4); - la struttura estera deve peraltro essere notoriamente riconosciuta in Italia, essere in grado di assicurare prestazioni sanitarie di altissima specializzazione e possedere caratteristiche superiori paragonate a standards, criteri e definizioni propri dell’ordinamento sanitario italiano. L’art. 4 del decreto ministeriale citato subordina il concorso nelle spese mediche sostenute all’estero al rilascio di un’autorizzazione da parte dell’unità sanitaria locale previa valutazione della sussistenza dei presupposti sanitari per usufruire delle prestazioni richieste (in specie, impossibilità di fruirne tempestivamente e con forme adeguate alla particolarità del caso clinico), mentre il successivo art. 7, comma 2, stabilisce che “ferme restando la sussistenza dei presupposti e delle condizioni di cui all’art. 2, si prescinde dalla preventiva autorizzazione per le prestazioni di comprovata eccezionale gravità ed urgenza ivi comprese quelle usufruite dai cittadini che si trovino già all’estero. In tali casi la valutazione sulla sussistenza dei presupposti e condizioni ed il parere sulle spese rimborsabili sono dati dal centro di riferimento territorialmente competente sentita la regione. Le relative domande di rimborso devono essere presentate all’unità sanitaria locale competente entro tre mesi

accordi ex art. 11 della l. 241 del 1990 il richiamo che tale norma opera ai “principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti” (tra cui senz’altro rientrano la buona fede e la correttezza) consentirebbe, probabilmente, una ulteriore valorizzazione delle *regole di comportamento*, consentendo di mettere a maggior ragione in discussione, in sede dottrinale, l’atteggiamento di sostanziale chiusura manifestato al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria.

dall’effettuazione della relativa spesa a pena di decadenza dal diritto al rimborso”: il tutto, come detto, a condizione che sussistano condizioni di gravità ed urgenza che ostino alla possibilità di attendere alla richiesta ed all’ottenimento (o al diniego) dell’autorizzazione (art. 7, comma 1). Così sinteticamente ricostruito il quadro normativo di riferimento, è opportuno soffermarsi sulla questione – che vede divisa la giurisprudenza – se le controversie relative alla mancata autorizzazione preventiva e/o al mancato rimborso delle spese sanitarie siano attratte alla giurisdizione del g.o. ovvero del g.a.. L’orientamento, che sembra ad oggi prevalente [si tralascia l’esame della giurisprudenza antecedente alla sentenza costituzionale n. 204 del 2004, incline a distinguere a seconda che la controversia avesse ad oggetto il diritto al rimborso delle spese per prestazioni mediche sostenute all’estero (nel qual caso la giurisdizione era del g.o.) ovvero il provvedimento di diniego della prescritta autorizzazione fondato sulla considerazione della adeguatezza delle strutture nazionali (nel qual caso la giurisdizione era del g.a.): tra le tante, cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 11 ottobre 2001, n. 1540, in *Ragiusan*, 2002, 220-221, 307], afferma la sussistenza della giurisdizione ordinaria “*sia nel caso in cui siano addotte situazioni di eccezionale gravità ed urgenza, prospettate come ostative alla possibilità di preventiva autorizzazione, sia nel caso che l’autorizzazione sia stata chiesta e che si assuma illegittimamente negata, giacché viene comunque in considerazione il fondamentale diritto alla salute, non suscettibile di essere affievolito dalla discrezionalità meramente tecnica dell’amministrazione in ordine all’apprezzamento dei presupposti per l’erogazione delle prestazioni?*” (in tal senso, di recente, Cass. S.U., 6 febbraio 2009, n. 2867, in *Dir. e giust.*, 2009, con nota di VECCHI; in termini: Cass. S.U., 13 luglio 2006, n. 15897, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 7-8; Id., 9 marzo 2007, n. 5402, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 1385; in senso parzialmente contrario, nella giurisprudenza della Cassazione, cfr. Cass. S.U., 24 giugno 2005, n. 13548, *ivi*, 2005, 1689, secondo cui “*la pubblica amministrazione è titolare di un potere autorizzativo discrezionale nel valutare sia le esigenze sanitarie di chi chiedi una prestazione al Servizio nazionale, sia le proprie disponibilità finanziarie, sì che il richiedente risulta titolare di un mero interesse legittimo*”). Per quanto la stessa giurisprudenza amministrativa abbia in parte seguito tale linea interpretativa (T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. III, 23 febbraio 2010, n. 504, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 387; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 18 settembre 2009, n. 1512, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 2614; T.A.R. Trentino Alto Adige, 1° luglio 2008, n. 241, *ivi*, 2008, 1966, interessante perché specifica che tali controversie rientrano nella giurisdizione del g.o. e non in quella del g.a., *neppure in quella esclusiva*; Cons. St., Sez. V, 4 marzo 2008, n. 831, in *Foro It.*, 2009, III, 123), non manca un diverso (ma, a quanto risulta, minoritario) orientamento che afferma la sussistenza della giurisdizione amministrativa. In particolare, si osserva che “*il dato normativo di riferimento correla la potestà autorizzativa in discorso a valutazioni di natura sostanzialmente tecnico-discrezionale, non consistenti nella mera verifica di presupposti determinati rigidamente dalla norma, ma implicanti specifiche valutazioni, dirette a temperare le richieste di cure all’estero con la concreta disponibilità di scarse risorse finanziarie pubbliche (evidenziazione mia), nonché a valutare i tempi e le modalità di erogazione in Italia di determinate cure e la compatibilità di tali situazioni con le esigenze terapeutiche prospettate dall’interessato nel caso concreto, ossia la capacità dell’amministrazione di soddisfare tempestivamente ed in forma adeguata le esigenze del richiedente - ferma restando, ovviamente, la libertà dell’interessato di scegliere la*

4. *Segue: il riparto di giurisdizione in materia di incentivi pubblici. La soluzione espressa dalle Sezioni Unite: rilievi critici. In particolare: la difficoltà di distinguere con certezza le situazioni di interesse legittimo e quelle di diritto soggettivo. La controversa qualificazione dell'attività vincolata in termini di autoritatività. Utilità (ed epifanie) della distinzione tra interessi legittimi (pretensivi) finali e strumentali. Ricerca di altri modelli regolatori: la concessione di bene pubblico. Rilievi critici. Possibilità di un superamento degli*

terapia da seguire - sicché il potere autorizzativo dell'amministrazione fronteggia, nel caso de quo, veri e propri interessi legittimi pretensivi, riferibili agli assistiti dal Servizio Sanitario Nazionale” (così, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 4 febbraio 2011, n. 351, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 362; nei medesimi termini, cfr. T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 19 gennaio 2011, n. 4, in *Dir. e giust.*, 2011; Cons. St., Sez. V, 11 gennaio 2006, n. 35, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 143; Cons. St., Sez. V, 07 aprile 2006, n. 1902, *ivi*, 1190; T.A.R. Marche, Sez. I, 12 novembre 2008, n. 1872, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 3039; T.A.R. Piemonte, sez. II, 3 aprile 2007, n. 1527, in *Ragiusan*, 2008, 287-288, 203; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 4 luglio 2007, n. 1736, *ivi*, 2009, 301-302, 230; T.A.R. Lombardia Milano, Sez. I, 13 dicembre 2006, n. 2966, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 3736; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 13 aprile 2005, n. 2696, in *Ragiusan*, 2005, 257, 220; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 5 aprile 2006, n. 117, *ivi*, 2006, 271-272, 303, che pone l'accento, così come il T.A.R. Lombardia 2011 testualmente richiamato, sul profilo della valutazione circa la capacità finanziaria dell'amministrazione). Interessante è quindi, nell'ottica del discorso che si va compiendo, il riferimento al limite delle risorse finanziarie disponibili, che guida (insieme con altre valutazioni di carattere spiccatamente tecnico) la valutazione sul se concedere o meno l'autorizzazione, ovvero sul se rimborsare o meno la spesa sostenuta all'estero nel caso contemplato dall'art. 7, comma 2, del decreto ministeriale: sembra plausibile parlare con riferimento a tale valutazione di vera e propria discrezionalità, cui corrisponde in capo all'amministrato una posizione di interesse legittimo pretensivo, anche se l'interesse materiale di cui si sostanzia tale pretesa attinge un bene costituzionalmente rilevante.

²³⁰ Cons. St., Sez. III, parere 30 luglio 2009, n. 5191, cit.. Ritiene non applicabile al caso di specie il riferito principio T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 12 aprile 2010, n. 3590, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, n. 3590 ed in modo del tutto analogo vedi pure T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 12 aprile 2010, n. 3590, *ivi*, 2010, 1421. In particolare, nell'uno e nell'altro caso, la società ricorrente aveva presentato domanda di ammissione alle agevolazioni del contratto d'area di Avellino, agevolazioni che il bando rivolgeva alle imprese aventi sede legale nella provincia di Avellino ovvero ubicazione delle attività produttive nell'area di cui all'art. 32 della l. 219 del 1981 (la legge è quella che riguarda gli interventi a favore delle popolazioni colpite dal sisma del novembre 1980, l'articolo concerne le “aree da destinare ad impianti industriali”) per la realizzazione di una nuova unità produttiva per la produzione di stampi metallici; l'iniziativa veniva valutata positivamente, e quindi la società ricorrente veniva inclusa tra i soggetti beneficiari delle agevolazioni. Il contratto d'area veniva quindi stipulato, ma il contributo non era materialmente erogato a causa della mancanza di fondi disponibili. Ed allora la società ricorrente inoltrava domanda di partecipazione al regime di aiuti di cui all'art. 3, comma 8, l. R. Campania 10 del 2001, che prevede il finanziamento con i fondi P.O.R. ad opera della Regione delle “iniziative industriali ricadenti nella aree di cui all'art. 32 della legge 281/1981 e nelle zone limitrofe al cratere, non finanziate dal CIPE o da altra normativa agevolativa ma ritenute finanziabili dagli organismi incaricati di valutare i progetti industriali per i contratti d'area”, sebbene, in virtù della successiva l. R. 1 del 2007, il finanziamento di tali iniziative deve avvenire entro il 31 dicembre 2007 con risorse proprie della Regione: entro tale data

esposti rilievi critici attraverso il ricorso ad uno schema unificante: il contratto di diritto pubblico. Utilità del riferimento ai fini della concentrazione della tutela (rinvio).

Anche la seconda problematica sulla quale ci vorremmo soffermare assume uno specifico rilievo nel quadro della suddetta ricostruzione dogmatica della fattispecie (che si opererà nel prosieguo) come accordo ex art. 11 l. 241 del 1990.

L'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione si articola, infatti, intorno alla ideale separazione di una fase ricostruibile secondo l'endiadi potere/interesse legittimo (rimessa alla cognizione del g.a.) ed una ricostruibile secondo l'endiadi diritto/obbligo (rimessa alla cognizione del g.o.): e siccome l'istituto disciplinato dall'art. 11 della l. 241 del 1990 si

l'assessorato competente provvede a completare le istruttorie utili a comprovare la validità e l'attualità delle proposte finanziabili, ed in mancanza produce per il 2008 il nuovo programma di incentivazione riferito alle stesse aree oggetto degli interventi; tuttavia il relativo contratto veniva stipulato con altra impresa (che aveva positivamente superato l'istruttoria), nel mentre all'atto di diffida quindi notificato dalla ricorrente l'amministrazione rispondeva con una nota informativa dell'intenzione di rimettere l'esame della possibilità di erogare l'aiuto alla Commissione europea; la suddetta nota veniva impugnata innanzi al Tar. I motivi che hanno indotto l'adito Tribunale amministrativo regionale a rigettare il ricorso sono così riassumibili: la nota impugnata non ha valore provvedimento; il comportamento della Regione è stato ritenuto nella specie ispirato ad un ragionevole criterio di prudenza non già ad una logica meramente dilatoria. Il Collegio giudicante ritiene quindi, quanto a quest'ultimo profilo, di discostarsi dal parere della Terza Sezione del Consiglio di Stato che relativamente ad una analoga vicenda aveva reputato il comportamento della Regione Campania (che ha prima istituito il regime di aiuti con legge regionale del 2001 e poi chiesto il benestare della Commissione) contraddittorio e perplesso. Osserva invece il Collegio che *“la vicenda in esame si correla al tema della sorte delle decisioni assunte dalle amministrazioni nazionali – anche in sede di autotutela – in contrasto con l'ordinamento comunitario”*: aspetto in relazione al quale la giurisprudenza ritiene doveroso e non solo legittimo il provvedimento di autotutela contrastante non solo con una normativa direttamente applicabile ma anche con un parere negativo vincolante della Commissione europea. Ciò induce a riflettere, a dire del decidente, *“sul senso della scelta interlocutoria svolta dalla Regione Campania ispirata all'esigenza del tutto ragionevole e condivisibile di cautelarsi prima di erogare il credito in modo che la Commissione, una volta espresso l'assenso, non instauri alcuna procedura per infrazione alle norme comunitarie in materia di agevolazioni”*. Rileva in proposito quanto si legge nel nono considerando del Reg. 1628/2006/Ce (con cui si è fatta applicazione delle previsioni di cui agli artt. 87 e 88 del Trattato relativamente agli aiuti di Stato per investimenti a finalità regionali. Il regolamento è stato successivamente abrogato dall'art. 43 del Regolamento della Commissione n. 800 del 6 agosto 2008): *“La Commissione valuta sempre in modo meno favorevole gli aiuti destinati a settori particolari. I regimi di aiuti agli investimenti destinati a specifici settori di attività economia nel ramo manifatturiero o dei servizi non dovrebbero quindi beneficiare dell'esenzione dalla notificazione prevista dal presente regolamento. I regimi di aiuti a finalità regionale per investimenti destinati ad essere esentati dall'obbligo di notificazione di cui all'art. 88, par. 3, del Trattato, purché rispettino tutte le condizioni di cui al presente regolamento”*.

caratterizza (secondo l'opinione preferibile) per la simultanea presenza, nel contesto del medesimo atto, di profili di autoritatività e profili di consensualità, l'inquadramento del rapporto tra sovvenzionante e sovvenuto nei termini anzidetti consentirebbe di ritenere applicabile la norma (non più contenuta nell'art. 11 della legge sul procedimento ma nell'art. 133 del Codice del processo amministrativo) che prevede l'attribuzione delle controversie in materia di *formazione, conclusione ed esecuzione di accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento e degli accordi tra pubbliche amministrazioni* al giudice amministrativo come giudice esclusivo. Tale approccio muove dalla necessità, come si dirà più ampiamente, di tenere in adeguata considerazione la c.d. conseguenza giurisdizionale, conformemente a quanto rileva autorevole dottrina²³¹.

Sembra fin da adesso opportuno sottolineare che laddove l'agevolazione si iscriva nel contesto di un rapporto caratterizzato (senza dubbio) dalla bilateralità - come nel caso degli incentivi connessi alla stipulazione di un patto territoriale²³² - le stesse

²³¹ PERICU, CROCI, *Le sovvenzioni*, cit., 248; FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, 216.

²³² Sulle figure della programmazione negoziata, cfr. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000. La proliferazione di tali figure si deve alla crisi dei modelli tradizionali di pianificazione, che interessa anche il settore urbanistico. In specie, si registra il sostanziale fallimento del modello "a cascata" desumibile dalla legge fondamentale del 1942: tramontato il mito razionalista di una pianificazione a lungo termine (su tali aspetti vedi MAZZARELLI, *L'urbanistica e la pianificazione*, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di CASSESE, cit., 3335 e ss.) il principale interesse pubblico valorizzato dalla legislazione è quello economico che tende a divenire il "vero baricentro dell'azione dei pubblici poteri" (PELLIZER-ZANETTI, *La Programmazione negoziata nell'ambito della pianificazione urbanistica e dei lavori pubblici*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1999, 284). Ne discendono due ordini di conseguenze: da un lato, si orienta la funzione pianificatoria verso strumenti programmatori duttili che "tendono a trasformare l'urbanistica in volano dello sviluppo economico" (così CONTIERI, *op. ult. cit.*, 25) - esigenza parimenti sottesa ad alcuni più recenti interventi settoriali - attraverso il risanamento di ambienti degradati nell'intento di realizzare un circuito virtuoso di riqualificazione urbana (in questa logica si inseriscono i piani di recupero polifunzionali: programmi di riqualificazione urbana e programmi di recupero urbano). Si versa pur sempre nell'ambito di strumenti pianificatori, per quanto orientati strutturalmente e funzionalmente alla realizzazione di siffatte nuove esigenze; dall'altro, "la tensione alla realizzazione di uno o più interventi di interesse economico risultano talmente pressanti da sottomettere totalmente la funzione pianificatoria" (Id., *loc. ult. cit.*), come accade nel caso degli accordi di programma che operino in variante alla strumentazione urbanistica. In questo quadro (nel quale si inseriscono a pieno titolo gli strumenti della c.d. programmazione negoziata di cui all'art. 2, commi 203 e ss., della l. 662 del 1996), la presenza dei privati è, come si accennava, fondamentale: anzitutto per quel che concerne il fattore del reperimento e della gestione di risorse per creare iniziative produttive, anche considerando la crisi (e, in disparte, i sempre più pressanti vincoli) della finanza pubblica (vedi al riguardo PUGLIESE, *Risorse finanziarie, consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in *Dir. Amm.*, 1999, 15). Non è questa la sede per indagare, a più di quindici anni dalla loro istituzione, se tali forme di amministrazione consensuale abbiano sortito o meno buoni frutti: sembra comunque

Sezioni Unite non incontrano problemi nel riconoscere che tanto le controversie riguardanti la legittimità dell'atto attributivo (o la legittimità della relativa revoca o annullamento) quanto quelle concernenti i profili di adempimento/inadempimento sono attratte alla giurisdizione dei Tar e del Consiglio di Stato²³³.

Ma torniamo all'orientamento per così dire generale delle Sezioni Unite della Cassazione secondo cui “*ai fini del riparto di giurisdizione nella materia dei finanziamenti e contributi pubblici, [...] occorre distinguere a seconda che la legge riconosca direttamente la spettanza del beneficio ovvero la subordini ad una valutazione discrezionale della p.a.: mentre nel primo caso la posizione del privato è qualificabile in termini di diritto soggettivo, nella seconda ipotesi è qualificabile come d'interesse legittimo, tutelabile innanzi al giudice amministrativo, nella fase procedimentale anteriore all'emanazione del provvedimento attributivo del contributo oppure nel caso che tale provvedimento venga annullato in via di autotutela per vizi di legittimità o per un suo contrasto originario con il pubblico interesse mentre è di diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile innanzi al g.o., nella fase di attuazione del rapporto*”²³⁴.

impossibile (e prima ancora sconsigliabile) un atteggiamento generalista. Sull'argomento, v. da ultimo PELLIZER, *Le opere di urbanizzazione tra concorrenza e organizzazione del territorio*, in www.giustamm.it.

²³³ Cass. S.U., 23 marzo 2009, n. 6960, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1390; in termini, cfr. Cass. S.U., 8 luglio 2008, n. 18630, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 7-8, secondo cui “*la cognizione della controversia relativa all'impugnazione di un provvedimento di revoca del beneficio finanziario accordato ad una società per la realizzazione di un investimento produttivo in sede di approvazione di un 'patto territoriale', costituente una delle possibili forme di programmazione negoziata tra parti pubbliche e parti private in cui è, tra l'altro, necessario definire gli accordi programmatici ai sensi dell'art. 27 della l. 142 del 1990 [vedi oggi l'art. 34 TUEL, n.d.s.] e individuare le convenzioni necessarie per l'attuazione di detti accordi, appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione al disposto di cui all'art. 11, ultimo comma, della l. 241/1990 che demanda, in generale, a tale giurisdizione le questioni relative alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento pubblico di erogazione di una sovvenzione economica*”. Da tale giurisprudenza ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2010, 95, deduce condivisibilmente che la giurisdizione esclusiva del g.a. non è inconciliabile con il settore dei finanziamenti pubblici. Ma vedi in senso contrario al richiamato arresto delle Sezioni Unite T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 29 novembre 2010, n. 14192, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 3702, che precisa che “*la decisione di revocare un contributo, che sopraggiunga nel corso del rapporto a causa non già di un vizio originale o sopravvenuto, rilevato a seguito di una nuova ponderazione degli interessi pubblici, del procedimento concessorio, ma del mutamento delle condizioni incidenti sugli obblighi assunti, involge, a prescindere dalla natura discrezionale o vincolata dell'atto revocatorio, posizioni di diritto soggettivo relative alla conservazione del finanziamento ed è, pertanto, devoluta alla cognizione del g.o.; ciò anche nel caso di revoca del beneficio finanziario finalizzato alla realizzazione di un investimento produttivo nell'ambito di un 'patto territoriale', perché le peculiarità che il patto territoriale presenta non si riflettono sulla tutela giurisdizionale del beneficiario del finanziamento*”.

²³⁴ Cass. S.U., 9 gennaio 2007, n. 117, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 9; 25 luglio 2006, n. 16896, *ivi*, 2006, 7-8; 28 ottobre 2005, n. 21000, *ivi*, 2005, 7-8; 10 marzo 2003, n. 5617, *ivi*, 2003, 4; 22

Occorre infatti verificare, per quanto non si tratti affatto di un'impresa agevole, se di fronte ad attività vincolate la posizione giuridica soggettiva del privato sia qualificabile in termini di diritto soggettivo, con quanto ne discende dal punto di vista della giurisdizione (salvi i casi di giurisdizione esclusiva).

La tematica, a ben vedere, intercetta una questione di più ampia portata, questione, quest'ultima, che tocca in definitiva i massimi sistemi: quella concernente i confini della nozione di autoritatività.

La quale assume rilievo, ai nostri fini, perché se è vero che intanto vi può (legittimamente) essere la giurisdizione esclusiva in quanto l'amministrazione agisca come autorità, cioè spendendo poteri di natura autoritativa, ciò vale a maggior ragione per la giurisdizione generale di legittimità.

Se quindi si assume che di fronte al potere vincolato vi siano diritti soggettivi, e quindi la giurisdizione del g.o., si sta in realtà negando che si tratti di vero potere.

Se si considera che il termine autoritatività è ritenuto “*uno dei termini più ambigui e polisenso del linguaggio del diritto amministrativo*”²³⁵, si potrà almeno comprendere come mai il quadro delle soluzioni offerte in merito alla pertinenza degli atti vincolati alla nozione di provvedimento amministrativo²³⁶ sia, tanto in

luglio 2002, n. 10689, *ivi*, 2002, 1308. In materia di ausili di natura assistenziale (ex art. 26 l. 104 del 1992) Cass. S.U., 20 febbraio 2007, n. 3848, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 2. Da ultimo, per un'applicazione del principio in materia di attribuzione di quote latte, cfr. Cass. S.U., 12 ottobre 2011, n. 20929, in *www.neldiritto.it*. Si ricorda inoltre, per la particolare precisione con cui qualifica in termini di inadempimento (contrattuale) la decadenza dal beneficio già riconosciuto laddove il sovvenuto non rispetti gli obblighi impostigli dalla legge nella destinazione funzionale del beneficio, Cass. S.U., 10 maggio 2001, n. 183, in *Mass. Giur. It.*, 2001, dove si legge che “*il privato destinatario di finanziamenti o sovvenzioni pubbliche vanta, nei confronti dell'autorità concedente, una posizione di interesse legittimo (rispetto al potere dell'Amministrazione di annullare i provvedimenti di attribuzione per vizi di legittimità ovvero di revocarli per contrasto originario con l'interesse pubblico), quanto di diritto soggettivo (relativo alla concreta erogazione delle somme di denaro oggetto del finanziamento o della sovvenzione e alla conservazione degli importi a tale titolo già riscossi), con conseguente competenza del giudice ordinario a conoscere delle controversie instaurate o per ottenere gli importi dovuti (ma in concreto non erogati), ovvero per contrastare l'amministrazione che, servendosi degli istituti della revoca, della decadenza o della risoluzione abbia ritirato il finanziamento o la sovvenzione sulla scorta di un preteso inadempimento, da parte del beneficiario, degli obblighi imposti dalla legge*”.

²³⁵ MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 979.

²³⁶ Può essere di interesse notare che l'art. 7 del Codice del processo amministrativo delimita la giurisdizione generale di legittimità del g.a. con riferimento alle controversie concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti “provvedimenti, atti, accordi, comportamenti riconducibili, anche mediamente all'esercizio di tale potere”. Ad

dottrina (con più spiccata attenzione alle ricadute dogmatiche) quanto in giurisprudenza (con segnato riguardo al riparto di giurisdizione), oltremodo frastagliato.

In effetti si è autorevolmente ritenuto che “*di un potere della pubblica amministrazione può utilmente parlarsi solo con riferimento ai casi in cui quest’ultima disponga di un certo margine di discrezionalità, cioè di un margine che consenta l’affermazione di una volontà non compiutamente espressa dalla norma: e quindi per l’affermazione della volontà di un precetto che non sia semplicemente proiezione, nel concreto, di quello posto dalla legge*”²³⁷. Si ricorderà poi il tentativo della dottrina di fondare su basi nuove la distinzione tra norme di azione e norme di relazione, nell’intento di dimostrare che soltanto le prime e non anche le seconde siano attributive di poteri amministrativi²³⁸: in quanto le norme di relazione hanno la funzione di “*risolvere conflitti di interesse*”, esse non possono attribuire alla p.a. il potere di mediare tra i diversi interessi in gioco, considerato che l’assetto di essi è già stato delineato, a monte, dal legislatore; le norme di azione, invece, attribuiscono all’amministrazione “*la disponibilità degli interessi in causa, intesa come possibilità di affermare la prevalenza, parziale o totale, dell’uno sull’altro*”, tale disponibilità sussistendo soltanto quando “*la decisione sul conflitto di interessi presenti carattere innovativi (evidenziazione nel testo) rispetto ad altre decisioni già assunte a livelli superiori: sussiste cioè solo se vi è materia di cui disporre, o, detto in termini più tradizionali, se è configurabile una scelta*”²³⁹. Discende da tali premesse la conclusione, già ricordata, che “*solo l’atto discrezionale è atto di autorità*”, mentre “*gli atti vincolati*

avviso di MARUOTTI, *Introduzione al Libro I*, in LEONE, MARUOTTI, SALTELLI (a cura di) *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010, spec. 5 e ss. “*l’art. 7 ha dunque inteso eliminare la rilevanza di quei criteri, sovente elaborati contra legem, la cui applicazione ha spesso fatto escludere la sussistenza della giurisdizione amministrativa*”. Il riferimento è alla rilevanza (o irrilevanza, secondo tale punto di vista), ai fini del riparto, della distinzione tra atti discrezionali e vincolati, tra atti nulli ed annullabili, tra norme di azione e norme di relazione”. Ma l’assunto sembra più presupposto che non dimostrato: e pertanto anche l’art. 7 del Codice non esime l’interprete dal difficile compito di stabilire quanto vi sia esercizio del potere e quando no.

²³⁷ LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, cit., 376; dello stesso parere il GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo* (a cura di GUARINO), I, Milano, 1983, 101 e ss..

²³⁸ ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit. e, del medesimo A., *Autorizzazione amministrativa*, cit.. La costruzione del citato A., in tema di distinzione tra norme d’azione e norme di relazione differisce da quella del GUICCARDI, *La giustizia*, cit., 33 e ss., per un profilo fondamentale: il carattere materiale e sostanziale delle prime e il carattere strumentale delle seconde. A segnalarlo è SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, 1 e ss..

²³⁹ ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., 36.

*non sono autoritativi perché sono soltanto applicazione di una disciplina esterna, e dunque di proprio non impongono nulla*²⁴⁰.

Tale costruzione, peraltro, è stata ritenuta non pienamente condivisibile da chi rileva: in primo luogo, che “*se la norma qualifica come dovuto il comportamento di un soggetto, non per questo crea in un altro soggetto un diritto soggettivo ad ottenerlo*”, trattandosi “*di due vicende logicamente separate [...] riguardanti soggetti diversi, ciascuna delle quali presuppone fatti costitutivi propri*”²⁴¹, il cui collegamento è soltanto eventuale e non necessario (se c'è tale collegamento deve parlarsi di obbligo, altrimenti di dovere); in secondo luogo che “*il potere non è definibile sempre e necessariamente come potere di scelta (tra soluzioni diverse) o potere di decisione (sul conflitto di interessi) o potere determinante (secondo diversa terminologia); può ipotizzarsi in astratto (e concretamente sussiste) anche il potere di dare seguito effettivo alle scelte, di rendere giuridicamente operanti le decisioni, di costituire (far venire in essere) l'effetto*”²⁴². In altri termini, anche quando esercita poteri di natura vincolata la p.a. è pur sempre investita di un potere, seppure nella sua (meno pervasiva, ma pur tuttavia imprescindibile) dimensione formale: con la conseguenza che è “*apodittico far derivare dal carattere vincolato dell'attività dell'amministrazione la sussistenza, in capo alla controparte privata, di un diritto soggettivo*”²⁴³.

Vero è che, con riguardo ad ambiti via via più ampi, il problema della insostituibilità dell'atto amministrativo è stato normativamente superato²⁴⁴: nei casi in cui il privato può auto-amministrarsi intraprendendo attività altrimenti soggette al rilascio di provvedimenti vincolati (o che contengano valutazioni tecnico-discrezionali²⁴⁵) mediante la presentazione di una dichiarazione che

²⁴⁰ ID., *op. ult. cit.*, 49; Orsi Battaglini si serve di tale coordinate ricostruttive per tracciare in altra sede (*Autorizzazione*, cit. 70 e ss.) la linea di confine tra autorizzazioni discrezionali e autorizzazioni vincolate, le quali ultime, diversamente dalle prime, sono “*atti meramente dichiarativi*”, privi del carattere dell'autoritatività.

²⁴¹ SCOCA F.G., *op. ult. cit.*, spec. par. 13.

²⁴² ID., *loc. ult. cit.*.

²⁴³ ID., *loc. ult. cit.*.

²⁴⁴ LIGUORI, *La funzione*, cit., 51 e ss..

²⁴⁵ È noto che Il riferimento (ai fini dell'esclusione della sostituibilità con d.i.a.) agli atti il cui rilascio dipendesse “dall'esperimento di prove a ciò destinate che comportino valutazioni tecnico discrezionali” contenuto nell'art. 19 come riscritto dall'art. 2, comma 10, della l. 537 del 1993 pose invece gli interpreti di fronte alla questione se la liberalizzazione potesse o meno riguardare i casi in cui la p.a. fosse chiamata dal legislatore ad integrare il dato normativo attraverso la spendita di conoscenze di carattere specialistico senza considerare “*la qualità della valutazione richiesta ed il suo eventuale collegamento con una scelta a carattere politico discrezionale*” (così

attesti l'esistenza dei presupposti legittimanti l'autoritatività, almeno in una prima battuta (e se il privato non forza i limiti del consentito anche successivamente), si ritrae per lasciare spazio ad un atto soggettivamente ed oggettivamente privato²⁴⁶, e quindi retto dalle norme di diritto comune, che “*elimina la necessità dell’emanazione di un atto ai fini della produzione dell’effetto conforme alla disciplina degli interessi interamente conforme alla legge*”²⁴⁷.

LIGUORI, *La funzione*, cit., 97). A fronte della posizione di chi escludeva che la liberalizzazione potesse avere luogo al di fuori dell’ambito delle attività rigidamente vincolate (senza possibilità di sostituire atti che fossero manifestazione della, pur ambigua, categoria della discrezionalità tecnica) [in tal senso vedi DE MINICO, *Note sugli artt. 19 e 20 della l. 241/1990*, in *Dir. Amm.*, 1993, 275], si sono peraltro profilate delle letture alternative: secondo una prima ricostruzione, il meccanismo dell’inizio dell’attività su denuncia si sarebbe esteso anche alle ipotesi in cui “*l’amministrazione è chiamata a compiere una qualche valutazione discrezionale, sia che si tratti di discrezionalità amministrativa in senso proprio, sia che si tratti di discrezionalità tecnica*”, pur se limitatamente ai “*momenti vincolati*” dei relativi procedimenti (CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 117); secondo una diversa impostazione, la d.i.a. non poteva operare (soltanto) qualora fossero ravvisabili spazi in cui l’utilizzo di saperi tecnici si intrecciasse con valutazioni ponderative dell’interesse pubblico, e per ciò stesso autenticamente discrezionali (LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell’amministrazione*, cit., spec. 258; nei medesimi termini, ma seguendo un diverso percorso argomentativo, FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Milano, 1996, 123).

Sta di fatto che nel 2005, quando si è provveduto a riformare ulteriormente l’istituto in esame - a partire dal suo *nomen iuris* (dichiarazione e non più denuncia) - il riferimento all’attività tecnico-discrezionale (onde escludere l’applicazione della norma) è del tutto scomparso dando ragione a quanti avevano messo in evidenza l’equivocità dell’accostamento tra tecnica e discrezionalità: vedi ancora una volta LIGUORI, *op. ult. cit.*, nonché, più di recente, ID., *La funzione amministrativa*, cit., 101; FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. ed il silenzio assenso*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 1017; GIULIETTI, *Articolo 19. Dichiarazione di inizio attività*, 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, 369 e ss.. Nella stessa direzione si muove l’intervento di riforma attuato nel 2010 (l. 122) nel punto in cui si prevede che la segnalazione certificata (questo il nuovo *nomen iuris* della dichiarazione: perplessità riguardo alla proprietà di linguaggio del legislatore nel mio *Una breve postilla in tema di s.c.i.a.*, in *Rivista NelDiritto*, 2010, 1351) sia corredata dalle “*attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati*”.

²⁴⁶ In termini, nella giurisprudenza meno recente, si v. Cass. civ., Sez. I, 24 luglio 2003, n. 11478, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 2173. Inoltre: Cons. St., 29 gennaio 2004, n. 308, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 145; Cons. St., Sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4453, *ivi*, 2002, 2116; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 23 gennaio 2003, n. 197, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 210; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 6 dicembre 2001, n. 5272, in *Urb. e app.*, 2002, 331, con nota di ALBÈ; T.A.R. Marche, 6 dicembre 2001, n. 1241, in *Foro amm.*, 2001, 327; T.A.R. Liguria, Sez. I, 22 gennaio 2003, n. 113, in *Urb. e app.*, 2003, 581, con nota di TRAVI. Da ultimo la tesi “privatistica” ha definitivamente fatto breccia sia nella giurisprudenza amministrativa (vedi di recente, Cons. St., Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, cit.), che come noto l’aveva per lungo tempo avversata attraverso una ricostruzione della fattispecie in termini provvedimentali (per tutte vedi Cons. St., Sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5811, in *Guida al diritto*, 2009, 3, 98, con nota di FORLENZA),

D'altro canto sembra altrettanto vero che – per quanto con riferimento ai procedimenti ampliativi di carattere vincolato l'autoritatività si manifesta in una forma eventuale e successiva, anziché necessaria e preventiva – vi sono poteri vincolati (ad esempio quelli volti all'erogazione di un beneficio economico quando siano prefissati, dalla legge o da un atto amministrativo, i presupposti ed i requisiti) di cui nessuno potrebbe verosimilmente mettere in dubbio che sono espressione di autorità, seppure nel senso, per così dire, minimo di insostituibilità dell'atto dell'amministrazione come fonte di produzione degli effetti.

Fatte queste precisazioni, si può tornare sull'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione in tema di riparto nella materia delle sovvenzioni pubbliche.

Si può, in particolare, ritenere che la soluzione indicata (interesse legittimo nella fase procedimentale antecedente all'erogazione del beneficio quando il procedimento sia di carattere discrezionale, nonché quando il provvedimento attributivo sia annullato in autotutela ovvero revocato; diritto soggettivo qualora la spettanza del contributo pubblico sia determinata, senza poteri di valutazione in capo alla p.a., dalla stessa legge, nonché nella fase di attuazione del rapporto) sia criticabile per due ordini di motivi²⁴⁸.

Il primo: deve essere attentamente verificata la veridicità dell'asserto per cui laddove vi sia discrezionalità nella attribuzione

sia nella normativa, considerato che il nuovo comma 6-ter dell'art. 19 (introdotto dal d.l. 138 del 2011) esplicitamente chiarisce che “la denuncia e la dichiarazione di inizio attività e non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili”.

²⁴⁷ LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio dell'attività*, in *www.giustamm.it*.

²⁴⁸ Caustica, ma pienamente condivisibile, la critica espressa dal COMPORI, *Il sindacato del giudice delle obbligazioni pubbliche*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 369, spec. 405, che osserva che “un diritto vivente quale quello passato in rassegna riflette [...] un sistema di tutele imperniato su una persistente logica dualistica di tipo instabile ed ineguale, nel senso che gli assetti cui la stessa dà vita risultano mutevoli nel tempo e, per quanto tendenzialmente ispirati allo spirito concordatario delle origini, non sembrano idonei ad assicurare equivalente peso alle giurisdizioni che si contendono il campo. Si tratta peraltro di una logica che poco ha ormai a vedere con il modello del doppio stadio elaborato dalla dottrina. Se quest'ultimo serviva ad evitare [...] fughe di irresponsabilità [...] la versione attuale appare rispondente a contingenti esigenze corporative della magistratura, in funzione del mantenimento delle prerogative in atto: il divieto di fuga si risolve così in un ostacolo al possibile trattamento unificato e semplificato di vicende giuridiche unitarie, che limita notevolmente la certezza delle tutele”. Il citato A. addebita la responsabilità di tale stato di cose, almeno in parte, alla classe forense che utilizza la questione di giurisdizione come “diversivo processuale”. Sembra quindi riproporsi uno dei tratti caratteristici del nostro sistema giudiziario: “la lotta tra le giurisdizioni s'impone sempre e comunque sulla scelta di maggiore adeguatezza di tutela”. In tale senso, cfr. SORDI, *Ritorno al futuro pietrificazioni storiche e trasfigurazioni ermeneutiche nelle vicende costituzionali della giustizia amministrativa*, in *Quad. fiorentini*, 2004/2005, 1340.

di benefici economici il provvedimento con cui concretamente venga elargita la sovvenzione sia fronteggiato da un interesse legittimo.

Vero è infatti che se l'amministrazione provvede alla predeterminazione dei criteri distributivi (cioè sempre nella materia di che trattasi) la discrezionalità si consuma a monte nell'atto generale, mentre alla base del provvedimento applicativo vi sono al più valutazioni di carattere tecnico, ma mai *vera* discrezionalità.

Inoltre, se è - come pure si è detto - apodittico far discendere dalla natura vincolata di un atto la sua esclusione dal novero dei provvedimenti amministrativi, e prima ancora l'esclusione del potere di emanarlo dall'area dei poteri autoritativi, dovendosi configurare la situazione soggettiva della p.a. in termini di obbligo, cui fa fronte il diritto (di credito?) dell'amministrato al rilascio di tale atto, sembra altrettanto apodittico ritenere che ogni qualvolta l'amministrazione manifesti in via unilaterale la sua volontà debba parlarsi, per ciò solo, di *vero* potere, e quindi della *necessaria sussistenza* di un interesse legittimo.

Per superare l'*empasse*, o almeno provare a superarlo, si potrebbe riprendere la distinzione, operata da autorevole dottrina²⁴⁹, tra interessi legittimi *finali* (che, per semplificare, fronteggiano i poteri vincolati) e interessi legittimi *strumentali* (che fronteggiano poteri vincolati): distinzione che mostra la sua particolare utilità proprio con riguardo a posizioni giuridiche soggettive di segno pretensivo.

D'altro canto, l'assunto che la pretesa giuridicamente qualificata del privato si atteggi diversamente a seconda che la pubblica amministrazione sia investita o meno di valutazioni autenticamente discrezionali (ferma restando la sua qualificazione in termini di interesse legittimo) sembra difficilmente contestabile, alla luce di una pur fugace analisi del dato normativo.

Si pensi, ad esempio, a quanto accade in materia di rito avverso il silenzio-inadempimento.

Il Codice del processo amministrativo, come è noto, è intervenuto a codificare un solido orientamento pretorio²⁵⁰,

²⁴⁹ GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 213, in nota.

²⁵⁰ Dopo l'introduzione dell'art. 21-*bis* della l. Tar (l. 205 del 2000) è emerso un orientamento giurisprudenziale secondo cui la fondatezza dell'istanza era conoscibile dal giudice sia nella fase di accertamento della sussistenza dell'interesse a ricorrere che nella fase di fornitura di indicazioni al commissario *ad acta*: T.A.R. Piemonte, Sez. II, 15 dicembre 2000, n. 1318, in *Foro*

stabilendo che il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza a condizione che si tratti di attività vincolata, che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità (sembra essere questo il caso dei poteri discrezionali a consumazione anticipata, quali quelli volti all'attribuzione di sovvenzioni, contributi e benefici economici) e che non siano necessari adempimenti istruttori riservati alla pubblica amministrazione.

Non è stato quindi ascoltato l'auspicio, formulato da autorevole dottrina, in una prospettiva *de iure condendo*, a proposito della necessità di introdurre una norma “*contro la giurisprudenza*” che attribuisse al g.a. una giurisdizione in materia di silenzio più somigliante a quella di merito “*atteso che, in una prospettiva più radicale, si potrebbero addirittura avanzare delle perplessità sulla giustizia sostanziale e sulla coerenza sistematica di una soluzione che continui a riservare un potere di merito all'amministrazione anche nell'ipotesi patologica in cui la stessa, mostratasi inerte in maniera così insistita, abbia di fatto abdicato a tale potere*”²⁵¹. Siffatto auspicio muoveva dalla constatazione della contraddittorietà (alimentata anche dalla contestualità) della normativa che, per un verso, ha introdotto il potere del giudice di valutare la fondatezza dell'istanza (art. 2 come modificato dalla l. 80 del 2005, di conversione del decreto 35 sulla competitività) e, per altro verso, ha limitato il giudizio del silenzio alle sole materie sensibili rispetto alle quali tale potere valutativo resterebbe in

amm. T.A.R., 2001, 1247; Cons. St., Sez. V, 13 aprile 2000, n. 2211, in *Foro amm. T.A.R.*, 2000, 1304. Secondo un diverso orientamento, il giudice del silenzio avrebbe sempre potuto conoscere della fondatezza della pretesa sostanziale, quantunque cioè fossero involti dei margini di valutazione discrezionale T.A.R. Toscana, 13 febbraio 1987, n. 144, in *Foro amm. T.A.R.*, 1987, 2270. Ma questa tendenza (comunque minoritaria) subì una brusca battuta d'arresto in seguito alla nota pronuncia della Plenaria (Cons. St., Ad. Plen., 9 gennaio 2002, n. 1, in *Giust. Civ.*, 2002, 801, con nota di DEL GATTO). Dopo le modifiche del 2005, e segnatamente l'introduzione del potere in capo al g.a. di conoscere della fondatezza dell'istanza, la giurisprudenza, fin dalle prime applicazioni del *nuovo* art. 2 si orientò nel senso che siffatto potere cognitorio del g.a. sussistesse soltanto di fronte ai poteri vincolati o in caso di palese fondatezza o infondatezza della domanda (T.A.R. Toscana, Sez. I, 13 luglio 2005, n. 3271, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Sez. I-quater, 11 luglio 2005, n. 5586) con esclusione anche delle manifestazioni di carattere tecnico discrezionale (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 17 ottobre 2005, n. 1723, in www.giustizia-amministrativa.it). Su questi aspetti vedi STICCHI DAMIANI E., *L'accertamento della fondatezza dell'istanza nel giudizio sul silenzio*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 3365, nonché GIOVAGNOLI R., *I silenzi della pubblica amministrazione dopo la l. 80 del 2005*, Milano, 2005, 102 e ss., ed ivi ulteriori riferimenti.

²⁵¹ Così STICCHI DAMIANI E., *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2010, 1 e ss., spec. par. 6.

massima parte precluso (arg. ex art. 20 della legge sul procedimento amministrativo, nella versione modificata dalla l. 80 del 2005): sicché “*si sarebbe volutamente introdotto cioè un potere a esercizio se non impossibile quantomeno sporadico o marginale*”²⁵².

Ciò nondimeno, il Codice, sebbene fossero forse possibili soluzioni più “radicali”²⁵³, sembra avere, con una norma settoriale che però esprime un principio generale²⁵⁴, recepito la distinzione tra posizioni *finali* (in relazione alle quali i poteri cognitori e decisor

²⁵² *Id.*, *op. ult. cit.*, spec. par. 2. Il chiaro Autore muove infatti dalla considerazione che molte delle ipotesi rispetto alle quali non vale la *regola* del silenzio assenso (dove trova applicazione il canovaccio tradizionale del giudizio impugnatorio), e dove quindi si applica l’istituto del silenzio inadempimento, concernono interessi sensibili, rispetto ai quali sono normalmente involti margini di valutazione discrezionale e dove al giudice sarebbe in ogni caso preclusa una pronuncia circa la fondatezza dell’istanza. Si pensi, ad esempio, i provvedimenti emessi a tutela del patrimonio culturale, alle opere edilizie realizzate senza la previa autorizzazione per un immobile vincolato in ragione del suo pregio artistico o monumentale dove l’amministrazione ha il potere di scegliere tra l’autorizzazione in sanatoria dei lavori eseguiti, l’ordinanza di demolizione o la subordinazione della sanatoria all’osservanza di alcune prescrizioni. Analogamente, nota ancora Sticchi Damiani, in materia di tutela ambientale, può menzionarsi la facoltà di rilascio da parte del Ministro dell’industria della concessione mineraria necessaria per lo svolgimento dell’attività estrattiva. Tale concessione è rilasciata in vista del miglior sviluppo dell’industria estrattiva, ma se la zona è caratterizzata dalla presenza di un vincolo ambientale, le scelte dovranno temperare diversi interessi. A tal proposito la casistica è estremamente variegata ed ampia. Ulteriore riferimento può esser fatto con riguardo alle scelte discrezionali della p.a. in ordine alla collocazione delle varie tipologie di insediamenti produttivi, con riguardo agli impianti di depurazione e di smaltimento dei rifiuti. Ed esempi simili, puntualmente riportati dall’A., si potrebbero fare in materia di salute pubblica, di difesa e sicurezza pubblica, di immigrazione, asilo e cittadinanza. E quindi si conclude nel senso che “*alla luce di tale pure assai ridotta disamina, emerge che, ove si tenga per buona la tesi per cui il giudice sarebbe titolare del potere di valutare la fondatezza dell’istanza esclusivamente per i procedimenti destinati a concludersi con un provvedimento vincolato, rispetto ai quali la fondatezza dell’istanza è in re ipsa, tale valutazione avverrebbe solo in casi assai rari*”.

²⁵³ Vedi ancora STICCHI DAMIANI, *loc. ult. cit.*, che in particolare osserva che “*non vi è una differenza concettuale tra l’esaminare sotto il profilo della legittimità un provvedimento discrezionale ‘reale’ in quanto materialmente esistente e l’esaminare un provvedimento discrezionale ‘virtuale’ ma comunque agevolmente identificabile in quanto esattamente corrispondente all’istanza avanzata dal ricorrente rispetto al quale, vertendosi in tema di interessi pretensivi, esso si porrebbe in termini di assenso*”. Nondimeno, ad avviso di tale A., deve ritenersi che “*non sussista una necessaria equipollenza tra valutazione della fondatezza dell’istanza diretta al rilascio di provvedimento discrezionale ed esercizio di giurisdizione di merito. In realtà tale equipollenza non sembra necessariamente richiesta dal sistema che prevede per un verso l’attribuzione solo in via espressa dei poteri giurisdizionali di merito e vede soddisfatta l’esigenza di concludere comunque il procedimento dall’attribuzione, sia in via sistematica che testuale (per quanto enucleabile dallo stesso art. 21-bis, comma 2), di tale potere da esercitare, ove occorra, anche nel merito, al commissario ad actus che, provvedendo ‘in luogo’ della pubblica amministrazione, diviene titolare di tutti i relativi poteri. Pare più esatto ritenere che il giudice, nel momento in cui valuta la fondatezza dell’istanza anche in ipotesi di richiesta di atti discrezionali, possa limitarsi ad una valutazione di pura legittimità, da intendersi come mera verifica della legittimità di un eventuale provvedimento di assenso rispetto all’istanza stessa, con conseguente indicazione conformativa in tal senso: ammettere un siffatto potere del giudice non comporta alcun necessario sconfinamento*

sono più penetranti, e lambiscono quelli propri della giurisdizione di merito) e posizioni *strumentali* (in relazione alle quali il sindacato è di *mera* legittimità e può al più generare la rimozione del provvedimento viziato e l'indicazione della *regula iuris* cui l'amministrazione dovrà attenersi nella riedizione - o nel caso di inerzia nell'esercizio - del potere).

La distinzione tra interessi legittimi pretensivi *finali* e *strumentali* spiega una sua valenza anche rispetto ai poteri del giudice in sede di applicazione dell'art. 21-*octies*.

Com'è noto, e come si è già avuto modo di rilevare, la prima parte del secondo comma di tale disposizione che ha riguardo ai procedimenti vincolati (perché sono tali dall'inizio ovvero perché la discrezionalità si è interamente consumata nelle fasi pregresse del procedimento) riconosce al giudice poteri più incisivi di quanto non accada con riferimento all'ipotesi contemplata dal secondo comma, laddove (secondo l'opinione ormai del tutto prevalente²⁵⁵) l'ineluttabilità del contenuto precettivo del provvedimento deve risultare dalle contrapposte deduzioni probatorie delle parti²⁵⁶.

nel merito amministrativo. Si tratta, a ben vedere, non di trasformare il giudice in amministratore, quanto di consentire al giudice, come già rilevato in dottrina, di effettuare ex ante le valutazioni ordinarie di legittimità del provvedimento amministrativo effettuate normalmente ex post". Sulla qualificazione dei poteri del giudice amministrativo nel caso previsto dal 21-*octies* in termini di legittimità sostanziale, vedi, sebbene ad altri fini, LIGUORI, *La funzione*, cit., 235.

²⁵⁴ CINTIOLI, *Sindacato sulla discrezionalità nel Codice del processo amministrativo*, Intervento al Convegno "Il Codice del processo amministrativo. Una prima analisi dei profili problematici", tenutosi a Roma, il 4 novembre 2010. Il video (!) di tale intervento può essere visualizzato sul sito istituzionale della Giustizia amministrativa, nella sezione dedicata al Codice del processo amministrativo.

²⁵⁵ Per una diversa impostazione, vedi SORRENTINO, *Spunti di riflessione*, cit., e la giurisprudenza da questi citata.

²⁵⁶ Malgrado la lettera della legge – che sembra addossare l'onere di provare l'ineluttabilità del contenuto del provvedimento esclusivamente alla p.a. – la giurisprudenza è ormai orientata nel senso che l'art. 21-*octies* "*pone in capo all'Amministrazione (e non del privato) l'onere di dimostrare, in caso di mancata comunicazione dell'avvio, che l'esito del procedimento non poteva essere diverso. E tuttavia, onde evitare di gravare la p.a. di una probatio diabolica (quale sarebbe quella consistente nel dimostrare che ogni eventuale contributo partecipativo del privato non avrebbe mutato l'esito del procedimento), il giudice amministrativo ha interpretato la norma in esame nel senso che il privato non possa limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma debba anche quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione*". Sarebbe cioè "inammissibile il motivo con cui il privato si limiti a contestare la mancata comunicazione di avvio senza allegare le circostanze che intendeva sottoporre all'Amministrazione". In questo senso cfr. Cons. St., Sez. V, 29 aprile 2009, n. 2737, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 226, con nota di FERRARA L., *L'allegazione di fatti e la loro prova nella disciplina dell'illegittimità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, anche in www.giustamm.it. Sul punto sia inoltre consentito rinviare al mio *Omessa comunicazione di avvio del procedimento e ripartizione dell'onere probatorio circa l'ineluttabilità del*

Se in altri termini, nel primo caso, è il giudice che deve rilevare l'ineluttabilità del contenuto del provvedimento, in quanto essa gli risulti *palese* in considerazione del carattere vincolato del provvedimento, e farne discendere la pronuncia di non annullabilità²⁵⁷; nel secondo caso, l'impossibilità di un diverso contenuto precettivo è circostanza che deve emergere nel contraddittorio delle parti (le stesse parti del procedimento che non è stato attivato a causa dell'omessa comunicazione ex art. 7 della l. 241 del 1990), con poteri cognitori e decisorio del g.a. decisamente più limitati.

Sembra quindi in parte convincente (per quanto si imporrebbero più approfondite considerazioni, non consentite da ragioni di economia espositiva) l'idea²⁵⁸ che nel giudizio instaurato attraverso l'impugnazione del provvedimento non preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento il contraddittorio delle parti sia una sorta di surrogato - per quanto in una sede diversa, e quindi con regole diverse: si pensi soltanto alla previsione di rigide preclusioni ed alla presenza, per quanto non incisiva come nel caso previsto dalla prima parte del secondo comma, di un organo giudicante terzo ed imparziale - di quello che si sarebbe dovuto svolgere (e non si è svolto) in sede procedimentale.

Si pensi poi a quanto accade con riguardo alla materia risarcitoria, in genere, e con riguardo alla reintegrazione in forma specifica, in particolare.

In quest'ambito, infatti, è utile ribadire, con la dottrina, la necessità di conciliare le regole della responsabilità con quelle della funzione²⁵⁹.

Necessità dalla quale sembrano discendere due corollari: il rimedio in forma specifica deve essere prioritario rispetto a quello per equivalente (altrimenti si assegnerebbe all'amministrazione, come già si è detto, il diritto di violare la legge pagandone il prezzo, che peraltro ricade sull'intera collettività, con abdicazione consapevole dalla funzione di *attribuire beni ed attribuirli bene*)²⁶⁰; dove

contenuto del provvedimento, cit..

²⁵⁷ In disparte ogni questione se la norma dell'art. 21-*octies* abbia un contenuto sostanziale (del tipo sanatoria *ex lege* del vizio ovvero *declassamento*, sempre a livello sostanziale, di alcuni vizi di legittimità). Per questi aspetti si rinvia a VOLPE F., *La non annullabilità*, cit..

²⁵⁸ Espressa da MARENGHI, *Giusto procedimento*, cit., *passim*.

²⁵⁹ LIGUORI, *La funzione*, cit., spec. 160 e ss..

²⁶⁰ Una rilevante ipotesi in cui la questione della priorità della reintegrazione in forma specifica si è posta è rappresentata dal contenzioso in materia di appalti pubblici, laddove soltanto di recente il legislatore sembra essere approdato - con il recepimento della direttiva ricorsi prima

vi è potere discrezionale il danno ingiusto non può dirsi prodotto in termini di certezza e definitività, fin quando non sia avvenuto il riesercizio della funzione in seguito alla sentenza di annullamento²⁶¹.

Non si possono qui approfondire ulteriormente le complesse tematiche che ruotano intorno al risarcimento del danno nell'ambito del processo amministrativo. Basti l'aver posto in luce la rilevanza della distinzione tra interessi legittimi finali e

e con il Codice del processo amministrativo poi – ad una soluzione affidabile, ed a nostro modo di vedere compatibile con i principi costituzionali. La questione in particolare viene in rilievo quante volte insieme al ricorso per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione sia proposta una domanda risarcitoria. Se infatti si ragiona nei termini che il danno debba essere risarcito per equivalente, l'amministrazione è tenuta a pagare due volte, una volta l'aggiudicatario "sbagliato" per aver eseguito una commessa non spettante, la seconda volta l'avente titolo all'aggiudicazione; se invece si ragiona in termini di priorità del rimedio specifico, occorre verificare fin dove sia possibile per il giudice amministrativo ordinare un *facere* all'amministrazione. In disparte i profili connessi ai vizi procurati dall'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato e dell'individuazione del giudice chiamato a pronunciarli (profili in parte risolti dalla normativa comunitaria, e poi dal decreto 53 del 2010, attraverso la previsione di un termine sospensivo tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, nonché della giurisdizione esclusiva del g.a. sulla dichiarazione di inefficacia del contratto comunque stipulato: per una panoramica della soluzioni offerte rispettivamente prima e dopo il recepimento della direttiva comunitaria 2007/66/Ce sia consentito rinviare ai miei *Le conseguenze dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto d'appalto: una rassegna in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria*, in www.giustamm.it e *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto medio tempore stipulato alla luce del d.lgs. 53 del 2010*, in *Rivista NelDiritto*, 2010, 757, nonché ivi, 2011, 1218 in *Focus sul processo amministrativo*; ed inoltre alle considerazioni svolte *infra*), si ritiene di aderire all'insegnamento secondo cui gli interessi pretensivi sono suscettibili di ricevere una tutela specifica *sub specie* di condanna ad un *facere* a condizione che il giudice non sia chiamato ad operare valutazioni discrezionali rimesse all'amministrazione. Infatti, si osserva, nella materia degli appalti, dove i criteri di scelta sono prefissati a monte nel bando di gara, dal provvedimento di aggiudicazione esulano aspetti di valutazioni *autenticamente* discrezionale, con quanto ne consegue sulla fruibilità della tutela specifica (LIGUORI, *La funzione*, cit. spec. cap. V). Punta senz'altro sulla qualificazione dell'azione di cui all'art. 124 c.p.a. in termini di azione di adempimento il GRECO G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative*, cit., mentre LIGUORI, *Appunti*, cit., evidenzia che se è vero che sempre più spesso la violazione della normativa comunitaria in materia di appalti comporta *ex se* la sussistenza della colpa (vedi al riguardo CGCE, Sez. III, 30 settembre 2010, in causa C. 314/09, in www.giustamm.it, ed in termini, nell'ambito della giurisprudenza nazionale, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 4 novembre 2010, n. 4552, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 3447; su tale aspetto vedi più ampiamente CIMINI, *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentale della p.A.?*, in www.giustamm.it) il confine tra rimedio risarcitorio ed azione di adempimento viene in parte a sfumare. Sulla questione del rapporto tra tutela specifica e tutela per equivalente nella disciplina dell'art. 124 c.p.a. (anch'essa informata, come quella dell'art. 30 - sebbene in termini non del tutto identici -, al criterio della rilevanza del comportamento più o meno diligente del ricorrente), si veda, ancora una volta LIGUORI, *Appunti*, cit., nonché FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 – 124 del Codice del Processo Amministrativo*, in www.giustamm.it e CIMINI, *La tutela*

strumentali, di cui si è peraltro vagliata l'utilizzabilità anche riguardo ad altri ambiti.

Ed allora se la distinzione tra interessi finali e strumentali è utile per definire i diversi poteri cognitori e decisorii del giudice, deve rilevarsi, ai fini del riparto di giurisdizione, che tanto in un caso quanto nell'altro ci si trova pur sempre di fronte ad un interesse legittimo, la cui sussistenza radica la giurisdizione del giudice amministrativo.

Se questo è vero – se cioè è vero che la distinzione tra interessi finali e strumentali aiuta a comprendere i diversi poteri del giudice di fronte a manifestazioni di potere autenticamente discrezionali ovvero a vicende a risultato certo, ma non implica uno sconfinamento dall'ambito della nozione di interesse legittimo – ne discende che le controversie relative ad ipotesi in cui sia(no) la legge (o l'atto amministrativo a monte) a prevedere le condizioni ricorrendo le quali il richiedente potrà ottenere un incentivo potrebbero considerarsi attratte alla giurisdizione amministrativa.

La soluzione adottata consente cioè di assumere come valida una nozione ampia di potere, senza però rinunciare, nel contempo, all'opportunità di poter distinguere, nell'ambito di essa, tra i casi in cui il giudice deve arrestarsi al mero annullamento dell'atto (essendogli precluso operare valutazioni che, in quanto si fondano su di esame comparativo di interessi da parte dell'amministrazione, sono a quest'ultima rimesse) e quelli in cui il suo sindacato può essere più penetrante, fino a sostanzarsi nell'accertamento della spettanza del bene e nell'imposizione, se del caso, di un *facere* specifico alla pubblica amministrazione.

D'altro canto (e siamo al secondo ordine di motivi che ci induce a dubitare della correttezza della soluzione offerta in punto di riparto, con riguardo alla materia delle sovvenzioni, dalla Sezione Unite delle Corti di Cassazione), ogni qualvolta la giurisprudenza ha fatto dipendere la sussistenza o meno della giurisdizione amministrativa dalla considerazione del carattere discrezionale o vincolato del procedimento si è giunti ad esiti non del tutto omogenei, a seconda che si consideri l'orientamento della

risarcitoria in materia di contratti pubblici: tra novità normative ed assestamenti giurisprudenziali, *ivi*.

²⁶¹ In questo senso v. Cons. St., Sez. IV, 30 giugno 2006, n. 4231, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 1796; Cons. St., Sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4898, *ivi*, 2008, 2722; Cons. St., Sez. IV, 15 gennaio 2009, n. 148, *ivi*, 2009, 125. Da ultimo, v. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 10 giugno 2011, n. 884, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cassazione ovvero quello dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

L'esito cui perviene il Giudice risolutore dei conflitti di giurisdizione nella materia che si esamina sembra infatti contraddetto da quanto rileva (in relazione a diverse materie²⁶²) la giurisprudenza amministrativa secondo cui, ai fini del riparto, si deve guardare, piuttosto che alla natura discrezionale o vincolata del provvedimento, alla natura (pubblica o privata) dell'interesse che la previsione normativa mira a tutelare.

Si ricordi a tal proposito, a titolo puramente esemplificativo, la vicenda dell'individuazione del giudice dotato di giurisdizione in relazione alle controversie in materia di iscrizione ad albi professionali (nella specie all'albo degli psicologi): mentre la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (18 marzo 2004, n. 5502 ²⁶³) ha ritenuto che *“l'indicata tutela [attiene] a posizioni di diritto soggettivo dell'interessato, non essendo configurabile alcuna discrezionalità dell'amministrazione in ordine all'accertamento dei requisiti e delle condizioni di ammissione al descritto concorso”*, l'Adunanza Plenaria (5 luglio 1999, n. 18 ²⁶⁴) ha aderito all'opposto orientamento per cui anche nel caso in cui la norma definisca in modo puntuale i presupposti ed il contenuto dell'azione amministrativa nondimeno *“l'attività con la quale l'organo competente effettua, in modo unilaterale, il raffronto fra la fattispecie concreta e il suo modello legale è espressione, in quanto funzionale alla cura di un interesse della collettività (evidenziazione mia), di un potere autoritativo ed esclusivo dell'amministrazione, con la conseguenza che l'atto soggiace al regime proprio del provvedimento amministrativo (presunzione di legittimità, inoppugnabilità dopo il decorso del termine di decadenza, soggezione alla potestà di autotutela) e la posizione di chi aspira a ricevere un'utilità sostanziale dal corretto esercizio del potere assume la configurazione dell'interesse legittimo”*.

Ma la valorizzazione dell'elemento direzionale della norma è presente anche nella giurisprudenza in materia di pubblico impiego,

²⁶² La diversità del contesto peraltro giustifica soltanto entro certi limiti il riferimento ad una diversa declinazione dello schema che consente di individuare il giudice dotato di giurisdizione: al contrario gli aspetti concernenti la distribuzione degli affari giudiziari tra g.o. e g.a. dovrebbe rispondere non solo nelle posizioni teoriche ma anche nelle applicazioni pratiche a criteri il più possibile univoci.

²⁶³ In *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 3.

²⁶⁴ In *Foro amm.*, 1999, 1420. Ma vedi in senso contrario Cons. St., Sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 291, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 406, che ha seguito il contrapposto orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

dove la Plenaria (24 maggio 2007, n. 8 ²⁶⁵) ha affermato sussistere la giurisdizione del g.a., malgrado la natura vincolata del potere (venendo in rilievo una controversia relativa al collocamento nelle graduatorie permanenti o ad esaurimento del personale scolastico), in considerazione della finalità perseguita dalla norma²⁶⁶.

È appena il caso di notare, peraltro, che il criterio dell'elemento direzionale della norma impone di decifrare un *rebus* – quello della natura pubblica o privata dell'interesse tutelato in via diretta dalla norma – che presenta notevoli (probabilmente insuperabili) difficoltà.

Si potrebbe invero ritenere che nella specie sia applicabile l'art. 133, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo che (riproducendo nella sostanza quanto un tempo disposto dall'art. 5 della l. Tar e ss. mm.) devolve alla giurisdizione esclusiva del g.a. le “controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi”. Ora, considerato che lo stesso art. 12 della l. 241 del 1990 si riferisce alla *concessione* di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari, si può sostenere che, essendo il denaro oggetto dell'attribuzione un *bene pubblico*, le relative controversie (escluse quelle relative a indennità, canoni e altri corrispettivi) spettino al giudice amministrativo in funzione di giudice esclusivo.

In giurisprudenza, si ritrova qualche precedente che potrebbe avvalorare una simile lettura²⁶⁷: tuttavia, a parte le

²⁶⁵ In *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 1758, con nota di GAGLIARDI.

²⁶⁶ In senso contrario, v. Cass. S.U., 10 novembre 2010, n. 22805; 16 giugno 2010, n. 14496; 3 aprile 2010, n. 10510, secondo cui “*in tema di pubblico impiego contrattualizzato, la controversia promossa per l'accertamento del diritto di modificare le graduatorie ad esaurimento del personale docente della scuola di cui all'art. 1, comma 605, lett. e, l. 27 dicembre 2006 n. 296 (legge finanziaria 2007) mediante l'attribuzione dei punteggi aggiuntivi maturati e già riconosciuti in altre analoghe graduatorie - diritto nella specie negato dall'amministrazione, in applicazione del divieto previsto dal d.m. 8 aprile 2009 n. 42 - appartengono alla giurisdizione ordinaria, venendo in questione atti che rientrano tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art. 5, comma 2, d.lg. 30 marzo 2001 n. 165), a fronte dei quali sono configurabili solo diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione*”. A tale soluzione, ha da ultimo aderito anche la magistratura amministrativa, con una pronuncia del suo più autorevole consesso: vedi Cons. St., Ad. Plen., 12 luglio 2011, n. 11, in *www.giustamm.it*, nonché in *Rivista NelDiritto, Focus sul processo amministrativo*, 2011, 1057, con mie brevi osservazioni.

²⁶⁷ Qualifica espressamente la sovvenzione in termini di concessione di bene pubblico, attratta alla giurisdizione esclusiva del g.a., nell'ambito di una giurisprudenza largamente minoritaria: T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12 febbraio 1998, n. 197, in *Foro amm.*, 1998, 2562; T.A.R. Lombardia, Milano, 10 aprile 1996, n. 458, in *Giust. Civ.*, 1996, 3060. Nei medesimi termini,

pochissime pronunce che qualificano la sovvenzione *tout court* in termini di concessione di bene pubblico (seguendo un'impostazione sulla quale si tornerà più approfonditamente in seguito), si tratta per lo più di decisioni riguardanti sovvenzioni di esercizio a favore di concessionari di pubblico servizio²⁶⁸ e cioè di casi in cui la giurisdizione esclusiva del g.a. sussisterebbe - in virtù, oggi, della lett. c) dell'art. 133 del Codice del processo amministrativo - a prescindere dalla qualificazione del

sempre nell'ambito di una giurisprudenza minoritaria, possono vedersi le seguenti pronunce del Consiglio di Stato: Cons. St., Sez. IV, 19 luglio 1993, n. 727, in *Foro amm.*, 1993, 1518, dove si legge che *“la pretesa ad ottenere contributi o sovvenzioni da parte della p.a. rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 5 l. 6 dicembre 1971 n. 1034 che, al comma 1, si riferisce ai ‘ricorsi contro atti o provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni o di servizi pubblici’; infatti, poiché anche il denaro costituisce un bene ed il provvedimento di erogazione ha sicura natura di concessione, l'art. 5 cit. va interpretato come norma generale concernente la concessione di pubbliche funzioni, di pubblici servizi e di pubblici beni, tra i quali ultimi rientrano anche le somme di denaro che l'amministrazione trasferisce dal proprio patrimonio a quello dei privati”*; nonché (sebbene in termini non del tutto adesivi, dacché nel caso di specie si è ritenuta corretta la statuizione del giudice di primo grado in ordine alla non sussistenza di un formale rapporto di tipo concessorio, che costituisce il presupposto perché possa applicarsi l'art. 5 della l. Tar) Cons. St., Sez. IV, 2 agosto 2000, n. 4255, in *Foro amm. C.d.S.*, 2000, 2631, pronuncia che richiama la giurisprudenza che ammette che oggetto del rapporto concessorio (conoscibile dal g.a. come giudice esclusivo) può essere anche un bene fungibile, e segnatamente una somma di denaro (vedi la già citata Cons. St., Sez. IV, 19 luglio 1993, n. 727, nonché Cass. S.U., 3 dicembre 1991, n. 12966, in *Giust. Civ. Mass.*, 1991, 12). La citata giurisprudenza peraltro è stata ampiamente disattesa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Vedi ad esempio Cass. S.U., 25 ottobre 2004, n. 20645, in *Foro It.*, 2005, I, 1057, secondo cui la corresponsione di un finanziamento pubblico rientra tra i “corrispettivi” contemplati dall'art. 5 della l. Tar che non rientrano nella giurisdizione esclusiva del g.a., e sulla base di tale premessa classificatoria torna ad affermare che *“la questione di giurisdizione deve essere risolta alla stregua del criterio generale di riparto, fondato sulla distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, secondo la regola elaborata dalle Sezioni Unite in tema di sovvenzioni”*. Nei medesimi termini si è ripetutamente espresso lo stesso Consiglio di Stato: Cons. St., Sez. IV, 11 aprile 2002, n. 1989, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 888, che così precisa: *“per effetto dell'art. 5 comma 2 l. Tar (non interessata in ‘parte qua’ dalla riforma recata dalla l. 21 luglio 2000 n. 205), sussiste la giurisdizione piena del giudice ordinario per tutte le questioni patrimoniali inerenti a compensi vantati dal concessionario, qualunque sia il ‘nomen’ in concreto utilizzato (canoni, indennità, corrispettivi), ciò anche quando la sovvenzione risulti accordata e trovi fonte immediata ed esclusiva nel provvedimento di attribuzione (ad es. secondo il disciplinare regionale di concessione che richiama le norme di attuazione dei programmi cofinanziati dalla Ce), che viene ad assumere la natura convenzionale, dato che consegue all'adesione del beneficiario alle condizioni fissate dall'autorità procedente, e, pertanto, la posizione di quest'ultimo ha la consistenza di diritto soggettivo a fronte della contraria posizione assunta dall'ente pubblico che non provvede alla materiale erogazione della spesa o che faccia valere i fatti sopravvenuti mediante provvedimenti di autotutela”*. In *thema*, con una motivazione diversa e meno convincente, vedi anche Cass. S.U., 19 maggio 2008, n. 12641, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 1397, secondo cui va esclusa l'equiparazione tra concessione di beni e erogazioni di denaro (equiparazione su cui poggia la costruzione che vuole attribuite le controversie relative al rapporto sovvenzionante/sovvenzionato al g.a. come giudice esclusivo) in quanto *“la figura della concessione ai privati di benefici pubblici, che presuppone l'uso temporaneo da parte del concessionario di detti beni per le indicate finalità di pubblico interesse [non va confusa] con quella del finanziamento che implica un tipo di rapporto giuridico del tutto diverso, in forza del quale il finanziato acquisisce la piena proprietà del*

provvedimento attributivo del vantaggio economico in termini di *concessione* (di bene pubblico).

Qualificazione, quest'ultima, che è stata peraltro negata dalla dottrina²⁶⁹, conformemente alla qualificazione della sovvenzione come provvedimento tipico, distinto da altre (ancorché simili) fattispecie provvedimentali.

È tuttavia interessante cogliere come la materia del sovvenzionamento si inserisca talvolta nello schema della concessione di pubblico servizio (con quanto ne discende in punto di giurisdizione) e come tale schema, a sua volta, sia riportato da una parte della dottrina a quello degli accordi ex artt. 11 della l. 241 del 1990²⁷⁰.

Dovrebbe infatti esser chiaro che la sussunzione del rapporto sovvenzionante/sovvenzionato nell'ambito applicativo di tale ultima norma consentirebbe di dare una soluzione ragionevole

denaro erogatogli ed eventualmente assume l'obbligo di restituirlo in tutto o in parte ad una determinata scadenza". La spiegazione fornita al riguardo dalle Sezioni Unite non risulta condivisibile, poiché si fonda sulla considerazione, in realtà priva di rilevanza decisiva, che il finanziato acquisisce la proprietà del bene oggetto di concessione. Benvero, la suddetta conseguenza sembra discendere dalla peculiarità del bene denaro: bene per eccellenza fungibile e consumabile e che rileva non per il suo valore intrinseco quanto piuttosto per quello di scambio; caratteristiche, queste ultime, che non impediscono la sussunzione in capo al sovvenuto del vincolo di scopo nell'utilizzo delle somme erogate a suo vantaggio: il che pare escludere, o quanto meno ridimensionare l'affermata acquisizione della *piena proprietà* sulle stesse.

Relativamente alla spettanza al g.a. come giudice esclusivo delle controversie relative a concessioni di pubblico servizio nell'ambito delle quali venga in rilievo l'attribuzione di sovvenzioni di esercizio: Cass. S.U., 9 marzo 2005, n. 5056, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 3; in termini, Cass. S.U., 4 febbraio 2005, n. 2201, *ivi*, 2; 25 novembre 1995, n. 12207, *ivi*, 1995, 11; 15 novembre 1994, n. 9594, *ivi*, 1994, 11.

²⁶⁸ (Dei limiti) Della compatibilità di questi sussidi con il divieto comunitario di aiuti di Stato si dirà più ampiamente *infra* cap. III. Esclude che le controversie relative all'erogazione di contributi comunitari (nella specie per la trasformazione dei pomodori) riguardino la materia dei servizi pubblici (con quanto ne discende dal punto di vista del riparto) T.A.R. Lazio, Sez. II-ter, 29 marzo 2001, n. 2635, in *Dir. e giur. agr.*, 2002, 67. In particolare, il Collegio osserva che "per pubblico servizio si intende comunemente un servizio reso dalla pubblica amministrazione, anche tramite altri soggetti non necessariamente pubblici, rivolto alla generalità dei cittadini, quali appunto quelli indicati a titolo esemplificativo nella suddetta disposizione: credito, assicurazioni, mercato mobiliare, limitatamente alla vigilanza su tali attività, trasporti, farmacie, telecomunicazioni. Le prestazioni rivolte a determinate categorie di soggetti, ovviamente sempre coinvolgenti interessi pubblici poiché altrimenti non si giustificerebbe l'intervento della pubblica amministrazione, non possono qualificarsi servizi pubblici, pena l'assimilazione nell'ambito di tale materia di tutta l'attività della pubblica amministrazione".

²⁶⁹ Si rinvia da adesso, e con riserva di tornare più ampiamente in seguito sull'argomento, a PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, I, Milano, 1967, spec. 192.

²⁷⁰ GRECO G., *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. Amm.*, 1999, 381, nonché ID., *Le concessioni di lavori e servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2000, 993. In giurisprudenza, si v. Cons. St., Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327, in www.giustizia-amministrativa.it.

e coerente alla c.d. questione giurisdizionale, soluzione che dovrebbe risultare tanto più ragionevole e coerente una volta che sono state poste in luce, in questa sede, le criticità dell'orientamento attualmente seguito dalla Corte di Cassazione, ed una volta che si consideri che, aderendo a tale tesi, rientrerebbero nella giurisdizione (esclusiva) del g.a. anche le controversie in cui si faccia questione dell'*adempimento* degli impegni reciproci della parte pubblica e della controparte privata (le uniche dove viene in rilievo, *in subiecta materia*, un vero e proprio diritto soggettivo²⁷¹). E quindi, raccordando le considerazioni appena fatte con quelle più sopra svolte, la totalità delle controversie relative al (la nascita ed all'esecuzione del) rapporto di sovvenzione unitariamente inteso.

²⁷¹ Ma a tal punto la questione della qualificazione della posizione giuridica soggettiva del privato in termini di interesse legittimo finale – perché la spettanza del beneficio è certa secondo la legge ovvero i parametri che la p.a. si è autoimposta – ovvero di diritto soggettivo non avrebbe più rilievo decisivo ai fini del riparto, ma tutt'al più ai fini delle tecniche di tutela sperimentabili e, in specie, dell'incidenza del diritto privato delle obbligazioni.

5. *Recenti evoluzioni delle forme dell'intervento pubblico nell'economia (sintesi). Dallo Stato finanziatore allo Stato regolatore. Periodizzazione. I tentativi di razionalizzazione del sistema: la l. 675 del 1977 e la l. 878 del 1978. Relativo fallimento: ragioni. L'incidenza del diritto comunitario: l'affermarsi di un ideale neo-liberista e il progressivo assottigliamento del ruolo dello Stato come attore della vita economica (privatizzazioni e liberalizzazioni). Il disegno neoliberalista nella futuribile versione dell'art. 41 Cost.: rilievi critici. Delineazione di parziali conclusioni: l'intervento dello Stato nell'economia assume nuove forme ma non si esaurisce nella regolazione del mercato.*

Dopo aver analizzato la disciplina contenuta nell'art. 12 della l. 241 del 1990, e la *ratio* che ne sta alla base, sembra utile focalizzare l'attenzione sull'evoluzione (meglio sul *cambiamento*) del modo d'essere dell'intervento dello Stato nell'economia, cercando di tracciare, necessariamente in guisa di ampia sintesi, le diverse *filosofie* (meglio retoriche) che stanno alla base di esso.

Se infatti nella prima parte di questo lavoro si è cercato di mettere in luce come – per ripetere le parole di Rossi – “*l'evoluzione dei rapporti fra pubblico e privato [sia] stata l'indice più significativo dell'evoluzione degli ordinamenti essendo collocata nella cerniera tra 'Stato' e 'Società', in modo che gli allargamenti dell'una o dell'altra sfera hanno l'immediato effetto di spostare (e complicare rispetto ai parametri precedenti) la linea di confine*”²⁷², la validità di siffatta considerazione assume maggiore pregnanza una volta che sarà stata (per forza di cose rapidamente) esaminata la *metodologia*, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, dell'intervento della mano pubblica nell'economia, con riguardo alla seconda metà del '900.

In particolare, anticipando fin da ora i risultati di questa panoramica, si può dire, utilizzando una ricorrente ma efficace immagine, che accanto allo Stato imprenditore ed allo Stato finanziatore (tipici rispettivamente del periodo compreso tra le due guerre e di quello successivo alla chiusura del secondo conflitto mondiale, specie negli anni '60 e '70) si profila, a partire dagli anni Novanta, una nuova *figura* (che peraltro come si dirà non soppianta del tutto le altre ed in specie la seconda) che è quella dello Stato regolatore.

²⁷² ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottant'anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di AMOROSINO, Milano, 1995, 223.

E quindi si potrebbe formulare una prima osservazione: se al tempo dello Stato sociale o del benessere l'immagine dello Stato finanziatore è preponderante, in quello dell'economia globalizzata sembra preponderante l'immagine dello Stato regolatore, ancorché sebbene attraverso diverse forme (si pensi all'incidenza del diritto comunitario ed alla sovrapposizione di un nuovo – e sovraordinato – livello di governo (dell'economia) - sia vivo e vitale l'intervento dello Stato come attore economico e segnatamente come distributore di incentivi alle imprese.

Ciò nondimeno, come è stato giustamente rilevato²⁷³, il fenomeno conosce una fase di *normalizzazione* nella seconda metà del '900 e fino agli anni '90: una fase nella quale l'intervento sotto forma di incentivi alle imprese, da episodico ed eccezionale che era, diviene appunto un ordinario strumento di politica economica.

Sono benvero rintracciabili anche in questa fase unitariamente intesa e caratterizzata quattro diversi periodi: il primo, nel quale vengono imposte le linee di quella che sarà l'attività di ausilio negli anni del c.d. boom economico; il secondo, legato all'esperienza programmatica e quindi al tentativo (in buona parte rivelatosi effimero) di *de-settorializzare* il sistema degli aiuti, convogliando gli stessi in una visione di insieme, nel quadro di una politica economica globalmente programmata; il terzo, legato storicamente alla crisi economica degli anni '70 e quindi alla crescente richiesta di aiuti da parte del settore produttivo; il quarto, iniziato nel 1992, anno nel quale si registra una decisiva svolta ed accelerazione in relazione al processo di integrazione comunitaria, nel quale il sistema degli incentivi viene diversamente configurato sia da un punto di vista organizzativo che da un punto di vista strumentale.

Non si può in questa sede ricostruire compiutamente il quadro normativo di ciascuno di questi periodi.

L'impresa, oltre che titanica, risulterebbe in buona parte inutile: perché nel primo e nel terzo periodo la legislazione ha carattere episodico e non di rado propriamente emergenziale (campeggia l'idea, tipica della ripresa post-bellica dello "sviluppo per lo sviluppo"), sicché la ricerca di un principio ispiratore unitario sarebbe sostanzialmente vana; e perché nel secondo periodo, un simile disegno unitario, pur concepito nelle intenzioni dei fautori

²⁷³ MANZELLA, *Il decreto legislativo*, cit., 891.

della programmazione, non si traduce in realtà (all'idea dello sviluppo per lo sviluppo, tipica del periodo precedente, si sostituisce quello della "manovrabilità" degli strumenti di intervento verso le finalità prefissate dagli organi di indirizzo); ed infine perché nel quarto periodo sono ancora in fase di assestamento dei meccanismi, in primo luogo (ma non esclusivamente) di integrazione comunitaria, che hanno fatto tendere il *pendolo delle idee* verso il *privato* piuttosto che verso il *pubblico*²⁷⁴, ridisegnando quindi il ruolo dello Stato dell'economia e determinando la nascita del modello dello Stato regolatore (aspetto che, si ripete ancora una volta, non esaurisce tuttavia l'intera gamma degli attuali strumenti di intervento della mano pubblica nell'economia²⁷⁵).

²⁷⁴ Vedi ancora ROSSI, *op. ult. cit., passim*. Ad avviso dell'A., in particolare, si è passati dall'aspirazione al pubblico all'aspirazione al privato. Ma, ci si chiede, quali sono i motivi che determinano l'espandersi della sfera pubblica ovvero quello della sfera privata? Mentre l'aumento della sfera pubblica è parallelo all'acquisizione di rilevanza degli interessi dei gruppi sociali, che entrano nella sfera pubblica, e quindi nella sede politica di composizione di quegli stessi interessi. In definitiva, lo 'statalismo' come espressione dell'aumento della sfera pubblica, è, si ritiene, "quasi sempre involontario e spesso incolpevole" [su tale profilo vedi anche CIANCI, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano, 1977, nonché GIANNINI M.S., *Economia (disciplina della)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 276 e CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, cit., 17 e ss.]. I motivi dell'aspirazione al privato possono così essere sintetizzati: mutamento del rilievo dei fattori della produzione, velocizzazione delle comunicazioni (che fa venire meno i presupposti di molti monopoli, come quelli in materia di telecomunicazioni), la mondializzazione dell'economia, effetto eclatante dello sviluppo tecnologico. In conseguenza dei suesposti fattori, il rapporto pubblico-privato muta: nella dimensione quantitativa; nei presupposti che determinano la scelta per il pubblico; nel contenuto e nella natura dell'attività pubblica; nella natura giuridica di varie figure soggettive. La conclusione tratta dal chiaro A. è peraltro nel senso che se dallo sviluppo tecnologico e dalla mondializzazione dell'economia deriva una indubbia espansione del privato, il pubblico non scompare, per così dire, meccanicamente. Ciò è evidente anche con riguardo specifico all'attività di incentivazione. In parte assoggettata a controlli più penetranti a livello comunitario, in parte assoggettata ad un vincolo di natura (non giuridica ma) economica, quale il rispetto dei parametri di cui al Patto di stabilità, in parte come vedremo oggetto di un tentativo di razionalizzazione (di cui si dirà in seguito), l'attività dello Stato finanziatore permane, sebbene in un diverso contesto. Sul ruolo della scienza giuspubblicistica italiana rispetto al processo di integrazione europea, attraverso lo studio delle diverse fasi nella quali si è dipanato tale rapporto, vedi i perspicui rilievi di SANDULLI A., *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2005, 859.

²⁷⁵ Si dirà in seguito che accanto agli strumenti *canonici* attraverso cui si attuano le politiche di incentivazione (oggi per lo più incasellate in un diverso quadro organizzativo e strumentale) ed accanto ai casi, oggetto di notevole attenzione da parte della dottrina, in cui settori di attività sono esternalizzati, cioè affidati ai privati, sulla base di procedure di evidenza pubblica (tipico il caso dei pubblici servizi), hanno fatto la loro comparsa sulla scena degli strumenti meno studiati, la cui caratteristica di fondo consiste (in guisa specularmente opposta rispetto a quanto accade nell'esternalizzazione, in ciò, che si valorizzano l'iniziativa privata e gli strumenti di mercato, adeguatamente delimitati, così che "essi siano intrinsecamente strumentali, nel momento in cui

Deve anche registrarsi un tentativo di razionalizzazione del sistema: il riferimento è alla legge n. 675 del 1977 (Provvedimenti per il coordinamento della politica industriale, la ristrutturazione, la riconversione e lo sviluppo del settore), che trae la sua ragion d'essere dalle contingenti difficoltà dell'industria italiana nel periodo considerato e si propone di dare ad esse una risposta (non già episodica od emergenziale ma) strutturale.

Come si apprende dalla lettura dei lavori preparatori²⁷⁶, la legge doveva contenere “un insieme coerente di misure, volte ad affrontare immediatamente ed a risolvere, nel medio periodo, i nodi strutturali della nostra economia”.

Non sembra casuale che nel terzo periodo si assiste, sotto il versante organizzativo, ad un rafforzamento della componente programmatica a livello governativo (attraverso la costituzione di numerosi Comitati interministeriali, in specie il CIPI) e, per altro verso, all'istituzione delle Regioni, che determina l'inserimento di tale nuovo ente (il cui peso com'è noto sarà destinato ad aumentare nel tempo, per quanto qui interessa, con specifico riferimento alla materia dell'erogazione degli incentivi) nel circuito decisionale della politica economica.

Si tratta di uno dei primi tasselli di quel fenomeno di polverizzazione delle sedi decisionali, unanimemente segnalato in letteratura²⁷⁷.

perseguono interessi privati, a soddisfare anche intrinsecamente interessi pubblici”. In altre parole, “*non si internalizza l'attività privata nell'attività amministrativa, assoggettando in diversi casi l'attività privata a regole amministrative, ma si fa l'opposto, internalizzano gli interessi amministrativi nell'attività privata, la quale viene conformata in sede legislativa (mercati artificiali, certificazioni ambientali) o amministrativa (accordi unilaterali) – così da funzionare intrinsecamente in una prospettiva di interesse pubblico”*: in questo senso vedi LOLLI, *L'amministrazione attraverso strumenti economici. Nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna, 2009, spec. 30 e ss. Più in generale sulle forme di incentivo nell'ambito della politica ambientale europea, vedi anche BUZZACCHI, *Aiuto di stato in forma di incentivi ed esenzioni fiscali: il nuovo paradigma della politica ambientale europea*, in *Dir. econ.*, 2008, 325, nonché COMPORI, *Energia e ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di ROSSI, Torino, 2008, 253.

²⁷⁶ Atti parlamentari, Disegno di legge Senato n. 211 della VII Legislatura.

²⁷⁷ Sottolinea il carattere eccessivamente (ed inevitabilmente) generico della programmazione (cui avrebbe dovuto fare seguito la confluenza nel CIPE delle competenze di alcuni Comitati interministeriali settoriali già operanti) lo SPAGNUOLO VIGORITA V., *Gli enti pubblici come momento giuridico della pianificazione economica*, in *Atti del Convegno di Studi su riordinamento degli Enti Pubblici e sulle loro funzioni delle loro Avvocature*, Napoli, 1973, 75 e ss., il quale condivide l'idea, espressa già da Giannini, secondo cui il provvedimento legislativo di cui si discute “*non si sarebbe sostanzialmente in una vera e propria programmazione, bensì in una contraffazione e in un ordito di profezie avente come tessuto portante soltanto un sistema di calcoli e di previsioni economiche, sul quale si radicano disegni di politica economica, indirizzi politici riformatori e disegni quanto mai generici di azione amministrativa”*.

Vanno collocate nello stesso periodo altri due interventi normativi meritevoli di considerazione in questa sede: la l. 878 del 1978 che, da un lato, prevedeva la partecipazione degli istituti e delle aziende di credito a consorzi impegnati nel rilancio delle grandi imprese in situazioni di debolezza finanziaria, dall'altro, disciplinava misure destinate alla riconversione ed al salvataggio delle aziende in stato di insolvenza. Si volle in altri termini implementare il ruolo delle banche nel sistema di agevolazione delle imprese.

I risultati di tale operazione peraltro non furono pienamente positivi: la commistione tra le funzioni dell'amministrazione e quelle degli istituti di credito porta ad un rallentamento del processo teso a rendere effettive le misure di aiuto, mentre restano sullo sfondo elementi congiunturali, specie per quanto attiene agli aiuti diretti alle imprese del Mezzogiorno, che spingeranno la banca centrale ad assumere una posizione netta in ordine alla necessità di tenere distinte le responsabilità tra il momento dell'erogazione delle risorse pubbliche ed il momento del finanziamento bancario.

La dottrina ha considerato il disegno del legislatore di questo periodo come complessivamente insufficiente: non è dato scorgere, nelle linee di politica industriale, né una “*tonalità dominante né un segno univoco di tendenza*”²⁷⁸, laddove “*gli atti di programmazione – oramai settoriali, abbandonata l'impostazione del decennio precedente – stentano ad essere attuati; si ritorna a misure di finanziamento episodiche; la loro attuazione amministrativa è lacunosa*”²⁷⁹.

Gli anni Ottanta segnano un momento di cambiamento rispetto a questo assetto: la struttura portante delle nuove politiche di incentivazione all'attività produttiva risulta incardinata non più, come in passato, sul sostegno ai prodotti, ma decisamente su quello ai fattori produttivi: ad esempio, con la legge 696 del 1983 si dettano norme orizzontali per le piccole e medie imprese; la l. 317 del 1991, invece, prevede forme di finanziamento dall'innovazione, mentre gli istituti della programmazione negoziata conoscono, unitamente allo sviluppo di indirizzi concertati di politica economica, una nuova fase di sviluppo a partire dalla l. 662 del 1996²⁸⁰.

²⁷⁸ CARABBA, *Il finanziamento pubblico alle imprese*, Milano, 1986, 1.

²⁷⁹ MANZELLA, *Gli ausili*, cit., 3738.

²⁸⁰ In tema vedi FERRARA LU., *Gli ausili finanziari nelle politiche regionali di rilievo comunitario*, in *Lezioni (Corso di perfezionamento in amministrazione e finanza degli enti locali)*, a cura di PALMA G.,

Con l'implementazione del ruolo della Comunità europea (tipica del quarto periodo indicato) si assiste a ciò, che “*all'articolazione dei poteri corrisponde una corrispondente articolazione delle fonti delle fonti di produzione del diritto [...]. Le fonti sono: sovranazionali, comunitarie, statali (di varia forza), regionali (di vario tipo) provinciali, comunali e di altre autorità specifiche, territoriali o tecniche*”²⁸¹.

Sull'incidenza del diritto comunitario in materia di incentivi pubblici all'economia si tornerà più ampiamente in seguito²⁸².

Per adesso, si può osservare che il processo di integrazione comunitaria spiega la sua efficacia riguardo alle modalità qualitative e quantitative dell'intervento pubblico nell'economia su tre versanti: sul versante del regime di validità degli aiuti di Stato, anche con riguardo alla tematica dell'impresa pubblica; sul versante delle limitazioni alla sovranità (anche) in materia di spesa pubblica, in considerazione della necessità di rispettare il patto di stabilità (le scelte sulle risorse che il singolo Stato può mobilitare devono in altri termini tenere conto dei vincoli di bilancio imposti dalla partecipazione dello stesso all'ordinamento sovranazionale)²⁸³; sul

Napoli 2009, 439 e ss., spec. 452.

²⁸¹ ROSSI, *op. cit.*, 234. Sulla tematica vedi anche SPATTINI, *Ascesa e declino (eventuale) della nozione di "Costituzione economica" (nell'ordinamento italiano e in quello comunitario)*, cit., spec. 1484 e ss.. Tale A. individua le origini storiche della nozione di Costituzione economica nelle Costituzioni di Weimar e di Bonn. Nella prima “*si annunciava lo Stato sociale senza predisporre gli strumenti adeguati (causa non ultima del suo fallimento)*” (p. 1487): assai rilevante fu al riguardo l'elaborazione della dottrina costituzionalista e politologica dell'epoca, ed in specie di Carl Schmitt il quale (*Stato, movimento, popolo*, ora in C. Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, trad. it. di CANTIMORI, Vicenza, 2005, 255-312) rileva che “*sotto il velo della libertà liberaldemocratica e dello Stato borghese poté sorgere a questo modo il sistema pluralistico di uno Stato a molti partiti, come è stato caratteristico dei quattordici anni della Costituzione di Weimar [...]. Come si poté dire della democrazia ideale che essa riposa su un 'quotidiano plebiscito', così si può dire di un tale sistema pluralistico che esso si integra soltanto nel momento del 'quotidiano compromesso' di potenze e leghe eterogenee ed esiste solo in esso*”. Quanto alla Costituzione di Bonn, numerosi principi in essa contenuti furono direttamente ispirati dai giuristi, sociologi ed economisti della scuola di Friburgo (già citata): i compilatori furono guidati dalla “*concezione di un liberalismo attivamente e consapevolmente impegnato nella costruzione di un ordinamento della società economico e sociale fondamentalmente liberale ma al tempo stesso impegnato sul piano sociale*”, per modo che si potesse “*dare libero sfogo alle forze economiche ma anche assicurare da parte loro il rispetto delle regole del gioco, mediante un costante intervento dello Stato soprattutto come legislatore per la tutela della concorrenza contro i tentativi di gruppi economici di turbare un siffatto ordinamento*”. Le idee di questi intellettuali influenzarono anche successive riforme nel senso della integrazione tra stabilità sociale e dinamica economica, “*cioè in breve una società dell'equilibrio dinamico*”. In questi termini COLLOTTI, *Storia delle due Germanie, 1945-1968*, Torino, 1968 rispettivamente 671 e 719.

²⁸² Si rinvia da ora a IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009, ed ivi ulteriori ampi riferimenti.

²⁸³ Insiste in particolare su tale ultimo aspetto LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo*, Torino, 2008, spec. 171 e ss., la quale riprendendo al riguardo l'autorevole opinione di

versante delle politiche strutturali dell'Unione europea (che erogando direttamente incentivi in parte si sostituisce, sebbene per interventi settoriali, allo Stato finanziatore).

D'altronde, è particolarmente diffusa l'idea che la piena attuazione dell'ordinamento comunitario comporti di per sé l'adozione di un modello di economia pienamente liberista con l'eliminazione di quei contemperamenti previsti nel nostro ordinamento da quelle norme costituzionali, su tutte l'art. 41, comma 3, che contemplan la possibilità di imporre all'attività d'impresa finalità extraeconomiche²⁸⁴.

Nell'ottica comunitaria, poi, si assiste ad un'oggettivizzazione delle regole pubblicistiche²⁸⁵: sono sottoposti

GUARINO, *Eurosistema Eurosistema. Analisi e prospettive*, Milano, 2006, spec. 40 e ss., cerca di fornire risposta al quesito se esista ancora, attesa la compressione della sovranità degli Stati membri, una discrezionalità degli stessi nella distribuzione degli incentivi. La soluzione fornita è quella per cui sussisterebbe una *discrezionalità vincolata*, che gli Stati dovrebbero spendere, si ritiene in chiave prospettica, utilizzando “le ormai assai ridotte risorse economiche di cui dispongono per incentivare quelle politiche che si rivelino in grado di determinare un progresso economico continentale, e dovrebbero abbandonare la prospettiva egoistica nazionale per porre in essere misure che favorendo il proprio non contrastino con lo sviluppo del mercato europeo, ma che siano, anzi, idonee a generare a loro volta un ulteriore sviluppo economico per il singolo Stato e per la Comunità nel suo complesso”. Sottolinea che “la parziale espropriazione delle politiche fiscali degli Stati membri nel versante tipico del deficit spending da parte delle istituzioni comunitarie avrebbe appunto la valenza di sottrarre i governi nazionali alle tentazioni di elusione dei vincoli di bilancio e di salvaguardarli dal possibile devastante giudizio negativo dei mercati finanziari [tema oggi quanto mai attuale, n.d.s.]”, ma che ciò non consente di affermare un insanabile contrasto tra le normative dell'Unione ed i principi costituzionali in materia “egualmente costretti, le une e gli altri, a muoversi sul filo del difficile equilibrio tra tutela della libertà degli scambi del mercato internazionale, e dunque non soltanto europeo, e conservazione delle garanzie sociali in ambito nazionale e comunitario che connotano il welfare dei paesi pre-allargamento”, SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, cit., 100.

²⁸⁴ GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Economia e diritto del terziario*, 1992, 7 e ss.; AMORELLI, *Le privatizzazioni nella prospettiva del trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, Padova 1992; MENGONI, *La Costituzione economica, oggi*, Relazione al Convegno dell'Università Bocconi del 12 maggio 1993. Suggestisce un approccio problematico alla questione il ROSSI, *op. ult. cit.*, 243. Sul disegno neoliberalista che il Governo Berlusconi avrebbe inteso realizzare attraverso una riforma costituzionale si rinvia alle considerazioni che saranno svolte di qui a poco.

²⁸⁵ Analoga tendenza può riscontrarsi sotto il profilo della giurisdizione. Se infatti si leggono i primi due commi dell'art. 7 del Codice del processo amministrativo risulterà che mentre il primo comma ritaglia la giurisdizione del g.a. sull'esercizio o il mancato esercizio del potere (mentre nei casi di giurisdizione esclusiva è necessario un collegamento seppure mediato con l'esercizio della funzione), il secondo comma equipara “ai fini del presente Codice” alle pubbliche amministrazioni i soggetti “comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo”. Si può ritenere che tale norma costituisca la norma *parallela* sotto il profilo processuale rispetto a quella contenuta nel comma 1-ter della l. 241 del 1990. Alcune considerazioni sull'ambito precettivo di tale disposizione, con particolare riguardo alla soluzione *pragmatica* fornita dal Cons. St., Sez. VI, 24 novembre 2010, n. 5379, possono leggersi

al governo delle stesse non soltanto i soggetti pubblici, ma anche quelli formalmente privati se ed in quanto svolgano attività oggettivamente pubblicistiche (specie avuto riguardo alle finalità perseguite)²⁸⁶: il diritto comunitario infatti serba un atteggiamento di neutralità rispetto alla proprietà pubblica o privata delle imprese, ed impone soltanto che l'impresa pubblica non sia destinataria di ingiustificati privilegi²⁸⁷.

nel mio *Sulla qualificazione della Rai s.p.a. come "soggetto equiparato alla pubblica amministrazione", ai fini e per gli effetti di cui all'art. 7 c.p.a. (a margine di Cons. St., sez. IV, 24 novembre 2010, n. 5379)*, in *Rivista NelDiritto*, 2011, 592, cui sia consentito rinviare.

²⁸⁶ Si può qui soltanto sfiorare la tematica, oggetto di cospicui studi, dell'organismo di diritto pubblico. La bibliografia in materia di organismo di diritto pubblico è assai ampia. Senza pretesa di completezza si rinvia ai seguenti contributi per ogni opportuno approfondimento: CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2000, 13; CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; CHITI, *La nozione di amministrazione aggiudicatrice*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, 899; GAMBARDELLA, *Le fondazioni bancarie e l'organismo di diritto pubblico dopo i recenti interventi della Corte Costituzionale*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 1912; GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi dei giudici comunitari e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, 133; GRECO G., *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1998, 725, ID., *Organismo di diritto pubblico: atto secondo*, ivi, 1999, 184; GUCCIONE, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003, 1067; LUCE, *Gli organismi di diritto pubblico*, ivi, 2000, 287; MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, Milano, 2003; MARRAMA D., *Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, 2000, 585. La *figura iuris* dell'organismo di diritto pubblico, come si diceva, sorge dalla necessità (avvertita in primo luogo in ambito comunitario) di superare il "dogma della personalità giuridica" (CAPUTI JAMBRENGHI, *op. ult. cit.*), per modo che la determinazione dei soggetti tenuti al rispetto della normativa comunitaria in tema di evidenza pubblica fosse agganciata piuttosto che al parametro formale ad una "caratterizzazione di tipo funzionale" (LUCE, *op. ult. cit.*). Il dato normativo cui occorre oggi fare riferimento va individuato, per quanto attiene al diritto comunitario, nelle direttive 17 e 18 del 2004, quest'ultima relativa ai c.d. settori ordinari e la prima ai c.d. settori speciali (acqua, energia, servizi di trasporto e postali), e, per quanto attiene al diritto nazionale, nell'art. 3, comma 26 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163 del 2006). In base al riferito quadro normativo (che *in parte qua* costituisce lo sviluppo per così dire naturale delle direttive meno recenti, prima richiamate), perché un soggetto possa essere qualificato come organismo di diritto pubblico (con quanto ne consegue in punto di disciplina applicabile) occorre che: a) esso sia istituito per soddisfare specificamente esigenze (le direttive prevegono parlavano di "bisogni") di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) esso sia dotato di personalità giuridica; c) esso sia soggetto all'influenza di un soggetto pubblico (ovvero di un altro organismo di diritto pubblico), nelle forme del finanziamento o del controllo. Nei settori speciali campeggia invece la figura dell'impresa pubblica, intendendo per tale l'impresa "su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, perché vi hanno una partecipazione finanziaria o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione [...] (artt. 2, n. 1, lett. b), direttiva 2004/18/CE, e 3, comma 28, Codice dei contratti pubblici). L'influenza dominante si presume in presenza di indici che denotano uno stretto collegamento con l'amministrazione quali: la detenzione della maggioranza del capitale sociale; l'attribuzione al soggetto pubblico della maggioranza dei voti

A questo fenomeno fa da contraltare il sempre più massiccio ricorso agli strumenti di diritto comune da parte delle pubbliche amministrazioni (che anzi spesso vedono mutata la loro stessa veste giuridica da pubblicistica in privatistica²⁸⁸), il che pone la questione – che sarà trattata *funditus* nel prosieguo - se la capacità di diritto privato della p.a. sia generale ovvero speciale. E si tratta di un tema di notevole rilievo riguardo alla tematica degli incentivi

cui danno diritto le azioni o le quote; il diritto dello stesso di designare più della metà dei componenti degli organi di amministrazione, vigilanza e controllo. La dottrina e giurisprudenza (SANDULLI, M.A., *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in SANDULLI M.A., DE NICCOLIS, GAROFOLI (diretto da), *Trattato dei contratti pubblici*, Milano, 2008, vol. V, 3150, ed i riferimenti giurisprudenziali ivi indicati.) hanno notato che, nel caso dell'impresa pubblica, diversamente da quello dell'organismo di diritto pubblico, non rileva la finalizzazione dell'attività alla soddisfazione di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, “essendo piuttosto attribuita valenza decisiva al legame esistente tra impresa ed amministrazione” (MARI, *Natura giuridica della Rai: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico?*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 2335). Per quanto una parte della dottrina (SANDULLI M.A., *op. ult. cit.*, 3159; nel medesimo senso, v.: PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Rassegna Astrid*, 2005, n. 20; ROVERSI MONACO M.G., *Le figure di organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 387) abbia evidenziato la necessità di distinguere tra le due figure (anzitutto in ragione del fatto che esse sono prese in considerazione in due distinte direttive, rispettivamente dedicate alla disciplina del settore ordinario e di quelli speciali), è possibile, secondo una certa linea di pensiero, individuare nella giurisprudenza, sia comunitaria che interna, una recente tendenza in senso opposto, attraverso il riferimento del “carattere ‘non industriale o commerciale’ non direttamente all'attività svolta – che, quindi, può essere attività imprenditoriale -, ma ai bisogni cui tale attività è finalizzata” (MARI, *op. ult. cit.*, 2340). È quanto è avvenuto, ad esempio, nel caso della Rai s.p.a., qualificata dalle Sezioni Unite come “organismo di diritto pubblico, in quanto resta l'impresa pubblica, cui lo Stato ha affidato la gestione del servizio radiotelevisivo su cui intende conservare la sua influenza” (cfr. Cass. S.U., 23 aprile 2008, n. 10443, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 2327, con nota di MARI, *Natura giuridica della Rai*, cit.). Prima ancora delle Sezioni Unite si era espresso in questo senso T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, 9 giugno 2004, n. 5460, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 1734, su cui v. quanto osservato da CLARIZIA, *La RAI è “impresa pubblica” e ... anche “organismo di diritto pubblico”*, in *www.gustamm.it*; sul tema vedi inoltre PAOLANTONIO, *La RAI è impresa pubblica*, ivi). Il caso Rai peraltro presenta delle specificità: il problema si pone infatti con riguardo al requisito del finanziamento, posto che nel caso che interessa, lo provvista dello stesso è collegata per lo più al pagamento del canone da parte degli utenti, piuttosto che a erogazioni per così dire dirette da parte dello Stato. La questione è stata affrontata anche dalla Corte di Giustizia relativamente all'ipotesi, del tutto simile, del finanziamento degli organismi radiotelevisivi pubblici. In particolare il momento pubblicistico qui si esaurisce nella previsione *ex lege* dell'obbligo di versare il canone, per il solo fatto di possedere un apparecchio radiotelevisivo e quindi indipendentemente dal concreto utilizzo che l'utente faccia dello stesso. Pertanto, il canone che garantisce il finanziamento maggioritario “non deriva da una transazione contrattuale conclusa tra tali organismi ed i consumatori”: questi ultimi, infatti, sono tenuti al relativo versamento per il solo fatto di essere in possesso di un apparecchio ricevente e non in ragione (e come contropartita) del godimento effettivo del servizio radiotelevisivo pubblico. In tal senso vedi CGCE, 13 dicembre 2007, in causa C-337/06, in *Foro It.*, 2009, IV, 184. Il che è qualcosa di molto simile a

pubblici all'economia, atteso che spesso tale settore di attività si estrinseca attraverso strumenti di natura non autoritativa²⁸⁹.

Le due contrapposte tendenze producono un disallineamento tra pubblico come soggetto e pubblico come regola: di ciò è testimonianza nei commi 1-*bis*²⁹⁰ e 1-*ter*²⁹¹ dell'art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo. Il primo infatti chiarisce che per l'attività non autoritativa (e tale potrebbe essere secondo una particolare lettura quella che consiste nella

quanto avviene nel nostro ordinamento, posto che l'art. 1 del Regio decreto legge 246 del 1938 (conv. in l. 880 del 1938), ancora in vigore, obbliga "chiunque detenga uno o più apparecchi atti od adattabili alla ricezione delle radioaudizioni" al pagamento del canone di abbonamento.

²⁸⁷ Afferma infatti l'art. 292 del Trattato che il diritto dell'Unione "lascia impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri". Ma vedi, in senso parzialmente diverso, CORSO, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in www.grupposanmertino.it, il quale rileva che "anche se l'impresa pubblica non è bandita dal diritto europeo, l'applicazione nei suoi riguardi delle regole della concorrenza fa venir meno l'utilità della sua istituzione: sol che si consideri che le imprese pubbliche sono state create dai pubblici poteri perché operassero in situazioni di monopolio o di oligopolio". Si veda sul punto anche LOLLI, *op. ult. cit.*, 19, che osserva essere evidente che "l'impresa pubblica è più propensa a subire l'influsso di logiche – politiche – diverse da quelle incentrate sull'efficienza, proprie di un'impresa privata, influssi che non convivono facilmente con la necessità di operare in un contesto concorrenziale". Si aggiunge poi che "sono stati disciplinati con minore attenzione ai principi di concorrenza e liberismo i servizi svolti dall'amministrazione in settori dove sono maggiori le implicazioni sociali e non economiche dell'agire amministrativo: ci si riferisce soprattutto al settore sanitario ed al settore dell'istruzione". Quanto al settore sanitario cfr., anche per altri riferimenti, LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale*, cit., e SPAGNUOLO VIGORITA R., *Politiche pubbliche del servizio sanitario. Profili giuridici*, Napoli, 2003.

²⁸⁸ La questione dell'applicazione di un diritto pubblico a maglie larghe (così LIGUORI, *La funzione amministrativa*, cit., spec. 24) a soggetti formalmente privati (e correlativamente l'individuazione del criterio di riparto) viene precipuamente in rilievo con riguardo agli enti pubblici privatizzati. Non si vuole qui certo approfondire il tema delle privatizzazioni. Si rinvia per questo, limitando i richiami alla bibliografia essenziale, a TORCHIA, *Privatizzazioni ed azione amministrativa*, in CAMMELLI, SCIULLO (a cura di) *Pubblica amministrazione e privatizzazione dopo gli anni '90, un primo bilancio*, Santarcangelo di Romagna, 2004; NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; ID., *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. Amm.*, 2003, 601; CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. Amm.*, 1995, 521; MERLONI, PIOGGIA, SEGATORI, *L'amministrazione sta cambiando?. Una verifica dell'effettività nella innovazione della pubblica amministrazione*, Milano, 2007. Imprescindibile è poi il riferimento a CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit., nonché a ID., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. Trim. Dir. It. Comunit.*, 1996, 583; ID., *Dieci anni di riforme amministrative: un bilancio*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003, 241; ID., *Stato e mercato dopo le privatizzazioni e la deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991, 379. Si vedano inoltre GAROFOLI, *Privatizzazioni degli enti pubblici dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998; CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione: dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005. Si può qui semplicemente ricordare – si ripete senza alcuna pretesa di esaustività – che la fitta costellazione di enti pubblici economici che aveva caratterizzato la scena dell'intervento pubblico dell'economia fin dal periodo fascista, intorno agli anni '90 si riduce drasticamente. In particolare, lo si vedrà più ampiamente in seguito, i fondi di dotazione con cui il Parlamento italiano ha alimentato gli enti di gestione delle partecipazioni statali sono stati ritenuti in contrasto con il divieto di aiuti di Stato. Inoltre, i monopoli garantiti dalla legge alle Ferrovie

distribuzione di incentivi dalla mano pubblica) il diritto privato è la regola (salvo che la legge disponga diversamente), mentre il secondo estende l'applicazione dei principi enumerati dal primo comma (economicità, efficacia imparzialità, pubblicità e trasparenza, ma prima ancora eterodeterminazione dei fini) ai soggetti privati che sono preposti all'esercizio di attività amministrative.

dello Stato, alle Poste o all'Enel si pongono in contrasto con la regola espressa dall'art. 86 del Trattato secondo cui i servizi pubblici sono sottoposti alla tutela della concorrenza "nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata". Per una compiuta ricostruzione in chiave storica dei modelli di gestione dei servizi pubblici, vedi, anche per altri riferimenti, LIGUORI, *I servizi pubblici*, cit.. La dottrina ha peraltro evidenziato che se è vero che i processi di privatizzazione costituiscono un passaggio obbligato, non solo per risanare i bilanci, ma anche per accelerare il processo di realizzazione del mercato unico, emerge per altro verso una costante interferenza tra le privatizzazioni delle imprese pubbliche e la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato (aspetto sul quale peraltro si tonerà *funditus* nel prossimo capitolo): infatti "è proprio nelle operazioni di cessione delle imprese pubbliche che la Commissione ha accentuato il suo controllo in termini sempre più restrittivi soprattutto quando, come è accaduto ad esempio per l'Italia, è emerso durante le negoziazioni tra l'Italia e la Commissione lo stretto legame esistente tra l'accelerazione del processo di privatizzazioni ed il rispetto del regime degli aiuti imposto dal Trattato e dalla Commissione". In questo senso vedi MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in Trattato di diritto amministrativo europeo, a cura di CHITI e GRECO G., Milano, 2007, 65 e ss., spec. 108, che ricorda in particolar modo il caso della privatizzazione EFIM.

Per quanto concerne i profili di giurisdizione con riguardo ad atti di enti pubblici privatizzati, vedi la sentenza delle Sezioni Unite sull'*affaire* Siena Parcheggi (Cass. S.U., 6 maggio 1995, n. 4989, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, I, 2985, con nota di MAMELI) relativa ad un caso in cui un comune aveva costituito una società per azioni per la gestione di un servizio pubblico. Al riguardo, la S.C. ebbe ad osservare che le controversie promosse nei confronti di dette società per azioni dai terzi interessati a partecipare a gare di appalto, indette per la costruzione di opere destinate all'esercizio del pubblico servizio (nella specie, servizio pubblico di parcheggio), fossero devolute alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto "il rapporto tra l'ente territoriale e la società non è riconducibile né alla figura della concessione di pubblico servizio, né all'ipotesi di concessione per la costruzione di opere pubbliche e che [...] non è consentito all'ente pubblico locale di incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali". Nel dettaglio, non fu dato riscontrare "alcuna apprezzabile deviazione rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, per le società miste incaricate della gestione di pubblici servizi istituiti dall'ente locale". In seguito al richiamato arresto della S.C., si sono profilati in dottrina due distinti orientamenti in rapporto ai criteri indicativi della *deviazione* rispetto alla disciplina privatistica, con quanto ne consegue in punto di qualificazione del soggetto che si considera (e di riflesso del giudice competente giurisdizionalmente a conoscere delle controversie sui relativi atti o comportamenti). Alla stregua del primo, va esclusa la natura privatistica in tutti i casi in cui il soggetto sia costituito per legge (o su autorizzazione della legge), e sia la legge a determinare (quanto meno) la denominazione, lo scopo e la prevalenza della partecipazione del soggetto pubblico, posto che in ipotesi siffatte l'esistenza e la destinazione funzionale della società non è nella disponibilità degli organi sociali (essendo viceversa ricollegabile alla legge). Per altro approccio ricostruttivo, la costituzione per legge,

La diversa natura ed il diverso contenuto dell'azione dei pubblici poteri in economia, proprie dell'ultima fase della nostra periodizzazione, determina il “*passaggio dall'attività di gestione a quella di regolazione*”²⁹².

In tale contesto si collocano anche le note liberalizzazioni, specie nel settore dei servizi: come è stato osservato, “*la tutela del cittadino, del consumatore e dell'ambiente si esprime sempre più in norme e prescrizioni tecniche indirizzate agli operatori economici, che possono e devono*

nonché la determinazione in via legislativa dello scopo sociale e la prescritta prevalenza del capitale pubblico, sono indici insufficienti, se isolatamente considerati, a disvelare la natura pubblica del soggetto che si analizza, occorrendo valutare se siano o meno previste regole di organizzazione e di funzionamento tali da determinare, in concreto, una rilevante deviazione dal modello disciplinato dal diritto comune. In particolare, si richiamano indici quali l'attribuzione a soggetti pubblici diversi da quelli che rivestono la qualità di soci di poteri destinati a produrre effetti sulle fondamentali determinazioni degli organi societari. Si vedano in questo senso Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206 e Id., 5 marzo 2002, n. 1303 (rispettivamente in *Foro amm.*, 2001, 614 ed in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 705, 1025, con note di IEVA e DEL GATTO) che, sul presupposto per cui la veste societaria è neutra e quindi di per sé non incompatibile con la qualificazione di un soggetto come pubblico, hanno affermato, la prima, che “*spetta alla giurisdizione amministrativa la controversia riguardante l'adozione, da parte delle Poste italiane s.p.a. della procedura di evidenza pubblica (trattativa privata preceduta da gara ufficiosa esplorativa) per la fornitura di assegni di banco posta ancorché relativi all'analogo servizio, gestito dalla società Poste italiane in forma imprenditoriale, in regime di diritto comune*” e, la seconda, che “*al di fuori dell'attività di diretta gestione del servizio, senz'altro assoggettata al pieno dispiegarsi del principio d'imparzialità e, quindi, del propedeutico canone della trasparenza, si impone per l'attività residua posta in essere dal gestore, la verifica della strumentalità della stessa rispetto al momento propriamente organizzativo e gestionale*”, analisi che nella specie conduce a ritenere che “*nella categoria dei documenti amministrativi accessibili ai sensi dell'art. 22 l. n. 241 del 1990, rientrano anche gli atti di diritto privato detenuti dal gestore di un pubblico servizio, purché connessi all'attività di cura dell'interesse pubblico da esso svolta*”. Segue un percorso argomentativo analogo Cons. St., Sez. VI, 16 settembre 2003, n. 5241, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 2623, relativa alla natura giuridica del Gestore della rete di trasmissione nazionale, secondo cui “*ad onta della veste societaria, i gestori di pubblici servizi presentano indubbe connotazioni pubblicistiche che non consentono di dubitare della soggezione delle loro controversie alla giurisdizione amministrativa*”. Perviene ad identiche conclusioni, più di recente, Cons. St., Sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1094, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha ravvisato la natura di organismo di diritto pubblico della Autostrade per l'Italia s.p.a., in considerazione dell'assorbente rilievo per cui “*la costruzione e la gestione delle autostrade è l'oggetto principale della Società Autostrade s.p.a., con la conseguenza che detta società, indipendentemente dalla sua organizzazione giuridica di società per azioni di diritto privato, ha finalità pubbliche e la sua attività, anche per essere esercitata in regime di concessione amministrativa, ha natura di attività amministrativa e non di attività di diritto privato*”. Interessante pare quindi anche il riferimento al regime giuridico da applicare all'attività della società privata che assuma le vesti di concessionaria (di opera pubblica) della p.a. [è con riferimento a questa fattispecie che la Cassazione a Sezioni Unite (29 dicembre 1990, n. 12221, in *Giust. Civ. Mass.*, 1990, 12) aveva formulato la teoria dell'organo indiretto in quanto gli atti della concessionaria “*quando siano rivolti all'esercizio delle pubbliche funzioni trasferite dalla concedente, hanno carattere di atti amministrativi [...] e sono quindi soggetti ai rimedi giurisdizionali apprestati per questi atti*”].

²⁸⁹ È anzi nota, e vi si tornerà appresso, la tesi dottrinale, che sebbene autorevolmente espressa non si condivide in pieno, secondo cui l'attività di incentivazione all'attività economica va

*adeguarsi, indipendentemente dalla tradizionale mediazione del provvedimento amministrativo*²⁹³.

Alla base di questa tendenza vi è per un verso l'idea che la composizione degli interessi pubblici e privati non debba essere condotta, per così dire, occasionalmente con il provvedimento, ma in termini generali in un atto regolamentare o programmatico.

ricostruita *esclusivamente* secondo modelli di carattere privatistico: cfr. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, cit., spec. 209 e ss..

²⁹⁰ Su tale norma si tornerà più ampiamente in seguito. Si rinvia da adesso a GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., 165.

²⁹¹ Sul tema, vedi da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, DIPACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 177 e ss..

²⁹² Vedi ancora ROSSI, *op. ult. cit.*, 238. Evidenza che la nascita delle Autorità Indipendenti sia ricollegabile anche alla sfiducia nella politica indotta dai noti fatti di Tangentopoli, CLARICH, *Autorità indipendenti*, Bologna, 2005, nonché ID., *Le autorità indipendenti nello 'spazio regolatorio': l'ascesa e il declino del modello*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 1035. Si esprime in termini dubitativi sulla idoneità di tali autorità a realizzare un modello ideale di mercato concorrenziale nei fatti spesso inesistente o inefficiente il MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, Bologna, 2000, *passim*, spec. 20-37. Oltre la diversa modalità dell'intervento pubblico in economia (dallo Stato finanziatore allo Stato regolatore) si sottolinea comunque che *"il buon funzionamento del mercato è già di per sé un elemento di forte interesse pubblico a prescindere dalle finalizzazioni esterne"* (così LOLLI, *op. ult. cit.*, 17). Sull'argomento, ed in specie sui rapporti tra regolazione e eterodeterminazione dei fini del mercato, vedi CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. Com. Reg.*, 2002, 266; RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Annuario AIPDA 2007*; DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. Amm.*, 2002, 169. Vedi inoltre MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000. La dottrina ha peraltro segnalato, indagando sulla natura dei poteri esercitati dall'*Antitrust*, la tendenza verso una regolazione "pro-concorrenziale", quale si manifesta, da parte dell'Autorità, non solo *in negativo* sanzionando i comportamenti contrari alle regole del gioco concorrenziale, ma anche *in positivo* promuovendo le condizioni favorevoli ad un mercato ispirato alle regole della *fair competition*. Su tale aspetto cfr. in particolare BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale nei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006. Considerato questo ruolo *lato sensu* politico svolto dall'autorità (non solo arbitro, ma promotore appunto di politiche pro-concorrenziali), esprimono perplessità sulla compatibilità costituzionale del modello, che presuppone immancabilmente la neutralità delle *Authorities*, SCOCA F.G. e DEGNI, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela*, in *www.giustamm.it*. L'attribuzione di tale funzione per così dire di indirizzo presuppone la configurabilità di un interesse pubblico specifico affidato alla cura di tale amministrazione, configurabilità negata da quanti rilevano il carattere neutrale dell'AGCM (VESPERINI, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, 1990, 415; CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993, 99; TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di CASSESE, FRANCHINI, Bologna, 1996, 55) ed invece affermata da quanti evidenziano una *deriva regolatoria* dell'attività dell'AGCM (vedi POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2006, 127, ma già RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998). Assume una posizione conciliare CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*.

E ciò a sua volta presuppone, come è stato detto, l'assorbimento della discrezionalità nella tecnica²⁹⁴.

Benvero, si ricollega alla medesima logica di fondo anche la previsione (già analizzata) dell'art. 12 della l. 241 del 1990. Nel caso delle liberalizzazioni, peraltro, si assiste non solo ad una predeterminazione in via generale dei presupposti sussistendo i quali l'utilità spetta, ma si intende realizzare una *deregulation* in

Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione", Milano, 2005, 368, che rileva che "viene confermata la separazione dei ruoli tra autorità e p.a. in senso tradizionale. Le prime non impersonano un interesse pubblico superiore ma favoriscono la pacifica coesistenza di una pluralità di libertà individuali, e assicurano per questa via l'utilità generale". Su queste tematiche, cfr. di recente CATRICALÀ, LALLI, *L'antitrust in Italia*, Milano, 2010. Si interroga sul carattere transitorio della regolazione economica TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2007, spec. 68. La citata A. infatti parte dalla questione se "i poteri che la legge del 1995 ha assegnato alle Autorità indipendenti per regolare i mercati dei servizi di pubblica utilità, sono poteri di carattere generale che possono e debbono essere esercitati fino a quando sussistono i presupposti sostanziali per l'esercizio dei poteri medesimi, oppure se sono destinati a cadere quando la fase di transizione verso la piena liberalizzazione dei servizi è da considerarsi conclusa sul piano normativo, in seguito a leggi che formalizzano il compimento della liberalizzazione", ed analizza specificamente il caso del settore dell'energia, relativamente alla liberalizzazione della vendita dell'energia elettrica e del gas ai consumatori finali: in tale ambito infatti si registra in una prima fase la distinzione tra clienti idonei (quelli che acquistano una elevata quantità di elettricità o di gas) e clienti vincolati (i piccoli consumatori), valendo per questi e non per quelli un regime di transizione che precludeva la facoltà di scegliere il fornitore del servizio; dal 2003 per il gas e dal 2007 per l'energia elettrica tutti i consumatori sono ritenuti clienti idonei: ci si chiede se questo implichi la liberalizzazione della vendita ai consumatori, e cioè se siano venuti meno i poteri regolatori dell'Autorità. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che la trasformazione dei consumatori finali in clienti idonei ha eliminato la preclusione di cui si è detto in relazione alla facoltà di scegliere il fornitore, ma questo non rende di per sé concorrenziale il mercato e quindi superflua la funzione regolatoria: infatti, "il passaggio da forme di gestione dell'autorità riservate ai poteri pubblicistici verso un modello di mercato (non ancora totalmente concorrenziale, ma solo) contendibile, non fa venir meno l'esigenza di assicurare forme di tutela degli utenti attraverso l'esercizio della funzione regolatoria" (Cons. St., 27 ottobre 2003, n. 6628, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 3058). Una diversa soluzione, rileva la Trimarchi Banfi, sarebbe possibile solo se le leggi successive disponessero in tal senso.

Anche nel campo della dottrina economica le ragioni che avevano militato a favore dell'intervento diretto dello Stato nell'economia sono oggetto di un progressivo ripensamento. Si pensi allo sviluppo della c.d. Scuola di Chicago, in opposizione alla scuola keynesiana. Si veda in particolare, VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, 1973-1979, trad. it. *Legge, legislazione e libertà, Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, a cura di PETRONI e MONTI BRAGADIN, Milano, 1986, 314 e ss..

²⁹³ LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, cit., 39.

²⁹⁴ Sulla tematica vedi ancora una volta LIGUORI, *op. ult. cit.*, 40. Ad avviso di altra parte della dottrina, la prevalenza della cultura tecnico-amministrativa rende necessaria in certi ambiti l'istituzione di Autorità indipendenti (in questo senso vedi SORACE, *La riforma del diritto costituzionale delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, 791). Il ruolo garantista della legge non è peraltro superato. È infatti il legislatore a dover prevedere le regole per l'accesso degli operatori al mercato ed a conformare i poteri discrezionali e tecnici delle autorità di

materia di provvedimenti autorizzatori²⁹⁵, tanto che il controllo *ex ante* della p.a. viene sostituito dal controllo *ex post*, favorendo fenomeni di auto-amministrazione da parte del privato.

Ma, si badi, liberalizzazione nel caso che ci interessa non significa *liberazione dalle regole*: la libertà “*deve convivere con la regole, e con l'autorità che deve farle rispettare*”²⁹⁶.

Circa il rilievo assunto dal fenomeno della liberalizzazione, intesa in primo luogo come *sostituzione* dell'attività autorizzatoria di

regolazione, anche al fine di garantire il sindacato giurisdizionale sulle relative manifestazioni. Tale ultima tematica, che non mette conto di analizzare più approfonditamente, è comunque tra le più dibattute nell'attuale panorama dottrinale. È da condividere l'idea espressa da quella dottrina (LIGUORI, *La funzione*, cit., spec. 128 e ss.) che pone in luce, quanto alla questione dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-discrezionali, la frammentazione delle soluzioni a seconda dell'importanza (anche economica) degli interessi sottesi alle singole controversie. Dopo la svolta giurisprudenziale registratasi con una nota sentenza del 1999, nella quale il Consiglio di Stato ha ritenuto che il g.a. potesse vagliare la correttezza *tecnica* e non soltanto *logico-giuridica* della valutazione compiuto dall'amministrazione, si assiste infatti, in alcuni casi (ad esempio quando si tratta di valutare gli atti delle Autorità indipendenti), ad un progressivo affinamento delle tecniche del sindacato intrinseco (che peraltro resta debole), in altri casi (si pensi al sindacato sugli atti di valutazione ed idoneazione compiuti da commissioni di concorso), ad un arretramento su posizioni *vecchio stampo*, dove il sindacato giurisdizionale risponde alle fattezze del controllo di logicità e congruenza tipico dell'eccesso di potere. Sembra assai indicativa della prima tendenza (il giudice si mostra più *sprejudicato* nel modulare i contenuti della sua attività cognitoria e decisoria) la pronuncia con la quale il Consiglio di Stato (20 dicembre 2010, n. 2396, in www.giustamm.it, su cui si vedano le riflessioni svolte da SPAGNA, *Il Consiglio di Stato riduce di 270 milioni di euro la sanzione per l'abuso di posizione dominante attuato dall'Eni sul gasdotto tunisino*, in *Rivista NelDiritto*, 2011, 617 e ss.) ha rimodulato la qualificazione effettuata dall'Antitrust del tipo di abuso commesso (evidentemente ritenendo che il carattere tecnico della valutazione non fosse d'ostacolo ad un sindacato così penetrante) e per l'effetto ha sensibilmente decurtato l'importo della sanzione che era stata irrogata all'Eni. In questi settori sembra quindi agevolmente verificabile la veridicità dell'assunto secondo cui *jurer l'administration c'est ancor adiminister* (la massima, contenuta nella legge 16 agosto 1790 e nel *decret du 16 fructidor an III*, fu in seguito ripresa dall'ex Ministro della giustizia francese Henrion de Pansey, nel noto trattato sulla competenza dei giudici di pace). Aspetto questo evidenziato da SANDULLI A., *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2001, 1363, spec. par. 6, il quale, pur sottolineando i tratti di continuità con la tradizione, osserva che il passaggio dal metodo giurisdizionale al metodo giurisprudenziale si coglie in ciò, che “*il giudice amministrativo prende le mosse dall'esperienza amministrativa, ripercorre l'iter logico seguito dall'amministrazione e ne verifica la corrispondenza non soltanto con l'assetto normativo ma soprattutto con i principi e gli standards da esso elaborati (evidenziazione mia). Nel far ciò, necessariamente edifica il diritto amministrativo a sua immagine, conforma la realtà ai propri canoni, alla propria ideologia, contribuendo continuamente a trasformarlo. Il giudice amministrativo, dunque, parte dall'esperienza, dalla realtà, ma va di continuo oltre, poiché la eleva a simbolo e ne fa trasparire il lato ideale. Anch'egli quindi, come il corrispettivo d'oltralpe, è un jure qui governe*” nel senso [chiarito da NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1051 ss.] che il g.a. “*trae dal suo essere amministratore elementi che restituisce all'amministrazione tradotti, attraverso la sua attività di giudice, in canoni di comportamento*”. Riguardo all'atteggiamento di *retroguardia* serbato con riguardo a quelli

carattere vincolato con atti privati di natura dichiarativa comprovanti il possesso dei requisiti e presupposti previsti dalla legge o da un atto amministrativo a contenuto generale per lo svolgimento della ridetta attività, con salvezza dei controlli successivi e se del caso dei poteri inibitori e sanzionatori, può essere interessante notare che, in un recente disegno di legge costituzionale, si è addirittura pensato alla costituzionalizzazione di tale modello.

che la succitata dottrina chiama *affari minori* (LIGUORI, *loc. ult. cit.*) sia consentito rinviare al mio *La questione della sufficienza del voto numerico ai fini della motivazione di un giudizio di non idoneità nell'esame di abilitazione alla professione di avvocato torna al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Rivista NelDiritto*, 2010, 1376 e ss..

²⁹⁵ SCHINAIA, *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation di attività soggette a procedimenti autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1991, 184, spec. 187. Vedi inoltre CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, 629. In particolare, tale ultimo A., va fatta una preliminare chiarificazione circa gli esatti confini che separano nozioni come deregolazione, delegificazione, semplificazione, liberalizzazione, privatizzazione, codificazione che talvolta vengono invece assunte come aspetti diversi di una medesima realtà: “non è possibile pertanto costruire un comune paradigma – la semplificazione – di cui deregolazione, delegificazione liberalizzazione e privatizzazione sarebbero manifestazioni o mezzi. Non solo perché si finirebbe per conglobare in un unico concetto fenomeni diversi [...] ma anche perché la semplificazione costituisce un esito piuttosto limitato rispetto a tendenze imponenti come la deregolazione sicché sarebbe riduttivo qualificare questa solo come un mezzo di semplificazione”. In particolare, deve intendersi per deregolazione “la soppressione di regole di diritto pubblico che condizionano o limitano l'attività economica [in vari momenti della stessa: avvio, acquisto di fattori produttivi, processo produttivo, prodotto del processo produttivo e suo scambio, n.d.s.], senza sostituzione con altre regole di diritto pubblico. Con questo si vuole segnalare che la deregulation non comporta in assoluto la eliminazione delle regole: essa può essere abbinata ad una self-regulation [...] o ad un'estensione nel campo di applicazione delle norme di diritto privato”. L'autorevole dottrina citata si pone anche l'obiettivo di indagare sul perché all'idea che la produzione e lo scambio di beni e servizi debba essere regolato dal mercato e dalle sue leggi si sia progressivamente sostituita quella per cui in molti settori economici debba essere lo Stato ad assumersi la responsabilità della produzione o dello scambio o attraverso un intervento diretto o attraverso una disciplina pubblicistica correttiva delle regole (e degli squilibri) del mercato. Le cause sono le più disparate ed involgono più rami disciplinari, ed in definitiva la storia moderna dell'Occidente (e non solo). Rimanendo al profilo giuridico, ed utilizzando come chiave di lettura quella dell'individuazione dei fini dei regolatori, il Corso individua diversi gruppi di regole che stanno alla base delle leggi di intervento, nonché gli istituti che servono a disimpegnare la funzione di redistribuzione e quella di stabilizzazione. Orbene, il processo inverso alla irreggimentazione dell'attività economica privata, cui si assiste a partire dall'avvento di un'economia globalizzata, non si traduce peraltro nell'assenza di una regola: le vecchie regole pubblicistiche possono essere sostituite da altre regole, secondo lo schema della *ri-regulation*. Epperò, osserva l'A., si tratta appunto di “altre” regole: “volte a disciplinare il concorso tra gli operatori economici (a regolare il traffico) più che ad assoggettare l'iniziativa economia privata ai poteri amministrativi. Altre regole che ricordano più quelle del codice civile (al pari di esse rivolte a garantire il funzionamento di mercati concorrenziali tra soggetti che operano in condizioni di uguaglianza) che non quelle della tradizionale legislazione amministrativa [autorizzazioni, ammissioni, abilitazioni, riserve, concessioni, monopoli pubblici, determinazione autoritativa dei prezzi, predeterminazione del

Il riferimento è al d.d.l. 9 febbraio 2011, concernente Modifiche agli articoli 41, 97 e 118, comma quarto, della Costituzione²⁹⁷.

In specie, si propone di modificare l'art. 41 nei termini che seguono: “-L’iniziativa e l’attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge. – Non possono svolgersi in contrasto con l’utilità sociale, con i principi fondamentali della Costituzione o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. –La legge si conforma ai principi di fiducia e leale collaborazione tra le pubbliche amministrazioni ed i cittadini prevedendo i controlli successivi”.

Le novità, come si comprende, riguardano specificamente il primo ed il terzo comma: quanto al primo, si prevede la libertà tanto dell’iniziativa economica quanto dell’attività economica, a fronte della formulazione attualmente vigente per cui solo è oggetto della garanzia costituzionale soltanto “l’iniziativa”.

Vero è che un’autorevole dottrina²⁹⁸ ha voluto enfatizzare la diversità dell’espressione utilizzata dal Costituente nel primo (dove si parla di *iniziativa*) e nel terzo comma (dove si parla di *attività*) della disposizione, per concludere nel senso che mentre è libero il momento iniziale dell’impresa, quello successivo dello svolgimento dell’attività può essere variamente condizionato dalla legge, affinché tale attività sia indirizzata e coordinata a fini sociali; altrettanto vero è però che sia la dottrina che la giurisprudenza costituzionale hanno, come si è prima visto, obliterato simile distinzione, proponendo una lettura congiunta (e non disgiunta) del primo e del terzo comma dell’art. 41 Cost..

Per questo aspetto, quindi, la prospettata riforma costituzionale, intenderebbe semplicemente *registrare* il dato letterale all’interpretazione che di esso è costantemente praticata.

Più radicale, almeno stando a quanto si legge nella Relazione che accompagna il suddetto disegno di legge costituzionale²⁹⁹, la

contenuto dei contratti, ordini, divieti, standards, sanzioni amministrative, aggiunta mia]”.

²⁹⁶ Così LIGUORI, *Libertà economiche e poteri amministrativi*, Intervento al Convegno tenutosi presso la Facoltà di giurisprudenza della Facoltà degli Studi di Napoli Federico II. Il contributo è ancora inedito: ho sotto mano la versione dattiloscritta.

²⁹⁷ Il cui testo è agevolmente reperibile sul sito istituzionale del Governo in base ad una ricerca cronologica.

²⁹⁸ MAZZIOTTI, *op. cit.*, 157 e prima di lui ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 184.

²⁹⁹ Anche la Relazione è facilmente reperibile sul sito istituzionale del Governo.

ragione ispiratrice dell'altra modifica, quella canonizzata nel principio per cui "è consentito tutto ciò che non è espressamente vietato"³⁰⁰.

Ed infatti il processo di progressiva liberalizzazione dei processi economici, innescato prima e progressivamente alimentato poi dal diritto comunitario, meriterebbe di essere sancito in termini chiari ed inequivoci nello stesso dettato costituzionale: *"la modifica recata dal presente disegno di legge costituzionale intende, per l'appunto,*

³⁰⁰ Dubita della reale innovatività di questo principio il CARPENTIERI, *La riforma dell'art. 41 della Costituzione e la tutela del patrimonio culturale*, in *www.giustamm.it*, il quale si richiama alla dottrina di Carl SCHMITT (*Lo Stato borghese*, trad. it. A cura di NOCILLA, in *Diritto e Cultura*, 1998, 2, 12) secondo cui *"questo stato borghese di diritto è generalmente caratterizzato dal fatto di fondarsi sui diritti fondamentali degli individui e sul principio di separazione dei poteri. Con il che, mentre la libertà dei singoli si pone in linea di principio come illimitata, lo Stato e il suo potere si pongono, invece, come limitati. Allo Stato è permesso solo ciò che gli è precisamente prescritto [...] illimitata è al contrario la libertà personale dei singoli"*. L'opinione del citato A. è peraltro ancora più netta, laddove si cerca di dimostrare che il riconoscimento di un "superdiritto" di fare impresa può determinare *"il primato del potere economico produttivo sui diritti dell'uomo"*, e quindi che *"il proclamato liberalismo sotteso a questa proposta di riforma sembra incappare in un grande fraintendimento dagli esiti paradossali: confonde (e scambia) il diritto dell'individuo imprenditore (libertà di fare) con tutti i diritti degli individui cittadini, esaltando oltre ogni modo il primo, collocato al vertice della scala gerarchica di valori e della forza giuridica, e declassando e svalutando del tutto i secondi, che pure sono e restano i veri diritti individuali di marca liberale"*. Sennonché sembra condividere in pieno l'affermazione circa l'inutilità di una riformulazione del primo comma, perché l'aggiunta *"ed è consentito tutto ciò che non è espressamente vietato"* esprimerebbe un principio che già vige nel nostro ordinamento, e la cui esplicitazione potrebbe al più determinare – appunto – fraintendimenti, ma difficilmente la sovversione dei valori fondanti del nostro ordinamento un po' perché il secondo comma che si preoccupa di porre dei limiti alla libertà di impresa, coincidenti con il rispetto di alcuni valori irrinunciabili, rimarrebbe sostanzialmente immutato un po' perché si potrebbe continuare ad interpretare *sistematicamente* l'art. 41 Cost. sulla scia della proposta esegetica formulata in tempi ormai lontani (ed infatti formulata a tutt'altri fini) dallo Spagnuolo Vigorita, che potrebbe nondimeno conservare una sua utilità in funzione di limite all'interpretazione *ultra-liberale* della norma che si propone di introdurre. Quanto alla preoccupazione, pure manifesta dal CARPENTIERI, che la costituzionalizzazione del sistema dei controlli successivi determinerebbe la *degradazione* dell'azione amministrativa da funzione precettiva del caso concreto a funzione di prevenzione dei conflitti intersoggettivi, e se del caso a funzione sanzionatoria dei comportamenti scorretti (nello stesso senso vedi DE MINICO *Cambiare gli articoli 41 e 118 vuol dire annullare lo Stato*, in *Il riformista*, 22 febbraio 2011), sembra invece si dia per scontato che la *madre di tutte le liberalizzazioni* determinerebbe l'erosione della riserva (di legge o in base alla legge) in ordine alla fissazione delle condizioni minime ricorrendo le quali un'attività potrà essere svolta senza contrastare (quanto meno) con i valori fondamentali espressi dal secondo comma, ovvero ingesserebbe l'attività interpretativa (che anche l'amministrazione svolge) onde decifrare l'esatta portata (storicamente condizionata) di quei limiti. Oltre alla funzione precettiva del caso concreto ed a quella sanzionatoria vi è infatti una funzione programmatica, di fissazione a monte delle regole del gioco, che, come è ormai evidente, non necessita della base costituzionale del "desueto" art. 41, comma 3, nella sua attuale formulazione. Del resto la variabilità degli interessi generali che possono in qualche modo limitare la libertà di impresa può essere fronteggiata anche a normativa invariata. Lo dimostra il LIGUORI, *op. ult. cit.* (p. 5 del dattiloscritto) con una efficace ed erudita

riportare i valori culturali propri della Costituzione al quadro di riferimento europeo disegnato dal Trattato, non dimenticando che il principio della libera concorrenza, per quanto non recepito nel testo dell'articolo 41 novellato è ormai entrato nell'ordinamento giuridico costituzionale attraverso il nuovo testo dell'art. 117, comma secondo, lett. e)³⁰¹.

Al riguardo si nota ulteriormente nella citata Relazione che “*se è vero che il sistema misto presente nell'art. 41 si sia via via orientato verso un'interpretazione liberista che affermava il principio della libertà di impresa, e quindi nella sua pratica attuazione non è stato capace di legittimare un 'disegno globale dell'economia' da parte dello Stato per indirizzarla e coordinarla verso fini sociali, è pur vero che esso contiene in sé la capacità di legittimare singole e frammentarie disposizioni in grado di incidere sul sistema economico [...]*”.

Ed inoltre che se è vero che l'art. 41 non ha sinora impedito della normative di semplificazione, per altro verso “*nessuna legge di*

esemplificazione tratta dalla giurisprudenza della Gran Corte dei Conti del Regno di Napoli. Nella specie, i consoli dell'arte dei vetrai, richiamandosi alle antiche capitolazioni della corporazione, e segnatamente all'art. 5 della Capitolazione del 1674 che riservava ai vetrai stessi la vendita di “*vetri seu lastre*”, avevano chiesto all'intendente della provincia di Napoli di vietare ai commercianti di cristalli di vendere le *lastre* (termine che nel dialetto ha resistito al trascorrere del tempo) da applicarsi a balconi e finestre. L'intendente provvedeva ad imporre il divieto, sul presupposto che la ridetta attività produttiva fosse riservata ai vetrai. E siccome il Consiglio di intendenza aveva rigettato il ricorso presentato dai *mercantanti di cristalli*, gli stessi decidevano di adire il massimo giudice amministrativo dell'epoca, e cioè la Gran Corte dei Conti. L'organo giudicante, ferma restando la normativa richiamata, la reinterpreta alla luce dei mutati tempi e delle mutate esigenze: non più come la fonte di un privilegio che avvantaggia chi già opera nel mercato in questione, ma solo come una politica di indirizzo dell'economia. Ed infatti “*quando le arti erano rozze ancora e da pochi conosciute, onde professarle e universalizzarle per assicurare gli ingegni alla scoperta di nuove arti; di metodi novelli per la preparazione di quelle che già esistevano. Ma per le arti note e facili ad essere apprese ed esercitate da chiunque ne avesse avuto il pensiero*”, è con il “*concorso che promuovesi la prosperità dello Stato*”. Una volta diffusa la fabbricazione delle *lastre* non c'è più motivo di mantenere in vita la privativa a favore dei vetrai. Il citato A. quindi evidenzia che il pendolo autorità-libertà, che in materia di amministrazione dell'economia oscilla tra una visione che punta sull'intervento *salvifico e providenziale* dello Stato ed una che pretende di lasciare le attività produttive al governo delle sole leggi del mercato, può diversamente oscillare verso l'uno o l'altro estremo a seconda di quali (e quanti) interessi si assumono come affidati immancabilmente alla cura del pubblico potere, pur rimanendo invariata la normativa. Del tutto condivisibili sembrano invece le perplessità del Carpentieri in considerazione della natura per così dire incerta dello scenario che si dischiude sulla tutela giurisdizionale del terzo, considerato il tribolato percorso seguito in materia dalla giurisprudenza, da ultimo (proprio quando una soluzione in parte appagante era stata enucleata) contraddetta dal legislatore. Non sarebbe infatti accettabile che il ritirarsi del momento dell'autorità incida in senso sfavorevole sull'ampiezza (e prima ancora sulla certezza) della tutela giurisdizionale riservata al controinteressato.

³⁰¹ Così la Relazione di accompagnamento al ddl.

*complicazione ha mai potuto essere dichiarata incostituzionale in forza del testo attuale*³⁰².

Risulta però dall'esame in macroprospettiva della giurisprudenza costituzionale in precedenza svolta che il Giudice delle leggi ha sì (soprattutto in tempi meno recenti) ritenuto compatibile con l'attuale quadro costituzionale discipline di carattere *conservativo e protettivo*, ma ha altresì dichiarato l'incostituzionalità di normative che sono sembrate eccessivamente restrittive della libertà di iniziativa ed attività economica privata³⁰³, nel mentre si è data già contezza dell'orientamento della dottrina che parla di un *superamento* dell'art. 41, comma 3 Cost. per effetto del diritto comunitario³⁰⁴.

In altri termini, sembra che lo Stato possa puntare su politiche che valorizzano la libertà di impresa anche nell'attuale quadro costituzionale (come integrato dal diritto comunitario), e cioè a Costituzione invariata.

Stesso a dirsi (onde dimostrare la non necessarietà della riforma) del nuovo comma 3, che pretenderebbe di costituzionalizzare il sistema dei controlli successivi, o *ex post* come si era detto in un primo momento con inedito latinismo del legislatore costituzionale.

In un'intervista rilasciata al Corriere della Sera uno degli esponenti del Governo proponente il disegno di legge costituzionale in esame, dopo avere evidenziato che delle tecniche astrattamente utilizzabili per ridurre l'enorme massa di regole che soffocherebbe l'economia nazionale (e cioè l'abrogazione, la delegificazione e la semplificazione) nessuna sarebbe nella specie adeguata allo scopo, osserva che "*il nodo di Gordio, la metafora*

³⁰² Così ANTONINI, *Rinascere da un nuovo 41*, in *Il Sole 24ore*, 11 febbraio 2011.

³⁰³ Alle pronunce sopra citate *adde* quelle in tema di telecomunicazioni: ad esempio, Corte Cost., 10 luglio 1974, nn. 225 e 226, in *Riv. Dir. Ind.*, 1981, II, 13; Corte Cost., 17 ottobre 1985, n. 231, in *Foro It.*, 1985, I, 2829.

³⁰⁴ Alla dottrina prima citata *adde* CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, cit., spec. 640, ad avviso del quale "*l'art. 41 comma 3 Cost. autorizza certamente, tra le misure di indirizzo e coordinamento dell'economia a fini sociali, l'incentivazione economica, il finanziamento pubblico delle imprese, l'esonero da obblighi di contribuzione sociale, ecc.. Oggi tutto questo trova un limite nel divieto di aiuti di Stato stabilito dall'art. 92 del Trattato: il divieto di ausili finanziari pubblici che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza. Il sistema delle partecipazioni statali, orgoglio del sistema italiano degli anni Sessanta e Settanta, è oggi tendenzialmente squalificato sul piano della legittimità, come forma surrettizia di aiuto di Stato*", nonché CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2003, 91, che parla di "ibernazione" del comma 3 e contemporaneo "risveglio" del comma 1 dell'art. 41 Cost..

millenaria della semplificazione, non si scioglie ma si taglia con un colpo di spada. Con una norma che dia efficacia costituzionale e definitività al principio di responsabilità, all'autocertificazione, al controllo ex post [...]»³⁰⁵.

In disparte le considerazioni, svolte da taluno, riguardo al presunto ottimismo antropologico che starebbe alla base di siffatta costruzione³⁰⁶, rileva constatare che alle recenti riforme che hanno valorizzato istituti quali la SCIA si è provveduto (e opportunamente) a Costituzione invariata: anzi come si è detto il legislatore statale ha ritenuto di essere competente in materia sulla base della previsione che affida alla sua competenza la “tutela della concorrenza”.

Non c'è quindi bisogno di andare alla ricerca di un (altro?) fondamento costituzionale di simili interventi legislativi³⁰⁷.

³⁰⁵ TREMONTI, *Liberalizzare: le troppe leggi sono la tirannia da abbattere. Risposta a Piero Ostellino*, in *Corriere della Sera* 11 gennaio 2011.

³⁰⁶ MASSA PINTO, *Norma generale esclusiva e antropologia positiva (o perversa?): le implicazioni giuridico-costituzionali del ddl di revisione dell'art. 41 Cost.*, in *www.costituzionalismo.it*; nonché della stessa A., *L'innocenza della Costituzione e la sua difesa minima: in margine al dibattito sulla proposta di modifica dell'art. 41 della Costituzione*, *ivi*.

³⁰⁷ Del resto, la migliore dottrina costituzionalista ha sottolineato il carattere pretestuoso dell'annunciata riforma costituzionale, che servirebbe solo a deviare l'attenzione dell'opinione pubblica dall'incapacità della classe politica di concepire ed attuare riforme strutturali che favoriscano la ripresa economica. In questo senso, si è detto ad esempio che “*si discute di Costituzione per non affrontare i veri problemi*” (GIOVAGNOLI, A., *Art. 41 e libertà di impresa*, in *La Repubblica*, 19 giugno 2010); che “*siamo di fronte a tentativi dichiarati di liberarsi della Costituzione e “si addita questa norma come un ostacolo per fornire alla maggioranza un alibi per la sua perdurante incapacità di dare regole ragionevoli e per giustificare spallate pubbliche o private*” (RODOTÀ, *Chi svuota la Costituzione*, in *La Repubblica*, in 21 giugno 2010); oppure che “*la Costituzione non c'entra*” (ONIDA, *Meno lacci, che c'entra la Carta?*, in *Il Sole 24ore*, 8 giugno 2010) e che “*l'art. 41 non è che un alibi, uno scerme*” (AINIS, *L'impresa e l'alibi dell'art. 41*, in *La Stampa*, 8 giugno 2010), nel mentre si consiglia di “*non giocare con la Costituzione senza conoscerne la storia, le scelte operate, la complessiva struttura*” (RESCIGNO P., *Se il centrodestra gioca con la Costituzione*, in *La Repubblica*, 18 febbraio 2011). In senso complessivamente favorevole alla riforma, cfr. PERNA, *L'Italia ha bisogno di una nuova Costituzione Economica*, in *www.astrid-online.it*, il quale osserva che “*non è corretto sostenere che con il Trattato di Maastricht e con i successivi protocolli sia stato introdotto un formale vincolo al pareggio del bilancio dello Stato*”. Ed ancora: “*la fissazione di una regola che per quanto articolata, ‘procedimentalizzata’ e ‘flessibilizzata’ rimane una regola di natura comunque quantitativa, la previsione di una complessa trama di rapporti tra Stati ed Unione europea nella fase di fissazione degli obiettivi di indebitamento, quanto in quella di verifica dei risultati ed in quella, ancor più delicata, di applicazione delle sanzioni in caso di disavanzi eccessivi ha radicalmente compresso la discrezionalità finanziaria dello Stato, introducendo nella politica di bilancio elementi di eterodeterminazione che incidono profondamente sulla sua sovranità*”. Ne discenderebbe l'obsolescenza della nostra costituzione economica. Quanto alla riforma dell'art. 41 si rileva trattarsi di un terreno assai delicato rispetto al quale non può essere trascurato il rischio che “*una malintesa cultura del mercato, l'ipostatizzazione della categoria astratta della concorrenza perfetta, la dilatazione impropria del concetto di fallimento del mercato, la tentazione costruttivista di affidare alla legislazione la creazione dell'ordine sociale (ed economico) ottimale, finisca per produrre esiti opposti rispetto alle intenzioni*”.

In definitiva la (super) libertà di impresa rimarrebbe pur sempre una libertà regolata³⁰⁸.

È stato d'altra parte osservato che affidare al legislatore ordinario il ruolo di decisore di ciò che è vietato (e, di converso, di tutto ciò che non essendo vietato è consentito) rischia di vanificare la tutela costituzionale dell'iniziativa economica³⁰⁹.

Appare in ogni caso criticabile, sotto il profilo della teoria generale del diritto, l'idea di costituzionalizzare la norma generale esclusiva.

Come è stato autorevolmente posto in luce laddove sia prevista una norma generale esclusiva (è consentito tutto ciò che non è vietato) *“le norme non nascono mai da sole ma a coppie: ogni norma particolare, che potremmo chiamare inclusiva, è accompagnata, come se fosse la propria ombra, dalla norma generale esclusiva. Secondo questa teoria, non avviene mai che vi sia, al di là delle norme particolari, uno spazio giuridico vuoto, ma avviene bensì che al di là di quelle norme vi sia tutta una sfera di azioni regolate dalle norme generali esclusive”*³¹⁰.

È quanto accade nel nostro ordinamento nell'ambito della legislazione penale: siccome il diritto penale interviene ad irrogare sanzioni che incidono sul valore fondamentale della libertà personale la previsione dei comportamenti in corrispondenza dei quali è prevista la sanzione penale deve essere guidata dai principi di frammentarietà ed offensività (isolare – con chiarezza – nell'ambito delle varie condotte ipotizzabili tutte quelle e solo quelle che si assumono effettivamente lesive dei valori essenziali alla convivenza civile, e storicamente condizionati, nei quali impinge il legislatore).

Ma l'applicazione della norma generale esclusiva ha anche una ben nota conseguenza sul piano dei poteri interpretativi del giudice, che il confronto con il diritto penale ci aiuta ancora una volta a comprendere in tutta la sua portata: l'impossibilità di applicare il criterio dell'analogia per colmare eventuali lacune, anche laddove dovesse essere evidente una somiglianza tra il caso disciplinato e quello non disciplinato espressamente (non a caso nel diritto penale il divieto di analogia, ed in specie di analogia *in malam partem*, è sancito dalla legge).

³⁰⁸ Vedi al riguardo le considerazioni più ampie svolte nelle note precedenti.

³⁰⁹ DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione*, in www.amministrazioneincammino.it.

³¹⁰ BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 149-150.

La conclusione per cui anche nell'ambito delle attività economiche debba valere tale regola sembra invero contrastare con alcune caratteristiche proprie dell'ordinamento costituzionale: le disposizioni di principio (tra le quali senz'altro figura l'art. 41 Cost.) sono per natura incompatibili con la vigenza della norma generale esclusiva; in particolare ciò varrebbe allorché si pretenda di interpretare una norma di legge in senso costituzionalmente conforme. Ed infatti “*i principi costituzionali* (specie in regime di Costituzione rigida, n.d.s.) necessitano di attuazione politica (evidenziazione mia) *attraverso procedimenti di bilanciamento soggetti al controllo di ragionevolezza da parte della Corte Costituzionale*”³¹¹.

Per quanto sia allo stato molto improbabile che la riforma giunga a compimento, il legislatore ha in qualche modo fornito un'*anticipazione*³¹² della stessa attraverso la previsione dell'art. 3 del d.l. 138 del 2011, conv. in l. 148 del 2011³¹³, ancorché visto il rango della fonte (non costituzionale ma ordinaria) la spada brandita (sia consentito l'utilizzo della metafora tremontiana) sia molto meno affilata.

In specie, si impone ai Comuni, alle Province, alle Regioni e allo Stato di adeguare i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge. Si riprende chiaramente, quindi, il principio che campeggia nella futuribile nuova versione dell'art. 41 Cost. (nonché il disposto dell'art. 29, comma 1-*bis* del d.l. 98 del 2011, secondo cui “ciò che non sarà espressamente regolamentato sarà libero”): le limitazioni a tale principio sono indicate tassativamente dalla disposizione che prevede deroghe alla libertà (potremmo dire incondizionata) di impresa solo nei casi di vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, contrasto con i principi fondamentali della Costituzione, danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale, disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali o vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale, disposizioni relative all'attività

³¹¹ MASSA PINTO, *op. ult. cit.*

³¹² In questi termini, CARPENTIERI, *op. ult. cit.*

³¹³ Non a caso nella formulazione proposta prima del noto maxiemendamento, la norma si apriva con una sorta di profezia che così suonava “in attesa della riforma dell'art. 41”.

di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportino effetti di finanza pubblica³¹⁴.

Interessante anche la clausola di abrogazione automatica prevista dal comma 3: tutte le disposizioni di legge statale in contrasto con la previsione del primo comma saranno travolte automaticamente dopo un anno dall'entrata in vigore della legge di conversione. Non è questa la sede più opportuna per analizzare *funditus* le norme della manovra: sia sufficiente aver messo in luce la continuità della sua filosofia ispiratrice con il progetto neo-liberista che sostanzia di sé (sospinto, come è stato notato, da un notevole *ottimismo antropologico*) la proposta riforma costituzionale.

Per quanto, come meglio si comprenderà dopo aver compiutamente esaminato la normativa comunitaria in materia di divieto di aiuti di Stato – normativa che svolge rispetto alla materia del finanziamento pubblico alle attività economiche una funzione parzialmente negativa (parzialmente perché a certe condizioni gli aiuti sono possono essere autorizzati) – e tenuto conto delle norme in tema di fondi strutturali e politiche di coesione economica e sociale da parte dell'UE (aspetto che non interessa la presente ricerca) – che invece svolgono una funzione per così dire positiva, perché, sebbene per finalità e con obiettivi che sfuggono alla programmazione (e quindi alla sovranità) dei singoli Stati membri, esse pur sempre prevedono delle forme di sostegno che, almeno nelle linee essenziali, ricordano la filosofia interventista, o comunque una filosofia non compatibile con quella dello “Stato minimo” –, sia assunto ampiamente condivisibile quello per cui l'amministrazione dell'economia presenta oggi una dimensione nuova (e formalmente diversa) rispetto a quella tradizionale, sarebbe tuttavia apodittico ritenere che, così come prima del Trattato di Maastricht (che ha posto le basi per un'accelerazione del processo di integrazione comunitaria) il ruolo dello Stato nell'economia fosse quello di “attore”, così dopo tale momento si esaurisca nella funzione di regolare, arbitrare, sanzionare attività

³¹⁴ Esprime dubbi sulla valenza precettiva di tali proposizioni il CARPENTIERI, che nota che la norma “*sembra postulare l'idea che, nell'ambito dei divieti posti dalla legge a tutela di beni-interessi-valori ivi indicati, le singole amministrazioni debbano selezionare quelli indispensabili alla tutela rispetto a quelli non necessari che saranno per ciò solo da abolire [...]. Soprattutto non è stabilito chi e con quali strumenti giuridici debba decidere ciò che è indispensabile – che resta in vigore – da ciò che non lo è – e che perciò è destinato ad essere abrogato decorso il termine di legge*”.

economiche che, in via fisiologica, sono lasciate al governo esclusivo delle leggi economiche del mercato.

6. Segue: la disciplina razionalizzante contenuta nel d.lgs. 123 del 1998. Ricognizione dei principi ispiratori della normativa. Interpretazione delle principali disposizioni. In specie: rapporto con la disciplina comunitaria; schemi procedurali; l'art. 6, comma 4, come modello di accordo sostitutivo ex art. 11 l. 241 del 1990 (rinvio).

Sembra prova evidente di ciò l'avanzare di un'istanza di razionalizzazione del sistema degli incentivi pubblici all'economia che, sul finire degli anni '90, in un contesto particolarmente attento (su di un piano non solo settoriale ma generale) alle esigenze della semplificazione (vedi ad esempio quanto disposto dall'art. 20 della l. 59 del 1997 ovvero alle previsioni del d.lgs. 112 del 1998 in tema di distribuzione di competenze in materia di agevolazioni pubbliche

ed in materia di Sportello Unico per le attività produttive³¹⁵), trova sbocco nelle norme del d.lgs. 123 del 1998³¹⁶.

I principi cui si ispira tale intervento del legislatore sono: la trasparenza, efficienza organizzativa, 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

³¹⁵ In particolar modo si tratta di un ufficio comunale chiamato a svolgere attività di assistenza alle imprese attraverso un'attività che "consiste, in particolare, nella raccolta e nella diffusione anche in via telematica, delle informazioni concernenti l'insediamento e lo svolgimento delle attività produttive nel territorio regionale, con particolare riferimento alle normative applicabili, agli strumenti agevolativi" (così l'art. 23, comma 2, del d.lgs. 112 del 1998). Merita di essere segnalata la recente adozione del d.p.r. 160 del 2010, volto a semplificare e razionalizzare, nel contesto di una delegificazione (art. 38, comma 3, d.l. 112 del 2008, con in l. 133 dello stesso anno), il quadro normativo in materia. In specie il SUAP viene individuato quale unico referente pubblico a livello territoriale "per tutti i procedimenti che abbiano ad oggetto l'esercizio di attività produttive e di prestazione e di servizi, e quelli relativi alle attività di localizzazione, realizzazione, ristrutturazione, o riconversione, ampliamento o trasferimento, nonché cessazione o riattivazione delle suddette attività, ivi compresi quelli di cui al decreto 26 marzo 2010, n. 59 [attuativo della c.d. direttiva Bolkestein]" (art. 2 del citato d.p.r.); ciò implica che "le comunicazioni al richiedente sono trasmesse esclusivamente dal SUAP; gli altri uffici comunali e le amministrazioni pubbliche diverse dal comune, che sono interessati al procedimento, non possono trasmettere al richiedente atti autorizzatori, nullaosta, pareri o atti di consenso comunque denominati e sono tenuti a trasmettere al SUAP tutte le denunce, le domande, gli atti e la documentazione ad esse eventualmente presentati, dandone comunicazione al richiedente" [ciò implica che lo Sportello Unico è l'unico referente per i procedimenti suddetti non soltanto per il cittadino ma anche per le altre amministrazioni a vario titolo coinvolte negli stessi, n.d.s.] (art. 4, comma 2). È interessante notare, ed è stato in altra sede notato (*Ancora su s.c.i.a.*, cit.), che il comma 5 dell'art. 4 del regolamento in esame, letto in combinato disposto con il successivo comma 7, ha indotto (o comunque poteva indurre) nell'equivoco di considerare la SCIA come un provvedimento tacito. In particolare, il comma 4 dell'art. 5 prevede che qualora sia stata presentata una SCIA lo Sportello Unico, verificata la completezza formale della segnalazione e dei relativi allegati, rilascia con procedura informatica una ricevuta che, ai sensi del successivo comma 7, "costituisce titolo autorizzatorio ai fini del ricorso agli ordinari rimedi di tutela dei terzi e di autotutela dell'amministrazione" (sul punto vedi AMOVILLI, *Le "complicazioni" in materia di semplificazione amministrativa – Brevi note in tema di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA)*, in www.giustamm.it). E ciò testimonia che le antinomie tra norme di legge e orientamenti della giurisprudenza (con specifico riguardo alla materia di che trattasi, non volendosi e non potendosi compiere in questa sede un discorso generale) non sono un fenomeno inedito: il segnato riferimento è a quanto disposto dall'art. 19, comma 6-ter, della l. 241, introdotto dal d.l. 138 del 2011, che se per un verso ha concordato con la Plenaria - che a sua volta recepiva il più solido ed ormai risalente orientamento della dottrina - circa la qualificazione dell'istituto della SCIA in termini di *liberalizzazione*, per altro verso ha diversamente modulato la tutela del terzo che dovendosi svolgere "esclusivamente" nella forma del ricorso avverso il silenzio inadempiuto non potrà più compendiarsi nei raffinati (per quanto non esenti da censure critiche) modelli di tutela elaborati dalla Plenaria, dopo un tribolato percorso, appena qualche settimana prima. Sul punto, alla dottrina sopra

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

citata adde GALLO, *L'articolo 6 della manovra economica d'estate e l'adunanza plenaria n. 15 del 2011*, in *www.giustamm.it*, nonché LAMBERTI, *L'Adunanza Plenaria si pronuncia sulla DIA*, in *Urb. e app.*, 2011, 1185.

³¹⁶ Su cui vedi in generale MANZELLA, *Il decreto legislativo*, cit., spec. 887, che così fotografa la realtà normativa antecedente all'entrata in vigore del provvedimento: "esclusivamente considerando la normativa nazionale, sono 76 i procedimenti d'ausilio finanziario alle attività economiche e produttive attualmente vigenti nel nostro ordinamento. Frutto di 51 norme di rango legislativo, adottate a partire dagli anni cinquanta, essi prevedono la partecipazione di 21 soggetti attuatori: di cui dodici amministrazioni dello Stato e nove soggetti di natura pubblica e privata. Considerati sotto il profilo oggettivo, gli ausili si sostanziano, in misura preponderante, in contributi in conto capitale o conto interessi, o, più spesso, in forme miste di utilizzo dei due strumenti. Minore spazio è, invece, attribuito agli strumenti di intervento maggiormente innovativi. L'ambito delle attività finanziabili è ampio quasi onnicomprensivo. Sotto lo stimolo di 'retoriche' diverse – l'ammodernamento del processo produttivo, la necessità di interventi di natura congiunturale, l'esigenza di preparare le imprese nazionali ad un'accresciuta concorrenza internazionale, la promozione di determinate aree geografiche del Paese e di un più ampio pluralismo imprenditoriale – tutte le industrie ed ogni categoria di imprenditori, si può dire, hanno la loro legislazione di sostegno. Non solo. La definizione stessa di attività finanziabile conosce un'estensione del proprio ambito oggettivo, coprendo, in sintonia con lo svilupparsi dell'economia, uno spettro di investimenti progressivamente più ampio ed immateriale". Insieme con la migliore dottrina va sottolineata infatti la polifunzionalità della sovvenzioni: parla di un "ventaglio funzionale praticamente illimitato" GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, cit., 691-692; di "moltiplicazione delle forme, delle occasioni di impiego e delle reciproca concatenazione delle ingerenze pubbliche in campo economico" lo SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici*, cit., 9. Vedi a titolo puramente esemplificativo, e rimanendo agli interventi dell'ultimo ventennio circa: la l. 181 del 1989, di conversione del d.l. 120 dello stesso anno a favore del settore siderurgico; la l. 317 del 1991 a favore della piccola impresa; la l. 237 del 1993 (di conversione del d.l. 149 del 1993) che prevede interventi volti alla ristrutturazione, razionalizzazione e riconversione produttiva dell'industria bellica; la l. 321 del 1996 (di conversione del d.l. 321 del 1996) che ha previsto agevolazioni finanziarie per la realizzazione dei mercati agro-alimentari all'ingrosso. Tuttavia, volendo ampliare la prospettiva di indagine al di là dei provvedimenti legislativi che prevedono incentivi a favore dell'attività produttiva, dovrebbero prendersi in considerazione, perché riconducibili "alla medesima finalità di 'governo' del sistema" (così MANZELLA, *Gli ausili*, cit., 3730): i finanziamenti ad enti pubblici cui lo Stato contribuisce in via ordinaria (vedi ad esempio la l. 836 del 1978 che prevede l'erogazione annuale di contributi all'Ente teatrale italiano su presentazione del programma di attività); i contributi ad associazioni private che perseguono finalità ritenute meritevoli di sostegno pubblico (l. 444 del 1998, che prevede contributi per società di cultura ed associazioni ambientaliste); gli ausili a privati che siano proprietari di beni di pubblico interesse (artt. 41, 42 e 43 del d.lgs. 490 del 1999; vedi oggi artt. 35 e ss. del Codice del paesaggio, d.lgs. 42 del 2004); le sovvenzioni previste dai contratti di servizio dirette al riequilibrio finanziario dei gestori di pubblici servizi, aspetto di cui si dirà più ampiamente in seguito (d.lgs. 422 del 1997); gli aiuti ai cittadini che si trovino in situazioni ritenute meritevoli

sovvenzione lorda o netta. In ogni caso tale modalità di calcolo non è applicata ai regimi di aiuto secondo la regola *de minimis* [...]”³¹⁷; 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 rivalutazione³¹⁸.

Il terzo comma della richiamata disposizione invece disciplina 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 vada intesa come scelta di ordine dogmatico) alla qualificazione della posizione degli interessati all’erogazione dell’incentivo in termini di *diritto finanziariamente condizionato* (“I

di protezione dall’ordinamento (si vedano ad esempio i contributi a valere sul Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive o dell’usura: d.lgs. 44 del 1999); finanziamenti finalizzati alla ricostruzione a seguito di calamità naturali (vedi ad esempio la l. 35 del 1995; la l. 74 del 1996; la l. 61 del 1998) ovvero all’edilizia residenziale economica e popolare (vedi il Programma sperimentale per la riduzione del disagio abitativo, di cui all’art. 3 l. 21 del 2001). Per una completa rassegna delle leggi in materia di ausilio finanziario alle imprese, per quanto si arresti al principio degli anni ’70, v. SERRANI, *Lo Stato*, cit., specie la prima parte.

³¹⁷ Sul punto, il MANZELLA, *Il decreto legislativo*, cit., 909, evidenzia che l’importanza di tale norma risiede nell’impulso fornito all’ottenimento della piena compatibilità della legislazione nazionale con i principi comunitari. Ed infatti, i dati esaminati dall’Autore (riferibili al periodo immediatamente precedente all’entrata in vigore del d.lgs. 123) mettono in luce “*la mancata metabolizzazione dei principi comunitari nella legislazione in materia*”. Si conclude nel senso che “*il richiamo contenuto nella norma ha, dunque, la sua importanza e – al fine di evitare l’insorgere di situazioni di affidamento in capo ai beneficiari degli aiuti ed allo scatenarsi di effetti domino con i partners dell’Unione – dovrebbe portare ad un’attenta istruttoria in sede di adozione delle normative di sostegno diretta a verificarne la congruenza con i principi del Trattato e gli orientamenti in ordine alla loro concreta applicazione*”.

³¹⁸ Assumono al riguardo specifico interesse le disposizioni del d.m. 20673 del 2006, che fissano il tasso da applicare alle operazioni di attualizzazione/rivalutazione ai fini della concessione di agevolazioni in favore delle imprese successivamente al 1° gennaio 2006 al 3,7% (saggio incrementato al 5,59% per le operazioni a partire dal 2008 e ridotto al 2,24% per quelle a partire dal 2010).

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 procedimentali, 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

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 tale 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 discrezionali³¹⁹ 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 1995³²⁰: 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.

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

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

³¹⁹ Nella medesima logica si inquadra il principio generale dell'auto-limite all'esercizio del potere discrezionale, di cui si è detto *retro spec. par. 2*.

³²⁰ GU 15 dicembre 1995, n. 292.

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, invece, “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*”³²¹.

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*

³²¹ MANZELLA, *op. ult. cit.*, 911.

*quelli che prevedono, nell'ambito delle fasi di concessione e di erogazione, momenti di flessibilizzazione dell'azione amministrativa*³²².

Vero è infatti che 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.

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-contratto³²³), ma *sostitutivo* della stessa, con il limite della conformità a quanto previsto nel bando³²⁴.

Ai fini della ricostruzione dogmatica che si intende in seguito proporre, 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

³²² *Id.*, *loc. ult. cit.*

³²³ Sul quale si tornerà in seguito. Ma vedi da adesso GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965.

³²⁴ Sulla qualificazione di tale fattispecie come accordo sostitutivo ex art. 11 della l. 241 – concordemente a quanto ritiene GRECO G., *Accordi*, cit., 156, in nota - si rinvia a quanto sarà osservato nell'ultimo capitolo di questo lavoro. Qualifica la fattispecie disciplinata dall'art. 6, comma 4, in termini di concessione contratto ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche*, cit., 50.

schema bilaterale e consensuale, avvicinabile, 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 legislatore³²⁵) 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;

³²⁵ Il credito d'imposta rappresenta il principale strumento agevolativo concesso alle imprese in aree depresse in deroga all'art. 87, comma 3, lett. a) e c) del Trattato, e quindi previa autorizzazione della Commissione. Senza pretesa di esaustività possono qui ricordarsi, per la loro notevole rilevanza da un punto di vista per così dire quantitativo, le agevolazioni concesse nella forma in esame dalle cosiddette Visco Sud (Tremonti Sud) e Nuova Visco Sud. Quanto al primo intervento - autorizzato con decisione del 13 marzo 2001, SG (2002) D/268841 - si tratta del credito d'imposta riconosciuto dall'art. 8 della l. 388 del 2000 e ss. mm. (finanziaria 2001), per il periodo 2001-2006, a favore delle imprese che effettuavano investimenti in beni strumentali nuovi destinati a strutture produttive localizzate nelle aree svantaggiate. Quanto al secondo intervento, autorizzato con decisione C (2008) 380 *cor* del 25 gennaio 2008, relativo al periodo 2007-2013, va richiamato il disposto dei commi da 271 a 279 della l. 296 del 2006 (finanziaria 2007). L'intervento agevolativo concerne l'acquisizione di beni strumentali nuovi connessi ad un "progetto di investimento iniziale", destinati a strutture localizzate nelle aree svantaggiate (Calabria, Campania, Puglia, Sicilia, Basilicata, Sardegna, Abruzzo e Molise). Per quanto i due interventi si siano succeduti senza soluzione di continuità, essi sono sostanzialmente distinti, come dimostra la circostanza che non sono agevolabili con il credito *ex lege* 296 interventi che siano la prosecuzione di quelli riguardati dalla l. 388 del 2000. Sul tema, che intercetta chiaramente le competenze del tributarista ed al quale quindi si può in questa sede dedicare solo un richiamo incidentale, il lettore curioso potrà vedere Russo, RUSSETTI, *Le agevolazioni alle imprese*, Milano (IPSOA), 2010.

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;
- 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 stanziata 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*³²⁶.

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 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

³²⁶ I brani sono tratti da CASTRONOVO V., *Storia economica d'Italia*, Torino, 1994, 433. L'espressione "incentivi a pioggia", ampiamente usata, è di IPSEN, *Öffentliche Subventionierung Privater*, Berlino-Colonia, 1956, spec. 14.

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 punitiva³²⁷. 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”³²⁸;

- 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 1997³²⁹, infatti, gli artt. 10 e 11 prevedono il

³²⁷ GALASSO, voce *Finanziamenti pubblici*, in *Nov.ss.mo Dig. It.*, Appendice, vol. III, Torino, 1982, 774 e ss..

³²⁸ MANZELLA, *op. ult. cit.*, 916, che in nota svolge due ulteriori interessanti notazioni sulla norma sanzionatoria: in primo luogo sembra che il legislatore abbia avuto un atteggiamento particolarmente severo, come si evince dal confronto con altre normative. Ad esempio, se come abbiamo visto il d.lgs. 123 del 1998 prevede il cumulo automatico tra la revoca e la sanzione amministrativa pecuniaria (“in caso di revoca degli incentivi *si applica* anche una sanzione amministrativa”), nella precedente normativa la sanzione era automatica soltanto nei casi di maggiore gravità, gravità parametrata per lo più in considerazione dell'importo dell'incentivo erogato (vedi ad esempio l'art. 1 del d.l. 244 del 1995, conv. in l. 341 del 1995). In secondo luogo, deve constatarsi l'assenza di parametri espliciti che guidino l'amministrazione nella decisione circa la sanzione da applicare.

³²⁹ Secondo cui: “1. Al fine di effettuare attività di valutazione e controllo sull'efficacia e sul rispetto delle finalità delle leggi e dei conseguenti provvedimenti amministrativi in materia di sostegno alle attività economiche e produttive, il Governo, entro il mese di aprile di ogni anno, presenta alle Commissioni del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati competenti in materia industriale una relazione illustrativa delle caratteristiche e dell'andamento, nell'anno precedente, dei diversi provvedimenti in materia di sostegno alle attività economiche e produttive, tracciando per ciascuno di essi un quadro articolato territorialmente delle somme impegnate e di quelle erogate, degli investimenti attivati e dell'impatto occupazionale attivato e quant'altro sia ritenuto utile per una valutazione dei provvedimenti in questione. Detta relazione dovrà, inoltre fornire sempre in forma articolata, elementi di monitoraggio, rispetto agli andamenti degli anni precedenti, nonché l'illustrazione dei risultati dell'attività di vigilanza e di controllo esercitata dal Governo anche nei confronti di società o enti vigilati dalle pubbliche amministrazioni, ovvero dalle medesime direttamente o indirettamente controllati, al fine di

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 attorno a procedure e strumenti inadatti ai nuovi contesti nei quali si svolge l'attività di queste ultime”*³³⁰. Sono previsti anche specifici obblighi informativi in capo alle amministrazioni (art. 11, comma 4).

mettere in grado le Commissioni di valutare l'efficacia di detti provvedimenti. 2. Le Commissioni parlamentari, nella loro attività di valutazione e controllo di cui al comma 1, possono richiedere informazioni ed elementi conoscitivi relativi a singoli soggetti pubblici e privati beneficiari di finanziamenti derivanti da leggi e provvedimenti di sostegno alle attività economiche e produttive direttamente alla struttura di cui al comma 3. 3. Al fine di corrispondere alle esigenze informative e di monitoraggio sugli effetti dei provvedimenti di sostegno alle attività economiche e produttive è istituita presso il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato una apposita struttura, utilizzando le risorse di personale e strumentali in essere presso il medesimo. 4. I soggetti pubblici e privati, beneficiari di finanziamenti derivanti da leggi e provvedimenti di sostegno alle attività economiche e produttive, sono tenuti a fornire al Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato ogni elemento informativo relativo all'utilizzazione di detti finanziamenti, ritenuto dal medesimo utile per le attività di cui al presente articolo. 5. Le Commissioni parlamentari di cui al comma 1 possono riferire alle Assemblee delle Camere con una relazione annuale da presentare prima dell'inizio della sessione di bilancio”.

³³⁰ MANZELLA, *op. ult. cit.*, 918.

Capitolo III

Le sovvenzioni nel quadro del diritto comunitario

1. L'intervento dello Stato nell'economia secondo il diritto comunitario. In specie, i diritti speciali ed esclusivi (ovvero dell'interpretazione evolutiva dell'art. 86 TCE): introduzione al tema. L'art. 31 TCE: il riordino dei monopoli commerciali. Principali questioni applicative. Le imprese pubbliche: aspetti definatori. I diritti speciali ed esclusivi: l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria: approfondimento.

Come ha messo in luce la dottrina³³¹ il primo aspetto che rileva nell'analisi delle norme del Trattato comunitario che, nell'ottica di tutelare l'assetto concorrenziale del mercato, si rivolgono agli Stati - e non alle imprese - è quello che concerne la neutralità dell'ordinamento comunitario rispetto al regime pubblico o privato della proprietà vigente nei diversi ordinamenti nazionali.

Ne discende che *“l'intervento pubblico nell'economia non è come tale precluso, ma solo in quanto e nella misura in cui si esaurisca in, o determini, una violazione delle norme del Trattato”*³³².

In particolare, ai sensi dell'art. 86 del Trattato CE (oggi art. 106 TFUE) *“gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente Trattato”*, specie quelle dirette a tutelare l'assetto concorrenziale del mercato unico.

In una prima fase, si è ritenuto che la mera esistenza di un monopolio non implica di per sé, ed in linea di principio, violazione del Trattato³³³; tale principio è peraltro fortemente ridimensionato, nella sua portata concreta, dalla giurisprudenza comunitaria secondo cui non è possibile adottare o mantenere misure che privino di qualsiasi effetto utile la disposizione dell'art. 86.

³³¹ TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2003, 727.

³³² Cfr. ancora TESAURO G., *loc. ult. cit.*. Vedi però CORSO, *Pubblica amministrazione*, cit., secondo il quale *“anche se l'impresa pubblica non è bandita dal diritto europeo, l'applicazione nei suoi riguardi delle regole della concorrenza fa venir meno l'utilità della sua istituzione: sol che si consideri che le imprese pubbliche sono state create dai pubblici poteri perché operassero in situazioni di monopolio o di oligopolio”*.

³³³ In questo senso si esprime la giurisprudenza comunitaria meno recente: CGCE, 19 maggio 1993, in causa C-320/91, sul noto caso *Corbeau*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1994, 159; 18 giugno 1991, in causa C-260/89, in (come tutte le pronunce del giudice comunitario per le quali non sia segnalata una diversa collocazione) www.curia.europa.it sul caso ERT.

E quindi, se ricorreva tale ultima eventualità, il monopolio era contrario al diritto comunitario.

Si ricordi al riguardo la giurisprudenza in tema di illegittimità di misure che prevedessero diritti esclusivi concernenti l'importazione o la commercializzazione di beni e servizi³³⁴ ovvero l'imposizione dell'obbligo (in specie nei riguardi delle emittenti televisive) di servirsi di un'impresa pubblica per l'approvvigionamento di un certo bene o servizio³³⁵.

Più variegato l'atteggiamento della giurisprudenza riguardo ai diritti esclusivi di produzione di beni e servizi: ma la tesi che è sembrata in definitiva prevalere è quella secondo cui *“sebbene il semplice fatto di creare una posizione dominante mediante la concessione di diritti esclusivi ai sensi dell'art. 90, n. 1 [art. 86 TCE ed ora art. 106 TFUE] del Trattato non sia di per sé incompatibile con l'art. 86 [vedi l'art. 82 TCE ed ora art. 102 TFUE], uno Stato membro contravviene ai divieti posti da queste due disposizioni quando l'impresa di che trattasi è indotta, con il mero esercizio dei diritti esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante o quando questi diritti sono atti a produrre una situazione in cui tale impresa è indotta a commettere abusi di tal genere”*³³⁶.

Affinché dunque la creazione, il mantenimento ovvero l'estensione di un regime di esclusiva risulti compatibile con il diritto comunitario è necessario che le restrizioni al libero gioco concorrenziale che da tale regime speciale derivano siano giustificate in funzione di un interesse generale dello Stato che sia coerente con gli interessi della Comunità.

Si è imposta allora, sostanzialmente, una lettura congiunta dei primi due commi dell'art. 86, nel senso che *“la concessione e il mantenimento di diritti speciali ed esclusivi sono leciti solo rispetto ad imprese che effettivamente svolgono un ruolo di interesse generale o servizio pubblico che dir si voglia e solo ed esclusivamente nella misura in cui le limitazioni alla*

³³⁴ CGCE, 3 febbraio 1976, in causa C-59/75, *Manghera*; CGCE, 19 marzo 1991, in causa C-202/88, in *Racc.*, 1223.

³³⁵ CGCE, 25 luglio 1991, in causa C-353/96, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1992, 637.

³³⁶ CGCE, 18 giugno 1998, in causa C-266/96, sul noto caso Corsica Ferries France c. Ormeggiatori Genova, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1999, 223; in termini: 10 dicembre 1991, in *Foro It.*, 1992, IV, 489; 23 aprile 1991, in causa C-41/90 in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1992, 601, con nota di ROMANO TASSONE, *Monopoli pubblici e abuso di posizione dominante* (1322); 5 ottobre 1994, in causa C-23/93, in *Cons. St.*, 1994, II, 1739; 14 dicembre 1995, in causa C-430/93; 11 dicembre 1997, in causa C-55/9, in *Foro It.*, 1998, IV, 247, con nota di DI VIA; 12 settembre 2000, in causa C-184/98, in *Racc.* I-6451; 22 maggio 2003, in causa C-355/00, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2004, 672, con nota di PETRUZZO.

*concorrenza che ne derivano siano strettamente funzionali all'assolvimento di quegli obblighi di servizio pubblico*³³⁷.

La disposizione dell'art. 86 va letta in necessaria correlazione con quella dell'art. 31 (vedi ora l'art. 37 TFUE) secondo cui “gli Stati membri procedono a un riordinamento dei monopoli nazionali che presentino un carattere commerciale”, così che sia evitata qualsiasi discriminazione tra i cittadini di diversi Stati membri in relazione all'approvvigionamento ed agli sbocchi.

Chiarisce il secondo comma che l'obbligo di riordino contemplato nel comma precedente si riferisce unicamente agli organismi pubblici per mezzo dei quali “uno Stato membro, *de jure* o *de facto*, controlla, dirige o influenza sensibilmente, direttamente o indirettamente, le importazioni o le esportazioni fra gli Stati membri”.

Sono quindi esclusi dall'ambito applicativo della norma i c.d. monopoli di fatto, cioè quelle situazioni in cui l'impresa privata abbia raggiunto in via del tutto autonoma una posizione egemone nel mercato di riferimento: piuttosto occorrerà verificare, come pure prima si rilevava, anche con riguardo all'impresa monopolista pubblica, se la situazione di monopolio possa favorire la tenuta di comportamenti abusivi, tali da ricadere nel divieto di cui all'art. 82.

L'art. 31 concerne quindi, si diceva, gli “organismi pubblici”, vale a dire i soggetti istituiti con atto pubblico e controllati direttamente o indirettamente dallo Stato.

³³⁷ TESAURO G., *Diritto comunitario*, cit., 731. In particolare, segue tale tipo di impostazione la nota sentenza *Corbeau*. La Corte era chiamata a valutare la compatibilità comunitaria della normativa belga che attribuiva alla *Régie de postes* l'esclusiva di una serie di servizi postali. Il giudice comunitario ha rilevato che la condizione per affermare la legittimità di una misura che attribuisca diritti esclusivi o speciali è che siffatta misura sia giustificata da ragioni di carattere oggettivo. Da una lettura congiunta dei primi due commi dell'art. 86 si evince quindi che gli Stati membri possono conferire ad imprese, cui sia attribuita la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi solo se ed in quanto la limitazione della concorrenza (al limite anche la totale esclusione) che ne deriva si spieghino in ragione della necessità di assicurare che l'impresa adempia alla sua specifica funzione di servizio pubblico. L'interpretazione dei primi due commi dell'art. 86 deve cioè avvenire utilizzando la medesima chiave di lettura. Ed allora, con specifico riferimento ai servizi oggetto di esclusiva nel caso esaminato (corrispondenza indirizzata all'estero e corriere espresso), la Corte di Giustizia ha reputato che l'esclusione della concorrenza conseguente alla previsione di un regime di riserva non fosse giustificata in quanto, per un verso, tali servizi risultavano scindibili dal servizio generale, per altro verso, risultavano rispondenti ad esigenze particolari degli operatori, richiedenti la fornitura di servizi aggiuntivi, che sarebbe preferibile liberalizzare.

La prima pronuncia in argomento della Corte di Giustizia ha riguardato il c.d. caso Enel³³⁸: i giudici comunitari hanno ritenuto che, ai fini dell'applicazione dell'art. 31, il monopolio debba costituire lo strumento attraverso cui lo Stato intenda realizzare una restrizione agli scambi creando un pregiudizio alle imprese concorrenti³³⁹.

Sempre in materia di energia elettrica la Corte di Giustizia ha chiarito che può essere considerata “organismo pubblico” come tale ricadente nell'obbligo di riordino previsto dall'art. 31 anche l'impresa che goda di diritti esclusivi o speciali in forza di un concessione (e qui si evidenzia il collegamento con l'art. 86): la forma pubblica o privata del soggetto che opera nel mercato in posizione di monopolio è quindi irrilevante³⁴⁰.

La nozione di organismo rilevante ai fini dell'art. 31 è quindi del tutto in linea con quella di impresa che campeggia nel diritto comunitario della concorrenza, nozione che viene fatta coincidere con “qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di funzionamento”³⁴¹.

Si è quindi condivisibilmente osservato che “così come le regole di concorrenza sono applicabili, nei limiti fissati dall'art. 86 CE, non solo alle imprese, siano esse pubbliche o private, ma anche agli organi dello Stato e degli enti pubblici, allo stesso modo, l'art. 31 CE che vieta le discriminazioni operate nei confronti di operatori stranieri, riguarda l'attività di tutti gli organismi pubblici, siano essi imprese pubbliche, enti pubblici economici, ovvero enti pubblici non economici che svolgono anche occasionalmente attività imprenditoriali”³⁴²: ciò a condizione che attraverso l'organismo

³³⁸ Sulla complessa evoluzione vedi, per tutti, ZITO, *La legge istitutiva dell'Enel nella sentenza della Corte Costituzionale n. 14 del 1964: considerazioni inattuali sulla sua attualità*, DI RAIMO, RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007.

³³⁹ CGCE, 15 luglio 1964, in causa C-6/64, in *Racc.*, 1141.

³⁴⁰ CGCE, 23 ottobre 1997, in causa C-158/94, in *Rass. Giur. Enel*, 1997, 846, con nota di SANTI; 23 ottobre 1997, in causa C-160/94, in *Racc.*, 5815 e ss..

³⁴¹ CGCE, 23 aprile 1991, in causa C-41/90, cit..

³⁴² IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., 5, la quale al riguardo richiama, non mancando di manifestare qualche perplessità, la decisione della Corte di Giustizia (4 maggio 1998, in causa C-30/87, in *Racc.*, 2479) relativa alla normativa francese in tema di monopolio per il servizio di pompe funebri. Il giudice comunitario ha ritenuto che la richiamata normativa non desse luogo ad una situazione di monopolio rilevante ai sensi dell'art. 31, in quanto i comuni titolari del diritto di esclusiva avevano il potere non solo di gestire tale servizio direttamente ma anche di concedere l'esclusiva ad un privato, ovvero ancora di sciogliere il monopolio lasciando il settore alle regole della concorrenza.

pubblico gli Stati membri siano in grado di controllare e dirigere l'attività economica oggetto del monopolio.

Occorre inoltre che il monopolio sia "nazionale": nella decodificazione di questo elemento della fattispecie gli interpreti hanno seguito percorsi diversificati.

Talvolta si è ricollegata la natura nazionale del monopolio al carattere nazionale della natura dell'ente; talaltra alla delimitazione del territorio su cui agisce il monopolio, che deve essere appunto nazionale e non regionale: sia seguendo il primo che il secondo dei descritti approcci, si finirebbe con l'ammettere dei monopoli di carattere locale che potrebbero nondimeno incidere in senso restrittivo sul commercio intracomunitario.

Da ciò si deduce l'opportunità di un'interpretazione guidata dalla considerazione degli effetti del monopolio: se sono tali da influenzare sensibilmente le importazioni, trova applicazione l'obbligo di riordino di cui si discute.

Deve infine ricordarsi che l'art. 31 si riferisce specificamente ai monopoli commerciali, sicché ne sono di massima esclusi quelli relativi ai servizi³⁴³, a meno che in qualche modo la relativa attività possa comportare una discriminazione riguardo ai prodotti stranieri³⁴⁴, e sempre che siano rispettate le regole sulla libertà di stabilimento e prestazione di servizi nell'istituzione e organizzazione dei monopoli pubblici di servizi³⁴⁵.

Fatte queste precisazioni sulla portata dell'art. 31 potrà meglio comprendersi l'orientamento manifestato dalla Corte di Giustizia in una prima fase per cui la previsione di diritti esclusivi non è in contrasto con il diritto comunitario, mentre lo sono soltanto quelle misure ulteriori (rispetto all'attribuzione di un'esclusiva) che alterino il gioco della concorrenza; lettura superata, come detto, in una seconda fase, durante la quale il giudice comunitario ha ritenuto che la stessa previsione di regimi di esclusiva (e tanto più l'adozione di misure ulteriori) sia

³⁴³ CGCE, 30 aprile 1974, in causa C-155/73, in *Racc.*, 409.

³⁴⁴ CGCE, 28 giugno 1983, in causa C-271/81 in *Racc.*, 2057.

³⁴⁵ CGCE, 30 marzo 2006, in causa C-451/03, in *Racc.*, 2941, che ha ritenuto che la normativa italiana che conferisce ai Centri di Assistenza Fiscale (c.d. CAF) la competenza esclusiva relativamente all'offerta di determinati servizi di consulenza e assistenza in materia fiscale impedendo l'accesso di operatori stranieri in tale mercato si pone in contrasto con l'art. 31. Sulla pronuncia cfr. le considerazioni di GALLO, *I Centri di assistenza fiscale (CAF) al vaglio della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. comm. int.*, 2006, 455.

comunitariamente illegittima, se non giustificata da ragioni obiettive.

Alla base della disposizione dell'art. 86 vi era, anzitutto, l'esigenza di garantire che la proprietà pubblica di un'impresa (circostanza di per sé neutra in rapporto alla distorsione del gioco concorrenziale) non si accompagnasse (come *naturalmente* è accaduto³⁴⁶) alla predisposizione di misure (quali la previsione o il mantenimento di diritti speciali o esclusivi) idonei a discriminare le imprese private concorrenti³⁴⁷.

Rileva poi notare che non vi è a livello di norme del Trattato alcuna definizione di impresa pubblica: occorre fare allora al diritto derivato ed alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Dalle disposizioni dell'uno e dagli orientamenti dell'altra si evince che un'impresa deve essere considerata pubblica se lo Stato o una qualsiasi autorità pubblica è titolare di un potere di controllo sulla medesima in virtù della presenza del soggetto pubblico negli organi dell'impresa.

Deve quindi ritenersi superato l'orientamento, che aveva trovato seguito in una parte della dottrina, secondo cui, ai fini della qualificazione di un'impresa come pubblica, non occorre avere riguardo ad elementi di carattere soggettivo (attinenti cioè alla struttura del soggetto impresa pubblica) quanto piuttosto ad elementi di natura oggettiva, con segnato riguardo al tipo di attività svolta³⁴⁸.

Applicando le suddette coordinate ricostruttive all'ordinamento italiano, devono considerarsi imprese pubbliche ai

³⁴⁶ Ma vedi quanto rilevato da CORSO, *loc. ult. cit.*

³⁴⁷ Vero è che nel primo dibattito dottrinale relativo a tale norma, sono individuabili due correnti di pensiero: secondo la prima il riferimento ai diritti speciali o esclusivi riguarda tutte le imprese titolari, siano esse pubbliche o private; mentre per una diversa impostazione l'art. 86 sarebbe specificamente riferito alle sole imprese private, assimilate alle imprese pubbliche ai fini dell'applicazione *ratione personae* dell'art. 86, primo comma. Più di recente è stato notato che “*la categoria in esame assume, quindi, rilevanza proprio perché le imprese private che, grazie all'intervento dello Stato, possono in qualche modo sottrarsi all'applicazione delle norme del diritto comunitario e, in particolare, delle regole di concorrenza di cui esse sono, in linea di principio, le destinatarie*”. In questo senso, IANNONE, *op. cit.*, 27. Mentre per le imprese pubbliche, infatti, il collegamento con lo Stato è di carattere soggettivo, per le imprese private il conferimento di diritti speciali o esclusivi sarebbe lo strumento di cui il soggetto pubblico si serve per controllare l'operatore privato e la sua attività.

³⁴⁸ Si rilevava infatti che l'applicazione di criteri soggettivi avrebbe sostanzialmente determinato il rinvio alla qualificazione dell'impresa per il diritto nazionale: una sintesi del dibattito può essere letta in CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2006, 747.

fini e per gli effetti di cui all'art. 86 del Trattato CE (oggi art. 106 TFUE) le aziende pubbliche, gli enti pubblici economici (perché questi, pur operando secondo un regime di diritto privato, non sono soggetti a fallimento, proprio in quanto *enti pubblici*) e le società miste.

Benvero, la nozione di impresa pubblica ricomprende anche soggettività che, secondo l'ordinamento di provenienza, svolgono attività non economiche³⁴⁹: la questione è venuta in rilievo, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, anche riguardo al caso dell'Amministrazione autonoma Monopoli di Stato. Si negava, in specie, che tale soggetto fosse qualificabile come impresa pubblica in considerazione della sua integrazione nella struttura dello Stato: il giudice comunitario³⁵⁰ ha al riguardo rilevato che il riconoscimento (o meno) della personalità giuridica (che vale a tenere distinto sotto il profilo formale l'operatore economico dall'autorità amministrativa) è profilo del tutto irrilevante ai fini della qualificazione in termini di impresa pubblica. Deve infatti aversi riguardo all'esercizio dell'attività economica, senza che interessi se esso avvenga in via diretta, attraverso un organo dell'amministrazione, o indiretta esercitando poteri di imperio su un soggetto formalmente distinto.

Come si anticipava, se si pone mente al tenore letterale dell'art. 86, primo comma, sembrerebbe che agli Stati membri sia lasciata la scelta se attribuire diritti speciali o esclusivi ad un'impresa essendo contraria al diritto comunitario soltanto l'adozione di atti ulteriori, nei confronti di tale imprese, in contrasto con i principi della concorrenza.

Simile lettura, anche per quanto detto in precedenza, sembra non contrastare e con l'art. 31 (in tema di monopoli) e con l'art. 295 (in tema di neutralità circa il regime pubblicistico o privatistico dell'impresa: vedi oggi l'art. 345 TFUE).

Ed in effetti la giurisprudenza della Corte di Giustizia in una prima fase ha aderito a tale ordine di idee: ad esempio, nella nota

³⁴⁹ Sul punto vedi SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, 915, nonché NIZZO, *Definizione di impresa pubblica, libertà nel mercato e libertà di mercato privato*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1998, 635.

³⁵⁰ CGCE, 16 giugno 1987, in causa C-118/85, in *Racc.*, 2599: nella specie la Corte ha accolto il ricorso per infrazione presentato dalla Commissione contro l'Italia, per avere quest'ultima rifiutato di trasmettere alla ricorrente informazioni riguardo all'Amministrazione autonoma Monopoli di Stato, violando gli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa comunitaria. Ulteriore casistica giurisprudenziale in IANNONE, *op. cit.*, 19 e ss..

sentenza Sacchi³⁵¹, il giudice comunitario, chiamato a stabilire se alla Radio televisione italiana, impresa pubblica già investita di un diritto esclusivo riguardo alla trasmissioni televisive, potesse essere altresì attribuita in via esclusiva la gestione degli impianti televisivi ai fini della trasmissione dei messaggi pubblicitari, ha ritenuto che solo le misure che comportino una restrizione della concorrenza sono sanzionabili, mentre di per sé non sono contrari al diritto comunitario né il riconoscimento né il rafforzamento di un diritto esclusivo. In continuità con quanto si è detto a proposito dei monopoli pubblici, peraltro, la Corte reputa che il rafforzamento di un diritto esclusivo se ed in quanto sia accompagnato dall'abuso della posizione dominante conseguita dall'impresa in forza di quel riconoscimento sia comunque sanzionabile. In definitiva, l'attribuzione del diritto esclusiva non è di per sé sanzionabile: diversamente a dirsi se l'impresa titolare di tale diritto abusa della posizione dominante.

All'inizio degli anni '90 nella giurisprudenza comunitaria tuttavia si registra un *revirement*, indotto, si è da taluno ritenuto³⁵², dall'adozione della direttiva in materia di terminali di telecomunicazioni (direttiva 88/301³⁵³) che ha imposto agli Stati membri di obliterare tutti i diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese pubbliche e private ai fini dell'allacciamento degli apparecchi al punto terminale delle reti pubbliche di telecomunicazioni.

In particolare, se è vero che l'art. 86 sembra, dal punto di vista letterale, dare per presupposta la compatibilità comunitaria dei diritti esclusivi “*da ciò non consegue necessariamente che tutti i diritti speciali ed esclusivi siano necessariamente compatibili con il trattato*”³⁵⁴: nello specifico, le misure pubbliche vietate dall'art. 86 sono tutte quelle che portano ad una restrizione della concorrenza, ivi comprese quelle che riguardano la stessa attribuzione dei diritti esclusivi o speciali³⁵⁵.

³⁵¹ CGCE, 30 aprile 1974, cit..

³⁵² IANNONE, *op. cit.*, 34.

³⁵³ Nei considerando della direttiva si fa riferimento alla necessità di consentire agli utenti di effettuare una libera scelta in relazione ai terminali, così come consentito dalla moltiplicazione di tali terminali dovuta a sua volta allo sviluppo tecnologico: ciò che era possibile a condizione di eliminare i diritti esclusivi che avevano da sempre caratterizzato la materia delle telecomunicazioni, liberalizzando il relativo mercato.

³⁵⁴ CGCE, 11 maggio 1991, in causa C-202/88, cit..

³⁵⁵ In questo senso, v. CGCE, 23 aprile 1991, cit..

A seguito della sentenza *Corbeau*³⁵⁶ che come notato in precedenza verte su una lettura congiunta dei primi due commi dell'art. 86 del Trattato CE, deve quindi ritenersi sostanzialmente invertita la regola tradizionale (come visto avallata anche dalla giurisprudenza comunitaria) per cui gli Stati conservano la loro sovranità in relazione alla previsione di regimi riservati, il contrasto con il diritto comunitario venendo in rilievo soltanto quando vengano adottate ulteriori misure che portino all'alterazione delle regole della concorrenza.

L'intervento dello Stato a favore di un'impresa, pubblica o privata che sia, è legittimo dal punto di vista del diritto comunitario soltanto se giustificato da un interesse pubblico³⁵⁷.

³⁵⁶ In termini, tra le tante, CGCE, 5 ottobre 1994, in causa C-323/93, cit.; 17 luglio 1997, in causa C-242/95, in *Racc.*, I-4449; 12 febbraio 1998, in causa C-163/96, in *Racc.*, I-533 (caso *Silvano Raso*), relativa alla normativa italiana che riservava alle autorità portuali l'esclusiva in relazione alla fornitura di lavoro temporaneo ai concessionari di terminali e alle altre imprese autorizzate ad operare nel porto, pur consentendo alle stesse compagnie di svolgere l'attività di gestione dei porti in regime di concorrenza; 17 maggio 2002, in causa C-340/99, in *Racc.*, I-4109, relativa al settore postale. In tema di servizi di collocamento, si veda CGCE, 8 giugno 2000, in causa C-258/98, in *Racc.*, I-4217, su cui cfr. ICHINO, *La fine del regime italiano di monopolio statale dei servizi di collocamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, 22 e ss..

³⁵⁷ In questo senso vedi TESAURO G., *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, Trattato CE*, in *Dir. UE*, 1996, 719, nonché IANNONE, *L'intervento*, op. cit., 45 e MANZINI, *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE*, in *Riv. Dir. Int.*, 1995, 379 e dello stesso A., *Note sulle "relazioni pericolose" tra Stato e imprese nel quadro del diritto comunitario*, in *Dir. UE*, 2002, 487.

2. Il divieto di aiuti di Stato. (Anticipazione circa la) delimitazione dell'oggetto dell'indagine: assunzione di partecipazioni di imprese da parte dello Stato; operazioni di privatizzazione delle imprese pubbliche; erogazione di somme che valgano a compensare gli oneri aggiuntivi di servizio pubblico sostenuti dall'operatore affidatario del servizio medesimo. Interpretazione degli artt. 87 e ss. TCE e delle norme conferenti del regolamento di procedura. L'autorizzazione in deroga: i principi che governano l'esercizio di tale potere (e ricognizione della relativa natura). Gli aiuti regionali: aiuti a finalità regionale ed aiuti a favore di imprese che operano in regioni svantaggiate. La progressiva eclissi del ruolo degli Stati membri nella definizione di politiche economiche: le cause.

Per quanto l'art. 86 sia inserito, nell'ambito del Capo I (Regole di concorrenza) del Titolo VI del Trattato, tra le norme che dettano le "regole applicabili alle imprese" (Sezione I), sono evidenti le interrelazioni tra la disciplina dell'impresa pubblica (ed il divieto di adottare misure che favoriscano tale tipo di impresa laddove non ricorrano le condizioni specificate dal secondo comma della disposizione) e quella relativa al divieto di aiuti, contenuta nella norma che apre la Sezione II del medesimo Capo, in tema di "Aiuti concessi dagli Stati".

Giova anzitutto brevemente ricordare il contenuto precettivo dell'art. 87 del Trattato CE (vedi oggi l'art. 107 TFUE), che sarà oggetto di analisi nelle pagine che seguono.

Nel verificare l'ambito di applicazione della norma, peraltro, si approfondirà particolarmente l'analisi delle ipotesi, fondamentali per cogliere i nessi tra l'art. 86 e l'art. 87: di assunzione di partecipazioni di imprese da parte dello Stato; di operazioni di privatizzazione delle imprese pubbliche; di erogazione di somme che valgano a compensare gli oneri aggiuntivi di servizio pubblico sostenuti dall'operatore affidatario del servizio medesimo.

L'art. 87 (oggi art. 107 TFUE) in tema di divieto di aiuti di Stato si articola in tre commi:

- il primo comma definisce la nozione rilevante di aiuto oggetto del divieto. In specie, deve trattarsi di una qualsiasi forma di agevolazione concessa dallo Stato o mediante risorse statali che, indipendentemente dalla forma, agevolino determinate imprese o

produzioni³⁵⁸, nella misura in cui incida sugli scambi nell'ambito del mercato intracomunitario e nella misura in cui falsi o minacci di falsare la concorrenza.

Le caratteristiche dell'aiuto vietato sono quindi: la selettività; la rilevanza transnazionale; l'anticompetitività³⁵⁹.

Si tratta di una nozione ampia: infatti, il Trattato “*non distingue gli interventi a seconda della loro causa o del loro scopo, ma li definisce in*

³⁵⁸ Riguardo alla nozione di impresa rilevante in tema di aiuti – sul punto si tornerà più approfonditamente in seguito – può da adesso farsi un rinvio alle seguenti decisioni della giurisprudenza comunitaria: CGCE, 23 aprile 1991, in causa C-41/90, cit.; 11 dicembre 1997, in causa C-55/96, cit.; 18 giugno 1998, in causa C-35/95, in *Racc.*, I-3851; 12 settembre 2000, in causa C-184/98, cit.; 19 febbraio 2002, in causa C-309/99, in *Racc.*, I-1577. Secondo tale giurisprudenza, va qualificata come impresa “*qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dallo status giuridico di detta entità e delle sue modalità di finanziamento*”. In dottrina, cfr. PEVERINI, *La nozione di impresa*, in AA.VV., *Aiuti di Stato in materia fiscale*, a cura di SALVINI, Padova, 2007, 157 e ss., che propende per una lettura finalistica delle singole normative, da cui consegue l'individuazione di altrettante nozioni rilevanti di impresa. Vedi anche CORAPI, *Impresa (diritto comunitario)*, in *Enc. Dir.*, Annali I, Milano, 2007, 734, che definisce la nozione comunitaria di impresa come “*polimorfa e relativa*” che assume consistenza diversa a seconda del settore in cui essa viene in rilievo ma che ha come elemento caratterizzante ed imprescindibile “*la considerazione dell'attività economica che opera sul mercato per il tramite di uno o più soggetti*”, considerato che per il diritto comunitario è del tutto irrilevante la forma (pubblica o privata) attraverso cui viene svolta l'attività di impresa.

³⁵⁹ Vedi, CGCE, 13 febbraio 2003, in causa C-409/00. La costante giurisprudenza comunitaria è nel senso che non rientrano nella nozione di aiuto solo quelle misure di carattere o portata generali che non favoriscono specificamente determinate imprese o produzioni.: CGCE, 29 giugno 1999, in causa C-256/97, in *Racc.*, 3913; 22 novembre 2001, in causa C-53/00, in *Racc.*, 9067, sul noto caso *Ferring*, di cui si dirà più ampiamente in seguito. È doveroso precisare che il criterio di specificità dell'aiuto va inteso in senso ampio: ad esempio, una misura di riduzione del tasso di interesse non integra aiuto; è invece considerato tale un'agevolazione sui crediti all'esportazione anche qualora ne benefici l'insieme dei prodotti esportati (vedi CGCE, 10 dicembre 1969, in cause 6 e 11/69, in *Racc.*, 523; 7 giugno 1988, in causa C-57/86, in *Racc.*, 2855). Ancora: non costituisce aiuto, ma misura di politica economica generale, la riforma di un regime previdenziale che riduca gli oneri sociali a carico delle imprese, mentre sussiste il contrasto con il divieto di cui all'art. 87 laddove la riduzione riguardi uno specifico settore industriale (CGCE, 2 luglio 1974, in causa C-173/73, in *Racc.*, 209). Si potrà quindi notare come il ricordato (discutibile e discusso) orientamento della Corte Costituzionale secondo cui le misure di portata macroeconomica sono forme di “*tutela della concorrenza*” (sent. 14 del 2004, per cui v. le più ampie considerazioni *retro cap. I, par. 4*) si pone in linea di sostanziale continuità con quello appena ricordato, che invero non si spinge al punto di qualificare la misura di impatto macroeconomica come pro-concorrenziale, ma che comunque la intende come non contrastante con il diritto comunitario della concorrenza.

Quanto agli effetti dell'aiuto sugli scambi e le condizioni concorrenziali del mercato sussiste una vera e propria presunzione che l'aiuto produca effetti distorsivi: CGCE, 24 settembre 2002, in cause C-74-75/00, in *Racc.*, 1769. Vero è però che in dottrina è sorta una disputa tra chi ritiene sufficiente anche un pregiudizio potenziale (vedi ad esempio BIAGIONI, GOBBATO, *L'oggetto della notifica: la nozione di aiuto di Stato tra obiettività e discrezionalità*, in *Aiuti pubblici alle*

*funzione dei loro effetti*³⁶⁰. Il concetto di aiuto è quindi più comprensivo di quello di sovvenzione dato che racchiude non soltanto le prestazioni positive, ma anche interventi che, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sui bilanci di un'impresa e che quindi “*senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono i medesimi effetti*”³⁶¹;

- il secondo comma dell'art. 87 individua delle categorie di aiuto *ipso iure* compatibili con il mercato comune. Si tratta in specie: degli aiuti a carattere sociale, concessi a singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni dettate dall'origine dei prodotti; aiuti destinati a ovviare ai danni derivanti da calamità naturali o da altri eventi eccezionali; aiuti destinati ad alcune regioni della Repubblica federale di Germania, svantaggiate dalla divisione della Germania. Si è dibattuto sulla perdurante precettività di tale ultima disposizione: per taluno “*quest'ultima previsione deve ritenersi ormai superata, salva l'adozione ad altro titolo (evidenziazione mia) di specifiche misure che tengano conto della depressione economica delle regioni appartenenti all'ex Repubblica democratica tedesca*”³⁶²; altri ritiene, con il suffragio di qualche precedente giurisprudenziale³⁶³, che la disposizione va ancora applicata non essendo stata abrogata dopo l'unificazione della Germania: si nota nondimeno che “*in quanto derogatoria rispetto al principio generale d'incompatibilità è di stretta interpretazione, con la conseguenza che non tutti gli svantaggi economici o i ritardi di sviluppo dei nuovi Lander possono imputarsi alla*

impresе e competenze regionali, a cura di DANIELE, AMADEO, SCHEPISI, Milano, 2003) e chi invece ritiene sia necessario un pregiudizio effettivo (PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Interessi pubblici nella disciplina public companies enti privatizzati e controlli*, Padova, 2004, spec. 44, la quale peraltro sottolinea che la nozione di “incidenza sugli scambi” debba essere valutata alla luce della giurisprudenza della Corte, con la conseguenza che perché vi sia incidenza sugli scambi comunitari “è sufficiente che l'impresa beneficiaria dell'aiuto eserciti, anche parzialmente, un'attività che comporti scambi significativi tra li stati membri”).

Riguardo alla necessità di valutare l'aiuto dal punto di vista comunitario piuttosto che nazionale o da quello dell'impresa beneficiaria, cfr. CGCE, 15 maggio 1997, in causa C-278/95, in *Foro It.*, 1997, IV, 412.

³⁶⁰ CGCE, 16 marzo 1977, in causa C-68/76, in *Racc.*, 531; CGCE, 2 luglio 1974, in causa C-173/73, cit.; 13 febbraio 2003, in causa C-409/00, cit.; 8 maggio 2003, in cause C-328/99 e C-399/00.

³⁶¹ CGCE, 15 marzo 1994, in causa C-387/92, in *Racc.*, 877; 17 giugno 1999, in causa C-295/97; Trib. I Grado CE, 13 giugno 2000, in cause T-204 e 270/97, in *Racc.*, II, 2267.

³⁶² MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, cit., 67.

³⁶³ CGCE, 19 settembre 2000, in causa C-156/98, in *Racc.*, 6857; Trib. I Grado, 15 dicembre 1999, in cause T-132/96 e T-143/96, in *Racc.*, II-3663.

*divisione geografica della Germania e pertanto giustificate ai sensi dell'art. 87, comma 2, lett. c), bensì solo quelli dovuti ad esempio alla interruzione delle vie di comunicazione o delle relazioni commerciali tra le due Germanie*³⁶⁴. Sembra quest'ultima la tesi da preferire, anche in considerazione di quanto disposto dalla lett. c) del comma 2 dell'art. 107 TFUE, che, nel prevedere che, entro cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può abrogare la ricordata disposizione, ne presuppone in effetti l'attuale vigenza;

- più rilevanti le ipotesi contemplate dal terzo comma della disposizione. Si tratta di deroghe che vengono accordate di volta in volta dalla Commissione o dal Consiglio³⁶⁵, nell'ambito delle seguenti classi di casi: aiuti per lo sviluppo di regioni con tenore di vita anormalmente basso o grave disoccupazione; aiuti per la realizzazione di un progetto di comune interesse europeo o per rimediare ad un grave turbamento dell'economia in uno Stato membro; aiuti per lo sviluppo di talune attività o talune regioni, purché non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; aiuti destinati alla cultura e alla conservazione dei beni culturali, sempre che non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza; gli altri casi individuati dal Consiglio, ipotesi secondo parte della dottrina assimilabile a quella delle esenzioni per categoria³⁶⁶.

Deve al riguardo ricordarsi quanto previsto dal successivo art. 89 che affida al Consiglio il potere di stabilire in via generale, tramite regolamento, le condizioni per l'applicazione dell'art. 88, vale a dire della norma che disciplina la procedura di controllo preventivo sulla compatibilità di aiuti nuovi, nonché quella di controllo permanente sugli aiuti esistenti. In specie, di siffatto potere il Consiglio si è servito soltanto con l'adozione di due importanti regolamenti, il 994/98³⁶⁷ del 7 maggio 1998, nonché il 659/99 del 22 marzo 1999³⁶⁸, in materia di applicazione degli artt. 87 e 88 a determinate tipologie di aiuti orizzontali e di

³⁶⁴ In questi termini, TESAURO G., *op. ult. cit.*, 763-764.

³⁶⁵ Sulla natura discrezionale di tale valutazione, CGCE, 12 novembre 1992, in causa C-134-91; 14 febbraio 1990, in causa C-301/87; 21 marzo 1990, in causa C-142/87, le ultime due in *Foro It.*, 1991, IV, 10 e ss., con nota di ROBERTI.

³⁶⁶ Vedi TESAURO G., *loc. ult. cit.*. In senso contrario vedi ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995, 78, il cui pensiero sarà approfondito in una successiva nota.

³⁶⁷ In GUCE L 142 del 14 maggio 1998.

³⁶⁸ In GUCE, L 83 del 27 marzo 1999.

modalità applicative dell'art. 88 del Trattato (vedi oggi l'art. 108 TFUE)³⁶⁹.

In particolare, il regolamento 994 del 1998 conferisce alla Commissione il potere di adottare regolamenti di esecuzione finalizzati a disciplinare determinati tipi di intervento dello Stato nell'economia³⁷⁰: delega che la Commissione ha attuato attraverso l'adozione di alcuni fondamentali regolamenti come quello in tema di aiuti *de minimis*³⁷¹, aiuti alle piccole e medie imprese³⁷², aiuti alla formazione³⁷³, aiuti all'occupazione³⁷⁴. Si tratta di regolamenti che hanno per lo più codificato pregressi orientamenti della Commissione e della Corte di Giustizia³⁷⁵.

³⁶⁹ Vedi quanto sostenuto *in thema* da ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto*, cit., 79. Ad avviso di tale A. le deroghe eventualmente autorizzate dal Consiglio si distinguono “*da quelle di competenza della Commissione previste dall'art. 92.3 [ora 87, terzo comma] in quanto si tratta di deroghe a portata generale e non particolare e da quelle di competenza dello stesso Consiglio adottate ex art. 93.2 [ora art. 88, comma 2], per il fatto di essere a portata generale ed in quanto suscettibili di essere assunte a maggioranza dei suffragi e non all'unanimità*”. La previsione dell'art. 107, comma 3, lett. e) TFUE non riproduce il riferimento alla necessità della maggioranza qualificata.

³⁷⁰ Siffatto potere trova oggi copertura nell'art. 108, comma 4, TFUE, a mente del quale la Commissione può adottare i regolamenti concernenti le categorie di aiuti per le quali il Consiglio abbia stabilito, ai sensi dell'art. 109, che siano dispensati dalla procedura di cui al terzo comma dell'art. 108.

³⁷¹ Regolamento 69/2001 del 12 gennaio 2001, in GUCE, L 10 del 13 gennaio 2001.

³⁷² Regolamento 70/2001, del 12 gennaio 2001, in GUCE L 10 del 13 gennaio 2001.

³⁷³ Regolamento 68/2001 del 12 gennaio 2001, in GUCE L 10 del 13 gennaio 2001.

³⁷⁴ Regolamento 2204/2002 del 12 dicembre 2002, in GUCE del 13 dicembre 2002.

³⁷⁵ Con segnato riferimento agli aiuti c.d. *de minimis*, va rilevato che la giurisprudenza non ha sempre offerto indici univoci in relazione a siffatta qualificazione. In particolare, si era posta la questione, poi risolta negativamente, se potessero applicarsi le medesime regole previste in materia di accordi tra imprese: nel fornire, come detto la soluzione negativa a tale questione, la Corte di Giustizia (CGCE, 21 marzo 1990, in causa C-142/87, cit.) ha osservato che le modeste dimensioni dell'impresa beneficiaria non possono *ex se* escludere la natura anticoncorrenziale dell'aiuto. Vedi anche CGCE, 19 settembre 2002, in *Racc.*, 7657, che precisa che “*altri elementi possono svolgere, infatti, un ruolo determinante nelle valutazioni dell'aiuto sugli scambi specialmente il carattere cumulativo dell'aiuto nonché la circostanza che le imprese beneficiarie operino in un settore particolarmente esposto alla concorrenza*”. In senso contrario – nel senso cioè che i criteri per valutare l'impatto *minimo* di un aiuto sono gli stessi occorrenti al fine di individuare le intese irrilevanti per il diritto comunitario della concorrenza – si è espressa la Commissione in una comunicazione in tema di aiuti alle piccole e medie imprese, sostenendo che gli aiuti privi di percettibile impatto sugli scambi intracomunitari non vanno nemmeno notificati (vedi GUCE, C 213 del 19 agosto 1992, e poi la successiva comunicazione 96/C 68/06, in GUCE C 68 del 6 marzo 1996, 9). La Corte ha poi finito con l'avallare quest'ultimo orientamento notando che “*la Commissione è vincolata dalle discipline o dalle comunicazioni da essa emanate in materia di controllo degli aiuti di Stato nei limiti in cui queste non derogano a norme del Trattato e vengono accettate dagli Stati membri*”: cfr. CGCE, 24 settembre 2002, in causa C-74/00, cit.; 13 febbraio 2003, in causa C-409/00, cit.. Il citato regolamento, in ogni caso, ha codificato il criterio *de minimis* prevedendo che gli aiuti che nell'arco di un triennio sono di importo inferiore a 100000 euro sono dispensati dall'obbligo di notifica.

Il regolamento 659 del 1999 (c.d. regolamento di procedura) ha invece provveduto ad una razionalizzazione dei principi e delle regole procedurali, codificando le regole emerse dalla prassi della Commissione e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'applicazione dell'art. 88, ed in specie del terzo comma di tale disposizione.

Autorevole dottrina ha notato che “*i due regolamenti del Consiglio segnano una significativa ‘correzione di rotta’ rispetto al passato nella misura in cui riconducono il processo di produzione della normativa di dettaglio all’interno di un più appropriato quadro istituzionale*”³⁷⁶.

La normativa comunitaria appena richiamata prevede per un verso l’obbligo di notifica del progetto di aiuto alla Commissione e per altro verso il c.d. obbligo di *stand still*, consistente nella preclusione a dar corso all’aiuto fino a quando la Commissione non si sia pronunciata positivamente sulla compatibilità comunitaria dello stesso.

La violazione di siffatto obbligo comporta il vizio dell’atto che dispone o attribuisce l’aiuto e quindi il singolo che si pretenda leso dall’erogazione dell’aiuto non (ancora valutato come) compatibile con il diritto comunitario della concorrenza può adire il giudice nazionale deducendo il contrasto con esso della legge o del provvedimento amministrativo che rispettivamente lo dispone o lo conferisce in concreto³⁷⁷.

Non vi è quindi necessità della previa abrogazione della norma di legge istitutiva dell’incentivo: il giudice nazionale disapplicherà (se del caso) tale norma o rimuoverà (meglio si limiterà a rimuovere) il provvedimento concreto e puntuale attributivo del beneficio³⁷⁸.

Deve peraltro essere chiarito che la violazione del terzo comma dell’art. 88 non influisce in alcun modo sulla valutazione, potremmo dire di merito, circa la compatibilità dell’aiuto con il diritto comunitario: la prassi della Commissione nel senso di ritenere che la violazione degli obblighi di notifica e *stand still* si ripercuotesse, di per sé, sulla natura dell’aiuto, rendendolo automaticamente anticoncorrenziale, non è stata valutata

³⁷⁶ TESAURO G., *op. cit.*, 744.

³⁷⁷ In questo senso anche la consolidata giurisprudenza; per un remoto precedente in senso contrario, v. Cons. St., 24 gennaio 1989, n. 30, in *Cons. St.*, 1989, I, 59.

³⁷⁸ Vedi ad esempio T.A.R. Lazio, Sez. III, 6 dicembre 1988, n. 1746, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1991.

positivamente dalla Corte di Giustizia, che ha in più occasioni rimarcato che la violazione delle regole procedurali non esime la Commissione dal valutare se l'aiuto possa essere autorizzato o meno³⁷⁹.

Vero è però che, laddove lo Stato che non abbia ottemperato all'obbligo di notifica o di sospensione non fornisca alla Commissione i dati necessari a valutare la compatibilità comunitaria dell'aiuto, quest'ultima potrà procedere sulla base degli elementi in suo possesso. E quindi è ben probabile che la violazione della regola procedurale, innescando un corto circuito circa gli obblighi di trasparenza e correttezza che informano i rapporti tra gli Stati membri e le istituzioni comunitarie, si ponga come l'antecedente *storico* di una valutazione in termini di incompatibilità *nel merito* dell'aiuto.

Sulla distinzione tra aiuto incompatibile e aiuto illegale – aiuto cioè non erogato nel rispetto delle prescritte procedure – e sul perdurante potere della Commissione di dichiarare la compatibilità/incompatibilità di questi ultimi è intervenuto a suffragare l'orientamento seguito dalla Corte di Giustizia – appena ricordato – l'art. 13 del regolamento di procedura del 1999.

In particolare, la norma prevede che l'esame dei presunti aiuti illegali dà luogo ad una decisione a norma dell'art. 4, commi 2, 3 e 4, del medesimo regolamento e quindi ad una decisione di non sollevare obiezioni laddove non sussistano dubbi in ordine alla compatibilità con le regole della concorrenza dell'aiuto, ovvero in una decisione di avviare il procedimento di indagine formale.

In ogni caso quindi, per effetto della descritta normativa, la Commissione deve pervenire ad una conclusione sostanziale del procedimento di verifica, senza che sia per lo Stato necessaria una notifica successiva alla decisione della Commissione.

La *ratio* delle richiamate previsioni (obbligo di notifica e obbligo di *stand still*) è chiaramente quella di rendere effettivo il controllo della Commissione sulla compatibilità dell'aiuto, risolvendosi la valutazione positiva preventiva in una condizione legale di efficacia del provvedimento istitutivo dell'aiuto³⁸⁰.

³⁷⁹ Vedi ad esempio CGCE, 21 marzo 1990, in causa C-142/87, cit.. Per una più ampia casistica si rinvia a CAPUTI JAMBRENGHI V., *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1998, 1259 e ss..

³⁸⁰ Così TESUARO, *Diritto comunitario*, cit., 771.

In generale va detto che il potere della Commissione di autorizzare l'aiuto in deroga al divieto di cui al primo comma dell'art. 87 va esercitato nel rispetto dei principi c.d. della contropartita e della trasparenza³⁸¹.

Alla stregua del primo criterio³⁸² l'aiuto potrà considerarsi compatibile quando non sia possibile diversamente realizzare l'obiettivo di interesse comunitario in relazione al quale è stata stabilita la deroga; il principio della trasparenza impone invece che

³⁸¹ Il problema della trasparenza si pone in termini affatto peculiari con riferimento agli aiuti erogati alle imprese pubbliche (aspetto sul quale in generale si tornerà più ampiamente in seguito). Ed infatti mentre le sovvenzioni a vantaggio di imprese private generalmente consistono nel trasferimento di capitale a fondo perduto (pur se come abbiamo visto la nozione di aiuto vietato ricomprende anche le misure *negative*, intese come rinuncia dello Stato ad esercitare un diritto di credito altrimenti spettante) quelle a vantaggio delle imprese pubbliche possono risolversi anche in aiuti indiretti, come la prestazione di garanzie esplicite o implicite circa la solvibilità dell'impresa (sul punto v. MOAVERO MILANESI, *Imprese pubbliche e trasparenza delle relazioni finanziarie con gli Stati della Comunità Economica Europea*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1982, 265, e ID., *Partecipazione dello Stato nelle imprese e disciplina comunitaria degli aiuti pubblici*, in *Riv. dir. europeo*, 1990, 212). Siffatte forme di aiuto, come meglio si dirà, sono rese possibili dalla presenza di capitale pubblico nell'impresa. Onde evitare che queste forme *occulte* di aiuto potessero vanificare la sua funzione di controllo, la Commissione ha adottato la direttiva 80/723 relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, "creando un meccanismo che assicuri un controllo delle assegnazioni di risorse pubbliche alle imprese pubbliche, indipendentemente dalle modalità secondo cui le assegnazioni vengono effettuate" (così IANNONE, *op. cit.*, 48). La direttiva impone alle imprese di tenere a disposizione della Commissione i dati relativi alle relazioni finanziarie con i poteri pubblici nonché i dati relativi alla loro struttura finanziaria e organizzativa. La direttiva citata fu impugnata da Francia, Italia e Regno Unito, che lamentavano una ingiustificata disparità di trattamento tra l'impresa pubblica e l'impresa privata, in contrasto con il principio di neutralità quanto alle forme della proprietà di cui all'art. 295 del Trattato CE (vedi oggi art. 345 TFUE). Il ricorso è stato respinto dalla Corte di Giustizia (6 luglio 1982, in cause C-188-190/80, in *Racc.*, 2545) che per un verso considerò degne di considerazione le istanze di effettività del controllo che avevano ispirato la normativa in questione e per altro verso ritenne non sussistere la paventata discriminazione. Non sussiste infatti il presupposto perché possa trovare applicazione il canone della disparità di trattamento, e cioè che si tratti di situazioni sostanzialmente omogenee (ma malgrado ciò oggetto di un trattamento ingiustificatamente diversificato): le imprese private infatti sono mosse dalla sola logica del profitto, quelle pubbliche, invece, operano in considerazione di fattori di diverso genere, quali il perseguimento di scopi di interesse generale, ed agiscono sotto il controllo diretto o indiretto dei poteri pubblici. La direttiva è stata modificata dalla direttiva 2000/52 del 26 luglio 2000, in GUCE L 103 del 29 luglio 2000.

Rilevano altresì in materia di trasparenza (e con specifico riguardo al finanziamento di un servizio pubblico di interesse economico generale: aspetto su cui vedi *infra* par. 6) la decisione 2005/842 che mira ad evitare che l'impresa possa con qualche *escamotage* coprire inefficienze gestionali, che si risolverebbero in un danno per la collettività.

In generale sulla direttiva 80/723 vedi: MORPURGO, *Alcune osservazioni sulla direttiva CEE 80/723*, in *Economia Pubbl.*, 1986, 311; MENEGAZZI, *Osservazioni in tema di trasparenza nei finanziamenti statali alle imprese pubbliche*, in *Dir. Corn. Scambi Int.*, 1988, 99; OSTI, *Compatibilità di alcune norme nazionali in materia di imprese pubbliche con la disciplina comunitaria*, in *Foro amm.*, 1983, I, 263; SCARPA,

la natura e la portata dell'aiuto rispetto all'assetto concorrenziale del mercato unico possano essere valutate tenendo conto di tutti gli elementi necessari: consistenza, obiettivo, forma, mezzi finanziari, ragioni di compatibilità.

Si tratta per certo di un potere discrezionale. Oltre agli aspetti di natura per così dire tecnica riguardo agli effetti dell'aiuto, è venuta in rilievo la questione se la Commissione possa valutare la compatibilità dell'aiuto sottoponendo detta valutazione alla condizione del recupero di aiuti precedentemente concessi in modo illegale. Sul punto è intervenuta risolutivamente la giurisprudenza comunitaria che a partire dalla sentenza *Deggendorf* ha fornito una risposta positiva al suesposto quesito³⁸³.

Tra le ipotesi di deroga al principio di incompatibilità degli aiuti, riveste particolare importanza pratica la disposizione relativa agli aiuti regionali.

Come meglio si comprende considerando il ruolo *attivo* svolto dall'Unione Europea nelle politiche di coesione economica e sociale (aspetto questo che fuoriesce dai confini del presente studio), lo sviluppo armonioso a livello regionale costituisce un *prius logico* rispetto agli obiettivi di integrazione comunitaria. In questo frangente quindi la politica perseguita dalle istituzioni comunitarie è quella di razionalizzare il regime degli aiuti regionali.

In particolare, nell'interpretare la deroga consentita dall'art. 87, comma 3, lett. a), è prevalso un orientamento restrittivo che fa applicazione del criterio del prodotto interno lordo in relazione al potere di acquisto per abitante, calcolato secondo la media comunitaria³⁸⁴.

Vero è infatti che le regioni individuate sulla base di questi parametri sono per lo più situate nella periferia meridionale e occidentale della Comunità³⁸⁵.

Trasparenza dei rapporti tra autorità pubbliche ed imprese pubbliche nell'ordinamento. Una garanzia per le libertà nella vita economica (nota a Corte di Giustizia, 6 luglio 1982, in causa C-188/80), in *Giust. Civ.*, 1983, I, 1085; MOAVERO MILANESI, *Imprese pubbliche e trasparenza delle relazioni finanziarie*, cit.; CAPELLI, *Un commento alla sentenza della Corte di giustizia di Lussemburgo sul finanziamento alle imprese*, in *Economia Pubbl.*, 1982, 535.

³⁸² Per cui cfr. CGCE, 17 settembre 1980, in causa C-730/79, in *Racc.*, 2671, sul noto caso *Philip Morris*.

³⁸³ Vedi CGCE, 15 maggio 1997, in causa C-355/95, in *Racc.* 2549, ed in *Foro It.*, 1997, IV, 411.

³⁸⁴ CGCE, 17 settembre 1980, in causa 730/79, cit..

³⁸⁵ Cfr. comunicazione 88/C 212/02, in GUCE, C 212 del 12 agosto 1988.

Quanto invece alla deroga prevista dalla successiva lettera c), si tratta prevalentemente di aiuti volti a ridurre squilibri tra regioni di uno stesso Stato membro: il regime di aiuti può quindi trovare applicazione anche nell'ambito di paesi che versino in una situazione economica migliore rispetto alla media europea (pur se, comparativamente, si gioveranno maggiormente degli incentivi paesi che nel sistema comunitario complessivamente inteso risultino meno favoriti).

Più nel dettaglio, il criterio applicato si risolve in primo luogo nell'individuazione di una *disparità regionale minima negativa*, vale a dire di un ritardo nella regione all'interno dello Stato membro; poi nel riequilibrio di tale risultato avuto riguardo al contesto comunitario, per modo che “risulti necessaria una tanto maggiore disparità della regione, con riferimento alla media dello Stato di appartenenza, quanto migliore è la collocazione nell'ambito comunitario”³⁸⁶.

In definitiva si vuole evitare che l'aiuto tendente allo sviluppo di una regione sfavorita rispetto alla media di uno Stato economicamente forte si traduca nell'aggravamento del divario tra regioni, perché diversamente sarebbe travalicato il limite dell'interesse comune, contemplato dalla lett. c): di tali criteri la Commissione ha fatto in particolare applicazione quanto alla verifica di compatibilità con il Trattato comunitario della l. 64 del 1986 a proposito dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno d'Italia³⁸⁷.

Sul punto si può conclusivamente ritenere che permane la distinzione tra aiuti a finalità regionale ed aiuti a favore di imprese che operano in regioni svantaggiate: i primi infatti sono inseriti in quadri organici miranti allo sviluppo, mentre i secondi sono

³⁸⁶ MALINCONICO, *op. cit.*, 85.

³⁸⁷ Sul punto si veda anche CGCE, 14 ottobre 1987, in causa C-248/84, in *Racc.*, 4013, che annovera tra i fattori considerati ai fini della valutazione circa la compatibilità dell'aiuto: il tasso, la struttura e le tendenze delle disoccupazione; i saldi migratori; la pressione demografica; la densità della popolazione ed altre variabili geografiche, economiche e socio-strutturali. Riguardo a tale problematica v. LEANZA, *Legislazione per il Mezzogiorno e Mercato Comune Europeo*, Roma, 1964; ID., *Il procedimento di controllo in materia di aiuti e l'art. 93 del Tr. Cee*, in *Dir. econ.*, 1964, 917. Più di recente, v.: LIBERTINI, *Gli aiuti pubblici alle imprese e il diritto comunitario della concorrenza*, in LIBERTINI, COSTI (a cura di), *Il finanziamento agevolato alle imprese*, Milano, 1987; MODICA, *Aiuti di Stato a finalità regionale e salvaguardia della libera concorrenza e dell'economia di mercato nell'ordinamento comunitario: spunti di riflessione*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 1992, 731; BATTINI, *Gli aiuti pubblici alla imprese*, in MASSERA (a cura di), *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione*, Bologna, 1994.

concessi *ad hoc* “ad aziende operanti casualmente in quelle regioni, e sono svincolati da programmi più generali connessi all’economia regionale”³⁸⁸.

Degne di nota sono anche gli “Orientamenti” della Commissione sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà³⁸⁹.

In specie, tali aiuti possono essere autorizzati soltanto in casi eccezionali connotati da gravi difficoltà sociali; a condizione che essi siano concessi sotto forma di garanzia di crediti o di crediti rimborsabili gravati da un tasso di interesse equivalente a quello di mercato; che gli aiuti siano erogati nella misura strettamente necessaria a mantenere in vita l’impresa in difficoltà; che lo Stato membro elabori una strategia di risanamento entro sei mesi; che tali aiuti non producano effetti negativi in altri Stati.

Nell’autorizzare l’aiuto la Commissione valuta l’idoneità delle misure di accompagnamento che valgano a sanare eventuali squilibri e ripercussioni negative in capo alle concorrenti.

Vanno segnalati infine gli Orientamenti della Commissione in tema di aiuti alla ricerca e allo sviluppo, alla tutela dell’ambiente, alle piccole e medie imprese all’occupazione³⁹⁰.

Si tratta di categorie di aiuti contemplate dal regolamento del 1998 e quindi considerate, una volta e per tutte, compatibili con il mercato comune, e pertanto non soggette all’obbligo della preventiva notifica.

I regolamenti di esecuzione di cui al terzo comma dell’art. 87 devono specificamente indicare, per ogni categoria di ausili: la finalità dell’aiuto; le categorie di beneficiari; i massimali espressi in termini di intensità dell’aiuto in relazione all’insieme dei costi ammissibili ovvero in termini di importi massimi; la disciplina delle condizioni relative al cumulo degli aiuti; le condizioni di trasparenza e controllo.

È comunque abbastanza chiaro che, sia attraverso il potere di autorizzazione (anche per categoria) che attraverso il potere di controllo, la Commissione esercita in definitiva un potere di indirizzo in materia di politica industriale.

Nel mentre tale istituzione comunitaria indica *in negativo* le condizioni che rendono un aiuto incompatibile con il diritto comunitario della concorrenza, sanzionando quelli illegittimi, essa

³⁸⁸ Cfr. ORLANDI, *op. cit.*, 274-75.

³⁸⁹ GUCE, C 288 del 9 ottobre 1999.

³⁹⁰ Vedi i regolamenti già citati *retro*.

sebbene in via indiretta canalizza l'intervento pubblico verso obiettivi di politica industriale in linea con gli obiettivi comunitari³⁹¹.

È chiaro che questa tendenza *lato sensu* regolatoria deve essere in qualche modo conciliata con il principio per cui gli Stati membri sono responsabili delle rispettive scelte in materia di politica economica (scelte che lo Stato può condurre senza che sia pregiudizialmente definito come contrastante con il diritto comunitario il modello di proprietà pubblica delle imprese).

La più recente evoluzione ha dimostrato che “*tra responsabilità e autonomia degli Stati nelle scelte di politica economica ed industriale, da una parte, e regime del mercato interno e della concorrenza, dall'altra, l'accento si è andato progressivamente spostando verso il secondo*”³⁹².

Si nota cioè sul finire degli anni '80 un significativo cambiamento di rotta riguardo all'incisività del controllo (e quindi indirettamente della definizione di linee di indirizzo di politica industriale ed economica) della Commissione: se all'incirca trent'anni fa il Galasso poteva notare che la disciplina comunitaria “*se applicata alla lettera comporterebbe la inammissibilità di gran parte dei finanziamenti pubblici previsti dalla vigente legislazione*”, aggiungendo che tuttavia “*gli organi comunitari hanno evitato una interpretazione rigida*”³⁹³, il modificarsi della situazione economica e l'approfondimento del processo di integrazione avviato con la pubblicazione del c.d. Libro Bianco “*hanno portato ad un'accentuata severità nell'interpretazione delle norme del Trattato e all'adozione di criteri estensivi nella configurazione della nozione di aiuto*”³⁹⁴. E quindi hanno portato al mutamento dell'iniziale posizione di equilibrio tra istanze di autonomia e responsabilità da parte degli Stati membri nella definizione della politica economia ed esigenze di tutela della concorrenza in funzione dell'obiettivo di realizzare un mercato unico nel senso prima chiarito³⁹⁵.

³⁹¹ TESAURO G., *op. cit.*, 742. In senso analogo MANZELLA, *Ausili pubblici*, cit., 3740, il quale sottolinea che “*negli anni più recenti, poi, la Commissione definisce progressivamente una politica di decentramento della funzione di controllo sugli aiuti ed accresce il proprio ruolo di interlocutore degli Stati membri al fine di orientare l'attività di sostegno finanziario alle imprese in vista del raggiungimento di obiettivi comunitari?*”.

³⁹² ID., *loc. ult. cit.*

³⁹³ GALASSO, *Finanziamenti*, cit., 774.

³⁹⁴ MANZELLA, *Il decreto legislativo n. 123/98*, cit., 908.

³⁹⁵ Su tale obiettivo dell'UE, invero non esclusivo, ma che si pone come veicolo anche per la realizzazione di altri fini (non si pone quindi esso stesso solo come fine, ma anche come

Sovente l'implementazione del ruolo della Commissione e la maggiore severità con la quale tale istituzione lo ha interpretato ha dato luogo ad aspri conflitti e lunghi negoziati tra Stato nazionale e Comunità.

Volendo limitare l'attenzione alle vicende della legislazione italiana, possono qui sinteticamente ricordarsi, ad esempio, il negoziato relativo alla compatibilità delle misure contenute nella citata l. 317 del 1991 (che prevede forme di finanziamento all'innovazione) o l'accordo c.d. Pagliarini-Van Miert del gennaio 1995 relativo al complessivo regime degli aiuti statali alle imprese nelle aree depresse previsto dal legislatore nazionale o ancora l'accordo Andreatta-Van Miert in relazione alla privatizzazione EFIM.

Il progressivo (ancorché non definitivo) eclissamento degli Stati membri nella definizione di politiche economiche va inoltre ricollegato, sotto un profilo per così dire *economico* (la disciplina del divieto di aiuti ed il progressivo inasprirsi dell'interpretazione che di essa disciplina hanno fornito gli organi comunitari riguardando il piano più spiccatamente *giuridico*), ai vincoli di bilancio derivanti dalla necessità di rispettare il Patto di stabilità.

In particolare, osserva la dottrina, “*per tale via, indiretta ma efficace, si è segnato un limite quantitativo complessivo che determina la estensione massima che lo Stato può conferire alla sua organizzazione ed alle sue attività. Liberi sì, ma solo entro lo spazio consentito dai suddetti vincoli. Si è segnato un confine non superabile all'influenza che lo Stato astrattamente potrebbe esercitare sul mercato aumentando o diminuendo le quantità o modificando la qualità sia della spesa che delle entrate. Per effetto del tetto massimo, gli Stati vengono anche stimolati ad effettuare condotte omogenee*”³⁹⁶.

mezzo), la letteratura è sostanzialmente sterminata. Si veda anche per gli ulteriori riferimenti il prezioso contributo di GUARINO, *Eurosistema*, cit., spec. 40 e ss., nonché ORLANDI, *op. ult. cit.*; ID., *Gli aiuti di Stato alla ricerca e allo sviluppo della normativa CEE*, in *Riv. Amm. Della Repubblica italiana*, 1993, 767; LUCHENA, *Welfare State e compatibilità comunitaria degli aiuti di Stato: l'esperienza delle istituzioni europee nel vaglio delle misure 'interne' tra finalità 'sociali'*, in *Unione Europea e limiti sociali del mercato*, a cura di S. PRISCO, Torino, 2002, 106.

³⁹⁶ Così GUARINO, *Eurosistema*, cit., 41. Segue la stessa linea di pensiero LUBRANO, *Le sovvenzioni*, cit., spec. 171.

3. Le regole procedurali (aiuti esistenti ed aiuti nuovi) ed il recupero di aiuti illegittimamente concessi.

Prima di analizzare più approfonditamente alcune ipotesi specifiche in cui viene in rilievo il contrasto tra un determinato modello di intervento dello Stato nell'economia e la disciplina comunitaria della concorrenza³⁹⁷ occorre soffermarsi per un verso sulle regole procedurali che informano l'esercizio del potere di

³⁹⁷ Non si deve peraltro pensare che l'erogazione di aiuti generi sempre e comunque effetti negativi sull'economia. La dottrina sottolinea come, se è evidente “che l'assenza di sovvenzioni comporta effetti positivi dato che favorisce la migliore allocazione delle risorse, il realizzarsi di una ‘specializzazione’ nella divisione internazionale del lavoro” nonché “una crescente liberalizzazione degli scambi”, è pur vero che “alla concessione di sovvenzioni ed aiuti di Stato sono anche connettabili effetti positivi”, considerato che “si tratta di misure atte a favorire l'industrializzazione e lo stesso sviluppo dei Paesi economicamente più arretrati, il superamento di tensioni interne tra regioni con diverso grado di crescita, la nascita e il consolidarsi di nuove industrie la cui importanza può essere strategica per l'intero sviluppo nazionale, la tutela di interessi generali della comunità quali, ad esempio, la tutela dell'ambiente” (in questi termini ORLANDI, *La disciplina delle sovvenzioni concesse dagli Stati nella normativa dell'OMC*, in *Quaderni di studi europei: i sussidi e gli aiuti di Stato*, a cura di ORLANDI, TUCCI, PINCHERA, BRIAMONTE, FEDELI, MURANO, LUZZI CONTI. Ma vedi dello stesso ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*. cit., 43 e ss.). Sulle richiamate diversità regionali, che rendono necessario il ricorso a strumenti di politica di coesione economica e sociale (da parte della stessa UE, ovvero degli Stati membri, in deroga al divieto di aiuti), vedi approfonditamente GUARINO, *Eurosistema*, cit., 72 e ss., che evidenzia le diversità “pressoché incolmabili” tra di diversi Stati membri, diversità che hanno reso impossibile una “omogeneizzazione immediata” dei regimi fiscali e della struttura ed organizzazione sociale. Si tratta di peculiarità che toccano i più svariati aspetti, come il territorio, l'incremento demografico, la composizione e consistenza del patrimonio accumulato dalla collettività ed alla sua ripartizione. Osserva LUBRANO, *Le sovvenzioni*, cit., 31 (in nota), che “tali diversità sono notevolmente superiori, per consistenza e per la loro incidenza a determinare un differente livello di dipendenza dal mercato internazionale, a quelle espressamente contemplate dal Trattato”. Nello stesso senso anche le osservazioni di DE LUCA, *Gli aiuti di Stato nel trasporto aereo. Inquadramento sistematico e rassegna dei provvedimenti comunitari*, Roma, 2000, il quale propone la distinzione tra aiuti con effetti negativi sulla concorrenza ed aiuti *neutri* e per ciò stesso raccomandabili, ed afferma (p. 55) che: “non è negativo per la concorrenza e per l'economia comunitaria in generale l'aiuto dello Stato che tenda a colmare il gap strutturale delle proprie imprese o dei propri settori più deboli, per consentire loro di inserirsi nel mercato a parità di condizioni. Anzi è auspicabile. Di contro, gli aiuti non possono rappresentare una parte costante nella determinazione del reddito delle imprese che sono in condizioni di sfavore, perché altrimenti esse non troverebbero una ragione per collocarsi al giusto livello di competitività. In sintesi, dunque, l'aiuto che tende a rimuovere disarmonie del mercato è ammissibile ma deve essere limitato nel tempo”. D'altronde è stato autorevolmente notato (ROVERSI MONACO, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI, Bologna 2005, 78) come l'esistenza della Comunità prima e dell'Unione europea dopo non si giustifichi solo in funzione dell'obiettivo di realizzare un mercato unico governato dalle regole della concorrenza, essendovi finalità ulteriori come lo “sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche” ovvero la promozione di una “crescita sostenibile, non inflazionistica che rispetti l'ambiente” ovvero la “coesione economica e sociale” che determina la permanenza di svariati poteri in capo agli Stati membri in quanto sarebbe “errato ritenere che i vincoli posti a tutela di ‘un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza’, che pure continua ad essere principio di fondamentale

controllo da parte della Commissione e per altro verso sulla disciplina della soppressione e sul recupero degli aiuti erogati illegittimamente, con riguardo anche ai rimedi di diritto interno³⁹⁸.

Quanto al primo aspetto (regole procedurali del potere di controllo attribuito alla Commissione), giova ricordare l'*incipit* dell'art. 88 TCE (vedi oggi l'art. 108 TFUE), secondo cui "la Commissione procede con gli Stati membri all'esame permanente dei regimi di aiuti esistenti in questi Stati".

importanza dell'organizzazione comunitaria, siano sempre e comunque prevalenti rispetto ad altri interessi di rilievo pubblico". Nell'ambito degli aiuti che hanno come finalità quella di tutelare l'ambiente vanno diffondendosi, come si è già segnalato, strumenti innovativi caratterizzati da ciò che "non si internalizza l'attività privata nell'attività amministrativa, assoggettando in diversi casi l'attività privata a regole amministrative, ma si fa l'opposto, internalizzano gli interessi amministrativi nell'attività privata, la quale viene conformata in sede legislativa (mercati artificiali, certificazioni ambientali) o amministrativa (accordi unilaterali) – così da funzionare intrinsecamente in una prospettiva di interesse pubblico". In questo senso, v. LOLLI, *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, cit., 30 e ss.. Si tratta specificamente: a) di strumenti economici rappresentati dalla creazione di mercati artificiali, nei quali l'iniziativa privata, diretta alla realizzazione del massimo profitto, si muove in un contesto dove siffatta finalità coincide con quella pubblicistica, come accade nel mercato delle quote di emissioni (*carbon market*), in quello inerente alla fonti di energia rinnovabile, in quello dei certificati verdi, in quello dei certificati bianchi (riguardanti il risparmio energetico). Ad esempio, con riferimento ai biocarburanti, dal 2007 ogni soggetto che immette sul mercato carburante dovrebbe anche immettere una quota di biocarburante ovvero acquistare i diritti di immissione di tale quota da altra azienda che dispone di quote in sovrannumero, dando luogo ad un mercato artificiale dei titoli inerenti all'immissione al consumo di biocarburanti (si v. l'art. 2-*quater* d.l. 2 del 2006, conv. in l. 81 dello stesso anno e ss. mm.); b) strumenti economico-volontari incentrati sulla valorizzazione di *brand* di qualità ambientale (certificati ambientali): tali *brand* nascono nel mercato per essere ivi spesi per migliorare l'immagine e la penetrazione commerciale dell'impresa, specie riguardo alle fasce di consumatori più attente alle esigenze della tutela ambientale. Si è osservato (p. 40) che "gli strumenti economico-volontari di certificazione (brand) presentano infatti differenze – per quanto parziali e non assolute – rispetto a questo modello amministrativo tradizione [il sistema certificativo, n.d.s.] sia perché ciò che rileva nel sistema dei brand ambientali è l'interesse del cittadino consumatore più che del cittadino amministrato ad ottenere certezze dall'amministrazione imperativa, sia perché il significato del brand è dato dal suo uso nel marketing, non esaurendosi nel certificare la conformità a determinati standard, sia perché si tratta di un sistema interamente volontario, incentrato su forme di soft law ovvero di incentivi". Infatti nel sistema che si va descrivendo l'impresa può svolgere la sua attività anche senza i predetti certificati: la scelta di possedere il brand è un "investimento di credibilità" (p. 41); c) strumenti economico-volontari rappresentati da accordi unilaterali in cui sono previsti impegni solo per l'amministrato. Si tratta di forme alternative (e meno rigide) di regolazione "che concettualmente presentano analogie con le forme di autoregolazione contrattata tra gli operatori, talora vigilate dall'amministrazione, proprie di settori di mercato in cui vi sono significative problematiche di compatibilità del funzionamento del mercato rispetto ad interessi generali" (vedi ad esempio il Codice di autodisciplina pubblicitaria), cui si massimamente si applica la disciplina degli accordi di cui all'art. 11 della l. 241 del 1990.

³⁹⁸ Su tali aspetti vedi *funditus* MALINCONICO, *Aiuti*, cit., 86 e ss., nonché ALEMANNI, *Aiuti di Stato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE, Milano 2006, *ad vocem* ed il volume collettaneo curato da DANIELE, AMADEO e SCHEPISI, *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali*, cit..

Dal che si evince che le regole procedurali sono diverse a seconda che si tratti di *aiuto esistente* (o comunque portati ad esecuzione senza la previa verifica a parte della Commissione) o di *aiuti nuovi*:

- rispetto agli aiuti esistenti, si è detto, la Commissione ha poteri di monitoraggio. Laddove nello svolgimento di tale potere di controllo la Commissione abbia ravvisato la contrarietà di un aiuto al mercato comune, dopo aver intimato agli interessati di presentare le proprie osservazioni, dispone che tale aiuto sia modificato nel termine all'uopo assegnato. Se lo Stato intimato non si adegua a quanto deciso è prevista (sia in capo alla Commissione che a qualunque Stato membro interessato) la possibilità di adire direttamente la Corte di giustizia in deroga agli artt. 226 e 227 TCE (vedi oggi artt. 258 e 259 TFUE): ciò significa che non sarà necessario attivare il procedimento precontenzioso, costituito dalla messa in mora e dal parere motivato. L'eventuale condanna dello Stato membro obbliga l'impresa beneficiaria a ripristinare lo *status quo ante*, restituendo gli aiuti dichiarati incompatibili (ponendosi semmai, conformemente alle ristrette coordinate interpretative indicate dalla Corte di Giustizia rispetto alle sovvenzioni erogate dagli Stati, la questione della tutela dell'affidamento di chi ha in buona fede confidato nella legittimità dell'incentivo³⁹⁹);
- rispetto agli aiuti nuovi, come si anticipava, è fatto obbligo allo Stato che intenda introdurli (ovvero modificare un regime di incentivi già esistente) di notificare il relativo progetto alla Commissione e di astenersi dall'erogare la sovvenzione fintanto che la Commissione non si sia pronunciata in un termine predefinito (il c.d. *stand still period*). La suddetta disciplina risponde all'obiettivo essenziale di evitare che detti aiuti siano posti in essere e producano dunque effetti distorsivi senza che prima se ne sia valutata la compatibilità a livello comunitario . Si è già fatto cenno al regolamento 659 del 1999 (e del successivo regolamento della Commissione n. 794 del 2004): in questo frangente è opportuno specificare che a seguito della notifica la Commissione procede ad un esame preliminare del progetto. Il termine assegnato per concludere questa fase è di due mesi:

³⁹⁹ Su tale problematica, si rinvia a quanto osservato *retro* cap. II, par. 3, nonché al contributo di GRECO G., *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, cit..

- se a seguito di tale valutazione preliminare la Commissione ritiene che non sia necessario aprire una procedura di verifica, può anche non adottare una decisione espressa, per quanto esigenze di buona amministrazione suggeriscano di comportarsi diversamente, poiché il silenzio della Commissione autorizza lo Stato membro a dar corso all'erogazione dell'incentivo previa comunicazione, fermo restando il potere da parte del “Guardiano dei Trattati” di valutare la compatibilità comunitaria di tale sovvenzione come aiuto esistente, secondo le regole già viste;
- se dopo lo stadio preliminare la Commissione reputa che l'aiuto sia incompatibile con il diritto comunitario della concorrenza e che esso non rientri in talune delle ipotesi derogatorie previste dall'art. 87, avvia senza indugio la procedura di verifica in contraddittorio con lo Stato e con i soggetti privati interessati. Se permane il contrasto con il diritto comunitario, la Commissione dispone la soppressione dell'aiuto o la sua modifica entro un determinato termine; -
- l'obbligo dello Stato di non dare corso all'incentivo permane a maggior ragione laddove sia aperta la procedura di verifica di cui al secondo comma dell'art. 88 TCE. L'eventuale decisione positiva in relazione alla compatibilità comunitaria dell'aiuto ha *effetto costitutivo* circa l'ammissibilità dell'aiuto ed opera *ex nunc* (arg. ex art. 88 comma 3).

Quanto alla disciplina della soppressione e del recupero di un aiuto incompatibile con il diritto comunitario della concorrenza⁴⁰⁰, tanto nel caso in cui tale incompatibilità sia emersa fin dall'adozione della misura incentivante, quanto nel caso in cui sia emersa successivamente in occasione della sua attuazione, la Commissione dispone con decisione la sua soppressione o la sua modifica.

La decisione è impugnabile dallo Stato membro o da altri soggetti dell'ordinamento interno (ad esempio l'impresa beneficiata) con l'azione di annullamento.

⁴⁰⁰ Si è già detto della distinzione tra aiuto illegittimo e aiuto illegale e della questione se la violazione delle regole procedurali comporti *ex se* l'incompatibilità comunitaria dell'aiuto, come riteneva la Commissione, ovvero se tale organo debba comunque pronunciarsi sul *merito* dell'ammissibilità dell'aiuto, come ha ritenuto, di converso, la Corte di Giustizia: vedi la giurisprudenza citata *retro* par. 2, nonché le osservazioni svolte nel testo in merito all'art. 13 del regolamento di procedura del 1999.

Si è già detto che laddove lo Stato non si conformi a tale decisione la Commissione può adire la Corte di Giustizia senza rispettare le formalità precontenziose previste dall'art. 226 TCE: resta pur tuttavia ammissibile il rimedio parallelo di cui all'art. 227, nel senso che lo Stato membro può agire innanzi alla Corte di Giustizia previo parere motivato della Commissione deducendo l'inosservanza del Trattato da parte di altro Stato membro che abbia introdotto un regime di aiuti illegittimo.

La giurisprudenza comunitaria si è orientata nel senso che la Commissione non è tenuta ad attendere l'esito di una controversia pendente innanzi al giudice nazionale prima di adottare un dispositivo di compatibilità dell'aiuto soggetto a condizione del recupero di un precedente aiuto illegale ancora *sub iudice* nell'ordinamento interno dello Stato, laddove sia stato impugnato il provvedimento di recupero innanzi all'autorità giudiziaria nazionale⁴⁰¹.

Qualora invece l'aiuto sia stato in tutto o in parte eseguito si pone il problema del suo recupero. Malgrado l'art. 88 non faccia riferimento alcuno al recupero dell'aiuto illegittimo, sia la Commissione che la Corte di Giustizia avevano ritenuto che esso fosse la logica conseguenza della sua soppressione⁴⁰².

Erano quindi ritenute prive di pregio le censure mosse dagli Stati membri autori dell'infrazione vertenti: sulla considerazione che il recupero dell'aiuto non ristabilisce l'assetto concorrenziale del mercato, turbato dall'erogazione dell'aiuto stesso⁴⁰³; e sul rilievo che il recupero dell'aiuto causa un pregiudizio eccessivamente gravoso ai creditori dell'impresa beneficiaria con violazione del principio di proporzionalità⁴⁰⁴.

La procedura di recupero dell'aiuto illegittimo trova oggi una regolamentazione esplicita nell'art. 14 del regolamento 659 del

⁴⁰¹ Trib. I Grado CE, 13 settembre 1995, in causa T-244/93 e T-486/93.

⁴⁰² Vedi ad esempio CGCE, 1° aprile 2004, in causa C-99/02, in *Dir. e giust.*, 2004, 22, 126; 14 settembre 1994, in cause C. 278 e 280/92, in *Racc.*, I-4103; 4 aprile 1995 in causa C-350/93, in *Racc.*, 699; 23 febbraio 1995, in causa C-349/93; 9 marzo 1994, in causa C-188/92; 21 settembre 1983 in cause 205/83 e 215/82.

⁴⁰³ Vedi ad esempio quanto ritiene la Corte di Giustizia nel caso *Finmeccanica*, decisione 21 marzo 1991, in causa C-305/89, in *Racc.*, I-1603: il soggetto gravato della restituzione (*Finmeccanica*) doveva considerarsi beneficiario dell'aiuto in quanto *holding* pubblica di cui faceva parte l'Alfa Romeo ossia la destinataria effettiva dell'aiuto all'epoca dei fatti di causa. In proposito vedi quanto osservato da ADAM, *In capo a chi il recupero degli aiuti illegittimi?, L'ultima puntata dei casi IRI-Alfa Romeo e ENI-Lanerossi*, in *Dir. UE*, 1996, fasc. 1.

⁴⁰⁴ Su questo aspetto cfr. CGCE 21 marzo 1990, in causa C-142/87, cit..

1999: nel caso di decisioni negative riguardo ad aiuti illegali, la Commissione adotta una decisione (impugnabile dagli interessati⁴⁰⁵) con la quale impone allo Stato membro di porre in essere tutte le misure necessarie per recuperare l'aiuto del beneficiario (al cui importo vanno sommati gli interessi calcolati in base ad un tasso stabilito dalla Commissione).

La pretesa al recupero dell'aiuto è soggetta al termine di prescrizione di dieci anni.

Quanto alle modalità del recupero, queste sono disciplinate dal diritto interno dello Stato che ha attribuito la sovvenzione incompatibile con il diritto comunitario: in questo frangente il regolamento codifica un principio costantemente affermato dalla Corte di Giustizia, con la precisazione che il rispetto di queste norme non può rendere impossibile la ripetizione della somma erogata⁴⁰⁶.

In specie, il problema potrebbe porsi – e si è effettivamente posto – con riguardo alle norme nazionali di diritto societario o fallimentare e con riguardo all'inopponibilità di debiti non risultanti da scritture contabili laddove l'impresa beneficiata dalla sovvenzione sia stata ceduta a terzi.

In ordine alla prima questione, deve ravvisarsi la nullità dell'attribuzione patrimoniale perché contrastante con una norma imperativa (in specie con il divieto di aiuti di Stato)⁴⁰⁷. Appare per

⁴⁰⁵ Secondo la giurisprudenza comunitaria, in sede di esecuzione dell'obbligo di restituzione dell'aiuto non si possono formulare censure relative alla decisione della Commissione laddove questa non sia stata tempestivamente impugnata (CGCE, 15 giugno 1986, in causa C-52/84. In dottrina, cfr. DELLA CANANEA, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1993, 439). Similmente, se è stata impugnata in sede di esecuzione non possono essere trattate questioni già risolte nel giudizio di annullamento. Ben si potrebbero palesare un impedimento che renda inattuabile la decisione della Commissione. Deve però trattarsi di impossibilità derivante da circostanze impreviste ed imprevedibili al momento della decisione (CGCE, 12 maggio 2005, in causa C-415/03, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 959, secondo cui “il solo mezzo di difesa che uno Stato membro può opporre al ricorso proposto dalla Commissione per inadempimento ad un provvedimento che ordina il recupero di un aiuto illegittimo (art. 88 n. 2 Ce) è l'impossibilità assoluta di dare correttamente esecuzione alla decisione”. A conferma che l'impedimento al recupero dell'aiuto debba avere natura eccezionale si pone la previsione dell'art. 14 del citato regolamento di procedura che prescrive che la Commissione non procede al recupero dell'aiuto soltanto laddove ciò sia in contrasto con un principio generale del diritto comunitario.

⁴⁰⁶ Vedi ancora CGCE, 21 marzo 1990, in causa C-142/87, più volte citata. In relazione alla rilevanza di norme interne che escludano l'obbligo di restituzione vedi CGCE, 21 settembre 1983, in cause C-205/83 e 215/82, in *Foro It.*, 1984, IV, 297, con nota di DANIELE.

⁴⁰⁷ Si veda in questo senso T.A.R. Lazio, Sez. III-*bis*, 19 febbraio 1992, n. 166, in *Trib. Amm. Reg.*, 1992, I, 2, 997.

altro verso ormai consolidato il principio secondo cui il regime giuridico applicabile al credito di recupero è identico a quello comune dei crediti di Stato.

In ordine alla seconda questione, si ritiene che all'acquirente dell'azienda che non abbia pagato il giusto prezzo all'impresa beneficiaria dell'aiuto vada imputata la parte di aiuto (illegale) eccedente rispetto al valore dell'acquisto, nella misura in cui cioè tale soggetto (l'acquirente) si sia effettivamente avvantaggiato della sovvenzione concessa ad altri. È ininfluenza la non rilevanza del debito dalle scritture contabili dell'impresa ceduta: la norma nazionale deve in tal caso cedere di fronte alla normativa comunitaria, conformemente al principio di origine pretoria, prima ricordato, per cui il recupero avviene secondo la disciplina nazionale (che potrebbe in ipotesi prevedere l'inopponibilità dei debiti non risultanti dalle scritture contabili), nei limiti in cui l'applicazione di tale disciplina non vanifichi la pretesa alla ripetizione dell'aiuto⁴⁰⁸.

4. I casi dell'assunzione di partecipazioni di imprese da parte dello Stato. Il principio di "neutralità" rispetto alla forma della proprietà delle imprese: illustrazione delle relative ratio. Il criterio dell'investitore privato in condizioni di un'economia di mercato. Gli indici sintomatici del carattere illegittimo della condotta statale. Esempificazioni.

Si è prima detto che l'analisi della disciplina comunitaria si sarebbe particolarmente concentrata sui seguenti aspetti: assunzione di partecipazioni di imprese da parte dello Stato; operazioni di privatizzazione delle imprese pubbliche; erogazione di somme che valgano a compensare gli oneri aggiuntivi di servizio pubblico sostenuti dall'operatore affidatario del servizio medesimo.

È con riferimento a questi casi, infatti, che le interrelazioni (in termini di incompatibilità/compatibilità) tra l'intervento dello Stato nell'economia attraverso l'impresa pubblica (o esercente un servizio pubblico) ed il divieto comunitario di aiuti di Stato trovano la loro più significativa espressione.

Con riferimento alla prima ipotesi (assunzione di partecipazioni di imprese da parte dello Stato) deve ancora una volta ricordarsi il principio scandito dall'art. 295 TCE (vedi oggi

⁴⁰⁸ Vedi CGCE, 20 settembre 1990, in causa C-5/89, in *Racc.*, I-3437.

l'art. 345 TFUE) per cui l'UE serba in linea teorica un atteggiamento neutrale riguardo all'assetto proprietario delle imprese, considerato che il suo interesse specifico (man mano come detto sopra divenuto sempre più pregnante⁴⁰⁹) è quello di evitare che il regime pubblicistico della proprietà pubblica dell'impresa si risolva in un ingiustificato vantaggio rispetto alle imprese private.

Ciò posto, deve dirsi che in questo frangente la giurisprudenza comunitaria ha fatto specifica applicazione del criterio (generale: cioè applicabile anche agli aiuti concessi ad imprese private) del normale investitore privato nelle condizioni tipiche di un'economia di mercato.

In particolare, laddove l'apporto pubblico si manifesti attraverso l'assunzione di partecipazioni nell'impresa, e tale atteggiamento non corrisponda a quello che, in situazioni analoghe, terrebbe un investitore privato, deve ravvisarsi l'illegittimità di tale condotta.

Il criterio appena visto⁴¹⁰ si concretizza attraverso il riferimento ad indici sintomatici come: la consistenza dell'indebitamento dell'impresa; la mancanza da parte di quest'ultima di mezzi per realizzare un programma di investimenti

⁴⁰⁹ Può individuarsi infatti un filo rosso tra il mutamento di giurisprudenza in relazione all'art. 86, in forza del quale si è preso a ritenere, diversamente dal passato, che gli Stati non avessero più discrezionalità riguardo alla previsione di diritti esclusivi o di regimi di riserva, essendo precluse solo le ulteriori misure con effetto anticoncorrenziale, ma che anche la previsione di simili regimi dovesse rispondere ad un apprezzabile interesse di natura comunitaria, e l'inasprimento nell'atteggiamento della Commissione e della Corte di Giustizia nell'interpretazione dell'art. 87 del Trattato, in tema di aiuti di Stato.

⁴¹⁰ CGCE, 21 marzo 1991, in causa C-303/88, in *Racc.*, I-1433, sul noto caso *Lanerosi I*; 21 marzo 1991, in causa C-305/89, in *Racc.*, I-1603; 29 aprile 1999, in causa C-305/89, in *Racc.*, I-2459; Trib. I Grado CE, 30 aprile 1998, in causa T-16/96, in *Racc.*, II-757; CGCE, 16 maggio 2002, in causa C-482/99, in *Racc.*, I-4397; 28 gennaio 2003, in causa C-334/99, in *Racc.*, I-1139.

⁴¹¹ Si è per esempio ritenuto che l'apporto pubblico soddisfa il criterio dell'investitore privato quando sia accompagnato da un contestuale e significativo apporto di capitale da parte di un soggetto privato "in condizioni comparabili": Trib. I Grado CE, 12 dicembre 1996, in causa T-358/94, in *Racc.*, II-2109, sul caso *Air France*; 12 dicembre 2000, in causa T-296/97, in *Racc.*, II-3871, caso *Alitalia*: può leggersi anche in *Guida al diritto*, 2008, 30, 120, con nota di LUCHENA, nonché in *Dir. Trasporti*, 2001, 705, con nota di DE LUCA, *Ancora sugli aiuti di Stato alle compagnie di bandiera: i giudici comunitari smentiscono nuovamente la Commissione*.

La pronuncia è particolarmente interessante anzitutto perché ricollega esplicitamente il criterio relativo all'investitore privato, operante in normali condizioni di mercato, al principio di parità di trattamento tra i settori pubblico e privato. La ricorrente Alitalia era infatti partecipata alla data del 1° luglio 1996 per oltre il 90% dall'IRI. È noto che all'inizio degli anni '90 l'Alitalia soffriva di una sottocapitalizzazione: in concomitanza con le difficoltà legate alla Guerra del Golfo nonché alla recessione che in quegli anni aveva colpito il settore aereo, l'Alitalia aveva

; il conferimento di capitale che valga a ridurre l'equilibrio pubblico/privato in misura giustificabile soltanto con la cattiva competitività e redditività dell'impresa⁴¹².

La Corte di Giustizia ha fatto applicazione di tale criterio con riferimento alla valutazione del noto caso di conferimenti IRI-Finmeccanica nell'Alfa Romeo in vista della cessione della FIAT⁴¹³: al riguardo il giudice comunitario ha condiviso le conclusioni della Commissione, ritenendo che *“un investitore privato, anche se avesse*

operato dei tagli al personale di terra; ma non riusciva, malgrado ciò, a migliorare la sua posizione. Conseguentemente, veniva attivato un piano di ristrutturazione per il periodo 1996-2000 accompagnato da rilevanti conferimenti in conto capitale da parte dell'IRI. In particolare tale piano prevedeva una fase di risanamento ed una di sviluppo, quest'ultima correlata principalmente all'entrata in servizio del centro aeroportuale di Malpensa a partire dal 1998. Si trattava in altri termini del piano che avrebbe preparato Alitalia ad un processo di privatizzazione. Sennonché la Commissione dopo aver svolto al riguardo il previsto procedimento di verifica esprimeva forti perplessità riguardo alla compatibilità comunitaria dell'intervento dell'IRI, attese (per quanto qui specificamente interessa) le *“modeste possibilità di remunerare in modo soddisfacente l'impegno finanziario dell'IRI”*. A seguito di una complessa e tormentata istruttoria, cadenzata dalle produzioni peritali delle parti contrapposte, la Commissione si risolveva definitivamente per la qualificazione in termini di aiuto vietato del conferimento in conto capitale effettuato dall'IRI: alla base della decisione viene posta la motivazione che *“il tasso interno dell'investimento [...] risulta per l'IRI intorno al 20% tenendo conto dell'assunzione diretta da parte dell'Alitalia del costo dei prepensionamenti. Il tasso interno resta inferiore al tasso minimo che esigerebbe un investitore privato secondo le leggi di mercato per procedere al conferimento di capitale in questione”*. Al riguardo osserva il Collegio decidente, dopo aver premesso che il criterio dell'investitore privato è emanazione del principio della parità di trattamento fra i settori pubblico e privato, che *“l'apporto di capitali su fondi pubblici soddisfa il criterio dell'investitore privato e non implica un aiuto statale nel caso in cui, tra l'altro, tale apporto avvenga in concomitanza con un significativo apporto di capitale da parte di un investitore privato effettuato in condizioni comparabili”* (vedi la pronuncia più sopra citata sul caso *Air France*). Il Collegio richiama quanto previsto dalla Commissione nella comunicazione aviazione a proposito delle condizioni ricorrendo le quali il finanziamento pubblico a favore di compagnie aeree incappi nel divieto di cui all'art. 87 TCE: *“il principio dell'investitore privato sarà di regola soddisfatto quanto la struttura e le prospettive future della società siano tali da far prevedere entro un lasso di tempo ragionevole una redditività (mediante pagamenti di dividendi e incrementi di capitale) che potrà essere considerata normale se paragonata ad un'analoga impresa privata”*; quindi *“un investitore che opera in un'economia di mercato fornirà di norma capitale di rischio se il valore attuale dei flussi di cassa attesi dall'investimento progettato [...] è superiore al costo del nuovo apporto”*. Rileva il Tribunale che tuttavia, ferma restando l'insindacabilità della decisione sotto il profilo tecnico, questa si presenta carente sotto il profilo motivazionale nel punto in cui ha fissato il detto tasso minimo in un valore non ragionevole e soprattutto sproporzionato rispetto a quello applicato in relazione a simili operazioni di ristrutturazione operate nei riguardi delle compagnie di bandiera da altri Stati membri (non si approfondisce l'aspetto di notevole complessità consistente nella individuazione delle voci da computare per individuare il ridetto tasso, perché è proprio in relazione a tali componenti che la Commissione e l'autorità nazionale manifestavano vedute diverse). Ne è risultato che *“dalla motivazione della decisione impugnata relativa al calcolo del tasso minimo il ragionamento della Commissione non emerge in modo chiaro e inequivoco e tale da permettere alla ricorrente di conoscere i motivi delle misure adottate, così che possa difendere i propri diritti ed il giudice comunitario esercitare il proprio controllo”*. Come detto il giudice non entra (perché,

seguito una politica globale a lungo termine senza perseguire una redditività immediata, non avrebbe accettato, alle normali condizioni di un'economia di mercato, di procedere ai conferimenti di capitali effettuati dalla Finmeccanica".

In materia di ristrutturazione di istituti bancari e compagnie aeree in difficoltà, più di recente, la Commissione e la Corte di Giustizia hanno ulteriormente specificato gli indici sintomatici della incompatibilità comunitaria dell'intervento tramite conferimenti in imprese pubbliche, richiamando, nel segno di un progressiva tecnicizzazione della valutazione a farsi⁴¹⁴, elementi quali: il tasso di

conformemente ad una consolidata giurisprudenza, ritiene di non potere entrare: vedi appresso nota 415) nel merito della valutazione tecnica: ma annulla la decisione per difetto di motivazione e quindi per un vizio di legittimità. Sembra però che nell'applicare tale parametro sia data grossa rilevanza al dato puramente tecnico, come emerso dalle contrapposte produzioni delle parti in causa.

In termini, ancora: CGCE, 3 luglio 2003, in cause C-83/93 e 94/01.

In tema di comunicazioni specificative dei criteri da applicare per verificare la compatibilità comunitaria di un aiuto vedi anche *Applicazione degli artt. 92 e 93 del trattato CEE alla partecipazione delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese* (in Bollettino CE, 1984, 9; nonché *Applicazione degli artt. 92 e 93 del trattato CEE e dell'art. 5 della direttiva della Commissione 80/723/CEE alle imprese pubbliche dell'industria manifatturiera*, in GUCE C 307 3).

⁴¹² La giurisprudenza comunitaria ha invero precisato che la redditività dell'investimento non deve necessariamente manifestarsi nel breve periodo. Cfr. al riguardo CGCE, 21 marzo 1991, in causa C-303/88, cit., sul noto caso *Lanerossi I*, secondo cui la prospettiva dell'imprenditore pubblico, per superare le maglie del controllo di compatibilità comunitaria, deve almeno corrispondere a quello di "un gruppo imprenditoriale privato che persegue una politica strutturale, globale o settoriale, guidato da prospettive di redditività a più lungo termine". Per converso si è ritenuto che laddove l'impresa che abbia beneficiato di un aiuto di Stato illegittimo venga acquistata al prezzo di mercato, ossia al prezzo più elevato che un investitore privato operante in condizioni di concorrenza era disposto a pagare per tale società nella situazione in cui essa si trovava, in particolare dopo aver fruito di aiuti statali, "l'elemento di aiuto deve essere valutato al prezzo di mercato e incluso il prezzo d'acquisto. In tali circostanze, non si può ritenere che il compratore abbia fruito di un vantaggio rispetto agli altri operatori del mercato".

⁴¹³ CGCE 21 marzo 1991, in causa C-305/89, cit.

⁴¹⁴ È interessante al riguardo notare che la giurisprudenza comunitaria ritiene che l'applicazione del criterio dell'investitore privato operante in un'economia di mercato "implica lo svolgimento di analisi tecniche e valutazioni economiche complesse che non spetta al Tribunale sindacare nel giudizio di annullamento". In questo senso Trib. I Grado CE, Sez. VIII, 17 dicembre 2008, n. 196, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 3237. In questa occasione la giurisprudenza comunitaria ha precisato che la circostanza che la regione Vallonia sia una pubblica autorità, e che sia proprietaria di installazione aeroportuali comprese nel demanio pubblico, non può, di per sé, fare escludere che essa eserciti, nel caso concreto, attività economica. È stato nondimeno ritenuto illegittimo (ancorché il Giudice non sia entrato nel merito della valutazione tecnica effettuata dall'autorità) il rifiuto della Commissione di valutare secondo il principio dell'investitore privato in un'economia di mercato le misure adottate dalla regione Vallonia a favore della Ryanair Ltd.; in termini: Trib. I Grado CE, 12 dicembre 2000, in causa T-296/97, cit. (caso *Alitalia*), che specifica che "la verifica del criterio dell'investitore privato in un'economia di mercato comporta una valutazione tecnica complessa, che attribuisce alla commissione un ampio potere discrezionale e il sindacato giurisdizionale, per i provvedimenti rientranti nel campo di applicazione dell'art. 87, n. 1, trattato Ce, è

redditività nel medio o lungo periodo dell'investimento pubblico; il tasso di rischio di tale investimento; le prospettive di sviluppo del settore interessato⁴¹⁵; le valutazioni dei principali operatori del settore⁴¹⁶.

5. Segue: la privatizzazione di imprese pubbliche. Individuazione delle ragioni dei processi di privatizzazione: cenni. Condizioni di compatibilità comunitaria delle operazioni di privatizzazione. Il caso EFIM ed altri casi controversi. Enuclazione di un catalogo di regole generali di compatibilità delle misure volte a favorire processi di privatizzazione. La previsione di golden shares.

Venendo alla seconda area tematica, concernente le operazioni di privatizzazione di imprese pubbliche, prima di verificare quali sono i criteri che la Commissione utilizza per stabilire se siffatte operazioni siano condotte nel rispetto del diritto comunitario della concorrenza e non si accompagnino all'adozione di misure interventistiche volte a riequilibrare la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa ceduta o che comportino un indebito vantaggio per l'acquirente, occorre, con la brevità che si conviene ad uno studio che non si prefigge di trattare approfonditamente tale profilo (ma che lo esamina nei limiti in cui lo stesso interessa l'oggetto specifico del nostro discorso), analizzare le caratteristiche salienti e le ragioni di fondo delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni.

Va ricordato ancora una volta il principio di indifferenza circa la forma pubblica o privata della proprietà dell'impresa (art. 295, oggi 345 TFUE); ma anche ribadita l'adesione da parte nostra a quella linea di pensiero secondo cui *“anche se l'impresa pubblica non è bandita dal diritto europeo, l'applicazione nei suoi riguardi delle regole della concorrenza fa venir meno l'utilità della sua istituzione: sol che si consideri che*

limitato alla verifica delle regole inerenti la procedura e la motivazione, l'esattezza materiale dei fatti o l'assenza di sviamento di potere”. Vedi ancora: Trib. I Grado CE, 6 marzo 2003, in cause riunite T-228/99 e T-233/99, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 825, secondo cui *“non spetta al Tribunale sostituire la sua valutazione economica a quella dell'autore della decisione”*.

Si può quindi notare una certa qual discontinuità con gli orientamenti espressi della giurisprudenza nazionale (eccetto che per gli affari minori), più sopra ricordati, che ammette il vaglio circa l'attendibilità tecnica della valutazione effettuata dall'autorità.

⁴¹⁵ Vedi ad esempio, Trib. I Grado CE, 6 marzo 2003, cit., che utilizza il parametro del *rendimento medio del settore considerato* per determinare se ed in che misura l'impresa beneficiaria riceva un vantaggio economico che non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato.

⁴¹⁶ Si tratta ancora del noto caso *Westdeutsche Landesbank Girozentrale, Land Nordrhein-Westfalen c. Commissione*, citato nella note precedenti.

*le imprese pubbliche sono state create dai pubblici poteri perché operassero in situazioni di monopolio o di oligopolio*⁴¹⁷.

Sembra in effetti essere questo, al di là della suddetta petizione di principio, l'atteggiamento serbato dalle istituzioni comunitarie riguardo all'impresa pubblica, quasi come se alla stessa si accompagnasse *naturaliter* una qualche distorsione dell'assetto concorrenziale del mercato.

Già prima dell'adozione del Libro Bianco su *Crescita, occupazione e competitività* (c.d. Rapporto Delors), la necessità di ridurre l'intervento pubblico dell'economia onde realizzare un assetto pienamente concorrenziale del mercato interno si evince dalle *Relazioni sulla politica di concorrenza*, pubblicate dalla Commissione a partire dagli anni '70.

In specie, si osserva che *“i problemi economici e sociali non possono essere risolti con il protezionismo comunitario o nazionale, che peraltro rischierebbe di compromettere l'unità del mercato comune”*, ma piuttosto con la realizzazione di un mercato concorrenziale e l'adozione di politiche della concorrenza che vigilino *“sul comportamento delle imprese e protegg[a] gli interessi del consumatore permettendogli di procurarsi beni e servizi alle condizioni migliori”*⁴¹⁸. In questo quadro, *“gli interventi pubblici devono iscriversi in una prospettiva di rafforzamento della competitività non solo del settore considerato ma dell'economia della Comunità nel suo insieme”*, economia che *“non può sopportare a lungo i costi elevati di strutture pubbliche inidonee”*⁴¹⁹.

Più chiari segni della futura politica di progressiva riduzione dell'intervento pubblico nell'economia attraverso le privatizzazioni e le liberalizzazioni si colgono dalla lettura della *Relazione* del 1991: la Commissione denunciava che, in diversi Stati membri, settori cruciali dell'economia (telecomunicazioni, servizi bancari, assicurazioni, trasporti ed energia) si reggevano su sistemi monopolistici o oligopolistici, senza alcuna concorrenza effettiva e che ciò ostacolava il pieno godimento da parte dei consumatori e degli utenti dei vantaggi collegati alla realizzazione di un mercato unico. Allo stesso tempo costituiva priorità delle istituzioni comunitarie che in siffatti settori fosse compiuta la verifica se le imprese operanti in regime di monopolio od oligopolio rispettassero gli obblighi inerenti alla fornitura del servizio

⁴¹⁷ CORSO, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, cit..

⁴¹⁸ *Relazione* del 1976, 9.

⁴¹⁹ *Relazione* del 1977, 12.

pubblico. Si incasellano perfettamente in tale stato di cose le parole dell'allora direttore generale della Direzione della concorrenza della Commissione (Ehlermann) secondo cui *“nei settori aperti alla concorrenza internazionale, la ricerca di una maggiore efficienza economica è indispensabile per realizzare la competitività delle imprese, e attraverso esse mantenere alti i livelli occupazionali per contribuire alla crescita ed al benessere della società. La globalizzazione dell'economia non fa che accelerare un processo inarrestabile cui non si conformano i vecchi rimedi di stampo protezionistico”*⁴²⁰.

La dottrina ha al riguardo osservato che *“la liberalizzazione risponde alle esigenze proprie del mercato interno perché i monopoli costituiscono in sé (evidenziazione dell'Autrice) ostacoli alla libertà di circolazione, allo stesso modo, la privatizzazione, sebbene non risponda ad un'esigenza specifica della Comunità, risulta necessaria per permettere il controllo sugli aiuti statali e la realizzazione delle politiche economiche e monetarie comuni. Queste politiche richiedono infatti la riduzione della presenza dello Stato nell'economia e, dunque, delle imprese pubbliche sul mercato”*⁴²¹.

Nel Libro Bianco della Commissione del 1993 viene ribadita con forza l'idea che la liberalizzazione dei mercati non possa realizzarsi senza l'ingresso nei medesimi di operatori privati, e quindi, se si tratta di mercati controllati dallo Stato, favorendo processi di privatizzazione.

La privatizzazione è in ogni caso un fenomeno che si compendia nel passaggio da un regime di diritto pubblico ad uno di diritto privato. Normalmente questa trasformazione riguarda i soggetti (è questa la privatizzazione che qui specificamente interessa), ma può interessare anche beni ed attività⁴²².

In virtù del più volte richiamato principio di cui all'art. 295 TCE spetta agli Stati membri la decisione se procedere ed in che forme e termini alle privatizzazioni, per quanto come detto, al di là del sipario di un atteggiamento neutrale del diritto comunitario riguardo alla proprietà pubblica o privata delle imprese, si cela un mercato *favor* per l'apertura (se del caso regolamentata) al mercato

⁴²⁰ Traduzione nostra.

⁴²¹ IANNONE, *op. cit.*, 100.

⁴²² Sulla privatizzazione la letteratura è assai vasta: alla dottrina citata precedentemente (vedi in specie cap. II, par. 5 e relative note) *adde* per una trattazione di carattere organico FRENI E., *Le privatizzazioni*, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di CASSESE, cit., 3947 e ss..

di settori un tempo oggetto di monopoli statali o soggetti comunque all'influenza dominante delle imprese pubbliche.

Questo non significa che le procedure che portano alla privatizzazione di un soggetto sono, per ciò solo, compatibili con il diritto comunitario ed in specie con il diritto comunitario della concorrenza: potrebbero palesarsi, infatti, ragioni di contrasto allorché lo Stato conceda all'impresa in vendita o al proprio acquirente dei diritti esclusivi o singolari che si risolvono in vantaggi competitivi rispetto alle altre imprese operanti nel settore di che trattasi, vantaggi competitivi che si pongono in contrasto con il combinato disposto degli artt. 86 e 87 TCE (vedi oggi gli artt. 106 e 107 TFUE).

Si pensi ad esempio alla concessione, da parte dello Stato, di garanzie illimitate o quasi in relazione ai debiti di un'impresa pubblica in fase di privatizzazione.

Un caso del genere ha riguardato la nota privatizzazione EFIM: lo Stato italiano aveva infatti concesso garanzie sostanzialmente sganciate da qualsiasi calcolo di convenienza economica in relazione ai debiti contratti dalle imprese partecipate dall'EFIM - impresa a sua volta totalmente partecipata dalla mano pubblica - delle quali era appunto in corso la privatizzazione. La Commissione ritenne che l'offerta di queste garanzie si risolvesse in un aiuto di Stato, in quanto, in condizioni di mercato, nessun investitore privato avrebbe offerto le suddette garanzie, non essendo ravvisabile alcun indice oggettivo da cui poter desumere la redditività di tale operazione; al contrario, l'esposizione debitoria delle imprese garantite avrebbe sconsigliato a tale ipotetico investitore privato la concessione delle garanzie *sic et simpliciter*, cioè non accompagnata da qualche cautela (ad esempio cessioni di elementi attivi del patrimonio) che appunto la rendesse un'operazione *economicamente ragionevole*.

Nella specie, tuttavia, l'operazione veniva autorizzata dalla Commissione in considerazione di un accordo stipulato con il Governo italiano (il ricordato accordo Anreatta-Van Miert) attraverso il quale si era inteso predisporre un regime (appunto concordato) di aiuti che valesse a ridurre progressivamente l'indebitamento di alcune *holdings* pubbliche onde favorire, poi, l'acquisto di pacchetti azionari da parte di imprenditori privati.

Un caso simile ha riguardato gli aiuti concessi ad un'impresa pubblica privatizzata dalla Treuhandanstalt, l'ente pubblico tedesco costituito al fine di ristrutturare le imprese dell'ex Repubblica democratica tedesca.

La Commissione ritenne l'aiuto incompatibile con il diritto comunitario della concorrenza⁴²³: la decisione del ricorso presentato dalla Repubblica federale tedesca⁴²⁴ offre una chiave di lettura restrittiva in relazione agli aiuti provocati dalle, o collegati alle, procedure di privatizzazione. In particolare, sono stati ritenuti incompatibili con l'assetto concorrenziale del mercato "i c.d. aiuti di salvataggio"⁴²⁵ che si pongono in contrasto con il principio di parità tra imprese pubbliche e private e che rischiano di alimentare il circuito prezzi artificiali – perdite di esercizio – aiuti di Stato – distorsioni della concorrenza⁴²⁶.

Ancora: con decisione dell'11 dicembre 2001 (2002/581), la Commissione ha reputato contrastare con il diritto comunitario il regime di agevolazioni fiscali previste dallo Stato italiano a favore delle fondazioni bancarie che avevano provveduto alle modificazioni statutarie nel senso voluto dalla l. 489 del 1993 e quindi essenzialmente alla trasformazione in società per azioni.

La decisione (di rigetto) del ricorso presentato dall'Italia⁴²⁷ ha chiarito che le misure di aiuto che si inscrivono in un processo di privatizzazione non possono essere considerate "progetto di comune interesse europeo" ai sensi dell'art. 87, comma 3, lett. b) TCE.

Analogamente la giurisprudenza comunitaria⁴²⁸ si è pronunciata sulla questione pregiudiziale sollevata dalla Commissione tributaria provinciale di Genova in relazione alla decisione della Commissione 22 agosto 2002, 2003/146, in materia

⁴²³ Cfr. decisione 11 giugno 2000, 2000/567, in GU C 273 del 23 settembre 2000.

⁴²⁴ CGCE, 29 aprile 2004, in causa C-277/00, in *Racc.*, I-3925; ma vedi anche Trib. I Grado CE, 19 ottobre 2005, in causa T-318/00, in *Racc.*, II-4179.

⁴²⁵ Sul punto vedi anche la decisione della Commissione del 15 luglio 1987 relativa agli aiuti concessi dal governo francese ad un fabbricante di prodotti tessili, di abbigliamento e di carta *Boussac Saint Frères*.

⁴²⁶ Così MALINCONICO, *op. cit.*, 107. In tema vedi anche BELOTTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario della concorrenza – della tutela dei terzi*, in *Dir. Con. Scambi Int.*, 1992, fasc. 2.

⁴²⁷ CGCE, 15 dicembre 2005, in causa C-66/02, in *Racc.*, I-10901.

⁴²⁸ CGCE, 10 gennaio 2006, in causa C-222/04, in *Racc.*, I-289, nonché in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 1. Su tale giurisprudenza vedi GIANNONCELLI, *Gli incentivi fiscali alla riforma del sistema bancario italiano al vaglio della Corte di Giustizia europea*, in *Rass. Trib.*, 2006, 752.

di misure fiscali a favore delle fondazioni bancarie, cui l'Italia ha dato esecuzione.

La Corte di Giustizia ha anzitutto chiarito che “*affinché una fondazione bancaria possa essere qualificata ‘impresa’ spetta al giudice nazionale valutare se quest’ultima non solo detenga partecipazioni di controllo in una società bancaria, ma eserciti inoltre effettivamente tale controllo intervenendo direttamente o indirettamente nella gestione di essa. All’esito di tale valutazione [...] una fondazione bancaria può essere qualificata come impresa ai sensi dell’art. 87, n. 1, Ce, ed in quanto tale essere sottoposta [...] alle norme comunitarie in materia di aiuti di Stato*”. Nella specie si è altresì ribadito che rientrano nella nozione di aiuto non solo le prestazioni positive ma anche gli interventi che “*in varie forme alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un’impresa e che senza essere sovvenzioni in senso stretto hanno la stessa natura e producono identici effetti*”⁴²⁹. Di conseguenza, l’accordare un’esenzione fiscale a talune imprese (nella specie una esenzione dalla ritenuta sui dividendi), pur non implicando un trasferimento di risorse statali, influisce in senso distortivo sull’assetto concorrenziale del mercato.

Dai precedenti appena citati si può ricavare un catalogo di regole generali di compatibilità comunitaria delle misure volte a favorire processi di privatizzazione: gli aiuti devono essere proporzionati all’obiettivo e strettamente funzionali all’esecuzione del programma di riassetto e privatizzazione; il criterio alla luce del quale gli aiuti sono autorizzati è (ancora) quello dell’investitore privato; la procedura di controllo da parte della Commissione è ispirata al contemperamento dei diversi interessi, comunitario e nazionale, sempre nella misura in cui tale contemperamento sia strumentale alla realizzazione del mercato unico; le operazioni di privatizzazione devono comunque conformarsi alla disciplina comunitaria in materia di concentrazioni⁴³⁰.

Connessa a quella appena esaminata è la questione se le operazioni di privatizzazione debbano essere previamente notificate alla Commissione.

⁴²⁹ CGCE, 15 marzo 1994, in causa C-387/92, in *Racc.*, 877; 17 giugno 1999, in causa C-295/97; Trib. I Grado CE, 13 giugno 2000, in cause T-204 e 270/97, in *Racc.*, II, 2267.

⁴³⁰ In questi termini, vedi ancora una volta MALINCONICO, *op. cit.*, 108. In tema di concentrazioni vedi il regolamento 89/4064 in base al quale l’impresa acquirente è tenuta alla notifica dell’offerta d’acquisto alla Commissione, la quale valuterà se l’operazione sia o meno suscettibile di alterare l’assetto concorrenziale del mercato o di parte sostanziale di esso. Lo Stato è tenuto ad includere nel contratto di cessione una clausola che ne subordini l’efficacia all’assolvimento degli obblighi procedurali prescritti dalla normativa comunitaria.

Nella *XXII Relazione sulla politica di concorrenza* del 1993, la Commissione ha ritenuto sussistere una sorta di presunzione di compatibilità comunitaria delle privatizzazioni, escludendo pertanto l'obbligo di preventiva notifica. Si specifica nondimeno che la presunzione opera relativamente alla privatizzazioni caratterizzate: da un'offerta di vendita trasparente ed incondizionata; dal fatto che la cessione avvenga a beneficio della persona fisica o giuridica che abbia presentato l'offerta migliore; dal fatto che la gara sia strutturata in modo tale da assicurare ai partecipanti il tempo e le informazioni necessari per valutare la convenienza dell'affare e formulare per quanto di ragione le proprie offerte. Per altri tipi di privatizzazione (come quando si prevede la cancellazione o la riduzione del debito, nonché la previsione di garanzie sproporzionate) l'operazione va sottoposta al vaglio preventivo della Commissione, Commissione che peraltro, anche in assenza della formale notifica, esercita i poteri di controllo se del caso utilizzando lo strumento istruttorio della richiesta di informazioni.

Altro aspetto in relazione al quale può venire in rilievo una frizione tra le regole della concorrenza e le operazioni di privatizzazione è quello che concerne la previsione, da parte dei legislatori nazionali, di *golden shares*, vale a dire di diritti azionari speciali che attribuiscono alla mano pubblica (solitamente al Governo) poteri di controllo sulla gestione ed intervento sulle imprese privatizzate (ad esempio attraverso l'attribuzione, in deroga al diritto societario *comune*, di un diritto di veto in relazione alle decisioni di maggiore importanza, ovvero alla nomina di amministratori)⁴³¹.

Come è stato notato⁴³², la previsione di *golden shares* non comporta *ex se* una violazione delle regole della concorrenza

⁴³¹ Sul tema vedi MERUSI, *La Corte di giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed europeo*, 2000, 1236; LAZZARA, *Libera circolazione di capitali e 'golden share'*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 1607; FRENI E., *L'incompatibilità con le norme comunitarie della disciplina sulla golden share: il commento*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, 1145; BOSCOLO, *Le "golden shares" di fronte ai giudici comunitari*, in *Foro It.*, 2002, IV, 480. Più di recente, v. SANTONASTASO POSTILLA, *La saga della 'golden share' tra libertà di movimento di capitale e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, 302. SPATTINI, *'Vere' e 'false' golden shares nella giurisprudenza comunitaria e la 'deriva sostanzialista' della Corte di Giustizia, ovvero il 'formalismo' del principio della 'natura della cosa': il caso Volkswagen e altro*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2008, 303; dello stesso A., *Poteri pubblici dopo le privatizzazioni*, cit.; AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in *Dir. Amm.*, 2004, 723; vedi inoltre FRACCHIA, OCCHIENA, *Società pubbliche e golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica*, in *www.giustamm.it*.

⁴³² IANNONE, *op. cit.*, 101.

potendo semmai venire in rilievo una violazione delle libertà di stabilimento e circolazione di capitali.

Significative indicazioni riguardo alla compatibilità/incompatibilità della previsione di un'azione d'oro nell'ambito di una procedura di privatizzazione provengono dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in rapporto alla decisione di ricorsi per infrazione proposti dalla Commissione nei confronti di alcuni Stati membri.

In particolare, la prima decisione in argomento⁴³³ riguarda proprio una legge italiana – l. 332 del 1994 – che prevedeva poteri speciali in capo allo Stato e agli enti pubblici in relazione a società privatizzate operanti nei settori della difesa, dei trasporti delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e di altri servizi pubblici.

In tale occasione il giudice comunitario, pur prendendo atto della circostanza che nelle more del giudizio lo Stato italiano aveva messo mano ad una modifica della legge del 1994 (vedi art. 66, l. 488 del 1999) – circostanza peraltro ritenuta irrilevante considerato il saldo orientamento pretorio per cui l'esistenza di un inadempimento deve essere valutata con riguardo alla situazione di fatto che si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato, non potendosi tenere conto di mutazioni successive⁴³⁴ – ha ritenuto che lo Stato italiano non poteva riservarsi poteri speciali in imprese privatizzate poiché la legge istitutiva non prevedeva misure che ne imponessero: un'applicazione non discriminatoria; la giustificazione per motivi imperativi di interesse generale (aspetto su cui ha precipuamente puntato la richiamata legge di modifica del 1999); l'idoneità a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito; la limitazione a quanto necessario per il raggiungimento dell'obiettivo⁴³⁵.

⁴³³ CGCE, 23 maggio 2000, in causa C-58/99. In senso conforme: CGCE, 4 giugno 2002, in causa C-367/98, in *Racc.*, I-4731; 13 maggio 2003, in causa C-463/00, in *Racc.*, I-4581; 13 maggio 2003, in causa C-98/01, in *Racc.*, I-4641. Su tale giurisprudenza vedi VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di 'golden share' e principio di legalità*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 2752. Più di recente, vedi CGCE, 26 marzo 2009, in causa C-326/07, in *Foro It.*, 2009, IV, 221, con nota di COLANGELO; in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2009, 1649, con nota di DE ROSA; in *Guida al diritto*, 2009, 15, 102, con nota di CASTELLANETA, che ha riguardato le disposizioni dell'art. 1, comma 2, d.p.c.m. 10 giugno 2004, che ha definito i criteri per l'esercizio dei poteri speciali di cui alla l. 474 del 1994.

⁴³⁴ Per tutte, cfr. CGCE, 17 settembre 1996, in causa C- 289/94.

⁴³⁵ Condizioni, queste, cui va aggiunta quella della riconosciuta possibilità, da parte dei soggetti incisi dai provvedimenti, di ottenere una adeguata tutela giurisdizionale: su tale aspetto vedi MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001, e più di

Al riguardo la dottrina ha osservato che i processi di privatizzazione nell'Unione europea sono stati “*più o meno completati, più o meno «sinceri»*”⁴³⁶, attuandosi talora come privatizzazioni in senso formale, vale a dire come mutamento della (sola) forma giuridica con quanto ne consegue dal punto di vista dello statuto regolatorio applicabile, talaltra come privatizzazioni in senso sostanziale⁴³⁷.

Quanto alla *golden share*, dalla cospicua giurisprudenza comunitaria formatasi dal 2000 ai giorni nostri, è agevole verificare che vi sono almeno tre o quattro diversi regimi speciali che “*sono forzati ad unità sotto il profilo della loro comune riconduzione ad una illegittima limitazione delle libertà di circolazione dei capitali e di stabilimento*”⁴³⁸.

recente ID., *La tutela dei diritti tra Corte del Lussemburgo e Corte Costituzionale*, in MORBIDELLI, DONATI (a cura di), *Una Costituzione per L'Unione Europea*, Torino, 1996, 9 e ss...

⁴³⁶ SPATTINI, “*Vere*” e “*false*” golden share, cit., 307-308, nonché AMOROSINO, *Le privatizzazioni in Italia: tra mito e realtà*, in *Foro amm.*, 1999, 1367.

⁴³⁷ Su tale aspetto, v. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome speciali*, Torino, 1997.

⁴³⁸ SPATTINI, *op. ult. cit.*, 311, che passa poi ad esaminare approfonditamente i diversi modelli - “forzati ad unità” nella giurisprudenza della Corte di Giustizia - di *golden share*. In specie: a) la *golden share* britannica, antecedente alle altre per ragioni cronologiche, che è un'azione unica, speciale, riscattabile, del valore nominale di una sterlina. Essa non è prevista dalla legge in generale ma viene “creata” caso per caso. Il suo contenuto varia a seconda della società privatizzata e può compendiarsi in: diritti di veto, facoltà di nominare amministratori, poteri finalizzati ad impedire l'assunzione di partecipazioni di controllo, limiti alla partecipazione di investitori esteri. Si nota quindi che tali diritti hanno una veste che solo formalmente può dirsi privatistica, considerata all'inverso la natura pubblica degli interessi perseguiti mediante l'attribuzione di quei poteri e la soggettività pubblica del loro titolare; b) le c.d. *actions spécifiques* previste in primo luogo nell'ordinamento francese. Esse sono previste in via generale (in Francia v. l. 912 del 1986 e 923 del 1992) ed attribuiscono al Ministro dell'economia una serie di poteri analoghi ma non coincidenti con quelli della classica azione d'oro anglosassone, non fosse altro perché tali poteri sono disciplinati appunto in via generale ed astratta dalla legge, e quindi sono poteri *tipici*; c) le normative portoghese e spagnola sembrano invece costituire un *tertium genus* in quanto “*propongono un franco regime amministrativo che prescinde del tutto da qualunque tipologia azionaria, reale o fittizia, ovvero trincerandosi dietro lo schermo del riferimento ad una legittimazione a titolo di possesso, anche solo figurato, del capitale della società privatizzata*” (così SPATTINI, *op. ult. cit.*, 317); d) la *golden share* “all'italiana” (di cui si è detto prima nel testo). Al riguardo si nota che il meccanismo previsto dal legislatore italiano - che, si ricorda, prevedeva la riserva allo Stato ed agli enti pubblici di poteri speciali e prevedeva inoltre che con decreto ministeriale di attuazione sarebbero state individuate le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato nei cui statuti, prima di ogni atto di abolizione del controllo, deve essere introdotta una clausola attributiva al Ministro del Tesoro la titolarità di uno o più poteri speciali; analoghi poteri erano riconosciuti all'ENI riguardo alla privatizzazione di Telecom Italia - è “*abbastanza anomalo rispetto al panorama europeo: sembra quasi che, non scegliendo nettamente alcun modello, finisca per ibridarli tutti in una soluzione oltremodo ambigua e problematica*” (SPATTINI, *loc. ult. cit.*). Da ciò discende “*che la normativa italiana non può rientrare nella categoria delle golden shares, nonostante ne sembri minare*”

Al di là della varietà delle tipologie di “azione d’oro” e della forzata riconduzione delle stesse ad unità⁴³⁹, va condivisa l’opinione di quella dottrina per cui è “*paradossale che laddove, in seguito alla trasformazione dell’ente in società privata, il diritto pubblico cedeva il passo al diritto dei privati, gli strumenti privatistici abbiano dovuto nuovamente piegarsi a metodologie pubblicistiche e ad interessi superindividuali, con il conseguente stravolgimento della natura e della struttura dell’impresa privatizzata*”⁴⁴⁰.

l’ampiezza intrusiva, non soltanto nell’accezione più restrittiva, ovvero quella britannica, ma neppure in quella in parte diversa delle actions spécifiques francese e belga, per la decisiva ragione che la sua applicazione prescinde del tutto da qualsiasi forma di partecipazione azionaria, reale o fittizia che sia, dello Stato al capitale della società privatizzata” (ID., *op. ult. cit.*, 320). La complicazione sembra nascere in definitiva dall’applicazione di facciata di un regime privatistico che viceversa maschera un fenomeno di natura pubblicistica.

⁴³⁹ Il che appare tanto più discutibile se si considera che le medesime regole sono state estese anche a casi *ai margini* della tematica della *golden share*. Esempio lampante di questa tendenza (di questa deriva sostanzialista come la chiama SPATTINI, *op. cit.*, al quale si deve una brillante ricostruzione della questione) è costituito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sui casi *Volkswagen* e *AEM* (su cui vedi più approfonditamente FRACCHIA e OCCHIENA, *op. ult. cit.*). Quanto al primo caso, è stato osservato che “*l’aspetto maggiormente contraddittorio ravvisabile nell’apparato concettuale messo in campo per sostenere l’appartenenza della fattispecie della legge VW [che aveva disposto il trasferimento al settore privato delle quote della società a responsabilità limitata Volkswagenwerk, n.d.s.] alla materia già così ampiamente dissodata delle azioni d’oro risiede nell’abbandono [...] dell’esimente ex art. 295 [...]: dopo aver notato che ‘curiosamente’ il Governo tedesco non aveva invocato a sua difesa il principio di neutralità comunitaria tra proprietà pubblica e privata delle imprese si ribadisce la convinzione per cui [...] il rispetto del Trattato per il regime della proprietà degli ordinamenti giuridici nazionali, sancito nell’art. 295 TCE, deve estendersi a ogni misura che, mediante l’intervento nel settore pubblico, inteso in senso economico, consente allo Stato di contribuire alla configurazione dell’attività produttiva del paese*”. L’impressione è quindi quella che l’intenzione seppure velata della Corte di Giustizia sia quella di imporre un certo modello giuridico di capitalismo, ad onta del principio di neutralità più volte richiamato. Il secondo caso (CGCE, 6 dicembre 2007, in causa C-463-464/04, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 3297) ha riguardato la normativa recata dall’art. 2449 del Codice civile italiano: in particolare, osserva la Corte che l’art. 56 TCE (libertà di movimento dei capitali: vedi oggi l’art. 63 TFUE) “*osta ad una disposizione nazionale, quale l’art. 2449 c.c., secondo cui lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di tale società la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori, la quale, di per sé o [...] in combinato disposto con una disposizione quale l’art. 4 della l. 474 del 1994, che conferisce allo Stato o all’ente pubblico in parola il diritto di partecipare all’elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati da esso stesso, è tale da consentire a detto Stato o a detto ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società*”. Su tale pronuncia vedi ancora FRACCHIA, OCCHIENA, *op. ult. cit.*, che provocatoriamente ritengono di portare alle estreme conseguenze il ragionamento della giurisprudenza comunitaria: a) il potere pubblico ed il mercato non sono incompatibili a condizione che l’ente pubblico non goda di regimi di favore rispetto agli altri concorrenti; b) solo in casi eccezionali sono ammessi “trattamenti privilegiati”, da individuare nel rispetto del principio di proporzionalità; c) gli unici statuti speciali ammissibili per il soggetto pubblico sono la costituzione di società, la *golden share*, e l’*in house providing*, quest’ultimo a sua volta ammissibile soltanto alla condizione che sia necessario assolvere ad “una specifica missione” e non sia possibile ricorrere alle forze del

In questo modo si punta, nella sostanza, piuttosto che alla privatizzazione e quindi piuttosto che all'applicazione generalizzata del diritto privato, ad una “*ripubblicizzazione strisciante*” dei mercati liberalizzati⁴⁴¹.

6. Segue: la compensazione degli oneri impropri derivanti dalla conduzione di un servizio pubblico. La funzione del finanziamento a favore dei gestori di servizi pubblici. Le diverse modalità di finanziamento. In particolare: erogazioni dirette gravanti sul bilancio pubblico. I criteri distintivi rispetto agli aiuti di Stato vietati: la giurisprudenza Ferring e Altmark. Il c.d. pacchetto Monti.

Conformemente alla linea programmatica indicata precedentemente occorre adesso esaminare un aspetto assai rilevante ai fini della presente trattazione: il finanziamento del servizio pubblico locale.

La dottrina ha ritenuto si tratti di uno snodo nevralgico dei rapporti tra ordinamenti nazionali ed il diritto comunitario⁴⁴².

Nell'analizzare tale questione occorre tenere in considerazione che la stessa interessa diversi piani prospettici: in primo luogo, il piano della ricerca di modalità di finanziamento che consentano un'efficiente gestione del servizio in un contesto di risorse scarse e di pressante necessità di contenere la spesa pubblica

mercato. Ed allora si osserva da parte dei citati Autori: “*che i presupposti della golden share sono molto più stringenti rispetto a quelli dell'art. 90 del Trattato e che l'in house providing è concepito dal diritto comunitario come ipotesi di autoproduzione (con margini applicativi dunque assai ampi [Ma vedi la dottrina citata infra riguardo alle più recenti novità ordinamentali]). Tuttavia il diritto comunitario ben potrebbe tendere ad un obiettivo di lungo periodo di semplificazione e di riduzione dei poteri pubblici*”. Sembra quindi da condividere l'avviso espresso da SPATTINI, *op. ult. cit.*, 362, per il quale la giurisprudenza comunitaria appena esaminata mostra un *furor liberista* che “*può avere la duplice paradossale conseguenza, di frenare privatizzazioni e liberalizzazioni cui gli Stati membri sarebbero invece più disponibili se in qualche modo meglio garantiti in alcuni loro interessi ritenuti essenziali, e di porre i mercati comunitari, finanziari, come pure dell'economia reale, alla mercé di operatori di mercato*”: la “colpa” della Corte di Giustizia sarebbe in definitiva quella di aver opzionato “*un modello giuridico di capitalismo univoco, oltretutto in contrasto con quello originario e prevalente, ma non esclusivo, dell'economia sociale di mercato: opzione che può spettare soltanto al popolo sovrano, nelle forme e con le procedure sue proprie*”.

⁴⁴⁰ VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria*, cit., 2753-2754.

⁴⁴¹ *Id.*, *loc. ult. cit.*. Per la tesi della più o meno surrettizia riconduzione al diritto amministrativo di territori apparentemente abbandonati al diritto privato, si v. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit..

⁴⁴² CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2008, 97 e ss..

⁴⁴³ Su tale prospettiva di indagine v. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003.

; in secondo luogo, il piano del difficile contemperamento tra esigenze di benessere sociale (che stanno alla base del regime *speciale* cui sono sottoposte le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale⁴⁴⁴) ed esigenze di tutela della concorrenza: il finanziamento infatti potrebbe essere diretto a consolidare posizioni di mercato già acquisite, impedendo l'ingresso di nuovi concorrenti.

Normalmente però (cioè nell'ambito di una dinamica di svolgimento fisiologico del sistema) il finanziamento dei servizi pubblici di interesse economico assolve ad una funzione per così dire compensativa, cioè alla funzione di *rimediare* ad eventuali carenze e scompensi causati dall'apertura del mercato in esame alla concorrenza.

Il servizio pubblico, proprio perché pubblico, esige che le relative prestazioni siano erogate su tutto il territorio (nazionale o locale a seconda della dimensione del servizio) a costi omogenei ed accessibili: orbene, la realizzazione di un simile assetto risulterebbe sostanzialmente impossibile laddove il mercato del servizio di che trattasi fosse affidato esclusivamente alle (dure) logiche del mercato. Nessun operatore, mosso esclusivamente da un calcolo di convenienza imprenditoriale, deciderebbe di erogare il servizio, ad esempio, in zone scarsamente popolate, ovvero in orari di minore affluenza dell'utenza.

Ed allora l'imposizione di *obblighi di servizio pubblico*, quale tipica misura di etero-correzione degli squilibri del mercato, si presenta come una soluzione alternativa all'intervento diretto della mano pubblica nella produzione di servizi che per la loro rilevanza

⁴⁴⁴ La disciplina dei servizi pubblici è stata nel corso degli anni '90 al centro di un rilevante processo di trasformazione: per un verso, infatti, sotto la spinta del diritto comunitario si è limitato il potere degli Stati membri di riservare a sé o ad enti pubblici attività economiche riguardanti servizi pubblici essenziali, consentendo deroghe al regime della concorrenza nella misura in cui (per utilizzare il linguaggio del legislatore comunitario) "l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata" (su tali aspetti cfr. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2001, 479); per altro verso, restano fuori dall'ambito di applicazione delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni i servizi non aventi carattere economico. Limitando l'attenzione ai servizi di carattere economico generale (SIEG) è comune l'idea che l'apertura al mercato sia uno strumento efficace per la realizzazione di fini di benessere sociale nonché per l'attuazione del principio di sussidiarietà nei rapporti economici (CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006, 453).

non possono essere lasciati esclusivamente alle forze del mercato⁴⁴⁵. Ciò equivale a “*riconoscere per i servizi di interesse generale l'applicazione del principio di uguaglianza in senso sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost. e la conseguente erogazione, indistintamente a favore di tutti, di servizi di eguale qualità a prescindere dallo status o dal reddito del soggetto che se ne avvantaggia*”⁴⁴⁶.

Nel settore dei servizi pubblici vige così un principio di *giustizia distributiva*, in modo che sia consentito a tutti gli utenti l'accesso a servizi-base essenziali, trattandosi di un diritto del cittadino coesistente all'Unione europea⁴⁴⁷. Per questo motivo

⁴⁴⁵ In questi termini, vedi TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui “nuovi servizi pubblici”*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2002, 945.

⁴⁴⁶ PASTORI, *I pubblici servizi tra efficienza e fini sociali*, in *Dir. Amm.*, 1996, 171. Singolare l'assonanza del pensiero del chiaro A., con quello manifestato da altrettanto autorevole dottrina a proposito del fondamento costituzionale dell'attività di incentivazione (che invero con il servizio pubblico presenta quanto meno il denominatore comune rappresentato dal fatto che trattasi in un caso e nell'altro di un'*amministrazione che dà*). Il riferimento è a MERUSI, *Disciplina e organizzazione*, cit., 62, il quale nell'individuare nell'art. 41 Cost. la testa di capitolo attorno alla quale ruota la c.d. Costituzione economica, nel senso che in base a questa disposizione laddove l'attività economica privata dovesse mostrarsi carente il legislatore dovrebbe intervenire prevedendo qualche forma di sostegno alla stessa, reputa che “*tale tesi, di per sé sostenibile sulla base del solo art. 41 Cost., inteso come norma fondamentale dell'ordinamento economico, appare ulteriormente rafforzata se si comprende nel ‘pieno sviluppo della persona umana’ di cui al 2° comma dell'art. 3 Cost. la libertà di intrapresa economica. In caso di risposta affermativa sarebbe possibile individuare nell'art. 3 Cost. un preciso dovere costituzionale dello Stato di facilitare l'esercizio delle libertà di iniziativa economica privata anche attraverso incentivi finanziari in modo da ‘rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini’, impediscono l'esercizio di tale diritto*”. L'A. peraltro si pone il problema della compatibilità di tale linea interpretativa con il concetto di ‘persona umana’ che campeggia nella disposizione costituzionale in esame.

⁴⁴⁷ In questi termini, NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2000, 49. Non si può approfondire oltremodo lo sconfinato tema delle *liberalizzazioni*, più volte lambito dalla nostra trattazione. Si può, più sommestamente, fornire un quadro sinottico delle più significative liberalizzazioni, del relativo fondamento giuridico, e dei rapporti con le procedure di privatizzazione (aspetto quest'ultimo in relazione al quale si rimanda a CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, cit.) . Per liberalizzazione si intende il processo che, sottraendo un settore dell'economia a regole, di norma nazionali, che limitano l'esercizio dell'attività economica, permette che quelle attività siano assoggettate pienamente alle regole della concorrenza. Le direttive sulle liberalizzazioni sono state adottate sulla base dell'art. 95 TCE, ma anche sulla base del terzo comma dell'art. 86, che attribuisce alla Commissione il potere di vigilare sull'applicazione dei primi due commi di tale ultima disposizione, rivolgendo agli Stati opportune direttive e decisioni (non a caso lo strumento principale attraverso cui la Commissione ha operato è quello della direttiva). Le più significative liberalizzazioni sono state attuate nei settori: delle telecomunicazioni (direttive 88/301; 90/388; 96/19; la direttiva 97/13 subordina l'accesso al mercato di nuove imprese al rilascio di un atto abilitativo, il cui rilascio può essere contingentato dagli Stati membri in considerazione di esigenze non soltanto economiche; la direttiva 2002/51 – c.d. Pacchetto Telecom – e le direttive attuative); del servizio postale (oltre alla citata sentenza *Corbeau*, vedi il *Libro verde sullo sviluppo del mercato unico dei servizi postali* del 1991); dei trasporti (per il trasporto

l'intera attività è attraversata da una sottile ma fitta vena regolatoria di diritto pubblico⁴⁴⁸.

Diverse sono le modalità attraverso cui si provvede alla realizzazione di siffatte esigenze di *giustizia distributiva*, nella logica di compensazione appena sopra ricordata:

- 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 compensazione⁴⁴⁹.

Quanto alla prima modalità (erogazioni dirette gravanti sul bilancio statale) – rispetto alla quale peraltro le interrelazioni con il tema del divieto di aiuti sono notevoli – va detto che la

aereo vedi, quanto al primo “pacchetto”, direttiva 87/601 e decisione del Consiglio 87/602; quanto al secondo “pacchetto” i regolamenti 2342-2343/90; quanto al terzo “pacchetto” i regolamenti 2407-2408-2409/92). Alla dottrina più sopra citata *adde*, in relazione ai diversi settori liberalizzati, rispettivamente, CASSESE, *Il concerto regolamentatore europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 689; SANTA MARIA, *La liberalizzazione dei servizi postali*, in *Dir. UE*, 2001, 119; RAGUSA, *Servizio postale, servizio universale e ripartizione degli oneri*, in *Nuove autonomie*, 2003, 133; PORCHIA, *La liberalizzazione dei trasporti aerei*, in *Servizi essenziali e diritto comunitario*, a cura di RADICATI DI BROZOLO, Torino, 2001, 227 e ss.. Sui servizi a rete (in specie sul caso paradigmatico della distribuzione di energia elettrica), v. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005.

⁴⁴⁸ Su tali aspetti, MONTEODORO, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza 294 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 75; VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2001, 49. Sulla frammentazione della tutela giurisdizionale in materia di servizi pubblici, cfr. SANDULLI A., *La tutela giurisdizionale nelle controversie in materia di pubblici servizi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2001, 789, il quale critica la scelta del legislatore di tenere distinte, sotto il profilo della giurisdizione, le controversie relative alla “parte alta” (amministrazione e gestore di pubblico servizio) e quelle riguardanti la “parte bassa” (gestore di pubblico servizio e utente) della relazione triadica che caratterizza il pubblico servizio. Si tratta in specie “*di un elemento di ambiguità, che a prescindere dalla comprensibilità nel merito della scelta legislativa, fondata su ragioni di vicinitas del giudice ordinario con tale novero di controversie (quelle tra gestore ed utenti, n.d.s.), getta un'ombra sul processo di riforma dal momento che riproduce lacerazioni [...] fondate sulla qualificazione soggettiva di una delle parti del rapporto*”.

⁴⁴⁹ È quanto accade ad esempio nell'ambito del servizio telefonico. Volendo semplificare, gli artt. 53 e ss. del d.lgs. 259 del 2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche: CCE) prevedono un sistema che, da un lato, attribuisce alla Telecom in qualità di ex monopolista la proprietà della rete (art. 58, comma 3), dall'altro, attribuisce all'A.G. Com. il potere di determinare il contributo dovuto dagli altri operatori a compensazione della frazione di servizio (di fornitura della rete) fornito dalla Telecom. Su tali aspetti, oltre alla letteratura citata *retro*, con specifico riguardo al potere del g.a. di verificare la correttezza tecnica dell'operazione di delimitazione del mercato rilevante, che è presupposto per il calcolo dei predetti oneri, e nel senso che non sussiste violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa allorché tale giudice reputi che debba tenersi conto dell'intero territorio nazionale e non soltanto di una parte di esso (come aveva fatto nella specie l'Autorità), cfr. da ultimo Cass. S.U., 24 giugno 2011, n. 13904, in *Rivista NelDiritto*, novembre 2011, 1519, con mie brevi osservazioni.

compensazione può concretizzarsi in un'allocazione positiva di risorse ovvero nella riduzione di oneri⁴⁵⁰.

Il criterio distintivo tra dette forme di finanziamento rispetto agli aiuti di Stato vietati ex art. 87 TCE può sinteticamente essere ravvisato nella *specificità finalit * (compensativa) e nella *non temporaneit * delle prime.

Il punto sembra peraltro meritare un maggiore sforzo argomentativo.

Circa l'individuazione delle caratteristiche che un finanziamento a favore di un'impresa esercente un servizio pubblico di interesse economico generale deve possedere per non essere qualificato come aiuto di Stato, si sono registrate due diverse soluzioni interpretative:

- alla stregua del primo approccio⁴⁵¹, il finanziamento al gestore del servizio pubblico deve considerarsi *in ogni caso* (cio  anche laddove il relativo importo non ecceda la misura di quanto necessario all'assolvimento della sua *mission*) come aiuto di Stato, in quanto il Trattato "*non distingue gli interventi statali a seconda della loro causa o del loro scopo, ma li definisce in funzione dei loro effetti*";
- per una diversa impostazione⁴⁵², il finanziamento al servizio pubblico deve *al contrario* considerarsi ammesso ogni qualvolta siano presenti obblighi di servizio pubblico e sempre che non siano superati gli importi necessari all'assolvimento del servizio pubblico medesimo⁴⁵³. In tal caso, infatti, l'intervento pubblico non attribuisce un *vantaggio economico* ma mira semplicemente a rimettere l'impresa beneficiata nella stessa condizione dei propri concorrenti, concorrenti che non sostengono (e nella misura in cui non sostengono) costi ingiustificati dal punto di vista commerciale (quali sono quelli ricollegabili agli obblighi di

⁴⁵⁰ Sul punto vedi ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, 1997, 97.

⁴⁵¹ Che trova nella sentenza *FFSA* (Trib. I Grado CE, 27 febbraio 1997, in causa T-106/95, in *Racc.*, II-229) il suo *leading case*.

⁴⁵² Riferibile invece alla decisione sul caso *Ferring* (CGCE, 22 novembre 2001, in causa C-53/00, cit.).

⁴⁵³ Si legge infatti al paragrafo 32 della citata pronuncia che "*se risulta che i grossisti distributori traggono dal non assoggettamento al contributo sulle vendite dirette di medicinali un vantaggio che ecceda i costi aggiuntivi che essi sostengono per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico imposti loro dalla normativa nazionale, tale vantaggio, per la parte che eccede tali costi aggiuntivi, non pu , comunque, essere considerato necessario per consentire a tali operatori di adempiere la loro specifica missione*".

servizio pubblico)⁴⁵⁴. La conseguenza pratica più rilevante di tale approccio – che fa coincidere l'aiuto con il beneficio attribuito per così dire al netto dei maggiori oneri, non giustificati da un calcolo imprenditoriale, ma dalla necessità di assolvere (anche se ciò dovesse risolversi dal punto di vista economico in una perdita) agli obblighi di servizio pubblico – consiste in ciò, che la misura non sarebbe sottoposta al vaglio preventivo della Commissione, bensì soltanto al suo controllo successivo.

Il contrasto interpretativo appena ricordato si è avviato a soluzione in corrispondenza:

- della decisione della Corte di Giustizia sul caso *Altmark*⁴⁵⁵, che chiarisce, seguendo una linea per così dire di compromesso tra i due pregressi e contrapposti orientamenti, che un finanziamento può considerarsi compensativo degli oneri impropri del servizio pubblico – con la conseguenza che non è soggetto all'obbligo di notificazione, con quanto ne discende in termini di risparmio di tempo - alle seguenti condizioni, ossia *“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*

⁴⁵⁴ Il giudice comunitario pertanto conclude nel senso che *“l'art. 90, n. 2, del Trattato [vedi l'art. 86, comma 2, TCE, ed oggi l'art. 106, comma 2, TFUE, n.d.s.] deve essere interpretato nel senso che esso non si applica ad un vantaggio fiscale di cui beneficiano imprese incaricate della gestione di un servizio pubblico quali quelle di cui trattasi nella causa principale, in quanto tale vantaggio eccede i costi aggiuntivi del servizio pubblico”*. Come si vedrà nella successiva sentenza *Altmark* l'Avvocato Generale (Lèger) ha stigmatizzato nelle sue conclusioni la “notevole flessibilità” della giurisprudenza Ferring, rispetto al maggiore rigore che sembra esigere l'art. 86, comma 2, TCE.

⁴⁵⁵ CGCE, 24 luglio 2003, in causa C-280/00, in *Servizi Pubblici e appalti*, con nota di MARTINELLI, ed in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 3219, con nota di SCOTTI, *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato*.

*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*⁴⁵⁶. Come ha chiarito la dottrina⁴⁵⁷, la decisione *Altmark* evidenzia un nuovo approccio del giudice comunitario rispetto alla questione di che trattasi: il finanziamento del servizio pubblico non deve essere riguardato alla stregua di un'eccezione al divieto di aiuti, ma come aspetto particolare (e saliente) di un regime *ordinario* del servizio pubblico secondo il diritto comunitario, regime calibrato sulla specificità della missione (di interesse generale) attribuita al gestore⁴⁵⁸. In definitiva, *“la sentenza Altmark, con riguardo specifico al profilo del finanziamento, sembra potersi leggere proprio in tale prospettiva: nel precisare le condizioni idonee ad escludere l'ascrivibilità delle misure compensative agli aiuti di Stato, tale pronuncia concorre a delineare il rapporto tra concorrenza e servizio pubblico, tra mercato e interessi pubblici, riconoscendo, entro l'area del servizio universale, la prevalenza dell'interesse generale dei cittadini rispetto a quello del mercato”*⁴⁵⁹. ;

- dell'adozione da parte della Commissione di un “pacchetto” di decisioni nel 2005 (il c.d. pacchetto Monti)⁴⁶⁰, indotta anche dalla necessità di rendere tendenzialmente stabili gli esiti raggiunti dalla giurisprudenza comunitaria. In specie, la decisione 2005/842 codifica il criterio, già espresso dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Altmark*, dell'automatismo: una volta che le condizioni sopra indicate siano rispettate, l'erogazione del finanziamento può avvenire immediatamente, senza obbligo di preventiva notifica alla Commissione.

La Commissione si mostra peraltro consapevole di come l'applicazione di dette condizioni non sia risolutiva: è quanto

⁴⁵⁶ Sottolinea che nella verifica di tali condizioni si mescolano con sempre maggiore frequenza regole economiche e regole giuridiche il CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., spec. 320. La conseguenza di tale tendenza consiste in ciò, che il giudice nel ricercare la verità deve combinare insieme diritto e tecnica.

⁴⁵⁷ SCOTTI, *Brevi note*, cit..

⁴⁵⁸ Tale tendenza sarebbe evincibile da altri fattori: per una loro sintesi si veda: CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in *Servizi pubblici concorrenza diritti*, a cura di AMMANNATI, CABIDDU, DE CARLI, Milano, 2001, 125.

⁴⁵⁹ SCOTTI, *op. ult. cit.*.

⁴⁶⁰ In adempimento di un impegno assunto nel Libro Bianco del 2004 sui *Servizi di interesse generale*, su cui cfr. MARTINELLI, *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2007, 113.

accade laddove l'affidamento del servizio non avvenga tramite gara ma in base ad una scelta discrezionale della p.a.⁴⁶¹ (nella forma della concessione di pubblico servizio, di cui peraltro la Commissione incoraggia l'attribuzione in base a procedure competitive⁴⁶², pur non escludendo altre forme⁴⁶³).

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 seguenti criteri⁴⁶⁴:

- *necessità*: la compensazione deve cioè essere necessaria per il funzionamento del servizio di interesse economico generale;
- *proporzionalità*: 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'impresa⁴⁶⁵;
- *incarico*: che l'impresa sia stata effettivamente incaricata di assolvere a specifici obblighi di servizio pubblico mediante

⁴⁶¹ Vedi ad esempio ciò che accade nel settore delle telecomunicazioni o in quello radiotelevisivo ovvero ancora in quello del trasporto ferroviario..

⁴⁶² Vedi la Risoluzione del 27 settembre 2006, 2006/2101.

⁴⁶³ Non si vuole entrare nel merito dell'analisi dei modelli gestori dei servizi pubblici accolti nel nostro ordinamento: in primo luogo perché si tratta di un aspetto che ci condurrebbe assai distanti dall'oggetto della nostra trattazione; in secondo luogo perché ci si muove su di un terreno franoso, considerato il turbine di riforme e contro-riforme, pronunce di (parziale) incostituzionalità, cadenzato se del caso anche da una consultazione referendaria. Su tali aspetti sia consentito rinviare per ogni ulteriore approfondimento a: LIGUORI, *I servizi pubblici*, cit.; LIGUORI, ACOCELLA, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 756; ACOCELLA, *Alcune buone ragioni per la sopravvivenza del modello delle società miste*, in *www.federalismi.it*; Id., *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: i recenti sviluppi nel comparto locale*, in *Rivista NelDiritto*, 2011, 722, mentre con riguardo all'assetto regolatorio risultante dalla combinazione tra l'esito del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 e la "nuova" (ma in realtà assai poco innovativa) disciplina recata dal d.l. 138 del 2011 (conv. in l. 148 del 2011), cfr. CONTIERI, *Prime riflessioni sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato a seguito dell'esito dei referendum del 12 e 13 giugno 2011*, in *www.giustamm.it*, nonché VOLPE C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23-bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, *ivi*.

⁴⁶⁴ Vedi la comunicazione 2005/C 297/04, nonché la decisione della Commissione n. 842 del 28 novembre 2005, in GUCE, L 312/67 del 29 novembre 2005.

⁴⁶⁵ Che il principio di proporzionalità costituisca un principio "che presiede sia al corretto svolgimento dell'azione comunitaria, sia, soprattutto, all'equilibrato adeguamento dell'attività degli Stati membri ai dettami comunitari" è stato chiarito dalla dottrina: cfr in particolare SANDULLI A., *La proporzionalità*, cit., 123-124.

atti ufficiali da cui risultino la durata e la natura di siffatto incarico⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ In dottrina (CERASO, *op. cit.*, spec. 124), sono stati posti in evidenza i limiti delle soluzioni espresse dal pacchetto Monti. Specificamente, tali limiti “*emergono con chiarezza nel momento in cui si sposta l’attenzione sulla quarta condizione della sentenza Altmark (gara pubblica ovvero efficienza dell’impresa) e sul modo in cui è stata (o meglio non è stata) recepita nella decisione 2005/842 che non effettuava alcuna distinzione tra efficient e inefficient providers*”. Il pacchetto Monti sembra in altri termini consentire la compensazione anche quando il costo del servizio sia superiore al *prezzo di mercato*, o comunque dei costi cui sarebbe stata tenuta un’impresa efficiente. Ed infatti, qualora l’importo della compensazione sia stabilito nell’ambito di una gara pubblica, si presume che lo stesso corrisponda al prezzo di mercato; altrettanto non può dirsi laddove l’affidamento non sia preceduto da una gara, ma avvenga secondo altre modalità. Che l’efficienza dell’impresa non appaia essere una condizione per beneficiare della deroga di cui all’art. 86, comma 2, TCE sembra risultare anche dall’esame della già citata sentenza *Framework*.

Capitolo IV

Le sovvenzioni: profili dogmatici e proposte ricostruttive

1. Le classificazioni proposte dalla dottrina: le classificazioni “tipologiche” e quelle “finalistiche” o “causali”. Limiti delle prime, utilità delle seconde. In particolare, la tesi di Spagnuolo Vigorita riguardo alla “causa economica” come elemento unificante (appunto sotto il profilo causale) di diverse e (sotto il profilo strutturale eterogenee) forme di ausilio pubblico. La sua utilità rispetto alla proposta ricostruttiva qui avanzata: è ipotizzabile un contratto di diritto pubblico a “doppia causa”, dove la causa economica costituisca il polo attorno al quale gravita il momento pubblicistico della fattispecie (il perché) e la causa negoziale in concreto adottata quella che fornisce la disciplina della fase attuativa del rapporto (il come)? Il profilo caratterizzante la fattispecie: la commistione tra momenti di autorità e momenti di consenso. Esemplicazioni. Le ragioni che stanno alla base del superamento dello schema della concessione-contratto: in specie, la deriva giurisdizionalista. Rapporto tra interesse pubblico e privato nelle sovvenzioni di sostentamento ed in quelle di attività.

L’art. 1, primo comma, del d.lgs. 123 del 1998 (Disposizioni per la razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese) individua l’ambito oggettivo di applicazione delle regole procedurali contenute nel decreto con riguardo “[a]gli interventi di sostegno pubblico per lo sviluppo delle attività produttive ivi compresi gli incentivi, i contributi, le agevolazioni, le sovvenzioni e i benefici di qualsiasi genere [...] concessi da amministrazioni pubbliche, anche attraverso soggetti terzi; nel mentre l’art. 12 della l. 241 del 1990 prevede il principio della preregolazione (in funzione di auto-limite) in ordine potere di erogare concedere “sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari” nonché attribuire “vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati”.

Da ciò pare evincersi – e l’impressione è subito confermata da un’analisi della letteratura che si è occupata dell’argomento – l’estrema ampiezza (dal punto di vista delle forme e delle finalità) dell’attività amministrativa che si esprime attraverso il conferimento di benefici economici: e con essa il carattere incerto di qualsivoglia classificazione fondata su profili formali, tanto che può addirittura dubitarsi dell’utilità (se non a meri fini espositivi) di una simile classificazione.

La valenza generale di una simile affermazione sembra suffragata da quanto, a livello settoriale, osserva la dottrina tributarista (a proposito di forme di incentivazione che fanno leva sul regime fiscale dell'attività d'impresa) che è concorde nel ritenere che in tale settore *“la legislazione raggiunge oltre che dimensioni quantitative esorbitanti, probabilmente il massimo grado di imprecisione e diremmo di indifferenza per la corretta qualificazione formale della fattispecie”*⁴⁶⁷.

Ad ogni modo le classificazioni “tipologiche” proposte vertono per lo più:

- sul tipo di attività riguardata dall'intervento;
- sulla valenza generale (se del caso trasversale) o settoriale dell'intervento stesso.

Sulla scorta di un simile criterio, ad esempio, il Manzella⁴⁶⁸ procede ad una tripartizione delle fondamentali tipologie di ausilio: quelle dirette alla crescita del tessuto industriale nel suo complesso; quelle di carattere settoriale; gli incentivi c.d. orizzontali.

Nella prima categoria devono essere ricomprese *“le misure che il legislatore adotta per incentivare un novero potenzialmente indeterminato di soggetti operanti nei settori delle attività economiche e produttive”*⁴⁶⁹: sono individuabili poi due sottotipi a seconda del criterio dimensionale (distinzione tra piccola e media impresa) o territoriale (incentivi allo stabilimento di imprese in aree depresse o disincentivi allo stabilimento di imprese in aree già sviluppate) utilizzato dal legislatore che dispone l'incentivo⁴⁷⁰.

Nella seconda categoria *“è possibile distinguere tra le discipline di agevolazione di determinati settori economici e quelle volte alla promozione del pluralismo imprenditoriale attraverso il sostegno a determinate categorie di soggetti esercenti attività economica”*⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ Così BASILEVECCHIA, *Agevolazioni (dir. trib.)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 2001, *ad vocem*, ed ivi ulteriori riferimenti.

⁴⁶⁸ *Gli ausili finanziari*, op. cit., 3741.

⁴⁶⁹ *Ibidem*.

⁴⁷⁰ Il MANZELLA, *loc. ult. cit.*, fa rientrare nella suesposta categoria: la l. 1369 del 1965 (c.d. legge Sabatini); la l. 317 del 1991 e l. 341 del 1995 (incentivi alle piccole e medie imprese); d.lgs. 270 del 1999, di modifica della disciplina degli incentivi alle grandi imprese in stato di insolvenza; quanto alle aree depresse del paese, vedansi la l. 488 del 1992 (nonché il d.m. 1° febbraio 2006 del Ministero delle Attività produttive) e le norme in materia di programmazione negoziata di cui all'art. 2, comma 203, l. 662 del 1996 (sulla programmazione negoziata cfr. ancora CONTIERI, *La programmazione negoziata*, cit.).

⁴⁷¹ *Ibidem*; vengono richiamati, come riconducibili alla prima sotto-categoria, i seguenti provvedimenti normativi: l. 517 del 1975 in tema di commercio; ll. 752 del 1982 e 221 del 1990

La differenza fondamentale andrebbe individuata – ma lo stesso Autore stigmatizza un atteggiamento generalizzante – nel fatto che mentre le discipline settoriali si inseriscono nel quadro di una programmazione (appunto) di settore, le altre forme di intervento (a favore dell'imprenditoria giovanile, femminile, ecc.) trovano giustificazione – al di fuori di ogni quadro programmatico – in una condizione soggettiva dell'imprenditore.

Infine, vi è la categoria degli incentivi c.d. orizzontali, così definiti perché riguardano attività trasversali, ovvero sono volte a beneficiare diversi settori economici: si pensi alle misure volte a favorire l'internazionalizzazione delle imprese; la ricerca e le sue applicazioni al processo produttivo; l'equilibrio finanziario delle attività economiche⁴⁷².

in materia di attività mineraria; l. 808 del 1985, in materia di industria aeronautica; l. 41 del 1986, in materia di mercati e centri agricoli all'ingrosso; ll. 556 del 1988 e 135 del 2001, in materia di attività turistiche; l. 181 del 1989 in materia di siderurgia; l. 302 del 1989 in materia di pesca; l. 132 del 1992, in materia di navalmeccanica [settore questo da sempre al centro delle "attenzioni" dello Stato finanziatore: cfr. al riguardo la (allora) completa rassegna di legislazione operata dal SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, cit., parte I]; l. 236 del 1993 in materia di agroindustria; art. 6 l. 237 del 1993 (già citata) in materia di riconversione produttiva dell'industria bellica; quanto alla seconda sotto-categoria, l'A. cita i seguenti provvedimenti normativi: l. 1068 del 1964 in materia di imprese artigiane; l. 49 del 1985 (c.d. Legge Marcora) e l. 59 del 1992 in materia di società corporative; l. 215 del 1992, in materia di imprenditoria femminile; l. 95 del 1995 in materia di imprenditoria giovanile.

⁴⁷² Vengono citate le normative in materia di promozione dell'esportazione e dell'internazionalizzazione delle imprese: la l. 227 del 1997; l. 394 del 1981; l. 100 del 1990; l. 304 del 1990; art. 14 l. 317 del 1991; in materia di sviluppo delle esportazioni italiane: l. 1083 del 1956; in materia di investimenti innovativi e di ricerca e di consorzio delle piccole e medie imprese: l. 46 del 1982 e d.lgs. 297 del 1999. In tale contesto assume specifica rilevanza il discorso relativo ai FAR, disciplinati oltre che dal citato d.lgs. del 1999 dal d.m. 593 del 2000 (successivamente modificato in considerazione della normativa comunitaria comunitaria in tema di Aiuti di Stato alla ricerca, sviluppo ed innovazione: comunicazione 2006/c 323/01). In particolare, con quest'ultimo provvedimento, si è inteso razionalizzare e semplificare la disciplina in materia dacché sono state unificate in un unico testo regolamentare le norme del complessivo pacchetto agevolativo diretto alle imprese che investono in ricerca e sviluppo; in materia di consolidamento delle passività delle piccole e medie imprese: l. 598 del 1994.

Segue a ben vedere un analogo criterio classificatorio tripartito, AGUS, *Gli ausili alle imprese tra dispersione degli interventi e frammentazione delle competenze*, in TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, 111, dove può leggersi un catalogo aggiornato delle più recenti leggi che prevedono incentivi relativamente ai settori: dell'agricoltura (l. 578 del 1996; l. 81 del 1997; l. 118 del 1999; l. 119 del 2003, sulle "quote latte"; l. 441 del 1998; l. 38 del 2003; d.lgs. 102 del 2004); dell'artigianato (l. 261 del 1997; l. 105 del 2006); Mezzogiorno ed aree depresse (l. 40 del 2007; l. 608 del 1996; l. 73 del 1998; l. 416 del 1998; l. 208 del 1998; l. 309 del 2004; l. 52 del 1998; vedi inoltre l'art. 6-ter del d.l. 112 del 2008, conv. in l. 133 del 2008 che ha previsto l'istituzione della Banca del Mezzogiorno s.p.a. per sostenere lo sviluppo economico e favorire la crescita, il cui Comitato promotore è stato istituito dall'art. 2, comma 165, l. 191 del 2009, finanziaria 2010).

Maggiormente affidabili, specie ai fini della ricostruzione del regime giuridico del rapporto di sovvenzione, sembrano le classificazioni basate sul profilo funzionale o causale.

Si ricorda a tal proposito la ricostruzione, operata dalla dottrina, che si articola sulla distinzione tra *aiuti difensivi* legati alla preservazione delle capacità produttive dell'industria in un momento di congiuntura negativa; ed *aiuti offensivi*, diretti alla ristrutturazione ed alla riconversione produttiva⁴⁷³.

Nella medesima prospettiva (funzionale), si è altre volte distinto tra aiuti diretti a *sostenere*, aiuti diretti ad *incentivare*, aiuti diretti a *risanare*⁴⁷⁴.

Ma queste soluzioni, per quanto formulate dalla migliore dottrina, presentano, a ben vedere, una valenza meramente *descrittiva* e non già *precettiva*: non sono utili, in altre parole, ad individuare il regime giuridico applicabile (al di là delle regole puntuali previste dalla normativa che dispone l'incentivo) al rapporto di sovvenzionamento, in quanto si limitano, partendo dal dato normativo (un dato normativo peraltro frammentario e difficilmente governabile), a *descrivere* delle fattispecie⁴⁷⁵.

Diversamente a dirsi per la classificazione (più che funzionale propriamente) causale proposta dallo Spagnuolo

⁴⁷³ GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 246. Il chiaro A., peraltro, affianca alla suddetta classificazione funzionale una classificazione categoriale, che verte sulla tripartizione tra *ausili categoriali*, *ausili congiunturali* ed *ausili c.d. titolati*.

⁴⁷⁴ BATTARA, *Gli ausili all'industria: potere di intervento e funzione pubblica*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, II, Roma, 1981, 770.

⁴⁷⁵ Sembra invece necessario procedere con metodo induttivo onde risalire dalle norme particolari e contenutisticamente assai povere (in questi termini PERICU, *La politica dei concorsi, contributi e finanziamenti quali incentivi economici nel quadro normativo vigente*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2009, 491, spec. 496) alla enucleazione del regime giuridico unitario *minimo* da applicare all'attività di incentivazione. L'A. – alla stregua di un vero e proprio manifesto della metodologia induttiva nella ricerca giuridica – prosegue rilevando che se per certi versi siffatta metodologia di analisi può apparire “scorretta”, in quanto “*può consentire di contrabbandare per i singoli problemi interpretativi come soluzioni tecnicamente obbligate soluzioni che, invece, sono frutto di una precisa scelta ideologica, posta in essere sia nel momento in cui è enucleata la categoria giuridica, dalla quale si fa discendere la disciplina che consente appunto di risolvere il singolo problema concreto, sia nel momento in cui si è ritenuto riconducibile a tale categoria la singola ipotesi legislativa*”, per altro verso si tratta di una soluzione “*necessitata*” specie a fronte di una disciplina frammentaria che contempla alcuni “momenti” ma lascia appunto all'interprete la enucleazione della disciplina degli altri “momenti” non espressamente regolamentati. Occorre, peraltro, riconoscere francamente la natura *creativa* di simile approccio all'indagine; ed inoltre cercare di raccordare nella misura maggiore possibile la normativa che si intende riconnettere alla categoria generale e la categoria generale medesima (è quanto si farà analizzando ad esempio l'art. 6 del d.lgs. 123 del 1998) al fine di evitare che le diverse ipotesi ricostruttive si risolvano in “*vaniloqui privi di alcun significato, meri esercizi di logica applicata a categorie giuridiche*”.

Vigorita. Tale Autore, infatti, senza tralasciare di considerare le specificità degli ausili che assumono una *forma pubblicistica* e quelli che assumono una *forma privatistica*, individua il *trait d'union* delle suddette (macro)categorie nella *causa economica* dell'intervento dello Stato. Ed infatti: “*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-economia dei settori o zone considerate, in questi agendo (come può dirsi) nell'interesse dell'economia*”⁴⁷⁶.

⁴⁷⁶ SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata e potere amministrativo*, cit., 65, che richiama anche la dottrina tedesca che ha seguito la medesima impostazione (vedi specificamente nota 118). L'esposta idea è ripresa dallo Spagnuolo Vigorita anche in altre opere: vedi ad esempio *Problemi giuridici dell'ausilio pubblico*, cit., dove si propone una *partizione teleologica*, che è tale da ricomprendere nella nozione di interventi diretti a realizzare la suddetta causa economica anche gli aiuti accordati ai concessionari di pubblico servizio. Si legge infatti, nel lavoro da ultimo richiamato (p. 378), che “*l'ausilio finanziario può essere accordato dallo Stato sia per sostenere e incoraggiare certe produzioni, sviluppare il mercato, ecc.; sia per assicurare o migliorare servizi ritenuti essenziali [...]. Benvero, anche l'ausilio concesso per consentire o potenziare la gestione di un servizio del genere considerato [...] si traduce in vantaggi per l'intera collettività; e dunque può essere inquadrato in una prospettiva di ingerenza economica pubblica*”. I prodromi di questa costruzione “finalistica” possono rinvenirsi, inoltre, in alcuni scritti minori del chiaro Autore, concernenti aspetti più settoriali. Si vedano ad esempio: *Aspetti giuridici della disciplina dell'iniziativa privata: forme attuali e loro legittimità costituzionale*, in *Dir. econ.*, 1955, 982 e ss., ora in *Opere giuridiche*, II, cit., 285 e ss., dove già si individuava come criterio selettivo dei diversi atti di “intervento” la “causa del potere”; posizione ribadita in *A proposito di una “Introduzione al diritto amministrativo dell'economia”*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1956, III, 3, ora in *Opere*, cit., 319; si parla invece di “causa economica” come “scopo di soddisfazione di interessi economici” in *Considerazioni in tema di forme, finalità ed organi della disciplina pubblica dell'economia. A proposito della legge 31 luglio 1956, n. 1002*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, 386 e ss., ora in *Opere*, cit., 331. Interessante, anche ai fini che qui interessano (individuare sulla scorta dell'insegnamento di Spagnuolo Vigorita, ed alla luce dei più recenti rivolgimenti ordinamentali, uno schema teorico – e quindi una disciplina - unificante in cui far rientrare tutti le forme di intervento finalizzate alla realizzazione di una causa economica, nel senso chiarito dell'illustre Autore), quanto si legge in *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Dir. Pubbl.*, 1962, 348 ed ora in *Opere*, cit., 449, dove viene ravvisata la necessità di una integrazione sistematica dell'art. 47 Cost. alla luce della disciplina generale in materia di iniziativa economia privata. In specie si osserva come “*la proposizione dell'art. 47 Cost. in ordine alla disciplina, al controllo e al coordinamento del credito si uniformi in tutto allo statuto generale predisposto dall'art. 41. Da quest'ultimo possono ricavarsi ancora dei limiti e delle garanzie applicabili pure alla disciplina del credito, proprio in virtù dell'illustrata portata generale della norma medesima. Mentre infatti l'art. 47 tace sul punto, l'art. 41 pone all'intervento pubblico economico il limite della rispondenza ad uno scopo di utilità generale e la garanzia della riserva legislativa. L'iniziativa economica privata può essere anche, come si è visto, gravemente sacrificata e compressa: ma solo per l'utilità sociale (art. 41 c. 2) o per fini sociali (c.3): il che significa [...] soltanto in vista del perseguimento del maggior benessere economico di tutti i consociati. Ogni ingerenza pubblica dunque dovrà trovare il suo scopo effettivo nell'incremento e nella distribuzione più equa del reddito, restando bandita ogni finalità diversa. Questa regola vale dunque anche per gli interventi pubblici nel settore del credito*”.

In termini conclusivamente non dissimili da quelli espressi nelle opere di Spagnuolo Vigorita (e specialmente in *Attività economica*, cit.) vedi PERICU, *La politica dei concorsi, contributi e finanziamenti quali incentivi economici nel quadro normativo vigente*, cit., 491, ad avviso del quale “*incentivazione*

La ricostruzione che fa ruotare intorno alla c.d. causa economica l'individuazione di ciò che può considerarsi intervento pubblico è particolarmente proficua ai fini della proposta di qualificazione categoriale (e quindi disciplinare) del rapporto di sovvenzionamento che qui si intende formulare.

Si vuole sostenere, in particolare, la configurabilità di un contratto di diritto pubblico a *doppia causa*, diretto cioè a realizzare, per un verso, la “causa del potere”, e cioè l'interesse pubblico per il cui perseguimento tale potere è esercitato⁴⁷⁷ (il che influenza la

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”.

⁴⁷⁷ Chi scrive è invero perfettamente consapevole (e condivide gli esiti) della critica mossa dalla più recente dottrina alle teorie causaliste. Si ricorderà, in particolare, che la dottrina di fine Ottocento e inizio Novecento, sulla scorta degli insegnamenti della Scuola Pandettista, e nel convincimento che il paradigma del negozio giuridico fosse in un certo qual modo universale, quindi adattabile anche al diritto amministrativo (e specificamente al provvedimento amministrativo), aveva cercato l'*ubi consistam* della causa del provvedimento (si vedano, per tutti, RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, IV, 7 e ss.; BODDA, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933; GASPARRI, *La causa dei provvedimenti amministrativi*, Pisa, 1942). Tale impostazione è stata, come notato, efficacemente contestata mettendo in luce che, sebbene “*alla base delle teorie causaliste, che conferiscono rilevanza giuridica all'elemento teleologico, vi è quindi la corretta esigenza di individuare nel provvedimento amministrativo un elemento attraverso il quale parametrare la conformità del provvedimento stesso rispetto all'interesse pubblico individuato dalla norma attributiva del potere, [...] è la discrezionalità, e non la causa, la nozione che serve ad illuminare il rapporto tra interesse pubblico e provvedimento, nozione specifica del diritto amministrativo e pertanto in grado di tenere conto in maniera adeguata delle peculiarità proprie di tale diritto e in specie della natura funzionale dell'attività amministrativa globalmente intesa*”: cfr. VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2006, spec. 224 e ss. ed ivi ampi richiami.

Nondimeno, può osservarsi 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 la p.a. ed il privato: ed infatti occorre qui conciliare la discrezionalità - intesa come “*carattere finalisticamente vincolato, in modo giuridicamente ed esternamente rilevante delle determinazioni amministrative*” (FALCON, *Le convenzioni*, cit., 231) – con l'adempimento (e quindi con il vincolo all'adempimento), che esprime “*quell'esigenza di stabilità che il modulo contrattuale è chiamato a garantire*” (IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratto di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, 1997, 103 e ss., spec. 114). Si continuerà quindi nel prosieguo a parlare della causa economica dell'accordo come causa “del potere” o causa “pubblicistica”: deve essere però sempre chiaro l'avvertimento che in questo caso il “ritorno” allo schema causale (giustamente rifiutato con riguardo ai provvedimenti unilaterali) pare giustificato da un'evidenza difficilmente negabile, vale a dire il carattere consensuale della fattispecie. L'interesse pubblico perseguito attraverso l'accordo non è quello ipostatizzato nella norma attributiva del potere ma quello che si concretizza (non solo nel confronto, ma) nella fusione (nell'accordo sulla realizzazione di un assetto di interessi) con l'interesse privato. Nella fattispecie disciplinata dall'art. 11 della l. 241 del 1990 intanto vi può essere impegnatività (reciproca) dell'accordo, in quanto la finalità pratica dello stesso sia oggetto dell'accordo delle

disciplina del frammento di rapporto ispirato a logiche pubblicistiche), e, per altro verso, la causa negoziale (che viceversa consente di individuare tra i principi del diritto civile in materia di obbligazioni e contratti da applicare in via suppletiva quelli che, meglio di altri, si adattano al tipo negoziale concretamente posto in essere: causa di scambio, di garanzia, di mutuo, transattiva, associativa, ecc.)⁴⁷⁸. Un contratto di diritto pubblico assoggettato

parti: va da sé che se si parla di finalità pratica dello strumento convenzionale e di ragione giuridica della sua impegnatività il riferimento è all'istituto della causa, sebbene con gli adattamenti del caso.

⁴⁷⁸ Sulla rilevanza causale dell'interesse pubblico nella fase della conclusione dello (ma anche in quella dell'eventuale recesso unilaterale della p.a. dallo) accordo (come pare chiaramente potersi desumere dai riferimenti all'interesse pubblico contenuti nel primo e nel quarto comma dell'art. 11 della l. 241 del 1990), cfr.: STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; IMMORDINO, *op. ult. cit.*, 107.; CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, 124 e ss., spec. 154. Vedi specificamente quanto riportato da IMMORDINO, *op. ult. cit.*, spec. 107, che richiamando altresì l'insegnamento di NIGRO (*Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali*, in COSTANTINO (a cura di) *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1990, 55 e ss.), rileva che “il ‘problema della causa’ è quindi della disponibilità di pubbliche potestà, si ritiene sia stato ‘legalmente’ risolto dal legislatore nel momento stesso in cui ha disciplinato quel ‘tipo di contratto’. Ritenendosi, di contro, ‘viziati da causa illegittima’, e pertanto nulli, gli accordi ‘sul contenuto o sul rilascio di un provvedimento’ al di fuori dei casi espressamente disciplinati dalla legge”. In senso parzialmente contrario, vedi gli studi di uno dei massimi teorici del contratto di diritto pubblico (la cui base giuridica viene individuata nell'art. 11 l. 241 del 1990) nell'ambito della nostra dottrina. Il riferimento è a GRECO G., *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, cit. 144; ma vedi anche dello stesso A. *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., in specie capp. IX e XI, nonché *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986. Ad avviso di tale A., in particolare, “il perseguimento dell'interesse pubblico – nella accezione ‘forte’ del termine, inteso come interesse pubblico specifico, cui è preordinato il singolo potere amministrativo – attiene alle manifestazioni di volontà dell'amministrazione. E ogni sua deviazione, attenuazione o elusione dà luogo all'eccesso di potere [...]. Ma tutto ciò non significa che l'interesse pubblico assurga a ‘causa’ dell'intero accordo”, in quanto la causa, come ricorda GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1967, 103, deve essere comune a tutte le parti del rapporto sicché “non ha significato dire che anche per il privato ricorre una causa di diritto pubblico”. E così, prosegue Greco, “la funzione economico-sociale dell'accordo, che ne costituisce la causa ai sensi dell'art. 1325, comma 1, n. 3 c.c. va altrimenti individuata, a seconda del tipo di accordo, che come si vedrà dà luogo sovente ad un contratto atipico”. L'interesse pubblico quindi riguarderebbe piuttosto che la causa del contratto di diritto pubblico il suo oggetto. L'illustre A., peraltro, così prosegue in *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*, in *Argomenti*, cit., 183 e ss., spec. 199: “il che non significa che l'interesse pubblico sia irrilevante o, per converso, sia rilevante come ‘motivo’ del contratto in deroga ai principi civilistici in proposito. [...] La disciplina civilistica trova applicazione solo in quanto non si sovrapponga o pretenda di sostituirsi a quella pubblicistica sull'esercizio del potere, che l'amministrazione conserva pur nel quadro di una fattispecie complessivamente contrattuale e non unilaterale: e poiché [...] la formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione deve seguire i consueti canoni della scelta discrezionale, all'interno di essa l'interesse pubblico primario assolverà alla consueta funzione di causa del potere – con tutte le conseguenze invalidanti, in caso di sviamento, mancata considerazione degli interessi secondari, ecc. – e rileverà come tale e non come

(per le ragioni che si diranno e che adesso si danno per presupposte) alla disciplina dell'art. 11 della l. 241 del 1990.

Si potrà allora ritenere che la causa pubblicistica sia appunto la ricordata *causa economica*, laddove la causa privatistica servirà ad adattare la disciplina della fattispecie concretamente presa in considerazione - specie per quanto attiene al momento di svolgimento del rapporto - alle sue effettive modalità di svolgimento.

'motivo' o 'causa' dell'accordo". Oltretutto, se si segue la più recente ed accreditata dottrina civilistica (ormai seguita anche dalla giurisprudenza della Cassazione, le cui pronunce sono relative a fattispecie di: a) *sale and lease back*: Cass. civ., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Contr.*, 1996, p. 28; Cass. civ., 29 marzo 2006, n. 7296, in *Mass. Giur. it.*, 2006, p. 665; Cass. civ., 14 marzo 2006, n. 5438, in *Contr.*, 2007, p. 552, con nota di TOSCHI VESPASIANI; nonché b) fattispecie di patto di non concorrenza: Cass. civ., 6 agosto 1997, n. 7266, in *Foro It.*, 1997, I, p. 3179; c) di rendita vitalizia: Cass. civ., 15 maggio 1996, n. 4503, in *Contr.*, 1996, p. 1265; d) di contratto autonomo di garanzia: Cass. civ., 6 ottobre 1989, 4006, in *Mass. Giur. it.*, 1989. Vedi in termini perspicui Cass. civ., Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 5, nonché Id., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Guida al diritto*, 2009, 50, 55), la causa del contratto di diritto privato (e quindi, *mutatis mutandis*, anche quella del contratto di diritto pubblico: si ricorda a proposito quanto rilevato da GRECO G., *Accordi amministrativi*, cit., 146, secondo cui il contratto di diritto pubblico costituirebbe una *species* del più ampio *genus* della figura contrattuale, che comprenderebbe anche gli accordi internazionali, la vendita forzata, e appunto i contratti di diritto pubblico) viene ricostruita come causa in concreto: non più quindi, in senso "bettiano" (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. II ed., Napoli, 1994, p. 170 e ss., che fa riferimento alla causa come necessaria utilità sociale della funzione assolta dal contratto) cioè come funzione economico-sociale del contratto (tale funzione attenendo semmai al tipo: cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 807 e ss), ma come la complessa trama di interessi al cui perseguimento il congegno negoziale è nel suo complesso strumentalizzato. In questo senso vedi ad esempio BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 447 e ss. (ed ivi ulteriori ampi riferimenti), ad avviso del quale "la causa è la ragione pratica del contratto, cioè l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare (evidenziazione dell'Autore)". Il chiaro A. così prosegue (p. 452): "venuta meno la matrice ideologica che aveva spinto ad elevare la causa come mezzo di controllo dell'utilità sociale del contratto [la detta costruzione] è risultata insoddisfacente [...]", in quanto "il riferimento alla nozione di causa tipica porta a trascurare la viva realtà di ogni singolo contratto, e cioè gli interessi reali che di volta in volta il contratto è diretto a realizzare al di là del modello tipico adoperato". Ricercare l'effettiva funzione pratica del contratto "vuol dire precisamente ricercare l'interesse concretamente perseguito. Non basta cioè verificare se lo schema usato dalle parti sia compatibile con uno dei modelli contrattuali ma occorre ricercare il significato pratico dell'operazione con riguardo a tutte le finalità che - sia pure tacitamente - sono entrate nel contratto". Per la nozione di causa come "sintesi degli effetti giuridici essenziali del negozio", si veda PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, nonché *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in Id., *Diritto Civile. Saggi*. Milano, 1975, p. 75 e ss. e 105 e ss.; più di recente tale dottrina è stata ripresa, e contestualizzata nel sistema nazionale (costituzionale) e sovranazionale delle fonti, da PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, part. Tomo I, p. 289 e ss. e Tomo II, p. 597 e ss.

Ora, sintetizzando le acquisizioni della dottrina civilistica e amministrativistica in ordine alla nozione di causa del contratto (rispettivamente di diritto privato o di diritto pubblico) si può ben affermare che l'accordo di cui all'art. 11 (normotipo del contratto di diritto pubblico) abbia

Il riferimento alla doppia causa, è bene avvertire, non deve comunque essere enfatizzato: in particolare, non deve condurre a pensare che tra i due momenti (quello pubblicistico relativo alla causa economica e quello privatistico riportabile volta a volta alla causa di scambio, di garanzia, associativa, ecc.) vi sia una cesura.

Il modello del contratto di diritto pubblico sembra infatti invocabile, nel caso che qui interessa, anche laddove si ritenga, sulla scia di autorevole dottrina⁴⁷⁹, 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, laddove la nozione di causa viene richiamata per

una *doppia causa*. Si è infatti evidenziato – e lo si spiegherà meglio nel prosieguo – che nel contratto di diritto pubblico convivono aspetti che più marcatamente attengono all'esercizio (sebbene in forma consensuale) del potere (che malgrado la forma negoziale in cui si esprime rimane pur sempre potere) ed aspetti che riportano alla dinamica (anche dal punto di vista della causa delle reciproche prestazioni) del contratto sinallagmatico. Pare allora evidente che se il primo aspetto di questa atto “bifronte” (la funzionalizzazione dell'esercizio del potere all'interesse pubblico, nella specie quello della crescita economica) influenza il momento pubblicistico, il secondo aspetto (l'utilizzo di schemi causali propri del diritto privato) influenza il momento privatistico, di esecuzione delle reciproche prestazioni. In considerazione di ciò, ad esempio, la disciplina della risoluzione per inadempimento (artt. 1453 e ss. c.c.) troverà applicazione solo quando la causa del contratto sia una causa di scambio e le prestazioni reciproche siano tra loro corrispettive. Se quindi il conferimento di un beneficio economico non è fatto in vista (ed in considerazione) di un comportamento che sarà tenuto dal sovvenuto (come nelle sovvenzioni di mero sostentamento, di cui si dirà *infra*) lo schema di riferimento, sempre volendo aderire alla teoria del contratto pubblico, sarà quello del negozio gratuito atipico (sulla cui ammissibilità in termini generali, prima discussa, vedi in termini affermativi la più recente giurisprudenza: vedi ad esempio Cass. S.U., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Guida al diritto*, 2010, 16, 56, che fa leva sulla nozione di causa in concreto per definire la natura gratuita o onerosa dell'atto con cui una società aveva pagato il debito di uno dei soci ai fini della revocatoria fallimentare; riguardo alla sussumibilità della sovvenzione nello schema della donazione, pur avendo ben chiaro che altro è la *causa donandi*, altro la causa, parzialmente astratta, di una attribuzione gratuita atipica, vedi le considerazioni fatte più avanti), dove l'interesse pubblico (la causa del potere) è di natura meramente assistenziale e quello privato si risolve puramente e semplicemente nel conseguire l'attribuzione patrimoniale, senza assunzione di un impegno corrispettivo che condizioni la permanenza dell'obbligazione in capo al soggetto pubblico. Va da sé che in questo caso la disciplina della risoluzione per inadempimento non sarà invocabile dalla parte pubblica, in considerazione del carattere gratuito della prestazione, cioè in considerazione del particolare schema causale utilizzato per effettuare siffatta attribuzione. Diversamente a dirsi per le sovvenzioni di attività o di risultato, dove la causa pubblicistica è quella economica, nel senso chiarito dallo Spagnuolo Vigorita, quella privatistica la causa di scambio o associativa (in questo caso cfr. l'art. 1459 c.c.), che ben ammette l'applicabilità della disciplina sulla risoluzione per inadempimento. Nell'uno e nell'altro caso, nondimeno, l'interferenza di una causa pubblicistica giustifica il ricorso a strumenti di carattere spiccatamente autoritativo, come il recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di interesse pubblico (art. 11, comma 4, l. 241 del 1990).

⁴⁷⁹ GRECO G., *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, cit. 144.

individuare la disciplina giuridica applicabile alla fase esecutiva del rapporto.

L'aspetto realmente caratterizzante è rappresentato dalla negoziazione del potere: per realizzare una finalità di stampo pubblicistico (che abbiamo voluto chiamare causa economica, riprendendo il criterio classificatorio utilizzato da 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 "voluto" (nell'accezione che tale espressione assume in materia contrattuale) dallo stesso privato. Il riferimento ai diversi schemi negoziali di diritto privato che viene in rilievo nel momento dell'esecuzione del rapporto di sovvenzione serve solo a descrivere le (e selezionare la disciplina applicabile alle) modalità concrete secondo cui quest'intervento (a sua volta attuativo di una particolare politica economica, e quindi di rilievo pubblicistico) si compirà.

In sintesi, 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 finalità⁴⁸⁰) ovvero al mutuo (con analoga obbligazione di scopo) o ancora alla garanzia - e cioè quella che abbiamo voluto chiamare la causa privatistica - descrive il *come*.

Valgano al riguardo i seguenti esempi, con l'avvertenza che le tematiche cui essi attengono saranno oggetto di più approfondita analisi in seguito.

La concessione di garanzie pubbliche⁴⁸¹ consiste appunto nell'assunzione di una garanzia da parte del potere pubblico a favore di un soggetto privato nell'ambito di un rapporto avviato tra quest'ultimo ed un soggetto terzo. Per quanto non vi sia un'erogazione di denaro in senso proprio, il garantito consegue

⁴⁸⁰ Invero sembra formalistica l'impostazione del BENADUSI, *Attività di finanziamento pubblico: aspetti costituzionali ed amministrativi*, cit., spec. 917, che assume che gli eventuali obblighi od oneri imposti al beneficiario dell'attribuzione costituiscano presupposti - di fatto o di diritto - del provvedimento di erogazione. Simile considerazione mette del tutto in secondo piano un profilo che sembra invece centrale: quello della corrispettività dell'impegno del sovvenuto.

⁴⁸¹ Si veda ad esempio la disciplina dei consorzi di garanzia collettivi fidi, di cui all'art. 29 della l. 317 del 1991, che hanno l'obiettivo di fornire garanzia a determinati imprenditori al fine di permettere loro, l'attuazione di investimenti di *pubblico interesse*.

comunque un vantaggio patrimonialmente apprezzabile, e da ciò potrebbe discendere (se risulta che la concessione di garanzia non sia guidata da un calcolo economico analogo a quello che nella medesima situazione farebbe un investitore privato nelle condizioni di un'economia di mercato) la qualificazione di tale intervento in termini di aiuto⁴⁸². Si è ritenuto che la garanzia pubblica risponda essenzialmente alla disciplina della fideiussione⁴⁸³. Il fatto che la concessione della garanzia sia soggetta a regole pubblicistiche (perché disposta con un provvedimento amministrativo) ed il successivo rapporto sia invece ispirato a regole privatistiche dovrebbe per esempio determinare che della prima frazione del rapporto conosca il g.a. e della seconda il g.o. Si potrebbe peraltro immaginare la riduzione ad unità di tale schema binario richiamando la fattispecie dove il momento del potere ed il momento del consenso convivono, e cioè applicare lo schema di cui all'art. 11 della l. 241: pur nell'unitarietà del rapporto (e della giurisdizione) si riuscirebbe ancora a distinguere (con quanto ne discende ai fini disciplinari) tra la causa economica (riguardante propriamente il momento dell'autorità) e quella negoziale (riguardante invece il momento del consenso).

Analogamente, il finanziamento agevolato viene ricostruito come operazione di credito risultante dalla combinazione di due rapporti: quello che si svolge tra l'istituto finanziario erogatore ed il privato, secondo gli schemi contrattuali dei rapporti di credito e quello dove si prevede che l'ente pubblico si accoli almeno in parte il pagamento degli interessi dovuti dal beneficiario del finanziamento. Ora, la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate sulle implicazioni legate alla coesistenza, nella medesima fattispecie, di un provvedimento amministrativo e di un contratto di finanziamento con una clausola di destinazione, concludendo nel senso che la fattispecie deve essere ricondotta al mutuo di scopo legale⁴⁸⁴. Questa impostazione però non risolve il problema della

⁴⁸² Si veda anche nell'ambito del diritto comunitario la comunicazione 2000/C71/OT del 24 novembre 1999.

⁴⁸³ Vedi al riguardo Corte Cost., 20 maggio 1991, n. 218, in *Cons. St.*, 1991, II, 944. Non mancano peraltro aspetti peculiari che differenziano la disciplina della garanzia pubblica dalla fideiussione che trova la sua disciplina nel Codice civile. Sul punto si tornerà appresso.

⁴⁸⁴ Cass. S.U., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Giur. It.*, 1981, 1242, che (al di là della qualificazione giuridica interessa perché esplicitamente) chiarisce che “*il mutuo cosiddetto di scopo o di destinazione, cioè preordinato al perseguimento di determinate finalità [...] è caratterizzato dal fatto che il sovvenuto non si obbliga solo a restituire la somma mutuata, con la corresponsione dei relativi interessi, ma anche a*

natura per così dire bifasica della fattispecie, con tutte le implicazioni, *in primis* dal punto di vista del riparto di giurisdizione, che ne discendono. Si potrebbe anche in questo caso immaginare la confluenza dei profili regolati dal provvedimento (e riconducibili alla causa economica) e di quelli regolati dal negozio giuridico (e riconducibili alla causa del mutuo di scopo) in un medesimo atto, da assoggettare, secondo i criteri che meglio vedremo, alla disciplina dell'art. 11 della l. 241 del 1990⁴⁸⁵.

realizzare lo scopo previsto, compiendo l'attività in concreto programmata, sì che un tale impegno interviene nel sinallagma contrattuale, con rilevanza corrispettiva dell'attribuzione della somma" (evidenziazione mia). Vedi anche Cass. S.U., 27 dicembre 1997, n. 13046, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 2441, che ritiene che "il collegamento tra il rapporto di credito fondamentale originato dal mutuo di scopo ed il rapporto di ausilio raffigurato dal contributo in conto interessi concesso dall'ente pubblico è, poi, di natura accessoria, tanto da poter cessare, lasciando sopravvivere il solo rapporto principale, quando l'istituto finanziario lo abbia regolato in modo da convertire il contratto di credito agevolato in un contratto di credito ordinario". In dottrina v. ZIMATORE, *Mutuo di scopo*, in *Dizionario del diritto privato*, 1, I, *Diritto civile*, a cura di IRTI, Milano, 1980, 603, e nell'ambito della dottrina amministrativistica NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1972, 57-58. Per l'impostazione duale vedi MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento pubblico alle imprese*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1983, I, n. 3, 619, il quale in particolare osserva che se è vero che "l'impiego di forme mutate dall'uno o dall'altro settore dell'ordinamento può rivelarsi indifferente" è altrettanto vero che in alcuni altri casi "una tutela forte del richiedente nei confronti della p.a., diversa da quella risarcitoria, si può attuare solo per il tramite del diritto pubblico; di contro l'unica via idonea a sottrarre gli istituti di credito al rischio di una funzionalizzazione ormai fuori moda è rappresentato dal loro pieno assoggettamento al diritto privato". E quindi: "il modello misto denota una maggiore attitudine a governare l'ampia gamma delle oscillazioni che ha sin qui contraddistinto il sistema degli ausili finanziari"; si veda anche GALASSO, *Finanziamenti pubblici*, cit.; per una lettura pubblicistica, vedi VINTI, *Mutuo di scopo: rapporto di credito e rapporto di agevolazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1987, 962, nonché OTTAVIANO, *Argomenti a favore di una configurazione pubblicistica del credito agevolato*, in LIBERTINI, COSTI (a cura di), *Il finanziamento agevolato alle imprese*, Milano, 1987.

⁴⁸⁵ Vedi da adesso quanto rileva, a proposito della configurabilità del mutuo agevolato come contratto di diritto pubblico, FALCONI, *Contrattazione, impresa privata e programmazione economica*, Padova, 1978, 260 e ss.. In particolare, l'A. richiama l'elaborazione della dottrina tedesca (specie di JELLINECK, *Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung*, 1925), ed argomenta la qualificazione in termini di contratto di diritto pubblico sulla base della "prevalenza" del momento pubblicistico su quello privatistico, sia per quanto attiene alla fase di formazione del contratto, che per quanto attiene al momento esecutivo, il quale, in specie, "si caratterizza fortemente in senso pubblicistico", la finalità del programma di incentivi essendo quella di far "concorrere il privato alla realizzazione dell'interesse pubblico che la legge si propone di perseguire". La conseguenza che si trae da siffatto inquadramento dogmatico e dall'affermata confluenza di due complessi normativi è che "la valutazione dell'attività va fatta con riferimento a tutti e due i tipi di norme, di guisa che la posizione giuridica del privato potrà atteggiarsi come interesse legittimo o diritto soggettivo a seconda del tipo di norma che si assume violato e del conseguente genere di tutela che si richiede". Deve poi essere ricordata la suggestiva tesi della "convenzione di finanziamento" che nei suoi asserti fondamentali può essere riassunta nei termini che seguono: "la convenzione di finanziamento è l'accordo mediante il quale lo Stato (o altro ente pubblico) direttamente o delegando un istituto di credito autorizzato, concede ad un imprenditore una somma di denaro affinché questi se ne serva per svolgere una determinata attività economica secondo gli scopi e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dalla legge". In questi

Con la particolarità che, tanto nell'uno quanto nell'altro dei casi esemplificati, il riferimento allo schema di cui si è detto determinerebbe la *reductio ad unum* non soltanto dei profili pubblicistici e privatistici che connotano la fattispecie, ma anche quella che attiene al profilo soggettivo, e dunque al carattere trilaterale del rapporto (particolarmente marcato nel caso del finanziamento agevolato).

Va fatta un'altra precisazione: tanto la concessione di garanzia, quanto l'impegno a tenere indenne il mutuatario della corresponsione di una parte del capitale o degli interessi all'istituto mutuante sono collegati inscindibilmente alla considerazione, da parte della p.a., che grazie a siffatte agevolazioni il privato opererà degli investimenti che siano (anche) di pubblico interesse. Come si vede quindi la causa economica (o pubblicistica) e quella negoziale (o privatistica), per quanto distinte, interferiscono reciprocamente.

Ma delle relazioni tra interesse pubblico e privato nella materia delle sovvenzioni si dirà di qui a poco.

Per ora basti notare che questi reciproci nessi rendono in qualche modo artificioso il richiamo a (ben noti) schemi dualistici, quasi che la semplice stipula di un contratto o di una convenzione

termini vedi GALASSO, *Finanziamento pubblico*, cit., 771. Le critiche mosse a tale costruzione sono tutte nel senso che non sorge alcun rapporto tra lo Stato e il soggetto finanziato: l'accordo interviene solo tra l'istituto di credito autorizzato ed il finanziato anche se a stabilire il contenuto essenziale di tale rapporto è lo Stato, sia attraverso il procedimento di concessione del contributo, che attraverso il più generale strumento della legislazione sui crediti speciali. In questo senso, ZIMATORE, *op. ult. cit.*, 269, obiezioni ritenute dal VINTI, *op. ult. cit.*, 997, tali da non consentire repliche: ciò nondimeno “è indubbio che nel mettere in crisi la costruzione della ‘convenzione di finanziamento’, non travolge quegli elementi e quegli spunti che a tale conclusione avevano condotto; primo di essi è l'aver individuato ‘momenti’ di partecipazione dell'istituto di credito al procedimento pubblico di concessione, in qualità di titolare dell'istruttoria tecnico-finanziaria, capace di valutare la validità politico-aziendale del progetto finanziabile nell'esercizio di una vera e proprio discrezionalità tecnica”. Poste queste premesse, il Vinti propone una ricostruzione di tipo binario, in considerazione della constatazione “che il momento pubblicistico assume all'interno della vicenda del finanziamento pubblico un ruolo così pregnante e significativo da non consentire l'assorbimento e la riduzione del fine che ne muove l'azione nella regolamentazione privatistica del rapporto di credito. Ciò che non convince, sin dalle prime mosse della costruzione, è l'aver individuato nel contratto di credito l'unica fonte dell'obbligazione di scopo, e nell'istituto finanziatore il titolare dell'interesse all'adempimento della stessa”. La suddetta ricostruzione di tipo binario riposa sulla scissione tra rapporto di agevolazione e rapporto di credito, che operano su due piani distinti, ma reciprocamente condizionati, che fanno emergere spunti “riferibili in senso lato al meccanismo privatistico dell'accollo” (p. 1001). Infatti, in forza del rapporto di credito il privato si impegna a pagare l'intero; su tale rapporto si innesta un rapporto di agevolazione il cui meccanismo ricorda quello dell'espromissione o dell'accollo; lo Stato assume quindi pro-quota il debito del mutuatario nei confronti del mutante, e se vi è sospensione del contributo (per inadempimento dell'obbligazione di scopo), il mutuatario torna a pagare l'intero.

sia di per sé idonea a separare nettamente la fase pubblicistica e quella privatistica.

La teoria del doppio grado – sviluppata inizialmente dalla dottrina tedesca degli anni '50 proprio nel settore delle sovvenzioni⁴⁸⁶, poi estesa fino a ricomprendere il tema dei contratti pubblici – era sorta per evitare la c.d. *fuga nel diritto privato* e, quindi, per rifuggire da quel reticolo di regole che impongono alla p.a. (anche quando si serve di strumenti privatistici) di operare scelte imparziali⁴⁸⁷: la *Zweistufentheorie* (o teoria del doppio grado), si legge nelle magistrali pagine del Pericu⁴⁸⁸, “è possibile in quanto si sottopone ad una disciplina pubblicistica, ricalcante quella dell'atto amministrativo, la decisione fondamentale sul se compiere o meno un dato atto di diritto privato. La natura meramente strumentale, se non esecutiva, della susseguente attività di diritto privato necessariamente importa che il negozio privatistico non possa discostarsi dall'atto amministrativo preliminare”⁴⁸⁹. Attraverso l'applicazione di questa teoria si ottiene che “anche nel compimento di attività di diritto privato la pubblica amministrazione, seppure in forma indiretta, cioè con la mediazione dell'atto amministrativo preliminare, sia vincolata al rispetto delle posizioni giuridiche tutelate costituzionalmente”.

Orbene, la costruzione dualistica sembra aver perso tale originaria finalità (ecco il perché della più sopra supposta sua *artificialità*), dal momento – come si nota da parte della dottrina – che “da tecnica di controllo unificato delle differenti posizioni coinvolte nella fattispecie, essa pare invece poi divenuta principalmente tecnica di governo del riparto delle giurisdizioni, la cesura tra momento procedimentale pubblicistico e

⁴⁸⁶ Vedi IPSEN, *Offentliche Subventionierung*, cit..

⁴⁸⁷ Vedi al riguardo quanto già sostenuto da SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici*, cit., 427, dove, partendo dalla premessa per cui “il finanziamento speciale di imprese o di iniziative private, la prestazione di garanzie pubbliche, ecc., costituiscono manifestazioni rilevanti di intervento pubblico a fini economico-generalì (evidenziazione mia)” - premessa che confermerebbe la validità della nostra ipotesi di partenza perché anche nel finanziamento che avviene attraverso forme privatistiche vi sarebbe la ridetta *causa economica*, di rilievo pubblicistico perché pertinente agli obiettivi di politica economica dello Stato – si afferma che l'impiego delle suddette forme *iure privato* “comporta l'inapplicabilità di alcuni vincoli tipici dell'attività pubblicistica, ma non di tutti: e deve essere sforzo costante quello di estendere al massimo le garanzie giuridiche anche rispetto all'azione rivestita di forme privatistiche. Non deve essere consentita in altri termini la fuga della p.a. nel diritto privato (evidenziazione mia): e lo strumento a tal fine è l'estesa applicazione dei principi fondamentali della Costituzione” (vero è che il citato A. non si risparmia nel formulare perplessità riguardo all'effettiva possibilità di realizzare nell'attività di che trattasi – p. 438 - “quella perfetta e assoluta parità di condizioni tra contraenti privati, che è peraltro il presupposto inderogabile per ogni eventuale applicazione del menzionato obbligo di pari trattamento”).

⁴⁸⁸ Note in tema di diritto privato, ora in *Scritti giuridici*, cit., 101.

⁴⁸⁹ *Ibidem*.

*fase negoziale privatistica fungendo da spartiacque tra lo spazio di intervento del giudice amministrativo e quello del giudice ordinario*⁴⁹⁰.

Vero è che la *deriva giurisdizionalista*, espressione con la quale potremmo indicare la tendenza, denunciata dalla dottrina⁴⁹¹, ad invertire la metodologia di indagine per modo che non si proceda dall'analisi della normativa all'individuazione delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte (e quindi all'individuazione del giudice competente giurisdizionalmente a tutelarle), ma, all'inverso,

⁴⁹⁰ COMPORTI, *Il sindacato del giudice*, cit., 385. Al riguardo si vedano altresì le osservazioni del MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 574. Benvero, la considerazione della stipula del contratto come spartiacque tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria ha specificamente riguardato la materia dei contratti pubblici, materia dove, prima che intervenissero le risolutive disposizioni del d.lgs. 53 del 2010, si registra un serrato confronto tra le posizioni antitetiche assunte rispettivamente dalla magistratura amministrativa e da quella ordinaria. Sul punto sia consentita una breve digressione. Anteriormente alla normativa che affidasse al g.a. come giudice esclusivo le controversie in materia di “*affidamento di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto di procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale*” (art. 6 l. 205 del 2000, trasfuso con modifiche nell'art. 244 del Codice dei contratti pubblici), era consolidato l'orientamento secondo cui in caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione il contratto frattanto stipulato diveniva annullabile (quanto alla individuazione della causa dell'annullabilità si era da taluno immaginata l'applicazione della disciplina sul *falsus procurator*: vedi SPAGNUOLO VIGORITA V., *Rilevanza degli elementi extratestuali ai fini della interpretazione e della validità dei contratti privati della pubblica amministrazione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1961, 512; SANDULLI A.M., *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della p.a.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, 1) da parte del g.o. (della cui giurisdizione non si era mai dubitato, proprio perché il contratto attiene a posizioni di diritto soggettivo perfetto), su istanza della parte interessata, ai sensi dell'art. 1441 c.c.: la dottrina (SCOCA F.G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *www.giustamm.it*) ha rilevato che la tesi tradizionale “*sta e cade con il suo presupposto. Non sopravvive all'inevitabile mutamento della ratio della disciplina sulla evidenza pubblica*”. In seguito all'introduzione della ricordata ipotesi di giurisdizione esclusiva, invero, da una parte, il Consiglio di Stato ritenne sussistere la propria giurisdizione sul contratto (elaborando una variegata serie di soluzioni quanto alla qualificazione formale del vizio, per una rassegna della quali sia consentito rinviare al mio, *Le conseguenze dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto d'appalto: una rassegna in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria*, cit.) dall'altra, la Cassazione rimase ferma sulla posizione, ribadita anche dalle Sezioni Unite (Cass. S.U., 28 dicembre 2007, n. 27169, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008, 930, su cui v. SCOCA S.S., *La Cassazione “mette le mani” sugli appalti pubblici. Nota a Cass. S.S.UU. civ., sentenza 28 dicembre 2007, n. 27169* in *www.giustamm.it*; Cass. S.U., 23 aprile 2008, n. 10443, in *www.giustamm.it* e da Cass. S.U., 13 marzo 2009, n. 6068, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, 438; in senso contrario, v. Cass., Sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906, in *Giust. civ.*, 2008, 1639, secondo cui “*l'annullamento dell'aggiudicazione pone nel nulla l'intero effetto-ricenda derivato dall'aggiudicazione, a cominciare dal contratto d'appalto che vi è insito o che, ove stipulato in un momento successivo, non ha alcuna autonomia propria e non costituisce la fonte di diritti ed obblighi tra le parti, ma, assumendo il valore di mero atto formale e riproduttivo, è destinato a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento*”), che l'aggiudicazione, in quanto momento conclusivo della fase pubblicistica costituisce il confine esterno della giurisdizione (esclusiva?) del giudice amministrativo in materia di appalti pubblici. Sulla questione era intervenuta, senza dissipare i dubbi, ma anzi

si muove dalla considerazione di quale sia, nel caso specifico, la tutela giurisdizionale più efficace – se quella assicurata dal magistrato amministrativo o da quello ordinario - ricostruendo di conseguenza il regime sostanziale, potrebbe costituire in definitiva un *falso problema*, laddove, partendo dall’osservazione del rapporto, lo si qualifichi in termini di contratto di diritto pubblico, derivando da questa qualificazione la c.d. *conseguenza giurisdizionale*⁴⁹²: il giudice del rapporto complessivamente considerato, sia per quanto attiene

alimentandone ulteriori (vedi al riguardo LIGUORI, AULETTA, *La Plenaria, il ‘dialogo’ tra le giurisdizioni e la motivazione che non c’è*, in *www.giustamm.it*, nonché SCOCA S.S., *Aggiudicazione e contratto: la posizione dell’Adunanza Plenaria*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 3286; in senso adesivo vedi invece SATTA, *Annullamento dell’aggiudicazione: la fine di un problema*, in *www.giustamm.it*), l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sostenendo che ferma restando la giurisdizione del g.o. (conformemente al *dictum* delle Sezioni Unite) il giudice amministrativo conservava un proprio spazio di interferenza in relazione al contratto nella sede dell’ottemperanza. Alla vigilia del recepimento della direttiva ricorsi, tuttavia, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (10 febbraio 2010, n. 2906/o., in *Guida al diritto*, 2010, 17, 63, con nota di MASARACCHIA) rimeditava sul proprio consolidato orientamento ritenendo l’affermazione della giurisdizione del g.a. sul contratto “*pienamente conforme alle norme costituzionali che impongono l’effettività della tutela (artt. 24 e 111 Cost.) perché la rilevanza della connessione denegata in passato per la cognizione congiunta della lesione degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi conseguenti, non è oggi contestabile, derivando da norma comunitaria incidente sulla ermeneutica delle norme interne, che è vincolante in tal senso per l’interprete*”. Si era quindi criticamente osservato: per un verso, che nelle parole della S.C. le esigenze di concentrazione ed effettività della tutela sembrano nascere e morire con la direttiva 2007/66; per altro (e connesso) verso, che all’affermazione della sussistenza della giurisdizione esclusiva poteva giungersi anche sulla base del quadro normativo previgente, perché difficilmente si sarebbe potuto negare il collegamento (anzi la coimplicazione) tra la fase pubblicistica della gara e la successiva fase negoziale (riferimenti critici anche in CARDARELLI, in *www.federalismi.it*, 4/2010). Sul punto, lo si è detto, è intervenuto risolutivamente il d.lgs. 53 del 2010, repentinamente “doppiato” dal Codice del processo amministrativo che, tra le tante novità sul rito in materia di appalti pubblici (che qui non mette conto di approfondire) ha previsto esplicitamente che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende anche alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione. Restano peraltro irrisolti dei nodi problematici: in primo luogo (analizzando il formante giurisprudenziale) si tratta di verificare se l’estensione della giurisdizione esclusiva del g.a. “alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione” sia di portata sostanzialmente generale (riguardi cioè *ogni caso* in cui rilevi la sorte del contratto, sebbene con diversa curvatura dei poteri cognitori e decisori del giudice in ragione della gravità del vizio che affetta la procedura selettiva) o se invece siano ricavabili, pur in mancanza di una espressa specificazione da parte del legislatore, delle eccezioni, in rapporto alle quali sussisterebbe, per ragioni (che vengono additate come) di sistema, la giurisdizione ordinaria. Ed infatti il T.A.R. Calabria ha ritenuto sussistere la giurisdizione ordinaria con riguardo ai casi in cui il contratto sia inficiato da vizi propri (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 20 ottobre 2010) e poi in relazione alle controversie “*attivate dalla Pubblica Amministrazione a fronte di comportamenti tenuti da un soggetto privato, lesivi di diritti soggetti*” (T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 maggio 2011, n. 752: entrambe le sentenze possono leggersi in *Rivista NelDiritto*, rispettivamente nei numeri dicembre 2010 e settembre 2011, con mie brevi osservazioni); in secondo luogo, devono segnalarsi i dubbi frattanto sorti in rapporto all’ipotesi (fin ad oggi oggetto di attenzione

ai profili più vicini alla spendita del potere (e quindi anche per quanto concerne la tutela dei controinteressati) che per quanto attiene a quelli che specificamente riguardano (non senza infiltrazioni pubblicistiche) lo svolgimento del sinallagma, sarebbe il giudice amministrativo, investito della giurisdizione esclusiva in relazione alle controversie in tema di formazione, conclusione ed esecuzione di tali accordi⁴⁹³.

nemmeno lontanamente paragonabile a quella riservata alla sorte del contratto dopo l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione) delle conseguenze sul contratto a seguito di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e (soprattutto) del giudice competente a conoscerne. Se infatti per T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 11 novembre 2010, n. 6579, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 3494, l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione “*non produce in via automatica l'inefficacia del contratto, ma per raggiungere tale risultato occorre l'intervento di una pronuncia costitutiva dell'organo di ricorso, ossia, nell'ordinamento italiano, del giudice ordinario*”, a conclusioni radicalmente opposte (affermazione della giurisdizione amministrativa e carattere automatico della caducazione, quindi natura meramente dichiarativa della relativa pronuncia) è giunto di recente Cons. St., Sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032, in *Rivista NelDiritto*, 2011, 1524, con mie osservazioni critiche.

⁴⁹¹ PERICU, *La politica dei concorsi*, cit., 504; vedi anche più di recente il COMPORTI, *Il sindacato*, cit. 384.

⁴⁹² In effetti la conseguenza giurisdizionale rappresenta un profilo centrale nell'elaborazione di alcuni Autori: vedi ad esempio FALCON, *Le sovvenzioni*, cit., spec. 25 e ss. e 265 e ss., che richiama la dottrina tedesca; vedi anche D'ALBERGO, *Sulla struttura delle sovvenzioni*, cit., che si preoccupa particolarmente di distinguere, anche agli effetti della giurisdizione, i casi in cui la p.a. sia titolare di un potere discrezionale alla attribuzione della sovvenzione e quelli in cui sia priva di tale potere; cfr. poi PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., II, 260 e ss., che si pone il problema della tutela del terzo che aspirava alla sovvenzione e non l'abbia ottenuta. Si tratta di soggetti, osserva l'Autore, formalmente estranei a tale rapporto. Sulla ricostruzione dogmatica proposta dal Pericu si tornerà in seguito. Quanto al problema della tutela dei terzi l'A. ipotizza l'applicabilità al caso di specie dell'art. 2598 c.c. in tema di concorrenza sleale (in giurisprudenza vedi Trib. Napoli, 10 aprile 1985, n. 3240, non pubblicata): ma rilevata la “*difficilissima realizzazione*” di tali rimedi, si osserva che “*il terzo svantaggiato potrebbe ottenere una tutela piena ove gli fosse riconosciuta la legittimazione (sostanziale e processuale) ad impugnare la sovvenzione accordata ad altri*”. Ammettere ciò, peraltro, “*significa sostanzialmente riconoscere che il soggetto leso della sovvenzione non è terzo rispetto al rapporto amministrativo o se si preferisce è terzo solo formalmente ma non sostanzialmente*”: una simile ricostruzione è giustificata solo se si riesce a dimostrare che la posizione soggettiva del terzo danneggiato dalla sovvenzione illegittimamente accordata ad altri è qualificabile in termini di interesse legittimo. Orbene, ad avviso del PERICU, “*sembra indubbio che la posizione di colui che è formalmente, ma non sostanzialmente, terzo rispetto al rapporto di sovvenzione tende a qualificarsi nei confronti dell'intervento contra ius della pubblica amministrazione come interesse legittimo*”. Sulla (cruciale) questione se il potere di concedere incentivi alle attività economiche sia qualificabile in termini autoritativi o meno si tornerà più approfonditamente appresso. Nei medesimi termini, dello stesso A., *La politica dei concorsi*, cit., 503 e ss., dove si critica la posizione espressa dal CORSO, *Commento a D.M. 28 giugno 1979 e D.M. 19 novembre 1979*, in *Leggi civili commentate*, 1980, 786; e PERICU, CROCI, *Le sovvenzioni*, cit., spec. 248.

⁴⁹³ Si muove nella prospettiva (e si risolve nell'auspicio) dell'unificazione della giurisdizione in materia di sovvenzioni l'indagine di ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche*, cit., *passim*, la quale,

D'altro canto, costituisce notazione comune che i termini “autorità” e “consenso” non esprimono più entità antinomiche tra loro⁴⁹⁴, in quanto da un lato il contenuto discrezionale del provvedimento può essere concordato tra amministrazione decidente e privato e dall'altro lato vi sono fattispecie contrattuali, di cui è parte la p.a., caratterizzate dal riconoscimento in capo a quest'ultima di poteri esorbitanti⁴⁹⁵.

rilevata la perdurante attualità della costruzione dualistica per spiegare il variegato fenomeno degli incentivi pubblici alle attività economiche, sostiene a più riprese il carattere unitario del rapporto dal punto di vista sostanziale: l'A. però non evoca lo schema regolatorio di cui all'art. 11 (la cui applicazione ha tra le più rilevanti conseguenze quello della concentrazione della giurisdizione), ma richiamandosi alla teoria dei due livelli elaborata dalla dottrina tedesca (che ritiene non direttamente applicabile nel nostro ordinamento) ed ai criteri oggettivi di riparto della giurisdizione fatti propri dal legislatore spagnolo conclude nel senso dell'opportunità, *de iure condendo*, della “previsione di una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”, scelta che potrebbe “di certo risolvere più chiaramente le questioni della contestuale presenza e contiguità di diritti soggettivi e di interessi legittimi e dell'intreccio di diritto pubblico e di diritto privato non sempre facilmente districabile; in tal modo, sarebbe superabile la tradizionale ma ormai incerta distinzione tra giurisdizioni per controversie che riguardano in concreto un unico procedimento amministrativo dipendente dall'esercizio di una medesima funzione pubblica, un medesimo rapporto che avrebbe una prevalente connotazione pubblicistica, conformato dalla disciplina speciale di diritto pubblico sulle sovvenzioni, e un livello privatistico limitato alle modalità di attuazione dell'erogazione e delle obbligazioni del privato, generalmente contenute in una convenzione o in un atto di natura contrattuale” (spec. p. 195-196).

Manifesta la preferenza per una giurisdizione non frammentata nella materia che interessa, seppure sulla base di motivazioni più squisitamente processuali, COMPORI, *Il sindacato*, cit., 422-423, il quale evidenzia che “dovrebbe essere, pertanto, il settore o l'attività (o, secondo una diffusa terminologia, l'operazione) oggetto di regolazione a costituire il fulcro della fattispecie, il fatto unitario (per quanto complesso) intorno al quale ricostruire l'interesse a ricorrere, la domanda e l'oggetto del giudizio”. In considerazione di ciò, si auspica, preso atto “del riallineamento in atto della giurisdizione rispetto alla competenza e del carattere recessivo dei criteri attributivi di poteri decisionali rispetto all'emergente valore guida del coordinamento delle tutele afferenti a rapporti giuridici sostanziali connessi”, un intervento del legislatore che “sulla scia di quanto accaduto in materia di risarcimento del danno, preveda la possibilità di derogare alle regole del riparto di giurisdizione per ragioni di connessione. Si affiderebbe così al normale esercizio del potere dispositivo delle parti la rimozione di un limite alla realizzazione del *simultaneus processus in funzione della unitaria valutazione di vicende variamente collegate*”.

⁴⁹⁴ La dottrina si esprime ormai in questi termini. Vedi per tutti: SCOCA F.G., *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 2002, 431; FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., spec. 216 e ss., ma anche FERRARA R., *Gli accordi tra i privati e le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1985. Sono quindi risultate lungimiranti le osservazioni di PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1971, 1469, ad avviso del quale (p. 1484) “se, dunque, il potere amministrativo può concentrarsi, al termine del suo farsi, cioè alla fine del procedimento, ora in un atto amministrativo e contratto accessivo, ora in un atto negoziale sostitutivo di provvedimento (si pensi agli ‘accordi bonari’ nell'espropriazione oppure ai ‘concordati tributari’ nel procedimento di imposizione [...]) ciò vuol dire che il potere amministrativo può trovare diverse forme di manifestazione pur restando sostanzialmente se stesso”. Ed infatti (p. 1486) “la natura pubblica del potere che si attua nel procedimento amministrativo non dipende dalla veste formale che assume l'atto finale o un atto intermedio ma dalla cura di interessi pubblici”. In definitiva anche se si esprime in forme negoziali il potere è pur sempre potere: nel negozio

Prima di illustrare compiutamente la nostra proposta ricostruttiva, sembrano tuttavia opportune due precisazioni.

La prima, in qualche modo già anticipata, attiene al rapporto tra interesse pubblico e privato nell'attività di sovvenzionamento.

La seconda richiede un approfondimento in relazione alle posizioni espresse dalla dottrina in merito alla qualificazione del rapporto di sovvenzione, poiché, come si cercherà di dimostrare, la tesi per cui nella specie sarebbe utilizzabile lo schema di cui all'art.

sostitutivo non vi è trasformazione del potere pubblico in potere privato. In senso contrario, nello stesso periodo, sebbene con riferimento specifico alla tematica dei contratti ad evidenza pubblica, vedi BARDUSCO, *La struttura dei contratti della pubblica amministrazione*, Milano, 1974. In termini più generali, vedi anche GIANNINI M.S., *Il potere pubblico*, Bologna, 1996, 127 e ss., dove si evidenziano la diffusione di modelli consensuali e le relative ragioni. Con la consueta incisività, lo Scoca così osserva: “*nell'ambito delle nuove riflessioni sulla figura del contratto di diritto pubblico la dottrina compie un ulteriore passo avanti di notevole ampiezza. Viene rilevato che non esiste rapporto di necessarietà biunivoca tra carattere unilaterale del potere (dell'amministrazione) e struttura unilaterale dell'atto con il quale il potere viene esercitato; e che quindi il potere amministrativo può trovare espressione anche in atti bilaterali. Nell'atto bilaterale, consensuale, convergono poteri diversi per natura e disciplina ma coincidenti nel regolamento di interessi (precetto) cui l'atto intende dare vita (giuridica). L'identità di contenuto (precettivo) rende possibile che il consenso sia reso nell'esercizio di poteri diversi, il potere amministrativo della parte pubblica e l'autonomia privata della controparte. Nulla osta alla fusione, o alla convergenza, di poteri diversi*”. Sul tema dell'amministrazione consensuale vedi ancora CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale sull'attività amministrativa*, Torino, 1997 e BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996; FRACCHIA, *L'accordo amministrativo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998.

⁴⁹⁵ Si pensi per esempio al c.d. *ius variandi* in materia di contratti pubblici: a lungo considerato un provvedimento amministrativo e solo ultimamente ricostruito dalla giurisprudenza (non senza suscitare qualche perplessità) in termini privatistici: vedi ad es. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 12 dicembre 2007, n. 16197, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 3789; T.A.R. Campania, Napoli, I, 18 luglio 2005, n. 9918, *ivi*, 2005, 2499 e già T.A.R. Piemonte, II, 26 maggio 1997 n. 265, in *T.A.R.*, 1997, 2351). Cfr. inoltre l'autorevole ricostruzione di GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., spec. 136, secondo cui deve parlarsi nella specie di atti amministrativi negoziali. La loro natura in sostanza è contrattuale ma questo non esclude l'assoggettamento da parte del legislatore ad un regime di diritto pubblico. Vedi inoltre quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici in tema di adeguamento e revisione dei prezzi, atti assoggettati alla giurisdizione esclusiva del g.a. sul presupposto della natura pubblicistica del relativo provvedimento applicativo. Critico in relazione a siffatta scelta appare il LIGUORI, *La funzione*, cit. spec. 66, ad avviso del quale “*la lettura delle disposizioni che disciplinano i due (simili) istituti non sembra configurare alcun potere autoritativo né imporre la procedimentalizzazione tipica della legge 241 del 1990 quanto piuttosto delineare un rapporto bilaterale basato sul necessario riconoscimento del diritto in presenza di presupposti da accertare in termini oggettivi: la previsione della giurisdizione esclusiva pare perciò ingiustificata e contrastante coi principi costituzionali sul riparto di giurisdizione*”.

Si pensi inoltre e con riferimento più generale all'attività di diritto privato dell'amministrazione ad uno dei più “vistososi privilegi” (così MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 360 in nota) di cui gode la p.a., e cioè il fermo amministrativo, che consiste nella sospensione del pagamento di somme, da essa dovute a soggetti nei cui confronti un'altra amministrazione vanta ragioni di credito. La giurisprudenza esclude l'incostituzionalità dell'istituto, facendo riferimento alla presunzione di

11 della l. 241 del 1990 oltre a comportare dei benefici in relazione alla *conseguenza giurisdizionale* e a presentare maggiore aderenza con il carattere composito, ma allo stesso tempo unitario, del rapporto (misto di autorità e consenso, di scelta imperativa e sinallagma) potrebbe rappresentare una ideale sintesi delle posizioni (ora pubblicistiche, ora privatistiche, ora incentrate sul doppio grado) fin qui proposte.

Quanto alla prima precisazione, è del tutto condivisibile l'opinione espressa dalla dottrina secondo cui *“il rapporto pubblico-privato si atteggia in modo particolare nell'attività di incentivazione sia nel momento della formazione della decisione amministrativa, sia nella elaborazione del rapporto che si instaura tra pubblica amministrazione e beneficiario e, sotto questo secondo profilo, in particolare nell'individuazione delle interrelazioni intercorrenti tra le situazioni giuridiche soggettive della pubblica amministrazione e del privato, che costituiscono il contenuto di tale rapporto”*⁴⁹⁶.

Deve al riguardo ricordarsi la distinzione, operata in termini rimasti indiscussi dal Serrani (pur nell'ambito, come vedremo, di una ricostruzione *tutta privatistica* del rapporto di sovvenzionamento), tra sovvenzioni di sostentamento e sovvenzioni di risultato.

In specie, 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 beneficiario⁴⁹⁷.

legittimità degli atti amministrativi ed alla prevalenza dell'interesse finanziario dello Stato: vedi al riguardo Corte Cost., 19 aprile 1972, n. 67 in *Giur. Cost.*, 1972, 331, con nota di CASSESE, *Il fermo amministrativo: un privilegio della pubblica amministrazione*; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 13 gennaio 1997, n. 43 in *Foro amm.*, 1997, 2386. Di recente, v. Cons. St., Sez. VI, 3 maggio 2011, n. 2598, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 1577.

⁴⁹⁶ PERICU, *La politica*, cit., 498.

⁴⁹⁷ SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, cit., spec. 181, in nota. In senso analogo ancorché non del tutto identico vedi, più di recente, COMPORI, *Il sindacato*, cit., 421-422, ad avviso del quale, *“il potere di attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti (art. 12 legge n. 241/90) [...] si riduce nella sostanza a due distinti ambiti materiali: la regolazione pubblica dell'economia o di altri settori (es. l'ambiente) e la prestazione di servizi a soggetti bisognosi. Nel primo caso, l'ausilio finanziario 'si lega' a comportamenti dei privati, nel senso che costituisce il 'veicolo' per indirizzare indirettamente le loro attività verso obiettivi di tipo economico (quali, ad esempio: la crescita del tessuto industriale, specialmente nelle aree depresse;*

È specie con riguardo a questa seconda tipologia che la sussistenza della *causa economica* si fa più evidente: attraverso questi strumenti, infatti, lo Stato può manovrare l'iniziativa economica privata e dirigerla (ferma restando l'autonomia dell'imprenditore sul se richiedere o meno la concessione dell'incentivo) verso la realizzazione di fini ulteriori (in quanto pubblici) rispetto a quello del privato ad ottenere l'erogazione della sovvenzione, interesse che, per così dire, rimane sullo sfondo.

2. Rassegna delle diverse tesi formulate con riguardo all'inquadramento dogmatico del rapporto di sovvenzione e rilevazione della sua utilità ai fini della nostra tesi. La tesi privatistica di Serrani: l'attività di incentivazione si attua per mezzo di strumenti non autoritativi. Prospettazione di possibili obiezioni.

La seconda precisazione, quella riguardante le diverse tesi che sono state formulate dalla dottrina riguardo all'inquadramento dogmatico del rapporto di sovvenzione – la rassegna delle quali, come detto, sarà funzionale alla dimostrazione che la tesi del contratto di diritto pubblico, che qui si formula, in realtà si pone come ideale sintesi di quelle –, richiede un maggiore sforzo espositivo.

In termini sintetici, si può dire che il confronto della dottrina si connota per l'antitesi tra tesi di natura contrattualistica e tesi di natura provvedimentale, mentre in posizione per così dire intermedia (ma senza compiere il passo consistente nella unificazione logica e giuridica della fattispecie) si pone la tesi dualistica della concessione-contratto.

Secondo la tesi contrattualistica, o privatistica, che trova il suo massimo sostenitore in Donatello Serrani, l'ausilio pubblico costituisce una forma di *funzionalizzazione dell'impresa*, essendo

il sostegno a determinate categorie di soggetti, come l'imprenditoria femminile; l'incentivo di attività trasversali rientranti in diversi settori); o di altro genere, come il miglioramento delle condizioni ambientali perseguito attraverso la diffusione di energie rinnovabili o il risparmio energetico. Qui l'intento redistributivo è perseguito mediante trasferimenti di risorse a territori o settori particolari. Dovrebbero essere, pertanto, il settore o l'attività (o, secondo altra diffusa terminologia, l'operazione) oggetto di regolazione a costituire il fulcro della fattispecie, il fatto unitario (per quanto complesso) intorno al quale costruire l'interesse a ricorrere, la domanda e l'oggetto del giudizio. Nel secondo caso, l'interesse pubblico è soddisfatto per mezzo del puro e semplice incremento patrimoniale del beneficiario, senza che assuma rilevanza l'attività del medesimo. Qui la risorsa serve a consentire l'espletamento di servizi alla persona in quanto tale, per esigenze di carattere sociale. È, dunque, il soggetto a rappresentare l'elemento ideale di aggregazione del fascio di situazioni giuridiche che possono venire in rilievo".

diretto ad individuare “tra le varie ‘utilizzazioni’ possibili dell’impresa (privata ma anche privata in mano pubblica: nulla esclude che anche queste possano godere di ausili⁴⁹⁸) quelle che, in un certo momento sono conformi agli interessi della collettività”⁴⁹⁹. In altri termini, sui modelli autoritativi della funzionalizzazione dell’impresa prevalgono, a dire del Serrani, modelli non autoritativi “che al posto di imporre al privato imprenditore certi comportamenti, hanno la caratteristica di rendere questi ‘appetibili’ mediante la concessione di benefici”⁵⁰⁰.

Le ragioni della preferenza per un simile modello, cui fa da contraltare il regime autoritativo che caratterizza la funzionalizzazione della proprietà, possono così essere rassegnate:

- la realtà “impresa” è più complessa di quella “proprietà”. Mentre infatti quest’ultima si esaurisce nella relazione tra un bene ed il suo proprietario, ed anche gli aspetti rilevanti per i pubblici poteri sono limitati e si svolgono sulla base di una struttura semplice che pur sempre ruota intorno al “bene”, la fattispecie impresa è molto più complessa, poiché in essa concorrono elementi soggettivi ed oggetti, afferenti questi ultimi “il tipo di organizzazione dei beni conferiti in azienda; il rapporto capitale investito – forza lavoro impiegata; la dimensione; la localizzazione; il tipo di bene che viene prodotto, e, inoltre, anche momenti successivi al vero e proprio processo produttivo (per esempio il collocamento sul mercato dei beni prodotti)”⁵⁰¹. L’intervento pubblico (alla cui base deve pur sempre sussistere un interesse pubblico) può riguardare ogni e ciascuno di tali momenti: di qui “un’estrema difficoltà di dar luogo ad una disciplina di carattere autoritativo dell’impresa che rischierebbe di bloccare il delicato meccanismo”⁵⁰²;
- al di là delle ragioni “interne” all’impresa, sconsigliano un approccio autoritativo alla funzionalizzazione dell’impresa anche ragioni “esterne” ad essa. Mentre infatti una disciplina autoritativa deve applicarsi uniformemente in tutti i casi ed a tutti i soggetti che si trovano in una determinata situazione, “i poteri pubblici non hanno interesse a che tutte le imprese di uno stesso tipo siano sottoposte ad una medesima disciplina poiché gli stessi effetti

⁴⁹⁸ Vedi in realtà quanto osservato nel capitolo dedicato all’analisi del diritto comunitario e dei limiti in cui, sullo sfondo del principio di indifferenza per la forma di proprietà dei mezzi di produzione, l’impresa pubblica può godere di aiuti pubblici.

⁴⁹⁹ SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, cit., 209.

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

⁵⁰¹ SERRANI, *op. ult. cit.*, 213.

⁵⁰² *Ibidem*.

*potrebbero essere raggiunti attraverso una linea di minor resistenza*⁵⁰³, tenendo in considerazione che l'impresa si confronta con altre imprese in un mercato concorrenziale, dove si determinano tendenze spontanee “*ad adeguarsi a schemi ritenuti più convenienti (perché, ad esempio, sorretti dall'aiuto dello Stato)*”⁵⁰⁴;

- oltre a questo, e per ragioni potremmo dire di carattere macroeconomico, la mutevolezza e variabilità dei processi economici, specie nell'ambito delle economie “progredite”, sconsigliano l'utilizzo di uno strumentario di natura autoritativa che rischierebbe, per così dire, di ingessare tali processi, rivelandosi eccessivamente rigido.

Chiarite le ragioni che spingono a preferire il ricorso a modelli di natura non autoritativa⁵⁰⁵ si passano ad esaminare le forme che, in concreto, consentono una *funzionalizzazione non autoritativa* dell'impresa. In specie:

- 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). In sintesi: “*l'incentivo all'ingresso nel campo è veicolo per la predisposizione di strutture imprenditoriali funzionalizzate*”⁵⁰⁶;
- incentivi riguardo ad una particolare forma di conduzione dell'impresa, come gli incentivi alla costituzione di imprese cooperative;
- incentivi che operano sulle dimensioni, sulle modalità o addirittura sugli elementi del processo produttivo, ovvero sulla sua localizzazione;
- 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).

⁵⁰³ SERRANI, *op. ult. cit.*, 214.

⁵⁰⁴ *Ibidem.*

⁵⁰⁵ Oppure per dirla con SERRANI, *loc. ult. cit.*, “*le ragioni per cui la direzione pubblica delle imprese non fa leva su comandi o divieti ma sulla ricerca di un consenso dei soggetti nei confronti dei quali si svolge questa direzione, rendendo ad essi conveniente (evidenziazione mia) l'adeguarsi agli interessi pubblici, per esempio, attraverso l'elargizione di un beneficio*”.

⁵⁰⁶ *Ibidem.*

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”*⁵⁰⁷.

La ricostruzione del rapporto di sovvenzione in termini (non già provvedimentali, ma) convenzionali (dove ciascuna delle parti ha di mira la realizzazione del proprio interesse) pone peraltro la questione della selezione delle tecniche di tutela, specie riguardo, come già detto, alla tutela del c.d. terzo (si è detto terzo in senso non formale ma sostanziale⁵⁰⁸). Per quanto la ricostruzione in termini provvedimentali sia, ad avviso del Serrani, ispirata dal commendevole intento di assicurare il controllo funzionale del giudice amministrativo sull'atto attributivo del vantaggio economico, non si vede come mai questa stessa esigenza non possa trovare soddisfacimento *“anche ritenendo che il sovvenzionamento (di attività) dia luogo ad un rapporto paritario tra pubblica amministrazione e cittadino”*⁵⁰⁹.

In particolare, occorre in primo luogo tenere conto delle caratteristiche delle leggi attributive di incentivi, leggi che spesso sono integrate da atti di livello politico-governativo che, specificando *ex ante* i criteri che presiedono alla distribuzione delle sovvenzioni, *consumano anticipatamente* la discrezionalità di cui l'amministrazione dispone nello svolgimento di siffatta attività; in secondo luogo, tali leggi contengono *“al tempo stesso norme che restringono l'autonomia privata della pubblica amministrazione, individuando la categoria dei soggetti beneficiari e il contenuto del rapporto”*.

La problematica appena esposta (tutelabilità del terzo anche a fronte di una ricostruzione del rapporto in termini non autoritativi⁵¹⁰) sembra quindi intercettare due diversi aspetti:

⁵⁰⁷ SERRANI, *op. ult. cit.*, 220, il quale spiega che a monte di tale rapporto paritetico e non autoritativo vi sono i poteri pubblici che individuano le utilizzazioni conformi all'interesse pubblico, mentre a valle di esso si pone non solo il controllo circa l'utilizzo del denaro pubblico ma, più in profondità, il controllo sull'impresa *“in quanto usa denaro pubblico”*.

⁵⁰⁸ Vedi PERICU, *Le sovvenzioni*, II, cit., 260 e ss.

⁵⁰⁹ SERRANI, *op. ult. cit.*, 222.

⁵¹⁰ Problematica che il SERRANI, *op. ult. cit.*, 223 e ss., tende in sostanza a sottostimare: in parte citando (pur senza riportarne gli estremi, fatta eccezione per alcune pronunce del Consiglio di Stato francese) una giurisprudenza in tema di legittimità del diniego di sovvenzione, giurisprudenza da cui risulta che *“costantemente il giudice si trincerava dietro l'affermazione che la*

- la questione se la capacità di diritto privato della pubblica amministrazione sia generale ovvero speciale;
- la questione (cui in parte si è già accennato) se il controllo funzionale garantito dal giudice amministrativo (tramite il sindacato sull'eccesso di potere) sia in qualche modo sostituibile con schemi mutuati dal diritto comune senza che da tale operazione derivi una *deminutio* della tutela del cittadino nei riguardi di questo tratto di azione amministrativa.

3. Il carattere generale o speciale della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione. Ammissibilità del richiamo allo schema regolatorio della donazione di diritto privato (nelle sue diverse varianti). Esclusione e relative ragioni. Le diverse tesi formulate riguardo alla natura generale o speciale della capacità di diritto privato della p.a. Incidenza sulla questione di quanto disposto dal comma 1-bis dell'art. 1 della l. 241 del 1990. Ricognizione dell'ambito applicativo di tale norma: incertezze interpretative. Contestualizzazione della problematica: le sovvenzioni sono provvedimenti autoritativi?. Soluzione affermativa e relative ragioni. Connessione con la tematica del contratto di diritto pubblico. Prospettazione della questione circa l'alternatività tra strumenti di attività pubblicistici e privatistici.

Il primo aspetto, quello del carattere generale o speciale della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione, richiede invero qualche ulteriore approfondimento⁵¹¹.

concessione o meno del beneficio è atto discrezionale della pubblica amministrazione, sindacare il quale significherebbe entrare nel merito della questione ed invadere la sfera propria dell'amministrazione", cosicché, "ad un'affermazione di tutela fa, dunque, riscontro un sostanziale 'non liquet' del giudice"; in parte reputando (in modo invero alquanto apodittico) che "affermata la natura provvedimentale della decisione si afferma, sì, la tutela davanti al giudice amministrativo nei confronti di essa, ma, nello stesso tempo si piomba il privato in un rapporto in cui le sue capacità di resistenza al potere pubblico divengono assai scarse".

⁵¹¹ In disparte le questioni relative all'origine storica della tradizionale partizione (dovuta ad AMORTH, *Osservazioni sull'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, 455, spec. 465 e ss.) tra attività amministrativa di diritto pubblico, attività amministrativa di diritto privato ed attività privata di diritto privato (quanto alla distinzione tra le ultime due si osserva che mentre la prima è attività *formalmente privatistica* ma *sostanzialmente amministrativa*, la seconda invece è *sia formalmente che sostanzialmente privatistica*), in relazione alle quali riprenderei alcuni spunti di riflessione presenti nel mio *Sulla capacità di diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, in *Rivista NelDiritto*, 2011, 1319 e ss., nonché, in forma sintetica, in *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. A proposito di una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*. Si ricorderà allora che l'origine storica delle riportata partizione va ricondotta alla nascita dello Stato di diritto. Prima di tale momento, infatti, la distinzione tra attività pubblicistica ed attività privatistica era coincisa, nel passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di polizia, con quella di attività della p.a. *non* soggetta alle regole del diritto

Anzitutto deve dirsi che il tema degli incentivi pubblici all'economia ha in passato intercettato tale problematica riguardo al se la sovvenzione potesse essere qualificata in termini di *donazione di diritto privato*, qualificazione che a sua volta presupponeva la capacità dell'ente di porre in essere simili atti.

Riguardo a tale ultimo profilo, una parte della dottrina e la giurisprudenza maggioritaria avevano concluso nel senso che *laddove non vi fosse una normativa speciale in senso contrario* nulla

(attività *iure imperii*) ed attività giuridicamente regolata (l'attività *paritetica*, dove l'amministrazione “*veniva a mettersi comunque sullo stesso piede di uguaglianza – con i privati, n.d.s. – svolgendo un'attività, che per essere come quella dei privati, si poteva appunto denominare privata*”: così AMORTH, *op. ult. cit.*, 471). Nondimeno, ferma restando questa distinzione generale, tanto era radicato il principio dell'incompatibilità tra Stato e diritto, ereditato dalla teorica dello Stato assoluto - cioè *legibus solutus* in tutte le forme di manifestazione, specie quelle riguardanti il *potere* - che si era giunti “*per salvare quel principio e quei privilegi*” (vedi ancora AMORTH, *loc. ult. cit.*) ad ipotizzare che gli obblighi ed i diritti scaturenti dall'attività privatistica dovessero imputarsi non già allo Stato (come detto sottratto al diritto) ma al Fisco, ossia ad una distinta (ma sussidiaria) entità soggettiva, la cui nozione autorevole dottrina (GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, vol. III, Firenze, 1900, spec. 391 e ss.; PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare e i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, 1899, 29 e ss.) si sforzò di interpretare estensivamente ricorrendo all'elaborazione della categoria dei negozi misti (tipico il caso del rapporto di pubblico impiego) al fine di garantire maggiori spazi (o meglio di garantire uno spazio) di tutela giurisdizionale ai cittadini, in quanto i diritti vantati nei confronti del Fisco erano azionabili innanzi all'Autorità giudiziaria. Un cambiamento di questo stato di cose si registra, come si diceva, con l'avvento dello Stato di diritto [processo sul quale si veda per tutti BODDA, *Lo Stato di diritto* (a proposito di alcune recenti opinioni), Milano, 1935, spec. 16-17]: da questo momento in poi tutti gli aspetti della vita dello Stato, ivi inclusa l'amministrazione sono regolati dalla legge (sull'evoluzione del principio di legalità e del suo collegamento con il principio della riserva di legge si rinvia a quanto osservato *retro* nota 136). Ed allora la distinzione tra attività amministrativa *non soggetta al diritto* ed attività amministrativa *assoggettata al diritto* - fondata sul rapporto negativo tra Stato e diritto tipica dell'epoca precedente - viene a cadere con il suo presupposto: parallelamente cade ogni distinzione tra Stato e Fisco, trattandosi a tal punto di un inutile artificio. Resta però ferma ed anzi si specifica la distinzione tra attività pubblicistica ed attività privatistica: per la prima nasce un *corpus* di regole speciali, conformato alla particolarità del rapporto tra amministrazione e cittadino; per la seconda si palesa la necessità di procedere ad una ulteriore distinzione, consistente in ciò, che allorché l'amministrazione si serva di strumenti privatistici per perseguire finalità sue proprie, ma sia ravvisabile rispetto a queste un collegamento in termini di immediata strumentalità, dovrà parlarsi di un'attività (si privata dal punto di vista formale, ma pur sempre) sostanzialmente amministrativa: deve viceversa qualificarsi come privata di diritto privato “*quell'attività compiuta dagli enti pubblici con intenti economici, e così soprattutto legata all'amministrazione dei beni privati o quella diretta a fornire i mezzi necessari al raggiungimento della pubblica finalità*” (così AMORTH., *op. ult. cit.*, 481, che reputa insoddisfacente un criterio distintivo basato sulla rispondenza all'interesse pubblico. In questo senso vedi anche RANELLETTI, *Guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, VI ed., Milano, 1945). La tesi appena esposta (che presuppone la compatibilità tra l'utilizzo di una forma privatistica ed il perseguimento dell'interesse pubblico) ha prestato il fianco a numerose obiezioni. La maggiore o minore estensione dell'ambito applicativo del diritto pubblico influiva sulla posizione del confine tra atti *iure imperii* ed atti *iure gestionis* (sulle conseguenze della

ostacolava l'ammissibilità delle donazioni da parte degli enti pubblici⁵¹².

Circa l'utilizzabilità dello schema regolatorio della donazione di diritto privato in ordine all'atto con cui si attribuisce un incentivo, al contrario, si registrava un orientamento negativo, basato essenzialmente sulla considerazione della mancanza dell'*animus donandi* oppure, secondo una diversa impostazione, della spontaneità dell'attribuzione⁵¹³. Si osservava, in altri termini, che lo

qualificazione di un atto in un senso piuttosto che nell'altro, vedi MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, spec. 44 e ss.). Il principale oppositore di tale distinzione fu Ludovico MORTARA, che non esitò a definirla come "vieta ed infeconda" (in questo senso Cass. Roma S.U., 6 agosto 1903 est. Mortara, in *Giur. It.*, 1903, I, 1, col. 898). A partire da Mortara (di cui vedi anche *Commentario del codice civile e delle leggi di procedura civile*, vol. IV, Milano, 1922), la distinzione venne progressivamente abbandonata, quanto meno quando servisse a radicare il criterio di riparto. Se in alcuni autori, come CAMMEO (*Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. ma 1910, spec. 830 e ss.), la troviamo ancora teorizzata, ciò avviene non per fondare il criterio di riparto ma piuttosto per definire un ambito disciplinare.

⁵¹² In giurisprudenza, v. Cass. civ., 5 luglio 1954, n. 2338; Id., 18 febbraio 1955, n. 470; Id., 15 aprile 1958, n. 1218; Id., 18 dicembre 1996, n. 11311; Id., 3 febbraio 1993, n. 1320, ove si legge: "in mancanza di una norma che anche indirettamente la vieti, deve ritenersi ammessa la capacità degli enti pubblici di fare donazioni?". In dottrina, vedi approfonditamente OTTAVIANO, *Alcune considerazioni in tema di c.d. liberalità di enti pubblici*, ora in *Scritti giuridici*, vol. VI, Milano, 1992, spec. 340 e ss., nonché CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1954, spec. 133; PERICU, *Note in tema di diritto privato*, ora in *Scritti giuridici*, cit., 101, spec. 112. La posizione della dottrina (in specie degli Autori prima citati) sembra comunque più articolata di quella espressa dalla giurisprudenza. Si reputa infatti che gli atti di liberalità sono incompatibili con le finalità dell'ente pubblico, sia nel senso che essi non sono rivolti a realizzarle sia nel senso che essi ne pregiudicano il conseguimento. Benvero, da altra dottrina (MIELE, *In tema di liberalità degli enti pubblici*, in *Foro amm.*, 1958, c. 500) si osserva che una così forte finalizzazione dell'attività (anche privata) della pubblica amministrazione comporterebbe conseguenze eccessive. Ed infatti: "chi potrebbe garantire che l'alienazione di un bene appartenente al patrimonio di un Comune realizzi sempre la soddisfazione di un interesse dell'ente, e invece non gli nuoccia, privandolo di un valore durevole o di un mezzo utile per il conseguimento di certi scopi? L'introito di una somma di denaro non può essere, in sé considerato, una controassicurazione per la bontà dell'operazione compiuta (MIELE, *op. ult. cit.*, 502, ma vedi anche OTTAVIANO, *op. ult. cit.*, 340, secondo cui presupporre che l'attribuzione gratuita non serva all'interesse pubblico "non risponde alla realtà", la stessa normativa sugli ausili pubblici dimostrando piuttosto il contrario). In altre parole, se la preoccupazione che si cela dietro ricostruzioni scettiche riguardo all'ammissibilità delle donazioni da parte degli enti pubblici, si deve rispondere che un elemento di arbitrarietà è da ritenersi inevitabile in ogni attività dell'ente. Come osserva il MIELE, *loc. ult. cit.*, nulla assicura che servendosi di una concessione i rischi di arbitrio siano del tutto obliterati. Al contrario, "mentre la donazione è un negozio a cui l'ente pubblico può ricorrere, salvo esplicita esclusione, senza specifico riferimento ad una norma di legge che lo consenta in un caso dato, appunto perché esso è negozio previsto in generale dal Codice civile, la concessione o l'accordo amministrativo per arrivare allo stesso risultato abbisognerebbero di una apposita previsione legislativa, date le maggiori limitazioni poste ai poteri dell'Amministrazione nel diritto pubblico".

⁵¹³ Tra i primi a negare la configurabilità della donazione di diritto privato in quanto mancherebbe l'*animus donandi*, vedi FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, Milano, 1960. In

scopo dell'attribuzione non sarebbe stato quello di beneficiare il privato (o in tesi anche un altro ente pubblico), ma quello di ottenere dal "donatario" un certo comportamento, nell'intento da parte del "donante" di realizzare una sua specifica finalità.

Così, alla tesi della donazione pura e semplice si sostituisce, spesso da parte dei suoi stessi sostenitori, quella della donazione modale ovvero della donazione remuneratoria⁵¹⁴.

Per altra impostazione dottrinale, invece, il discorso sulla possibilità di configurare le sovvenzioni come atto di liberalità è inficiato da un vizio di fondo: quello di non tenere nel debito conto gli interessi pubblici che di volta in volta sono presenti nella fattispecie e quindi i diversi effetti che dalle sovvenzioni scaturiscono. Se infatti nelle sovvenzioni che abbiamo detto (in

particolare, per tale A., "è inconcepibile che queste persone giuridiche pubbliche possano agire al solo scopo di beneficiare altri soggetti": ciò vale a maggior ragione nel caso in cui la liberalità sia compiuta a vantaggio di un soggetto privato. Ed invero già la dottrina citata dal Falzone osservava che "l'animus dell'ente, in primo piano non può essere puramente e semplicemente quello di avvantaggiare, ma bensì quello di dare soddisfazione al pubblico interesse attraverso l'erogazione benefica o l'avvantaggiarsi in qualsiasi modo del privato (in questi termini ALESSI, *Sull'ammissibilità di donazioni da parte degli enti pubblici*, in *Giur. Cass. Civ.*, 1947, 2, 480). Ma la soluzione è valida, ad avviso del Falzone anche con riguardo alle attribuzioni effettuate a vantaggio di altri enti pubblici "perché anche quando lo Stato interviene attribuendo determinate somme a questi ultimi, non opera il relativo finanziamento con animus donandi; lo scopo del conferimento non si sostanzia nella pura liberalità [...], ma tale accrescimento patrimoniale [...] non è che un mezzo per consentire all'ente di realizzare il suo scopo fondamentale, di realizzare cioè, appunto con il potenziamento del suo patrimonio, un migliore e più efficace potenziamento delle sue finalità pubbliche". Osservazioni analoghe possono ritrovarsi in OTTAVIANO, *Alcune considerazioni*, cit., 13, mentre ad avviso di GIANNINI M.S., *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, spec. 13 e ss., la tesi della natura di atti di liberalità delle sovvenzioni va respinta argomentando dalla mancanza di spontaneità dell'attribuzione: in specie, siccome queste erogazioni devono essere previste dalla legge viene a cadere una caratteristica saliente degli atti donativi, quella cioè di essere *atti volontari*. In termini simili, PERICU, *Le sovvenzioni*, I, cit., 153 (in nota) che osserva che "malgrado l'art. 769 c.c. non riproduca la dizione dell'art. 1050 del c.c. del 1865, che giustificava la donazione come 'atto di spontanea liberalità', credo sia giusto ritenere che anche oggi la spontaneità sia uno dei requisiti degli atti di liberalità. Perché resti esclusa la spontaneità è necessario che il vincolo abbia natura giuridica: ogni altra forma di costrizione, ad esempio morale o sociale, non elimina la presenza di questo requisito".

⁵¹⁴ Vedi ad esempio quanto osservato da MIELE, *op. ult. cit.*, 503. In particolare, osserva il citato A., che "l'incompatibilità fra ente pubblico e donazione appare molto dubbia anche sotto l'aspetto della causa di quest'ultima. È significativo, intanto, che si sia dovuto ammettere la non estraneità dell'animus donandi ai trasferimenti di cui si discute, anche se l'arricchimento altrui viene configurato soltanto come un modo per rendere possibile l'attuazione di una finalità pubblica. Senonché da un siffatto rapporto di mezzo a fine non si desume necessariamente che l'attuazione della finalità pubblica acquisti rilevanza giuridica di causa del negozio. Proprio il codice civile, a proposito della donazione, riconosce a più effetti l'esistenza di un motivo determinante di essa. In secondo luogo, se la presenza di una ragione di interesse pubblico nell'atto posto in essere dall'Amministrazione valesse a farne un requisito causale dell'atto medesimo, che avverrebbe di tutta l'attività negoziale privata dell'Amministrazione, necessariamente collegata a ragioni di interesse pubblico e da queste non meno necessariamente mossa?".

omaggio ad una consolidata tradizione dottrinale) di sostentamento l'interesse pubblico rimane per così dire assorbito da quello del beneficiario all'accrescimento della sua sfera patrimoniale⁵¹⁵, in quelle c.d. di risultato la concessione del beneficio è fatta in vista di un comportamento presente o futuro da parte del sovvenuto, tanto che *“l'impossibilità di parlare di atto di liberalità deriva dal fatto che l'interesse primario è quello diretto, appunto, ad ottenere quel comportamento, l'arricchimento patrimoniale del privato essendo solo strumentale: anzi, si può*

⁵¹⁵ Si è prima prospettata la possibilità di configurare nel caso di specie un negozio gratuito atipico, senza rinunciare all'inquadramento di tale meccanismo nell'ambito di un più ampio contratto di diritto pubblico. Il punto merita qualche approfondimento. Va anzitutto ricordato che i negozi gratuiti atipici sono stati considerati per lungo tempo privi di giustificazione causale: si riteneva infatti che fossero ammissibili soltanto le cause tipiche dello *scambio* e della *liberalità*, con la conseguenza che non potevano ritenersi ammissibili i negozi che prevedessero un'attribuzione gratuita fatta da una parte in favore dell'altra senza ricevere alcuna controprestazione a carico della parte beneficiata da detta attribuzione. In casi del genere, mancando la causa tipica della compravendita, o si doveva applicare lo schema tipico della donazione, oppure si doveva negare qualsivoglia rilevanza giuridica all'intera fattispecie. A conferma di tale ricostruzione veniva richiamato l'art. 1987 c.c. che, prevedendo che le promesse unilaterali sono impegnative nei soli casi previsti dalla legge, avrebbe codificato il principio della *tipicità delle promesse unilaterali*. La successiva evoluzione, prima dottrinale e poi pretoria, ha invece condotto all'ammissibilità di una *causa gratuita* che consiste nell'interesse economico indiretto che la parte intende realizzare attraverso il contratto, senza che sia necessaria una controprestazione a carico dell'altra parte. Si pensi al caso, proposto da un'acuta dottrina civilistica (GAZZONI, *Manuale*, cit., 834), di un giovane pianista che si obbliga ad esibirsi gratuitamente per farsi conoscere dal pubblico ovvero il caso della sponsorizzazione, perché se è vero che il *ritorno pubblicitario* non può essere qualificato in termini di controprestazione, atta a qualificare il contratto come oneroso, ne esclude certamente il carattere liberale. Analogamente a dirsi nel caso di un socio che rimette un debito o dà una fideiussione in favore della società per facilitarne l'attività e quindi accrescere gli utili da ripartire (Cass. civ., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Riv. Dir. Comm.*, 1978, II, 220) o nel caso di una società del gruppo che dà fideiussione (Cass. civ., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Corr. Giur.*, 1999, 1142) o cede un credito ad altra società del gruppo (Cass. civ., 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro It.*, 1996, I, 1122).

E così, *mutatis mutandis*, nelle sovvenzioni di mero sostentamento (che il SERRANI, *op. cit.*, 222 non ricomprende nella costruzione dell'attività di sovvenzionamento in termini di convenzione privatistica, che qui si esamina) si potrebbe immaginare la convergenza, nell'ambito di un unico atto (e quindi di un unico rapporto), di una causa pubblicitica (o del potere), che nella specie potrebbe avere natura assistenziale, e di una causa privatistica riportabile allo schema della causa gratuita, perché l'ente pubblico eroga il contributo senza nulla pretendere in cambio dal sovvenuto: tale attribuzione non risulta sorretta dalla pretesa ad una controprestazione da parte di quest'ultimo, né tanto meno dalla *causa donationis* (perché mancano la spontaneità e/o lo spirito di liberalità), ma da un interesse – apprezzabile secondo l'ordinamento giuridico, e in ipotesi anche di natura pubblica – che il primo (cioè l'ente) si attende di ritrarre (anche in via mediata) dall'attribuzione medesima. Vero è d'altro canto che si porrebbe pur sempre il problema di dimostrare come sia concepibile un atto gratuito atipico che, pur non essendo atto di liberalità, sia nondimeno, nella maggior parte dei casi, pur sempre un atto dovuto. Se si eccettuano infatti i casi in cui i contributi di mero sostentamento siano atti dovuti (come accade ordinariamente) le possibilità di utilizzare uno schema convenzionale (sia pure di diritto

*dire che in questo caso non c'è interesse pubblico all'arricchimento del privato*⁵¹⁶. E questo esclude che si possa parlare di donazione modale, se è vero che tale modello è utilizzabile allorché l'interesse primario sia pur sempre l'arricchimento altrui, mentre il *modus* è volto alla realizzazione di un interesse del disponente che tuttavia rimane, per così dire, sullo sfondo, in posizione secondaria.

Si è discusso poi della possibilità di della possibilità di qualificare gli atti in esame come liberalità remuneratoria, secondo

pubblico a doppia causa e non già di diritto privato) si riducono considerevolmente. Valga qui avere evidenziato, tuttavia, che le obiezioni sulla mancanza dell'*animus donandi* possono invero essere superate ricorrendo allo schema della *causa gratuita atipica*, schema caratterizzato come detto da ciò, che pur mancando una controprestazione da parte del beneficiario dell'attribuzione, quest'ultima è giustificata da un interesse del disponente che questi tende sia pure in via mediata a soddisfare attraverso l'attribuzione medesima.

Un ambito dove questa ricostruzione potrebbe a ben vedere trovare applicazione è quello del contratto di sponsorizzazione da parte della p.a., in particolare della (meno diffusa) sponsorizzazione c.d. attiva, cioè quella dove la pubblica amministrazione assume la veste dello *sponsor* (e non già quella dello *sponsee* o sponsorizzato, nel qual caso si parla di sponsorizzazione passiva). Si pensi al caso in cui un'amministrazione locale sponsorizzi una manifestazione sportiva o culturale, fornendo, attraverso l'utilizzo di propri mezzi finanziari, strutture, attrezzature o altro, ed ottenendo dagli organizzatori della manifestazione l'associazione dell'immagine dell'amministrazione alla manifestazione stessa.

Con specifico riguardo alla sponsorizzazione passiva, ha in passato costituito oggetto di discussione, come noto, la questione se per ricorrere a tale schema contrattuale la pubblica amministrazione debba esperire una gara, mentre restava minoritaria la tesi di chi escludeva radicalmente l'ammissibilità della fattispecie sul presupposto del suo carattere atipico. In tema vedi, per una ricognizione dei diversi orientamenti manifestati sul punto da dottrina e giurisprudenza, FERRARI Ge., *Contratti di sponsorizzazione*, in GAROFOLI, FERRARI Gi. (a cura di), *Codice degli appalti annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, III ed., Roma-Molfetta, 2009; opta per la tesi che il contratto di sponsorizzazione sia ammissibile, ma che la sua stipula non debba essere preceduta da procedure concorsuali, considerato che la decisione se addivenire o meno a tale contratto è pregiudicata dalla considerazione delle caratteristiche dell'attività o del soggetto da sponsorizzare tali da far presumere un importante ritorno di immagine della p.a. il CHIEPPA, *La sponsorizzazione nell'attività della p.a.*, in *www.nelldiritto.it*. La questione sembra oggi risolta dall'art. 26 del Codice dei contratti pubblici, che, pur senza dettare la disciplina di tale fattispecie, che pertanto rimane atipica, esclude dal proprio ambito di applicazione i contratti di sponsorizzazione aventi ad oggetto lavori, imponendo l'applicazione delle sole norme in tema di qualificazione, e ne estende l'esclusione anche alle sponsorizzazioni per servizi e forniture. In questi casi, infatti, si applicano soltanto i principi del Trattato Ce, e non già la disciplina specifica dettata dal Codice, sul presupposto, deve ritenersi, della gratuità (nel senso prima detto, ma da taluno definita *modale*: GAROFOLI, FERRARI Gi., *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Roma-Molfetta, 2010, 1263) dell'operazione.

⁵¹⁶ SERRANI, *Lo Stato*, cit., 181 in nota. Esclude che possa parlarsi di donazione – ma senz'altro di un'attribuzione *gratuita* da parte dell'amministrazione (almeno quando sussiste discrezionalità nella concessione dell'incentivo) – attesa la finalizzazione della *datio* alla realizzazione dell'interesse pubblico il D'ALBERGO, *Sulla struttura delle sovvenzioni*, cit., spec. 347. Con riguardo a quelle che Serrani chiama sovvenzioni di sostentamento (dove l'interesse pubblico ad effettuare l'attribuzione si risolve in quello del privato a lucrarla), il D'ALBERGO, *loc. ult. cit.*,

lo schema delineato dall'art. 770 c.c.: a mente di tale norma costituisce donazione “anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione di particolari meriti del donatario o per speciale remunerazione”.

Una parte della dottrina nega che si possa optare per una simile qualificazione della fattispecie, ancora una volta rilevando che mancherebbe il requisito della spontaneità: l'amministrazione ha il dovere di compiere atti ogniqualvolta ciò sia richiesto dalle esigenze di cura dell'interesse pubblico affidatole; e quindi anche a voler ritenere che l'amministrazione possa compiere un atto per *riconoscenza* (circostanza questa che richiederebbe una certa creatività interpretativa) sarebbe dirimente (per escludere che possa parlarsi di donazione remuneratoria) la considerazione che “*perché l'amministrazione possa compiere di questi atti occorre un sufficiente interesse pubblico che lo giustifichi*”⁵¹⁷: la donazione per speciale remunerazione del servizio, inoltre, si dovrebbe ritenere vietata anche per il rilievo che se il servizio resto è stato già remunerato l'amministrazione compirebbe una liberalità inutile.

Tornando alla capacità di diritto privato della pubblica amministrazione⁵¹⁸ possono essere isolate due fondamentali posizioni della dottrina:

- la tesi per cui esisterebbero due limiti all'autonomia negoziale della p.a., ossia l'aderenza allo scopo e la necessaria attuazione dello scopo⁵¹⁹;

rileva che “*la coincidenza tra interesse privato e interesse pubblico diviene nella valutazione normativa tale, che al soggetto privato è attribuito un diritto assoluto ad ottenere una prestazione patrimoniale per lo svolgimento dell'attività che è interesse pubblico e non solo privato incrementare [...]. L'atto con cui la pubblica amministrazione ammette al beneficio della sovvenzione appare del tutto vincolato, in quanto si tratterà di accertare che il soggetto privato si trovi nella condizione prevista dalla legge perché l'obbligazione dello Stato già sorta con la legge sia esigibile: e meglio che di ammissione, si dovrà parlare di atto di 'accertamento' (nel senso di 'atto di certezza')*”.

⁵¹⁷ OTTAVIANO, *Alcune considerazioni*, cit., 351.

⁵¹⁸ Tema sul quale si segnalano tra i più recenti contributi (oltre a quelli appresso citati) gli studi di: CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, cit.; VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008; SCOCA S.S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008.

⁵¹⁹ Questa la tesi sostenuta dalla dottrina meno recente, ma seguita anche dalla prevalenza degli Autori ancora oggi: si veda per tutti MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, il quale sofferma (p. 119) in particolare l'attenzione sulla rilevanza del vincolo di scopo nell'attività di diritto privato non soltanto quando tale vincolo sia determinato dalla legge, ma anche quando, in base alla legge, “*viene specificato da direttive ad essa impartite dagli enti territoriali di riferimento*”. Per Marzuoli, il vincolo di scopo (la cui esistenza è connaturata al fatto che il soggetto pubblica amministrazione esiste in funzione del

- la tesi secondo cui tali limiti non opererebbero (tanto con riferimento alle persone giuridiche di diritto privato, quanto con riferimento a quelle di diritto pubblico) salvo che vi sia una normativa espressa che diversamente stabilisca. Tale tesi è stata sostenuta da una dottrina minoritaria ma assai autorevole, che ha chiarito che *“la posizione di autonomia privata e la legittimazione negoziale delle amministrazioni pubbliche sono regolate dalle norme di diritto positivo relative alle persone giuridiche, se si accede alla tesi secondo cui le persone giuridiche hanno soggettività piena e legittimazione illimitata, per le persone giuridiche pubbliche valgono le stesse regole, non sussistendo norme che ad esse, per dette persone, derogano. Deroghe sussistono per singoli enti pubblici o per singoli di tipi di enti pubblici, se ed in quanto previste da norme espresse”*⁵²⁰.

perseguimento di un determinato interesse pubblico) opera dall'interno del negozio giuridico e ciò porta ad affermare la sua nullità (ex art. 1418 c.c.) laddove siffatto vincolo risulti violato. In senso contrario, vedi PERICU, *L'attività consensuale della p.a.*, ora in *Scritti scelti*, cit., 691 e ss., spec. 716, ad avviso del quale *“la ricostruzione, pur suggestiva, incontra non poche difficoltà in rapporto all'esistenza di enti pubblici a fini plurimi e sostanzialmente non determinabili in via preventiva; alla sostanziale genericità, sotto il profilo dei suoi contenuti del pubblico interesse come legislativamente determinato con riferimento a ciascun soggetto pubblico; alla tendenziale indifferenza funzionale del negozio giuridico di diritto privato; alla grave incidenza sulla certezza dei rapporti giuridici che l'ampliamento delle ipotesi di nullità assoluta del contratto può determinare”*. V'è poi da considerare quanto osservato da ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, 161 e ss., ad avviso del quale la costruzione finalistica del potere non costituisce il passaggio obbligato per accogliere i canoni di buona amministrazione, proporzionalità, imparzialità come regole che governano la spendita della discrezionalità. Tali regole possono essere intese come concetti giuridici indeterminati o come clausole generali rispetto alla cui osservanza il privato vanta una posizione giuridicamente qualificata e tutelabile. Come rileva TRIMARCHI BANFI, *L'articolo 1, comma 1 bis della legge n. 241 del 1990*, cit., spec. § 4, se è vero che la tesi appena esposta è stata formulata con riferimento all'attività pubblicistica dell'amministrazione, *“l'idea cardine – cioè che quelle che comunemente vengono presentate come regole della discrezionalità amministrative possano essere configurate come ‘regole indeterminate di comportamento’ – potrebbe apparire una via per trasferire quelle regole anche sul terreno dell'attività dell'amministrazione che assume le forme del diritto privato [...]”*. E tuttavia *“l'equivalenza di risultato tra l'applicazione della clausola di buona fede e l'assoggettamento dell'azione amministrativa alle regole proprie della discrezionalità non si realizza per due ordini di ragioni: perché [...] l'applicazione delle regole di correttezza cui rinvia il principio di buona fede vale, per i poteri privati, nella misura in cui i poteri non possano dirsi liberi alle stregua delle norme che li prevedono. Se il potere è libero, né gli obblighi di protezione (art. 1175 c.c.), né gli obblighi impliciti nella regolazione del rapporto (art. 1366 c.c.) potranno essere il tramite per l'affermazione di pretese che abbiano ad oggetto, ad esempio, la razionalità delle decisioni del privato datore di lavoro. L'equivalenza non si realizza neppure nelle ipotesi nelle quali il potere privato sia ‘discrezionale’ nel senso visto più sopra, perché il vincolo insito in tale discrezionalità non rende rilevante ogni possibile disfunzione, ma soltanto quella che entra in contraddizione con la puntuale ratio della norma regolatrice del potere. Abbandonato il punto di riferimento offerto dall'interesse pubblico specifico – da assumere come fine che va ottimizzato – cade anche la possibilità di contestare comportamenti non ottimizzanti: non c'è un interesse obiettivo alla buona gestione dell'organizzazione nella quale è inserito il lavoratore, al quale questi possa appellarsi, sul terreno giuridico, per opporsi a decisioni del datore di lavoro”*.

Se dunque la capacità giuridica di diritto privato è generale – come in alcuni casi espressamente previsto ma come ricavabile in generale dall’art. 11 c.c.⁵²¹ – deve ritenersi che le considerazioni svolte dalla dottrina civilistica e commercialistica in tema di non vigenza nel nostro ordinamento del principio del *nec ultra vires* (principio in forza del quale sono nulli gli atti posti in essere dalle persone giuridiche al di fuori dei propri scopi

⁵²⁰ GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II, cit., 352. In giurisprudenza, v. Cons. St., Sez. VI, 13 marzo 1990, n. 374; Cons. St., Sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818; T.A.R. Toscana, Sez. I, 3 marzo 1999, n. 105, dove si legge che: “*la capacità giuridica dell’ente pubblico si ricollega alla qualità di soggetto giuridico, cioè alla potenziale destinatarietà degli effetti giuridici di un ordinamento con la conseguenza che all’ente pubblico deve essere riconosciuta una pienezza di capacità, cui si ricollega la capacità di far ricorso, in via tendenziale, a tutti i mezzi possibili a raggiungere i propri scopi*”. In questa massima, specie per quanto attiene alla prima parte (“*la capacità giuridica dell’ente pubblico si ricollega alla qualità di soggetto giuridico*”), sembra far capolino l’insegnamento di autorevole dottrina [per tutti v. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 40 e ss., nonché ID., *Capacità* (teoria generale), in *Enciclopedia del diritto*, VI, 14], secondo cui, anche nel diritto privato, non sono configurabili limitazioni alla capacità della persona giuridica, salvo espresse disposizioni derogatorie. Che la validità di tale asserto sia estensibile agli enti pubblici è stato sostenuto, e convincentemente argomentato, dal PERICU, *Note*, cit., 100 e ss., argomentando dalla norma dell’art. 11 c.c.. Nel medesimo senso, GALGANO, *Recensione a Verrucoli*, in *Dir. civ.*, 1964, 368, nonché ID., ‘*Pubblico*’ e ‘*privato*’ nella qualificazione della persona giuridica, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, 279. Che la capacità di diritto privato della pubblica amministrazione sia generale è in taluni casi la stessa legge a stabilirlo: si fa l’esempio dell’ISTAT (art. 15, comma 2, d.lgs. 322 del 1989), delle Camere di commercio (art. 2, comma 4, l. 580 del 1993), dell’ENEA (art. 17, lett. a), d.lgs. 257 del 2003) [l’esemplificazione è tratta da CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell’amministrazione pubblica*, Torino, 2008, spec. 17].

⁵²¹ La disposizione, invero, è oggetto di interpretazioni diversificate. Per taluno, essa nel punto in cui richiama “*gli usi osservati come diritto pubblico*” attribuirebbe rilievo centrale al principio di legalità, inteso nella sua declinazione *minima* di eterodeterminazione dei fini. In tal senso in giurisprudenza, v. di recente Cons. St., Sez. V, 1° marzo 2010, n. 1156, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 583. Sembrava così orientata anche la dottrina meno recente secondo cui dall’art. 2 del Codice civile del 1865 (avente analogo tenore rispetto all’attuale art. 11) si desume: che ogni ente pubblico è legittimato a porre in essere anche un’attività amministrativa di diritto privato dato che questa, secondo quanto abbiamo detto, si identifica formalmente con quella esplicitantesi secondo il regime del diritto privato; che l’inciso finale dell’articolo (“*secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*”) “*ci avverte, e altre norme di diritto positivo confermano, che l’esercizio del diritto privato per parte degli enti pubblici è tuttavia guidato, per così dire, dal diritto pubblico*”. Ed ancora: “*pare ormai assodato [...] che l’attività posta in essere a fini amministrativi in regime di diritto privato da parte di enti pubblici deve rispondere necessariamente alla loro destinazione fondamentale; essi non possono stipulare qualsiasi contratto, ma solo quelli che si dimostrano adeguati e aderenti allo scopo; e la violazione di questo principio è la nullità dell’atto o negozio compiuto*”. Si tratta per definizione di una *autonomia funzionale*. AMORTH, *Osservazioni*, cit., 490. Più di recente, v. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell’amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, 667, che ribadisce che “*i fondamenti del diritto amministrativo si compongono in unità attorno al postulato del carattere funzionale dell’attività dell’amministrazione, qualunque sia la forma nella quale essa si manifesta*”. In questo senso più di recente GRUNER, *Note minime intorno alla pretesa autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della*

istituzionali) siano pienamente spendibili anche nell'ambito del diritto pubblico.

Ed allora l'adesione all'una o all'altra tesi condiziona la soluzione di un'altra questione, strettamente connessa a quella appena esaminata: se possa affermarsi una *piena alternatività* tra gli strumenti del diritto comune e quelli del diritto pubblico.

Al riguardo sembra assumere specifico rilievo quanto disposto dall'art. 1, comma 1-*bis* della l. 241 del 1990 (introdotta

concorrenza e del mercato e principio di legalità, in *www.giustamm.it*.

Secondo altra dottrina (PERICU, *Note*, cit., 100), la disposizione vale a fondare l'illazione per cui “non sussiste nel nostro ordinamento un principio di specialità (incidente sulla capacità e sulla legittimazione), che troverebbe applicazione limitatamente alle persone giuridiche pubbliche, determinando l'invalidità dell'atto di diritto privato, che si ritenga in contrasto con lo scopo o l'oggetto dell'attività istituzionale dell'ente”.

Invero, la questione circa il carattere generale o speciale della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione si è concretamente posta all'attenzione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, chiamata di recente a valutare se un ente pubblico (nella specie un'Università) possa costituire (e partecipare totalmente) una società operante nel mercato (nel settore dell'*engineering*), nonché sulla questione di giurisdizione in relazione ai c.d. atti prodromici di negozi societari ed agli atti societari a valle. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (4 giugno 2011, n. 10, in *www.giustamm.it*) ha ritenuto che all'ente pubblico in questione la legittimazione a porre in essere tali atti era preclusa perché si trattava di atti *non strettamente strumentali* alla realizzazione dei fini istituzionali dell'ente. *Ad adiuvandum* si richiamava la norma dell'art. 3, comma 27, della l. 244 del 2007, che preclude alle “amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165 del 2001” di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi “non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali [...]”, e ciò “al fine di tutelare la concorrenza ed il mercato”; norma che, benché non applicabile *ratione temporis* ai fatti di causa, viene reputata espressiva di un principio generale dell'ordinamento. La soluzione è stata variamente criticata in dottrina: a) da una parte (GRUNER, *Note minime*, cit.) si è sostenuto che, ferma restando la correttezza della soluzione attinta, lascia spazio a dubbi il percorso argomentativo seguito dalla Plenaria per giungere a tale soluzione. Si osserva infatti che nel diritto comunitario vige un principio di neutralità rispetto alla proprietà pubblica o privata dell'impresa, sicché l'art. 3, co. 27, della l. 244 del 2007, non esprime un principio generale, ma al contrario rappresenta una peculiare scelta del legislatore nazionale. Non sono le esigenze di tutela della concorrenza ad imporre alle amministrazioni pubbliche il divieto di costituire società lucrative esercenti attività che esorbitano dai fini istituzionali dell'ente: o, per lo meno, non è detto che la costituzione di un tale organismo sia di per sé idonea ad alterare l'assetto concorrenziale del mercato. Tale divieto andrebbe viceversa cercato nel diritto nazionale e per esempio nell'art. 11 c.c. che ricollegando al principio di legalità l'attività amministrativa di diritto privato impone la funzionalizzazione della stessa all'interesse pubblico (conformemente peraltro a quanto ritenuto dalla dottrina maggioritaria: vedi ad esempio il già richiamato lavoro di MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit.); b) da altra parte (vedi il mio *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, cit.), si è invece sostenuto [ritenendosi di aderire alla tesi minoritaria circa il carattere generale, salvo espressa norma derogatoria, della capacità di diritto privato della p.a. (PERICU, *Note*, cit.), anche in considerazione di quanto disposto dall'art. 1, comma 1-*bis* della l. 241 del 1990, su cui v. *infra*] che: - la norma che impone un particolare divieto alle Università (art. 3, comma 27 della l. 244 del 2007) non sembra esprimere diversamente da quanto ritiene la Plenaria un principio generale, tanto meno (concordemente a quanto ritiene il Gruner) un principio imposto

con la l. 15 del 2005) secondo cui nell'adozione di atti di natura non autoritativa la pubblica amministrazione "agisce secondo le norme del diritto privato", salvo diversa disposizione di legge. Il diritto privato costituisce quindi la *regola* per la disciplina delle manifestazioni *non autoritative* sempre che non vi sia una normativa derogatoria che assoggetti siffatta attività ad un regime di diritto pubblico⁵²².

dall'ordinamento comunitario, che viceversa serba un atteggiamento di neutralità tra proprietà pubblica o privata delle imprese, ed impone soltanto che l'impresa pubblica non goda di ingiustificati privilegi; la stessa norma non era applicabile *ratione temporis* ai fatti di causa; - la capacità giuridica dell'ente pubblico in questione deve quindi reputarsi, in mancanza di una norma derogatoria espressa, come generale; - al contrario, l'art. 66 del d.p.r. 382 del 1980 prevede che "le Università, purché non vi osti lo svolgimento della loro funzione scientifica e didattica, possono eseguire attività di ricerca e di consulenza (evidenziazione mia) stabilite mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati [...]"; - la disposizione è stata interpretata - lo rileva lo stesso Collegio giudicante - dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (determinazione del 21 ottobre 2010, n. 7) nel senso che tale attività può essere svolta "con l'unico limite della compatibilità [...] con lo svolgimento della funzione scientifica e didattica che per gli Atenei rimane prioritaria". Il Collegio, invece, traspone l'esame della questione sul piano della "stretta strumentalità": se non ricorre tale (stringente) nesso con i fini istituzionali dell'ente gli atti giuridici posti in essere per costituire una società con finalità lucrative sono invalidi (in disparte la questione di quale sia la forma di invalidità che li inficia). Nella specie, "va esclusa la sussistenza del vincolo di stretta necessità della società in relazione alle finalità istituzionali". Ma per quanto questa conclusione possa sembrare condivisibile, considerata soprattutto l'ampiezza dell'oggetto sociale della società in questione, in realtà il ragionamento sembra inficiato da un vizio nella premessa: che, appunto, l'esame debba riguardare non già la *compatibilità* (come affermato dall'Autorità di vigilanza) bensì la *stretta strumentalità* rispetto ai fini istituzionali dell'ente, esigenza questa che la Plenaria afferma laconicamente senza fornire un convincente supporto argomentativo; - non si vuole quindi dire che il parametro della *stretta strumentalità* sia ontologicamente inadeguato: si vuole piuttosto sostenere che il suo utilizzo doveva trovare un adeguato supporto giustificativo, nella specie mancante. Tale considerazione sembra a maggior ragione dirimente se si considera che un simile ordine argomentativo conduce ad una limitazione della capacità di diritto privato dell'ente, una capacità che per principio generale (derogabile da norma espressa) si vuole appunto *piena*. La stessa pronuncia della Plenaria mostra di voler ricostruire il rapporto attività di diritto privato/fini istituzionali dell'amministrazione agente in termini di *stretta strumentalità*, piuttosto che di *mera compatibilità*, lettura quest'ultima che sembra invece avvalorata dalla normativa vigente all'epoca dei fatti oggetto di decisione: dire che il confine della capacità di diritto privato della p.a. è segnato dai fini istituzionali dell'ente può non essere di per sé sufficiente, se poi non si specifica se l'attività privatistica debba porsi, rispetto ad essi (fini), in termini di stretta strumentalità, o semplicemente in termini di non contrarietà. Così opinando, si deve concludere per la legittimità degli atti prodromici in esame: la costituzione di una società con finalità lucrative non strettamente strumentali alla realizzazione delle finalità istituzionali dell'Università ben può essere (soltanto) *compatibile* con i predetti scopi. E tanto basta, in mancanza di una norma contraria (l'art. 3 comma 27 della l. 244 del 2007 essendo sopravvenuto ai fatti di causa), per affermare la piena capacità (di diritto privato) dell'amministrazione a compiere siffatta attività; - sembra invece corretta la soluzione fornita dalla Plenaria in relazione alla giurisdizione sugli atti

Interessa ricordare che in sede di lavori preparatori – lavori particolarmente “tormentati” che attraversano due legislature⁵²³ - era stata avanzata una proposta di riforma ben più radicale, tendente in definitiva ad affermare la “normalità” del diritto privato nel disciplinare la (intera) azione amministrativa (sempreché tale attività fosse indirizzata alla “realizzazione dei pubblici interessi”), salvi i casi (eccezionali) “di poteri amministrativi espressamente conferiti dalla legge”.

Se si considera la *radicalità* di questo originario proposito riformatore, si comprenderà agevolmente l’atteggiamento *scettico* di una parte della dottrina secondo cui, nella formulazione tradottasi nel vigente comma 1-*bis*, la norma avrebbe “*portata marginale*”⁵²⁴.

prodromici (del g.a.) e sugli atti societari a valle (del g.o.). Malgrado la Plenaria non vi faccia richiamo – puntando piuttosto a dimostrare, attraverso la citazione di precedenti giurisprudenziali, il carattere provvedimentale delle delibere di costituzione e scissione della società, impugnate dai ricorrenti (si tratta, per farla breve, di atti incidenti sull’organizzazione dell’ente, e quindi espressione di potestà pubblicistica) – pare fare capolino la *Zweistufentheorie*: costruzione che, per dirla ancora con le parole di Pericu (*Note*, cit., 125), occorre ad ottenere che “*anche nel compimento di attività di diritto privato la pubblica amministrazione, seppure in forma indiretta, cioè con la mediazione dell’atto amministrativo preliminare, sia vincolata al rispetto delle posizioni giuridiche tutelate costituzionalmente*” e che sia quindi evitata la “fuga nel diritto privato”. Per un ulteriore approfondimento, sia consentito rinviare al mio *Note in tema di capacità*, cit.. La Plenaria è da ultimo tornata sulla tematica, sebbene con riguardo specifico alla materia dei servizi pubblici ed all’ammissibilità delle società miste c.d. di terza generazione: Cons. St., Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17, in *www.giustamm.it*.

⁵²² Norma, questa, che sembrerebbe *prima facie* avvalorare quanto prima ritenuto in relazione al carattere generale (salvo norma derogatoria espressa) della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione, se è vero, come si è detto, che per le persone giuridiche di diritto comune non vi sarebbero limitazioni alla capacità giuridica se non vi è una norma espressa che le contempra, e che analogamente deve ritenersi per quelle di diritto pubblico [FALZEA, *Il soggetto nel sistema*, cit., nonché ID., *Capacità* (teoria generale), cit., nonché GALGANO, ‘Pubblico’ e ‘privato’, cit.].

⁵²³ Una compiuta rassegna delle diverse formulazioni succedutesi nel corso dei lavori preparatori può essere letta in 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*, cit., 77.

⁵²⁴ In questi termini si è espresso lo stesso studioso cui si deve l’elaborazione del comma 1-*bis* e cioè CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, I, Torino, 2006, 10. Altra dottrina ha invece praticato una lettura “estrema” della norma, secondo cui la stessa avrebbe l’effetto di escludere sempre e comunque la funzionalizzazione dell’attività di diritto privato. In questi termini, PAOLANTONIO, *op. ult. cit.*, 106. Il citato A. peraltro precisa che gli atti cui si applica il comma 1-*bis* – che spiega prevalentemente la funzione di criterio ermeneutico – sono *solo quelli* che non costituiscono il risultato di un potere attribuito dalla legge. Il citato A. ricorda quindi l’insegnamento di LEDDA, *Dell’autorità e del consenso nel diritto dell’amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1273, ad avviso del quale “*riesce invero difficile comprendere come il contratto possa modellare o conformare il diritto pubblico, senza esaurirlo in quella sua espressione che tra i contraenti viene definita in modo impegnativo: nella parte che a questa espressione corrisponde il potere non è più potere sostanziale, non*

Sennonché sembra da condividere, nell'interpretazione della disposizione, un approccio non aprioristicamente scettico né viceversa entusiastico: il primo infatti denoterebbe la sufficienza dell'interprete riguardo agli sforzi del legislatore, che, pur partito da intendimenti più radicali, ha comunque posto una norma cui dovrebbe essere riconosciuta, anche in considerazione della sua collocazione topografica tra i "principi generali dell'azione amministrativa", una precisa (e forte) valenza sistematica⁵²⁵.

può essere attualizzato dall'amministrazione nuovamente (cioè diversamente). Dove giunge il contratto, con il valore vincolante che gli è proprio, il potere amministrativo non può non esaurirsi: il potere 'impegnato' col contratto di riduce ad un semplice ricordo". In definitiva, per PAOLANTONIO (*op. ult. cit.*, 105-106) "la P.A. agisce secondo le norme di diritto privato allorché non esercita potere: più precisamente allorché l'atto che costituisce il risultato dell'azione dell'amministrazione non si pone in alcuna relazione, cronologica, formale e funzionale, con l'esercizio di un potere tipico". In senso analogo, TRIMARCHI BANFI, *Articolo 1*, cit., spec. § 6, la quale così rileva: "che l'applicazione delle regole procedurali che valgono per l'attività amministrativa sia da escludere per l'attività che si svolge nelle forme del diritto privato dovrebbe essere fuori di dubbio, per ragioni che non sono soltanto quelle suggerite dall'intento semplificatore verosimilmente perseguito dall'art. 1 comma 1 bis, l. n. 241".

L'idea che l'attività di diritto privato debba essere funzionalizzata è del tutto prevalente nella nostra dottrina: vedi per tutti SCOCA F.G., *Autorità e consenso*, cit.; MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit.; CERULLI IRELLI, *Verso la contrazione dell'area del pubblico: l'amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune*, in *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore*, a cura dello stesso CERULLI IRELLI, Torino, 2002, 431; ID., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, 217. Vero è però che da tale affermazione non si può fare discendere, a maggior ragione se senza un robusto supporto argomentativo, la conclusione (invero tratta dalla Plenaria n. 10 del 2011 da altre, ed altrettanto discutibili, premesse) secondo cui l'attività di diritto privato è ammessa nei limiti in cui sia *strettamente funzionale* alla realizzazione dei fini istituzionali dell'ente. Si è detto infatti che il principio di eterodeterminazione dei fini dell'attività amministrativa (nella specie di diritto privato) può essere declinato anche in termini di *non contrarietà* o *mera compatibilità* con i suddetti fini istituzionali. Diversamente argomentando: per un verso si dovrebbe ritenere che la capacità di diritto privato della pubblica amministrazione sia speciale e non generale (ma questa è effettivamente una scelta interpretativa, che può essere conclusa, in mancanza di saldi indici normativi che la guidino, in un senso oppure nell'altro); per altro verso si produrrebbe un notevole *depotenziamento* dell'utilità del ricorso allo schema privatistico, utilità consistente nella sua duttilità. La fuga nel diritto privato, di cui tanto si è parlato, è impedita anche da una declinazione per così dire più cauta del principio di legalità con riguardo all'attività amministrativa di diritto privato: declinazione che si fonda da un lato sull'affermazione del carattere generale della capacità di agire della p.a. e dall'altro sull'intendimento che finalizzazione non significa necessariamente stretta strumentalità rispetto ai fini pubblici, ma può anche significare *non contrarietà* agli stessi. Per questa lettura e per una critica alla soluzione offerta dalla Plenaria, vedi ancora una volta il mio *Note in tema di capacità* (in www.giustamm.it), cit., nonché le considerazioni svolte nella nota 512.

⁵²⁵ Segue simile approccio il LIGUORI, *La funzione amministrativa*, cit., spec. cap. I, dove l'A. riprende ed approfondisce le considerazioni svolte in *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1-bis*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, vol. II, 637 e ss..

Chiarita questa questione, per così dire, di metodo, va peraltro osservato che il dare al comma 1-*bis* una precisa valenza precettiva è compito tutt'altro che agevole, se non altro perché la nozione di non autoritatività è relazionale (ed anzi specularmente opposta) a quella di autoritatività, ovvero ad una delle espressioni più oscure e polisenso dell'intero diritto amministrativo⁵²⁶.

Come sottolinea la dottrina⁵²⁷, la norma in esame pone una regola generale (la pubblica amministrazione agisce secondo le

⁵²⁶ Una interessante ricostruzione, anzitutto in chiave storica, della categoria dell'imperatività, è effettuata da MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., il quale peraltro giunge a delle conclusioni (sulla attuale *inutilità* ed *erroneità* dal punto vista scientifico della nozione) non pienamente condivisibili. Prima di esaminare brevemente gli aspetti meno convincenti della ricostruzione del Mattarella, giova soffermarsi su una questione che potrebbe *prima facie* apparire di dettaglio: la distinzione tra autoritatività ed imperatività (termini che spesso sono utilizzati come sinonimi). Al riguardo soccorre il fondamentale contributo di SCOCA F.G. *La teoria del provvedimento*, cit., il quale, dopo aver chiarito (par. 7) che la c.d. efficacia degradante sia una vicenda figurata in quanto “è l'oggetto stesso della controversia relativa alla legittimità di un provvedimento che esclude il rilievo diretto del diritto soggettivo, anche quando è il diritto ad essere estinto (non violato) dal provvedimento”, spiega (par. 18), con la consueta finezza, le ragioni della distinzione tra autoritatività ed imperatività, in particolare osservando che: “l'ipotesi dell'accordo sostitutivo ha permesso di considerare possibile che un potere unilaterale, idoneo a produrre modificazioni non volute nella sfera giuridica altrui, possa essere esercitato mediante un atto consensuale. Se il consenso esclude l'autoritarità dell'atto, nel caso dell'accordo si ha un atto non autoritativo che costituisce esercizio di un potere autoritativo”. Tale apparente disarmonia “può essere ricomposta ove l'autoritatività venga riferita al potere trasferendola da qualità dell'atto a qualità del potere”, mentre “la qualità che [...] pertiene al provvedimento è l'imperatività, intesa come particolare forza giuridica dell'atto, o, meglio ancora, della sua efficacia”. In questa ricostruzione fa eco la vicenda, espressa dalla dottrina tradizionale, per cui la discrezionalità viene dapprima riferita all'atto, poi all'attività ed infine al potere: vedi GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., nonché, più di recente BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 109. Ricollega la discrezionalità alla funzione e non già al potere il CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, *Dir. Amm.*, 1993, 8, e ID., *Attività e stato amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, 306. Benvero, ai fini che qui interessano sembra consentito non approfondire ulteriormente tale distinzione, anche perché invero si ritiene – seguendo la dottrina di Greco e la giurisprudenza della Corte Costituzionale – che nella fattispecie disciplinata dall'art. 11 venga in rilievo un atto che, pur strutturato in forma consensuale, è soggetto fondamentalmente ad un regime pubblicistico, il che spiega (si legge testualmente nella sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale) la legittimità della norma attributiva delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del g.a.. Oltretutto, venendo alla critica dell'idea di Mattarella per cui l'imperatività costituisce una categoria “storicamente importante ma scientificamente sbagliata, perché superflua” (*op. cit.*, 473), pare che tale Autore riferisca il nucleo essenziale della sua ricostruzione sulla considerazione che il *potere* (non quindi l'atto) di scelta non sia un carattere essenziale del provvedimento ed in particolare della discrezionalità (p. 439). Sul presupposto che “i caratteri del provvedimento non sono, in realtà, tratti distintivi di esso rispetto ad altri atti di esercizio di poteri, ma l'enfaticizzazione di fenomeni normali in ogni vicenda di potere giuridico, o di molte di esse” (p. 363), l'Autore conclude nel senso (p. 363) che i poteri privati (*rectius*, alcuni di essi) sarebbero non meno autoritativi dei poteri amministrativi. Ne consegue l'inutilizzabilità della nozione di imperatività per tracciare i confini del diritto amministrativo. Per sostenere tale idea, il

norme del diritto privato), ma ne subordina l'applicazione alla ricorrenza (congiunta) di due condizioni negative:

- che si tratti di adottare atti di natura non autoritativa;
- che la legge non disponga diversamente.

Quanto alla prima delle suesposte condizioni, e come si notava più sopra, per definire quali siano gli atti *non autoritativi*⁵²⁸ occorre previamente definire *in positivo* (e con tutte le difficoltà del caso) quali siano gli atti autoritativi.

Mattarella parte da tre interrogativi di fondo. È contestando la risposta fornita a tale interrogativi che si cercherà di contestare gli asserti di fondo della tesi (pur pregevole e molto ben argomentata) di cui s'è detto. Gli interrogativi di partenza sono riguardano il se la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato si può tradurre in una bipartizione degli atti della pubblica amministrazione; il se c'è un carattere comune agli atti dei pubblici poteri ed è possibile ricostruire una teoria unitaria di tali atti; il se è esatta la qualificazione del provvedimento amministrativo come atto di diritto pubblico. Riguardo al primo punto, il Mattarella, richiamando le note tesi di Cassese (*Albert Von Dicey ed il diritto amministrativo*, in *Quad. Fior.*, 19, 1990, 5; *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1992, 467; *Le basi costituzionali*, in Trattato di diritto amministrativo, cit., a cura dello stesso CASSESE; ma vedi anche D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, 10 e ss.; MANNORI, "Droit Administratif" e "administrative law". *Rivisitando un'antica dicotomia*, in *Quad. Fior.*, 26, 1997, 591; nell'ambito della dottrina civilistica vedi ALPA, *Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano, 1998, 8 e ss.), rileva che la distinzione (almeno in termini rigidi e totalizzanti) tra diritto pubblico e privato è frutto di errori di prospettiva se non addirittura indotta da nazionalismi ed aspirazioni politiche, e genera oltretutto l'aspirazione delle differenze tra provvedimenti amministrativi ed atti di autonomia privata: in definitiva, "tra diritto pubblico e privato vi è più una interrelazione o una sovrapposizione, che una contrapposizione" (MATTARELLA, *op. cit.*, 359). Ad avviso del citato A., in specie, occorre fare riferimento alla previsione di strumenti di esercizio del potere di marca consensuale e quindi (ma il sillogismo per le ragioni che si diranno non sembra incontestabile) di marca privatistica. Come meglio si vedrà allorché sarà trattata la questione della natura giuridica degli accordi di cui all'art. 11, la dottrina prevalente (e quella che sembra, per il peso degli argomenti utilizzati, la più convincente) reputa che gli accordi siano uno strumento di marca autoritativa (malgrado la forma consensuale) e che altro sia l'esercizio del potere tramite accordi altro l'esercizio dell'autonomia privata da parte della p.a. (vedi da adesso GRECO G., *Accordi amministrativi*, cit.; nonché PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, ora in *Scritti scelti*, cit., 704 e ss., spec. 795). L'argomento utilizzato per controbattere a questa obiezione è che il richiamo ai principi del Codice civile, effettuato nell'art. 11, avvicina la disciplina di tali strumenti più al diritto comune che non a quello speciale: ma si vedrà, ed oggi sembra si possa confermare tale impressione anche dopo l'introduzione del comma 1-bis dell'art. 1, altro sono le "norme del diritto privato" cui è soggetta l'attività non autoritativa (salvo che la legge disponga altrimenti) altro i "principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti". Quest'ultimo richiamo avrebbe infatti una funzione suppletiva e sussidiaria onde consentire l'integrazione di un regime che rimane sostanzialmente pubblico (sulla diversità delle sfere applicative del comma 1-bis e dell'art. 11, vedi inoltre LIGUORI, *La funzione*, cit., 34-35, secondo cui "il comma 1-bis e l'art. 11 hanno riguardo ad ambiti diversi: le ipotesi di cui all'art. 11 ricadono, infatti, in quanto riferite a poteri autoritativi negoziabili solo nelle forme degli accordi, nell'ambito delle eccezioni al principio di uso del diritto privato. Il comma 1-bis non afferma affatto che il potere amministrativo è sempre negoziabile

Volendo tracciare una sintesi dell'ampio e complesso dibattito dottrinale svoltosi sul punto, si può ritenere che:

- secondo una prima tesi interpretativa è autoritativa l'attività che costituisce espressione del potere amministrativo⁵²⁹. In questa proposta interpretativa riecheggia la giurisprudenza della Corte Costituzionale (vedi anzitutto la sentenza 204 del 2004⁵³⁰) che ha individuato il criterio di verifica della legittimità costituzionale di norme attributive della giurisdizione esclusiva

direttamente, limitandosi ad indicare il diritto privato come il diritto 'normale' delle esplicazioni non autoritative, mentre quelle autoritative continuano ad essere negoziabili soltanto con le modalità di cui all'art. 11". Quanto al diverso significato – ed ambito applicativo – dei richiami ai “principi” ed alle “norme” del diritto privato – rispettivamente contenuti nell'art. 11 e nel comma 1-bis, vedi GRECO G., *Argomenti*, cit., spec. 171, secondo il quale gli accordi non sono *tout court* assoggettati alle “norme di diritto privato” – espressione viceversa utilizzata dal citato comma 1-bis “*sottintendendo una completa disciplina di diritto comune*”- bensì ai *principi* del codice civile in materia di obbligazioni e contratti *in quanto compatibili*, cioè “*in quanto compatibili con il regime dell'atto amministrativo, in funzione complementare ed integrativa, ma non sostitutiva, della disciplina pubblicistica*”. Si rinvia peraltro alle più ampie riflessioni che saranno svolte *infra*. Ad avviso di Mattarella, inoltre, vi è un disallineamento tra il soggetto pubblica amministrazione e l'oggetto attività amministrativa (e specialità del diritto che la regola): se questa osservazione è senz'altro condivisibile, perché è vero che della disciplina del procedimento si servono anche soggetti che pubblici non sono (mentre all'inverso ci sono amministrazioni in senso formale che agiscono tramite gli strumenti del diritto privato), è d'altro canto vero che da siffatta premessa non sembra potersi trarre la conclusione che i provvedimenti non differiscono negli effetti dagli atti privati di esercizio di poteri unilaterali. Ed infatti l'attività di diritto privato della p.a. è attività funzionalizzata (nei limiti prima visti), soggetta quindi ad un regime di diritto pubblico seppur a maglie larghe; mentre l'attività di diritto pubblico svolta da soggetti privati è assoggettata ad un regime pubblicistico in considerazione delle sue caratteristiche oggettive e delle sue finalità specifiche. Anche la giurisdizione del g.a. sembra calibrata sulla funzione nella sua oggettività, come si desume non solo dai noti arresti della Corte Costituzionale, ma da quanto stabilito di recente dall'art. 7, comma 2, c.p.a.. Riguardo alla seconda questione (se cioè sia possibile fondare una teoria unitaria degli atti di diritto pubblico: legge, sentenza e provvedimento amministrativo), il Mattarella si mostra scettico (p. 374), in quanto “*una costruzione del genere aveva senso nell'ambito della scuola normativistica, che accomunava i diversi atti dei pubblici poteri come fatti di produzione del diritto e infatti in quell'ambito essa ebbe il suo massimo sviluppo; ma trova difficoltà insormontabili ove non si accetti tale impostazione*” [parlano di imperatività della legge o della sentenza, tra i cultori della teoria generale del diritto, il FASSÒ, *Imperativo*, in *Enciclopedia filosofica*, II ed., Firenze, 1967, 806; BOBBIO, *Per una classificazione degli imperativi giuridici*, in *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, I, Padova, 1958, 107. Vedi inoltre ROMANO Sa., *Norme giuridiche (destinatari delle)*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947; nell'ambito della dottrina processualistica a proposito dell' imperatività della sentenza si veda LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, V ed., Milano, 227; in senso contrario, cioè nel senso che l'imperatività sarebbe un connotato peculiare del provvedimento amministrativo, v. LAVAGNA, *Autorità (diritto pubblico)*, in *Enc. Giur.*, Milano, 1958, 858]. Se tutto ciò è condivisibile, non pare possa dirsi altrettanto della conclusione che l'A. trae dalla riferita premessa, e cioè che “*da un lato non è scontata la natura pubblica del provvedimento, in presenza dell'orientamento giurisprudenziale che ammette il ricorso alla giustizia amministrativa contro atti di soggetti privati; dall'altro, e soprattutto, che quella di provvedimento è una nozione diversa da quella di legge e di sentenza, perché non è una nozione di diritto*

nella circostanza che nella controversia vi sia un collegamento tra la posizione di interesse e quella di diritto soggettivo, collegamento a sua volta reso possibile dal fatto che, nella specie, pur se l'amministrazione abbia agito come autorità (evenienza da cui discende la titolarità in capo agli amministrati di interessi legittimi) essa abbia toccato *anche* dei diritti soggettivi⁵³¹. Una lettura di tale fatta, peraltro, rischia di rivelarsi fallace allorché non sia fatta chiarezza, preliminarmente, su cosa

positivo” ragion per cui “*non corrisponde alla realtà l’idea, presente anche in Giannini, che quella del provvedimento amministrativo sia una categoria chiusa, nella quale un atto può rientrare del tutto o non rientrare per niente*”. Tale ultima deduzione pare infatti superata dall’evoluzione dell’ordinamento: ci si riferisce alla disciplina recata dal Capo IV-*bis* della legge sul procedimento amministrativo. Se è vero che quivi vengono disciplinate l’efficacia e l’invalidità del provvedimento, dando per presupposta la relativa nozione, è del pari incontestabile che l’individuazione del regime giuridico applicabile in via esclusiva ad una certa fattispecie, ancorché quella fattispecie non sia individuata in termini definitivi dal legislatore, dimostra che può parlarsi di una categoria chiusa, cui soltanto si applicano le norme di cui agli artt. 21-*bis* e ss. della l. 241 del 1990. Al riguardo vedi quanto fondatamente osservato da LOLLI, *L’atto amministrativo nell’ordinamento democratico*, Milano, 2000, *passim*, ad avviso del quale per qualificare un atto come amministrativo oppure come atto privato “*deve essere sottolineato in primo luogo che tali elementi non esprimono una caratterizzazione ontologica ma una caratterizzazione deontologica, dipendente dal diritto applicabile*”. La risposta al terzo interrogativo (se è esatta la qualificazione del provvedimento come atto di diritto pubblico) muove dalla constatazione che se la natura pubblicistica del provvedimento non può essere ricavata dalla contrapposizione tra atti pubblicistici e privatistici (perché quella contrapposizione sarebbe effimera) né dall’accostamento ad altri atti di natura pubblica (la legge e la sentenza), il fattore differenziale dovrebbe a rigore essere costituito dalla provenienza da una pubblica autorità. Secondo Mattarella, invece, la giurisprudenza che riconosce l’impugnabilità di atti amministrativi emanati da soggetti privati fa venire meno “*uno dei pochi tradizionali punti fermi della teoria dell’atto e del provvedimento amministrativo*”. Epperò, come si anticipava, anche questo tipo di osservazione sembra frutto di un errore di prospettiva: la logica sottesa al riferito filone giurisprudenziale (cui oggi si accompagna la previsione esplicita del Codice del processo amministrativo) è quella di equiparare il soggetto privato a quello pubblico (se e nella misura in cui svolga attività oggettivamente pubblicistiche) per ricavare da tale equiparazione l’estensione al primo di un regime di diritto pubblico. Si vuole cioè calibrare la portata applicativa del diritto pubblico all’attività amministrativa (indipendentemente dalla veste formale del soggetto che la pone in essere) nel segno dell’estensione – e non già dell’eliminazione – delle garanzie proprie del diritto pubblico (e del controllo funzionale del g.a.). In altre parole il diritto pubblico come diritto dell’azione amministrativa oggettivamente intesa non mina la stabilità della teoria del provvedimento ma vale solo a fondarla su basi differenti. Basi che ad esempio tengano conto degli obblighi comunitari, che secondo una certa ricostruzione imporrebbero agli Stati membri la procedimentalizzazione e la provvedimentalizzazione della scelta del contraente privato (ancorché la stazione appaltante non sia un’amministrazione in senso formale). Per questa prospettiva di analisi, vedi DE PRETIS, *L’attività contrattuale della p.a. e l’art. 1-bis della legge 241 del 1990: l’attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato ed il principio di specialità*”, in *www.giustamm.it*. Del tutto condivisibile anche la critica di PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1-bis*, cit., 102, ad avviso del quale “*la tesi in esame trascura di considerare che non è la natura del soggetto titolare del potere, o la qualificazione (in senso pubblicistico o privatistico) del potere stesso a porre il problema dell’autoritarità, sibbene l’essere, quello*

debba intendersi per *potere*, se per esempio ci si riferisca soltanto al potere discrezionale o anche a quello vincolato⁵³²;

- per una diversa impostazione è autoritativa l'attività amministrativa che si esaurisce nell'adozione di atti provvedimenti tali da determinare una incisione unilaterale (cioè non concordata) dell'altrui sfera giuridica. Secondo tale linea di pensiero rientrerebbero nella categoria degli atti non autoritativi gli accordi ex art. 11 della l. 241 del 1990⁵³³. Si determinerebbe, così opinando, un visibile spostamento del

considerato, appunto un potere (qualificato ed attribuito dalla legge in vista dell'esercizio di una funzione doverosa): tutti i poteri, quindi sono autoritativi, a prescindere dalla natura del soggetto che ne è titolare". In conclusione, riprendendo le parole dello Scoca (La teoria del provvedimento, cit.) "la figura teorica modellata nel 1950 è tuttora ben radicata nel diritto positivo ed anzi si conforma ad essa anche il linguaggio legislativo. Si tratta, come si è detto, di una constatazione: dalla quale esula qualsiasi intento di difesa o di esaltazione delle figura; ma nella quale è insito necessariamente l'ammirato riconoscimento per il Maestro che l'ha scolpita". Oltre a questo, deve notarsi che anche la categoria dell'autoritatività pare essere stata per così dire rilanciata: da un lato dal legislatore che nel comma 1-bis ha individuato il discrimen tra attività soggetta al diritto pubblico ed attività soggetta (normalmente) al diritto privato nel carattere autoritativo o meno dell'atto; dall'altro dalla Corte Costituzionale che nella nota pronuncia n. 204 del 2004 ha indicato il criterio di verifica della legittimità costituzionale di ipotesi di giurisdizione esclusiva nella circostanza che nella controversia la p.a. abbia speso ("toccando" anche dei diritti) un potere di natura autoritativa.

⁵²⁷ GRECO G., *Argomenti*, cit., 166 e ss..

⁵²⁸ Su cui vedi le osservazioni di IANNOTTA L., *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *www.giustamm.it*, il quale guarda all'uso del diritto privato al fine di mettere in opera un'amministrazione "di risultato", "liberata" da vincoli formali (procedimentali, motivazionali, partecipativi) e la sua sottoposizione a vincoli sostanziali, riconducendo all'area della nullità l'attribuzione di ciò che non spetta. Dello stesso A., cfr. altresì *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, Napoli, 1984.

⁵²⁹ Questa è in definitiva la tesi di PAOLANTONIO, *Articolo 1*, cit.

⁵³⁰ Sulla pronuncia, che può essere letta in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1895, vedi per tutti, VILLATA, *Leggendo la sentenza 204 della Corte Costituzionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 832; CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *www.giustamm.it*; CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 969; SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1903 e ss..

⁵³¹ Ma vedi quanto rilevato da Corte Cost., 5 febbraio 2010, n. 35, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 272, che, nel valutare come non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma che attribuiva le controversie in materia di gestione dei rifiuti al giudice amministrativo come giudice esclusivo, ha rilevato che "nella definizione dei confini della giurisdizione esclusiva è, pertanto, necessario, in primo luogo, che la controversia involga situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse. È bene, però, aggiungere che, se è pur vero, in linea con le ragioni storiche all'origine della configurazione di tale giurisdizione, che è normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche nell'ambito del quale risulti difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive, non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri requisiti indicati di seguito, anche soltanto diritti soggettivi".

⁵³² Si ricordi al riguardo la polemica tra Cassese e Orsi Battaglini, sulla quale vedi i più ampi riferimenti contenuti nelle note del par. 1 del capitolo II. Sembra quindi presupposta piuttosto

baricentro della disciplina dell'azione amministrativa: la quale sarebbe soggetta al diritto privato non soltanto nel caso in cui la p.a. utilizzi atti di diritto comune – come tali disponibili anche dai privati – ma anche quando, sussistendo la disciplina pubblicistica dei provvedimenti amministrativi, l'amministrazione procedente opti per la conclusione concordata del procedimento anziché per quella – più consueta – dell'atto unilaterale.

Abbiamo peraltro già avuto modo di osservare che, ferma restando la necessità di tornare più approfonditamente sulla questione della natura giuridica (pubblicistica o privatistica, ovvero prevalentemente pubblicistica o prevalentemente privatistica) degli accordi di cui all'art. 11, si può fin da adesso rilevare che la specificità dell'oggetto di tali accordi (il pubblico potere nella sua manifestazione più *autentica*: la discrezionalità) determina il loro assoggettamento alle norme di diritto pubblico (in primo luogo quelle relative alla *tipicità* del potere che viene in rilievo, che invece seguendo la tesi c.d. pan-privatistica scolorerebbe nell'atipicità dell'autonomia negoziale), salva l'applicabilità in quanto compatibili (cioè in quanto incidenti su aspetti del rapporto non disciplinati dal diritto pubblico) dei principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti; inoltre, qualora la scelta dello schema negoziale determinasse il transito di un medesimo episodio di azione amministrativa dall'area del diritto pubblico a quella del diritto privato (secondo una scelta peraltro difficilmente sindacabile, sotto il profilo funzionale, servendosi degli strumenti della correttezza e della buona fede oggettiva), si profilerebbe una violazione dell'art. 113, comma 2, Cost., secondo cui la tutela giurisdizionale non può essere limitata per determinate categorie di atti: non vi è dubbio, infatti, che si tratterebbe di una *limitazione* della tutela, specie riguardo ai terzi⁵³⁴;

che dimostra la lettura *estensiva* della nozione di “potere” praticata ai fini dell'affermazione della giurisdizione amministrativa (art. 7 c.p.a.) dal MARUOTTI, *Introduzione*, cit., ad avviso del quale “l'art. 7 ha dunque inteso eliminare la rilevanza di quei criteri, sovente elaborati contra legem, la cui applicazione ha spesso fatto escludere la sussistenza della giurisdizione amministrativa”.

⁵³³ Secondo lo SCOCA F.G., *La teoria*, cit., si tratta di atti non imperativi che servono all'esercizio di poteri autoritativi. Sulla distinzione tra autoritatività e imperatività nel pensiero del chiaro Autore, vedi *retro* nota 527.

⁵³⁴ GRECO G., *Accordi amministrativi*, cit., 130, ad avviso del quale “il precetto costituzionale impone infatti che sia garantita l'integrità dei mezzi di impugnazione e, così, l'integrità del regime degli atti

- alla stregua di una ulteriore impostazione, è autoritativa l'attività che si esprime attraverso l'adozione di provvedimenti restrittivi. Deve al riguardo essere ricordata la nota posizione di quella dottrina secondo cui il consenso dell'interessato escluderebbe *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 inserisce⁵³⁵. 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 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”*⁵³⁶.

amministrativi. Sicché in nessun caso si potrà fare a meno dell'eccesso di potere (così come degli altri vizi di legittimità)”. Sul punto peraltro si tornerà più approfonditamente in seguito: sia per quanto attiene alla preferibilità della tesi del contratto di diritto pubblico sotto il profilo delle forme di tutela che essa assicura; che per quanto attiene alla dimostrazione della indispensabilità dell'eccesso di potere per consentire al giudice un efficace controllo funzionale sulle scelte dell'amministrazione. Per adesso basti aggiungere alle considerazioni appena fatte che: da un lato la Corte Costituzionale, come meglio si dirà, ha fatto salva la previsione dell'ultimo comma dell'art. 11 (vedi oggi l'art. 133 c.p.a.) sul presupposto che si trattasse di controversie in cui la p.a. spende (sebbene in via consensuale) un potere autoritativo; dall'altro il legislatore del Codice del processo amministrativo contempla espressamente (art. 7) l'accordo come modalità di esercizio del potere, in modo che sia radicata la giurisdizione del g.a..

⁵³⁵ 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 la monografia di D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981. Ad avviso di tale A., in particolare, la fattispecie “concessione” si può sviluppare secondo due diversi canovacci: può aversi tanto un atto di natura provvedimentoale (quindi unilaterale) accompagnato da uno o più contratti accessivi; quanto un vero e proprio contratto costitutivo del rapporto concessorio, vale a dire un atto di natura privatistica seppure soggetto ad una speciale disciplina; dall'osservazione del quadro normativo si desumerebbe, a dire del D'Alberti, la prevalenza *empirica* del secondo schema sul primo (*op. ult. cit.*, spec. 294).

Quest'ultimo profilo (autoritatività o meno degli atti di natura ampliativa) attinge appieno il tema che ci interessa, cioè quello della (qualificazione dogmatica della) sovvenzione.

Solo ritenendo che i provvedimenti attributivi di vantaggi economici siano di natura autoritativa, si può ad essi applicare lo schema (definitorio e) regolatorio di cui all'art. 11 della l. 241 del 1990, assumendo che in questa norma trovi disciplina l'esercizio del potere (autoritativo) in forma consensuale.

Da parte di Pericu si è al riguardo notato che “*per il solo fatto che il privato ottiene una sovvenzione i terzi, che sono in posizione di concorrenza con il beneficiario e non hanno goduto del contributo, vedono sorgere un ostacolo al libero espandersi della propria libertà di iniziativa economica*”. E quindi che: “*riformulata in termini giuridici questa vicenda si configura come una lesione del diritto di iniziativa economica e del principio di uguaglianza*”⁵³⁷. Il citato Autore controbatte alla obiezione che potrebbe essere mossa da chi ritiene che una simile vicenda non sia caratteristica soltanto dei provvedimenti amministrativi ma sia in qualche modo riscontrabile anche laddove il beneficio sia concesso in forme schiettamente privatistiche (si pensi alla concessione di un mutuo a tasso fortemente agevolato)⁵³⁸: per quanto, ad avviso di Pericu, le conseguenze economiche siano identiche nei due casi, diversi sono invece gli effetti giuridici, in quanto mentre nel primo caso vi è una tutela giurisdizionale, nel secondo invece tale tutela

⁵³⁶ In questo senso vedi SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento*, cit., par. 12, ma vedi in senso contrario SORACE e MARZUOLI, *op. cit.*, ad avviso dei quali “*neppure il rifiuto della concessione è manifestazione di imperatività, dal momento che non si vede come esso possa distinguersi dal rifiuto opposto da qualsiasi soggetto alla richiesta della cessione di un qualsiasi bene che egli non sia tenuto a cedere*”. A tale ordine di idee si è controbattuto, dallo stesso Scoca (*loc. ult. cit.*), che un conto è l'esercizio dei poteri di autonomia privata, ben altro quello dell'esercizio di poteri discrezionali, nel qual caso “*occorre necessariamente tener conto di tutti gli interessi privati in qualche modo 'toccati' dalla concessione, e non quindi del solo interesse del destinatario del provvedimento*”. Per dirla con le parole di ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., 52, “*l'atto concessorio accresce il concessionario ma toglie alla collettività stessa o ad altri aspiranti?*”. Riecheggia in queste proposizioni, l'insegnamento di Giannini: dapprima in *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1956, VI, 157, l'A. osserva che le concessioni sono autoritative “*perché l'attribuzione ad un privato di un beneficio particolare comporta l'incisione nella libertà degli altri?*”. In altra e più recente occasione (*Diritto amministrativo*, cit., 674), il chiaro A., a proposito delle concessioni su beni pubblici, ribadisce il concetto, osservando che con la concessione si deroga al principio di uguaglianza: “*l'utilitas particolare del bene pubblico che si conferisce ad un privato spesso comporta sottrazione alla collettività di godimento del bene; ma anche quando ciò non accade, comunque viene attribuito ad un privato un vantaggio derivante da un bene pubblico di cui gli altri componenti la collettività non beneficiano*”.

⁵³⁷ PERICU, *Le sovvenzioni*, I, cit., 176-177, che sembra dunque ricostruire la vicenda dell'autoritatività in termini di degradazione.

⁵³⁸ In questo senso, si v. SERRRANI, *Lo Stato finanziatore*, cit., 205.

manca. Si nota infatti che “*il diritto di libertà di iniziativa economica e lo stesso principio di uguaglianza sono tutelati sia nei confronti dell’attività legislativa che di quella amministrativa di diritto pubblico; mancano invece di tutela, o quanto meno oggi riesce quasi impossibile configurare una qualsiasi garanzia nei confronti dei soggetti privati*”⁵³⁹.

In senso contrario, altra dottrina ha rilevato come la surriferita ricostruzione non tenga in adeguata considerazione la differenza tra privilegio e potere: “*le caratteristiche connesse tradizionalmente al provvedimento amministrativo e attraverso le quali si esprime la così detta imperatività sono, infatti, espressione di privilegi di cui è dotato l’agire della pubblica amministrazione [...]. Questi privilegi o ci sono o non ci sono: se esistono è possibile costruire l’azione della pubblica amministrazione secondo moduli provvedimentali, se non esistono no*”⁵⁴⁰.

Benvero, sembra ormai definitivamente superata la concezione secondo cui la particolare *forza* del provvedimento amministrativo trovi la sua giustificazione in “*arcane dominazioni che si racchiudono nel nome di Stato*”⁵⁴¹.

L’autoritatività non è un privilegio, ma una risorsa cui attingere quando, non potendosi servire di strumenti paritetici per realizzare il medesimo risultato, l’amministrazione debba agire come *potere*, cioè come soggetto che impone le sue scelte anche contro il consenso degli interessati.

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

⁵³⁹ PERICU, *ibidem*.

⁵⁴⁰ SERRANI, *loc. cit.*, il quale ulteriormente osserva che “*scoprire che in realtà nell’atto della pubblica amministrazione che dispone una sovvenzione non sono riscontrabili le caratteristiche del provvedimento (presenza di privilegi nell’agire della pubblica amministrazione), ma ad esso sono ricollegabili effetti che possono essere comuni anche all’agire di soggetti privati, permette di affrontare la questione della natura giuridica dell’atto di sovvenzionamento da un altro punto di vista che è il seguente: quali necessità impongono la ricostruzione dell’attività di sovvenzionamento secondo moduli autoritativi?*”.

⁵⁴¹ GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, II, in *Riv. Dir. Proc.*, 1964, 36.

discrezionalità (e quindi di scelta comparativa tra interessi) si tratta

542

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 (o per utilizzare un termine ormai superato l'affievolimento⁵⁴³) non si produce nella sfera del destinatario dell'atto ma in quella del terzo che aspira

⁵⁴² Ma vedi SORACE, *In tema di politica, amministrazione, discrezionalità, autorità*, in *Democrazia e amministrazione - in ricordo di Vittorio Bachelet*, a cura di MARONGIU e DE MARTIN, Milano, 1992, 185, ad avviso del quale quando sussiste “il potere di distribuire risorse e regole in cui consiste il regime della discrezionalità amministrativa (necessario rispetto e dell'indirizzo politico e della regola della imparzialità) tendono ad attenuare proprio il potere di disposizione dell'amministrazione rendendolo in definitiva (non più, ma) meno autoritario dell'analogo potere dei privati”. Chiarisce che “la predeterminazione costituisce concreto esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione e costituisce limite interno di coerenza all'esercizio del potere medesimo” il POLICE, *La predeterminazione*, cit., spec. 268. Ad avviso di tale ultimo A., in specie, l'anticipato esercizio della discrezionalità comporterebbe “l'anticipazione del sindacato sull'eccesso di potere dal momento delle scelte finali a quello delle scelte di base” (p. 337). Dissente da tale idea SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 398, in nota, sottolineando che un simile approdo sarebbe “pericoloso”, perché idoneo a sottrarre al giudice il controllo sulla proporzionalità dell'azione amministrativa (che deve logicamente appuntarsi sugli atti applicativi). Al contrario, ad avviso del citato A., “sembra di poter rilevare che, in taluni casi, la predeterminazione delle scelte possa paradossalmente favorire un successivo penetrante sindacato giurisdizionale sulla proporzionalità dell'azione. Difatti, spesso, per quanto si possa anticipare ad una fase preliminare la fissazione dei criteri di azione, risulta difficile convogliare, entro i binari individuati nei criteri, gli spazi di discrezionalità che comunque si presentano, nel momento concreto delle ‘opzioni conclusive’, alla valutazione della pubblica amministrazione. Sicché la fissazione delle ‘scelte di base’ potrebbe costituire, in relazione a talune fattispecie, un ulteriore punto di riferimento per il sindacato giurisdizionale delle ‘scelte finali’, con la conseguente agevolazione del penetrante controllo della proporzionalità dell'azione”.

⁵⁴³ Sul tema della degradazione o dell'affievolimento, come connotato caratteristico ed essenziale del provvedimento amministrativo, si è scritto moltissimo. Volendo dare contezza dei momenti salienti del dibattito dottrinale, deve notarsi che, nello stesso pensiero di Giannini, in una prima fase l'imperatività è identificata con la degradazione (*Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950) e quindi, dal punto di vista del riparto con l'esclusione della giurisdizione ordinaria (analizza particolarmente questo aspetto il DOMINICHELLI, *La giurisdizione ordinaria: il giudice ordinario e la pubblica amministrazione*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLI, Bologna, 2005, II, 679 e ss.); ancora nel 1964 (*Discorso sulla giustizia amministrativa*, cit.) la degradazione costituisce il contenuto minimo dell'imperatività, mentre “tutti gli altri aspetti contenutistici della qualità dell'imperatività sono di diritto positivo”; nel 1967 (*Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1967) la degradazione è una aspetto applicativo dell'imperatività. La teoria della degradazione, che trova comunque la sua ragion d'essere nel c.d. *modo dell'equiparazione*, per cui sotto il profilo effettuale il provvedimento annullabile è identico al provvedimento valido se e fino a quando non intervenga l'annullamento, è stata oggetto di serrate critiche: si è in sintesi ritenuto che la vicenda non andasse descritta in termini di trasformazione di una situazione giuridica in un'altra (tra i primi vedi POTOTSCHINIG, *Atti amministrativi e ‘affievolimento’ di diritti soggettivi*, in *Jus*, 1953, 220; sul tema vedi anche PAJNO, *Il riparto della giurisdizione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, cit., V, 4270 e ss.). Una autorevole dottrina processualistica ha invece fondato sulla degradazione in senso

all'ottenimento della medesima utilità. Ecco perché si è autorevolmente parlato di autoritatività minore o riflessa⁵⁴⁴.

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 (rilevanti⁵⁴⁵) eccezioni, tutti i casi di provvedimenti ampliati ad istanza di parte: in sostanza, ammesso e (per le ragioni dette) non concesso che i provvedimenti ampliati 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

gianniniano la costruzione per cui l'obbligo a carico della p.a. di risarcire il danno determinato dal provvedimento illegittimo non si ricollega all'emanazione dell'atto illegittimo, ma alla conservazione dello stesso (MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli, 1960, 1960, 62 e ss.). Il provvedimento anche se illegittimo è in grado di incidere (degradandolo) sul diritto soggettivo. Su altro versante si colloca la dottrina di KLITSCHÉ LA GRANGE (*La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1961, 139 e ss.) ad avviso del quale “il provvedimento amministrativo, per imperativo che sia, non si sottrae al giudicato del giudice ordinario” e che “nessun atto imperativo dell'amministrazione ha forza imperativa davanti al giudice ordinario”. Il provvedimento imperativo non ha cioè la forza di escludere *ex se* la giurisdizione ordinaria. Anche dalla dottrina amministrativistica si è ritenuto che l'assetto del riparto della giurisdizione non va spiegato sulla base della teoria della degradazione [vedi in particolare CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 115 e ss.; in termini simili vedi, dello stesso A., *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XLVI Milano, 1993, *ad vocem*; cfr inoltre, più di recente, ROMANO, Alb., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, spec. 223 e ss., ad avviso del quale “non è il provvedimento che è causa dell'affievolimento del diritto ad interesse; questo affievolimento preesiste all'esercizio del potere dell'amministrazione: deriva dalla stessa attribuzione a questa del potere”: ne consegue che la teoria dell'imperatività è un “inutile fattore di complicazione”. In termini sostanzialmente analoghi vedi anche DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo ed il giudice ordinario*, Napoli, 1963, 90 e ss.].

⁵⁴⁴ In questi termini, vedi SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici*, cit., spec. 350, ma similmente anche PERICU, *op. ult. cit.*. Vedi inoltre, e con rilevanti implicazioni di ordine sistematico, FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit.. Su di un piano più generale si colloca la nota opinione di GIANNINI M.S., *Discorso generale*, cit., 36, per il quale “il provvedimento concessorio (ma analoghe considerazioni possono spendersi con riguardo al provvedimento attributivo di un beneficio economico n.d.s.) è autoritativo in ragione del principio di uguaglianza, non in ragione della tutela e della garanzia dei diritti di libertà”.

⁵⁴⁵ Vedi al riguardo quanto osserva STICCHI DAMIANI, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, cit..

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”⁵⁴⁶. Ciò induce a ritenere che la maggiore o minore ampiezza della categoria degli atti autoritativi – cui è speculare quella degli atti non autoritativi – non modifica significativamente i termini della questione circa il confine tra diritto pubblico e diritto privato, siccome gli atti che non sono autoritativi per natura sono assoggettati comunque al regime pubblicistico in forza di una diversa disposizione di legge⁵⁴⁷.

Per ricondurre al comma 1-*bis* un contenuto precettivo autenticamente innovativo si è proposto da parte della dottrina un approccio sistematico che parta dalle seguenti premesse:

- l'autoritatività presuppone *l'esclusività* del potere;
- l'autoritatività consiste nella mancanza del consenso da parte del destinatario della decisione (ovvero del controinteressato)⁵⁴⁸.

A proposito della prima premessa, interessa ricordare la c.d. parabola degli atti ampliativi, considerato il fatto che, laddove si tratti di manifestazioni interamente vincolate (perché il legislatore disciplina puntualmente i presupposti ed i requisiti per il rilascio dell'atto, oppure vi provvede la pubblica amministrazione in un atto generale di natura programmatica), il principio della insostituibilità dell'atto amministrativo è stato normativamente superato (cfr. infatti quanto previsto dall'art. 19⁵⁴⁹): l'atto autoritativo non è indispensabile ai fini della produzione dell'effetto in quanto lo stesso risultato (l'effetto abilitante al compimento di una certa attività⁵⁵⁰) può essere conseguito attraverso un atto soggettivamente ed oggettivamente privato, rispetto al quale il

⁵⁴⁶ GRECO G., *Argomenti*, cit., spec. 172.

⁵⁴⁷ Vedi ancora GRECO G., *op. ult. cit.*, dove si propone analoga soluzione quanto all'individuazione del regime giuridico applicabile agli atti di evidenza pubblica. Più precisamente, anche a ritenere che tali atti non abbiano natura autoritativa (vedi quanto dallo stesso A. sostenuto, nella citata raccolta di saggi, a pag. 130), il risultato non cambierebbe perché il loro assoggettamento ad una disciplina pubblicistica dipende da una precisa scelta del legislatore.

⁵⁴⁸ LIGUORI, *La funzione*, cit., spec. 57.

⁵⁴⁹ Alle considerazioni già svolte *retro*, *adde* ancora una volta quelle svolte da LIGUORI, *La funzione*, cit., spec. 48, nonché, del medesimo A., *Attività liberalizzate e compiti*, cit., ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁵⁵⁰ Per la ricostruzione della dichiarazione (ieri denuncia, oggi segnalazione certificata) di inizio attività come dichiarazione in funzione legittimante, vedi GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, 107.

potere (inibitorio o sanzionatorio⁵⁵¹) della pubblica amministrazione interviene solo in via successiva e soprattutto eventuale⁵⁵².

Tanto premesso in relazione al carattere insostituibile delle (sole) valutazioni discrezionali, occorre verificare il regime applicabile agli atti di natura non autoritativa, partendo dal confronto tra il comma 1-*bis*, in esame, ed il comma 1 dell'art. 1 della l. 241 del 1990. Da una lettura attenta del comma 1, risulta che l'attività amministrativa persegue i fini stabiliti dalla legge (ed è retta dai principi di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza) "secondo le modalità" di cui alla legge 241. Si potrebbe da ciò

⁵⁵¹ È noto il dibattito svoltosi intorno al significato da conferire al richiamo, contenuto nell'art. 19 della l. 241 del 1990, agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*. Anzitutto taluno ritiene che il richiamo alla norma sulla revoca sia improprio (BOSCOLO, *La denuncia di inizio attività "riformata": il diritto soggettivo (a regime amministrativo) tra silenzio assenso ed autotutela*, in *Urb. e app.*, 2006, 836; MARZARO GAMBÀ, *La nuova disciplina della dichiarazione di inizio attività*, in *www.giustamm.it*) mentre ad altri (GAFFURI, *I ripensamenti giurisprudenziali in merito alla questione relativa alla natura della denuncia di inizio attività e alla tutela del controinteressato dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241/1990*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 244, spec. 262) esso appare "corretto e necessario". Ad ogni modo è noto che secondo un primo orientamento, specialmente giurisprudenziale, il riferimento alle norme in tema di autotutela costituisce la conferma testuale della c.d. tesi provvedimentale: non può parlarsi di autotutela senza immaginare un provvedimento (sebbene tacito) su cui il potere di riesame possa intervenire. Chi ha aderito ad una ricostruzione privatistica dell'istituto ha cercato, senza negare tale natura, di spiegare diversamente il suddetto richiamo, anche se talora tale impegno esegetico è apparso come la "quadratura del circolo" (in questi termini, PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attuali e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla legge 14 maggio 2005, n. 80*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 2811). Secondo la ricostruzione seguita dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (vedi in specie la sentenza 717 del 2009, prima citata), il riferimento alle norme in tema di autotutela non va enfatizzato, perché esso fonderebbe non già il potere di adottare atti di autotutela in senso proprio "ma di esercitare i poteri di inibizione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, nell'osservanza dei presupposti sostanziali e procedurali previsti da tali norme". Per altra impostazione, che sembra poi essere stata almeno in parte seguita dalla recente giurisprudenza della Plenaria (n. 15 del 2011), il potere di autotutela concerne le uniche manifestazioni provvedimentali rinvenibili nella fattispecie e cioè le inibitorie [LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi, e nuova denuncia di inizio attività*, in *www.giustamm.it* (critica in GANDINO, *La nuova d.i.a.: a proposito di semplificazione e autotutela*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 3805); ma vedi anche ID., *I modelli settoriali: d.i.a. edilizia e procedure semplificate in tema di rifiuti*, cit.; nonché LIGUORI, TUCCILLO, *Commento all'art. 23, in Testo Unico dell'edilizia*, cit., spec. 424-425, *Testo Unico dell'edilizia*, a cura di SANDULLI M.A., II ed., Milano, 2009, 378.]. Dopo la scadenza del ridetto termine permanerebbe un potere diverso da quello originario (di carattere rigidamente vincolato), condizionato ai limiti indicati dalle norme in tema di autotutela e diretto ad un intervento sanzionatorio circondato da maggiori garanzie (sul punto sia consentito rinviare al mio *Considerazioni intorno*, cit.). Il riferimento ai poteri di autotutela ha trovato adeguata (cioè non forzata) giustificazione nella ricostruzione, da ultimo proposta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, secondo cui in caso di inutile decorso del termine per inibire l'attività si formerebbe il silenzio diniego (in relazione a tale provvedimento tacito la p.a. eserciterebbe poteri di secondo grado in senso proprio).

⁵⁵² LIGUORI, *La funzione amministrativa*, cit., spec. 56.

dedurre che mentre per l'attività amministrativa provvedimento opera una disciplina pubblicistica "a maglie strette", per quella di diritto privato rimane sì fermo il vincolo del perseguimento dell'interesse pubblico⁵⁵³, ma la forma di tale attività sarebbe affrancata dal rispetto del modulo procedimentale disciplinato dalla legge 241 del 1990.

⁵⁵³ Vedi quanto più volte rilevato circa la questione, oggetto di una recente decisione della Plenaria, se il vincolo debba essere di *stretta strumentalità* ovvero di (semplice) *non contrarietà*, così da evitare di irrigidire uno strumento, quello privatistico, che viene anzitutto privilegiato per la sua duttilità. Del resto la più autorevole dottrina annovera tra i "meriti" del comma 1-*bis* il fatto che tale norma presuppone "la più ampia capacità di diritto privato da parte della pubblica amministrazione": così GRECO G., *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., spec. 81.

4. *Segue: la questione dell'alternatività tra strumenti di diritto pubblico e strumenti di diritto privato. Si tratta di una questione da risolvere caso per caso alla luce del criterio interpretativo fornito dal comma 1-bis. Contestualizzazione della questione: l'attività di sovvenzionamento può essere attuata tramite strumenti di marca non autoritativa?. Richiamo delle ragioni che portano a concludere nel senso dell'autoritatività delle sovvenzioni e quindi ad escludere il ricorso sostitutivo al diritto privato. Il problema della tutela dei terzi: il ricorso al diritto privato determina una sua deminutio?. Insufficienza delle clausole di buona fede e correttezza ai fini di un controllo finalistico. Contestualizzazione della questione: insufficienza della tutela assicurata ai terzi in corrispondenza della qualificazione in termini privatistici della fattispecie. Delineazione di provvisorie conclusioni.*

Alla luce di quanto detto, è senz'altro da condividere l'orientamento espresso dalla dottrina secondo cui il problema della alternatività tra strumenti di diritto pubblico e strumenti di diritto privato va risolto caso per caso, in considerazione della normativa vigente nei diversi settori dell'amministrazione *“da interpretare conformemente al principio di cui al citato art. 1, comma 1-bis, l. proc. amm., secondo il quale al di là dell'area dei poteri autoritativi gli strumenti di diritto comune sono sempre utilizzabili se non espressamente vietati”*⁵⁵⁴.

⁵⁵⁴ CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., spec. 26. Ad avviso di GRECO G., *op. ult. cit.*, 82, il problema della sostituibilità di strumenti di diritto pubblico con strumenti del diritto privato non ha nulla a che vedere con il tema della tipologia dell'attività amministrativa che l'amministrazione si propone di sostituire: la soluzione di tale problema *“non dipende affatto dal carattere autoritativo o meno dell'attività sostituita”*. Sarebbero ancora valide (con la rilevante precisazione che anche quanto si intende sostituire un provvedimento con un contratto di diritto comune *“i profili pubblicistici non sono del tutto estromessi dalla fattispecie”*) le fondamentali coordinate interpretative indicate in materia da AMORTH, *Osservazioni*, cit., spec. 511, secondo il quale nulla osta alla sostituzione del mezzo pubblicistico con quello privatistico tutte le volte che non sussista un divieto espresso della legge o comunque desumibile dalla legge. In particolare, sottolinea il chiaro Autore che *“dal principio che l'ordinamento di diritto pubblico amministrativo sia posto a tutela del pubblico interesse – così come sopra spiegato – non deriva infatti necessariamente che le norme pubblicistiche siano tutte inderogabili e quindi anche insostituibili: in concreto vi sono casi in cui l'interpretazione della norma e, più ancora, la considerazione di ciò che nel suo complesso essa intende stabilire, lasciano dedurre che il procedimento pubblicistico, pur essendo stabilito dal legislatore a vantaggio dell'interesse pubblico, non si impone peraltro all'amministrazione come ‘regola’ nel senso ormai più volte accennato, quanto piuttosto degrada a ‘mezzo’ per realizzare nel modo più conveniente e favorevole il raggiungimento delle sue finalità”*. Al riguardo può essere utile ricordare il caso giurisprudenziale dalla cui analisi muove l'ampia ed illuminante trattazione dello Amorth. Alcune amministrazioni pubbliche si erano solidalmente obbligate a garantire in via fideiussoria un prestito obbligazionario di forte ammontare emesso da una società costituita per la costruzione e l'esercizio di un'opera pubblica. Poiché la società non aveva potuto far fronte al proprio impegno, furono chiamate ad adempiere le amministrazioni garanti: ma esse addussero la nullità dell'obbligazione di garanzia assunta, fondando in particolare sulla considerazione che,

Bisogna peraltro verificare se la sostituzione di un modulo di diritto pubblico con uno di diritto privato sia, in primo luogo, ammissibile nella materia che ci interessa; in secondo luogo, se determini una *deminutio* riguardo alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nella fattispecie.

Quanto al primo aspetto, si è già detto, ma vale la pena ribadirlo, che l'attività di incentivazione costituisce attività

in assenza di una speciale norma autorizzativa, il negozio compiuto fosse incompatibile con le finalità istituzionali di tali enti e quindi inammissibile. L'autorità giudiziaria non accoglieva l'eccezione sollevata dalle amministrazioni ritenendo che il contratto *de quo* andasse inquadrato nell'ambito dell'attività di sovvenzionamento, indiscutibilmente legittima, per quanto realizzata attraverso uno strumento privatistico. Al riguardo si osserva (*op. ult. cit.*, 460) che “*questo modo di risolvere il quesito intorno all'ammissibilità giuridica di un contratto, quale la fideiussione, certo insolito nell'attività amministrativa, intendendolo come forma privatistica (contratto retto dalle norme del diritto privato) di un'attività che normalmente dovrebbe svolgersi invece in quella pubblicistica della concessione (atto amministrativo) si un sussidio, di un contributo pecuniario: questo spunto, che il giudice non ha portato alla conseguenza più importante che agevolmente avrebbe potuto trarre in riguardo al regime giuridico di tale contratto, sembra a noi meritevole di particolare approfondimento*”, onde verificare “*se ed in che limiti la pubblica amministrazione possa sostituire, per il raggiungimento di una medesima finalità, un mezzo, o meglio un procedimento di diritto pubblico, che ad essa la legge regola ed appresta proprio a quel fine, con un procedimento di diritto privato*”. Ancora sul tema della sostituibilità di atti di diritto pubblico con atti di diritto privato, si può osservare che se tale sostituibilità opera normalmente con riguardo all'attività non autoritativa, relativamente a quella autoritativa (per natura o per espressa disposizione di legge) è opportuno che ove vi sia discrezionalità questa sia spesa a monte nelle fasi pregresse del procedimento. L'unica forma in cui il potere autoritativo è negoziabile è infatti quella disciplinata dall'art. 11 l. 241 del 1990 (vedi sul punto LIGUORI, *La funzione*, cit., 61-62). Fortemente scettico sul fatto che il comma 1-bis abbia introdotto il principio della normale fungibilità degli strumenti pubblicistici con quelli privatistici – come pare ritenere il GRECO G., *loc. ult. cit.*, allorché osserva che la soluzione di tale problema “*non dipende affatto dal carattere autoritativo o meno dell'attività sostituita* – si mostra il PAOLANTONIO, *Art. 1, comma 1-bis*, cit., 115-116, secondo il quale “*esclusa ogni paventata idoneità del comma 1-bis a 'trasformare' istituti del diritto amministrativo in altrettante forme di esercizio di attività di diritto comune, l'importanza della norma va ravvisata nella fissazione all'interprete di un criterio ermeneutico vincolante e nell'imposizione all'amministrazione di un obbligo specifico: il criterio interpretativo consiste nell'aver indicato la regola che il discrimen tra atto di diritto pubblico e atto di diritto privato consiste nella riconducibilità o meno di esso all'esercizio di una funzione tipizzata dalla legge, che, per quanto qui esposto, deve e dovrà sempre (a Costituzione invariata) essere qualificata come esercizio di potere autoritativo; l'obbligo dell'amministrazione si concretizza nel dovere di essa di agire nell'osservanza delle norme positive di diritto privato ogniquale non adotti (non debba adottare) atti autoritativi, ossia ogni qualvolta non eserciti un potere tipizzato dalla legge*”. Riecheggia in questa impostazione l'autorevole insegnamento di PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, oggi in *Scritti scelti*, cit., 704, che così osserva: “*se per il raggiungimento di un determinato obiettivo l'ordinamento ha previsto un procedimento amministrativo articolato, in cui è assicurata la presenza dei diversi interessi (pubblici, collettivi e privati) variamente coinvolti, al termine del quale la decisione si concreta in un provvedimento amministrativo sindacabile sotto il profilo funzionale e per ciò che concerne il rispetto del principio di legalità, tale insieme di comportamenti giuridici disciplinati dal diritto pubblico non può essere 'sostituito' con un contratto tra pubblica amministrazione e privato interessato, poiché in tal modo verrebbe eluso l'insieme delle garanzie che si concretano nel procedimento*

autoritativa, in linea di principio quindi assoggettata al diritto pubblico.

Sembra anzi particolarmente interessante, anche ai fini della ricostruzione che qui si propone, l'opinione espressa da quella dottrina secondo cui il quesito se *“il venire concesse le agevolazioni di attività al fine di ottenere che chi le riceve adotti senza coercizione un certo comportamento, e quindi nell'intento di sollecitarne il consenso, importi che esse debbano sottostare al diritto privato”* deve trovare risposta negativa. Si nota infatti che *“la ricerca del consenso non toglie che l'organo che concede la sovvenzione, in quanto nel concederla deve adempiere alla funzione che gli è affidata, svolge attività regolata dal diritto pubblico, non essendo essa compiuta nell'esercizio di autonomia privata”*⁵⁵⁵: del resto, se è vero che vi è consenso al momento della costituzione del rapporto, è altresì vero che il beneficiario della sovvenzione deve tenere il comportamento richiesto nell'interesse pubblico, pena la decadenza dalla sovvenzione.

Si potrebbe invero obiettare che tale decadenza possa essere spiegata nelle logiche dell'inadempimento in un rapporto contrattuale a prestazioni corrispettive. Una simile linea argomentativa peraltro non sembra tenere nel debito conto la considerazione che *“tutte le volte che l'amministrazione compia un atto che trova la sua causa direttamente nell'interesse pubblico, l'atto non può essere configurato come un negozio privato”*⁵⁵⁶. L'Ottaviano, in questo punto, propone una ricostruzione che, pur senza evocarla espressamente, rimanda alla teoria del doppio grado: in specie si sostiene che *“anche quando ricorre al diritto privato, la corrispondenza degli effetti del negozio all'interesse pubblico viene accertata in un momento anteriore al compimento del negozio, con la conseguenza che l'interesse rimane estraneo a questo, mentre la causa del singolo negozio è quella propria di ogni negozio privato [...]. L'interesse pubblico per cui avviene lo scambio della cosa con il prezzo o il versamento della somma (causa privatistica, n.d.s.) invece non rileva immediatamente né costituisce la causa del negozio”*⁵⁵⁷.

Non pare tuttavia indispensabile immaginare la riferita cesura tra il momento provvedimentale (in cui viene curato l'interesse pubblico, nella specie economico, causa del potere) e

amministrativo ed il rispetto delle regole che disciplinano lo stesso procedimento e il provvedimento che lo conclude”.

⁵⁵⁵ OTTAVIANO, *Argomenti a favore*, cit., spec. 393-394.

⁵⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁵⁷ *Ibidem*.

quello negoziale (in cui vengono disciplinati, una volta che il potere sia stato interamente speso, gli aspetti più spiccatamente patrimoniali della vicenda): negli accordi di cui all'art. 11, infatti, e come più volte già accennato, i suddetti profili dell'autorità e dell'autonomia negoziale convivono nella medesima fattispecie, ed ognuno di essi influenza un frammento della disciplina del rapporto complessivamente inteso⁵⁵⁸.

Se l'interesse pubblico (ed il principio di tipicità e nominatività che ad esso si collegano secondo le logiche del diritto pubblico speciale) emerge nel momento della formazione dell'accordo e, riguardo ai terzi (rispetto ai quali specificamente si manifesta l'*autoritatività minore o riflessa*), successivamente alla sua conclusione, l'interesse negoziale delle parti all'esecuzione delle reciproche prestazioni (l'erogazione del beneficio per la parte privata, la destinazione dello stesso ad una particolare utilizzazione dell'impresa, in senso lato, per la parte pubblica) trova il suo fondamento e la sua disciplina nella particolare causa, per così dire, privatistica (può trattarsi anche di una causa atipica, conformemente al principio scolpito nel secondo comma dell'art. 1322 c.c.) che connota l'operazione. L'eventuale decadenza dal beneficio, quando avvenga *re adhuc integra* - senza cioè che vi sia una sopravvenienza in relazione all'interesse pubblico, nel qual caso soccorrerà la disciplina, dettata evidentemente dalla considerazione che una delle parti dell'accordo è la p.a. e che l'oggetto dello stesso è il pubblico potere, di cui al comma 4 dell'art. 11 – dovrà essere qualificato secondo lo schema dell'eccezione di inadempimento⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ Si vorrebbe al riguardo richiamare, sebbene per fini diametralmente opposti, la terminologia della dottrina tradizionale che negava la sussistenza di un "rapporto globale", tanto da ritenere necessaria la (per quanto si dirà artificiosa) distinzione tra il momento del provvedimento e quello del contratto. Si ricordi per esempio quanto rileva il GULLO, *Provvedimento e contratto*, cit., spec. 503, secondo cui "*provvedimento e negozio sono esse stesse fattispecie distinte perché fonte autonome di effetti propri*", con la conseguenza che (p. 512) "*concessione e negozio per il rapporto che li lega restano soggetti all'applicazione dei principi naturalmente loro propri, pubblicistici sugli atti amministrativi e rispettivamente privatistici contrattuali*". In senso del tutto analogo, sempre cioè per negare la sussistenza di un rapporto unitario, che qui viceversa si vuole sommessamente affermare (sebbene sulla premessa fondamentale del mutato quadro ordinamentale), GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, cit., 429 e LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1962, 116.

⁵⁵⁹ Siffatta costruzione potrebbe essere messa in discussione laddove si aderisse alla linea di pensiero secondo cui "*dal provvedimento di sovvenzione possono derivare, oltre che gli effetti obbligatori più sopra descritti, situazioni di dovere per il beneficiario [...] cui non corrisponde un corrispondente diritto della pubblica amministrazione*" (PERICU, *Le sovvenzioni*, II, cit., 253). In specie, si esclude la corrispettività tra obbligo di erogare il beneficio (in capo all'amministrazione) e obbligo di

Si preserva per questa via l'essenza contrattuale del rapporto tra sovvenzionante e sovvenzionato, senza rinunciare ad un inquadramento pubblicistico della fattispecie, con tutto quanto ne discende, lo si ripeterà, dal punto di vista regolatorio e specialmente delle forme di tutela.

Quest'ultima considerazione fornisce il destro per trattare dell'altra questione prima prospettata e cioè se la sostituzione dello strumento pubblicistico con quello privatistico si risolva in una *deminutio* della tutela (specie per i terzi) assicurata dall'ordinamento: perché in caso di risposta affermativa (cioè laddove la sostituzione implichi, in generale e specificamente nel caso che ci interessa,

destinare la somma erogata ad una specifica utilizzazione, e, più al fondo, si esclude che relativamente al compimento doveroso di una certa attività da parte del sovvenuto debba parlarsi in termini tecnici di obbligo, sussistendo piuttosto un dovere. Se sussistesse un obbligo, si osserva, dovrebbe dall'altro lato essere configurabile un diritto dell'amministrazione: “*non sembra tuttavia che la posizione di vantaggio del soggetto pubblico abbia le caratteristiche del diritto. Se così fosse, si tratterebbe di un diritto soggettivo del tutto anomalo*”. Esso si risolve infatti non nella possibilità di richiedere il risarcimento degli eventuali danni arrecati in conseguenza del non adempimento del corrispondente obbligo, ma nel far cessare altri effetti giuridici non legati da alcun nesso di corrispettività rispetto alle situazioni soggettive considerate. Ora, pare che tale ultimo aspetto sia contestabile, in quanto la decadenza è altro rispetto alla revoca e presuppone l'inadempimento – o comunque lo si voglia chiamare – da parte del sovvenuto; mentre si può affermare che l'opinione riferita non tiene conto di quanto rileva una parte (non incontestata) della dottrina civilistica secondo cui debito e responsabilità sarebbero posizioni distinte, atteso che vi può essere una responsabilità senza debito (si pensi alla costituzione del pegno da parte del terzo non debitore) ed un debito senza responsabilità. Cfr. ad esempio la dottrina tedesca dello *Schuld und Haftung* (il cui massimo esponente è lo GIERKE, di cui vedasi il volume *Schuld und Haftung im alteren deutschen Recht – insbesondere die Form der Schuld –und Haftungs –geschafte*, Breslau, 1910), che ha specie in tempi meno recenti raccolto diverse adesioni anche nella dottrina italiana (vedi ad esempio PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile italiano*, Torino, 1927, 9 e ss., e in termini problematici GANGI, *Debito e responsabilità. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, in *Studi sassaresi*, 1921, 178). Quanto a quest'ultimo aspetto (debito senza responsabilità), si deve ricordare l'ipotesi delle obbligazioni naturali, dove il debitore non ha un vero e proprio obbligo giuridico al compimento della prestazione, ma se la effettua spontaneamente il creditore ha diritto alla *soluti retentio*. Vero è che la dottrina civilistica più recente (GIORGIANI, *Sugli effetti dell'obbligazione naturale*, in *Annali Seminario giur. Università di Catania*, 1946-47, 147 e ss.) nega la giuridicità delle obbligazioni naturali (viceversa affermata dai teorici della scuola debito e responsabilità) considerato che in esse manca una pretesa giuridicamente sanzionata, mentre è minoritaria la tesi di chi reputa che l'obbligazione naturale assume giuridica rilevanza soltanto nel momento del suo (spontaneo) adempimento (CARNELUTTI, *Rapporto giuridico naturale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, 164, il quale rileva che “*il vero è che l'obbligazione naturale, non quando sia inadempita, ma quando sia adempita ha il valore di un'obbligazione giuridica*”, come prova il fatto che la *soluti retentio* scaturisce dall'adempimento da parte dell'obbligato in quanto si tratta di una prestazione dovuta). La tematica quindi è quanto mai complessa: se qui si è richiamata la teoria del debito senza responsabilità è solo per dimostrare che la qualificazione della situazione doverosa riferibile al beneficiario in termini diversi dall'obbligo giuridico non può, da sola, portare ad escludere il carattere corrispettivo delle prestazioni a carico delle parti del rapporto di sovvenzionamento.

siffatta diminuzione) la proposta di un inquadramento pubblicistico (ma al tempo stesso ispirato alla logica della consensualità) della fattispecie dovrebbe risultare viepiù soddisfacente e condivisibile.

Si è già notato in precedenza come il ricorso (talvolta “istituzionalizzato”) a schemi di natura privatistica, se per un verso ha consentito una riduzione di ipertrofie garantistiche che talora connotano il regime di diritto pubblico, ha dall’altro lato determinato un affievolimento dell’incisività del controllo giurisdizionale sull’esercizio di poteri comunque funzionalizzati⁵⁶⁰.

Il caso emblematico in tal senso è rappresentato dalla privatizzazione del pubblico impiego, materia nella quale, allorché si tratti di verificare la legittimità delle modalità spendita del potere datoriale (modellato sulla falsariga di quello del datore di lavoro privato), sono frequenti affermazioni del tipo: “*l’esercizio scorretto del potere privato, costituisce pur sempre un vizio in executivis, dando luogo ad inadempimento contrattuale, non a nullità dell’atto di gestione del rapporto; le azioni esperibili sono quelle risarcitorie e di manutenzione, non mai quelle di annullamento; il controllo avviene sulla base dei parametri civilistici dell’articolo 1175 e 1375 codice civile e non per figure sintomatiche dell’eccesso di potere*”⁵⁶¹. Si è al riguardo fondatamente osservato che “*il tentativo [...] di recuperare margini di tutela specie attraverso l’applicazione delle clausole di correttezza e buona fede, non approda ad esiti particolarmente univoci e, comunque, non pare risolversi in una funzionalizzazione delle categorie che dominano la scena, tale da assicurare risultati in sostanza analoghi a quelli che verrebbero garantiti da un regime pubblicistico, in virtù*

⁵⁶⁰ Di contrario avviso PAOLANTONIO, *Articolo 1*, cit., spec. 114, il quale reputa che il ricorso al diritto privato (e quindi alla giurisdizione del g.o., salve le ipotesi di giurisdizione esclusiva) non determini un indebolimento della tutela giurisdizionale del c.d. terzo, ma viceversa un suo rafforzamento. L’A. cita come esempi: l’esperibilità da parte del terzo dell’intervento volontario ex art. 105 c.p.c. nel giudizio instauratosi da altro privato e p.a., laddove dall’esito di tale giudizio egli possa essere in qualche modo pregiudicato; fruibilità delle più ampie forme di tutela cautelare contemplate dal Codice di rito senza rischio di incorrere nel divieto di sostituzione del g.a. ed anzi fruendo di un più ampio ventaglio di rimedi esecutivi della misura soprassessoria; garanzia del pieno controllo nomofilattico.

⁵⁶¹ Cons. St., Sez. V, 29 agosto 2005, n. 4402, in *Giorn Dir. Amm.*, 2006, 992. Più di recente, vedi in termini Cass. civ., 12 ottobre 2010, n. 21088, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 1314, assume come dato di partenza che gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali hanno natura di determinazioni negoziali: nell’adozione di tali atti l’amministrazione è pertanto guidata dai criteri di buona fede e correttezza di matrice civilistica. Sulla funzione della motivazione, richiamata dalla pronuncia della Cassazione appena citata, ma minimizzata da altro orientamento pretorio, si rinvia a quanto osservato *retro*, 230. Quanto alla questione del riparto di giurisdizione, vedi di recente Cons. St., Ad. Plen., 12 luglio 2011, n. 11, in *Rivista NelDiritto*, 2011, 1057, con mie brevi notazioni.

*del quale, come noto, lo scopo impresso al potere si riflette sempre in un peculiare spessore delle pretese azionabili da parte dei destinatari dello stesso*⁵⁶².

Laddove, poi, come nel caso della d.i.a., il provvedimento ampliativo (sebbene vincolato) può essere sostituito da un atto soggettivamente ed oggettivamente privato, mentre è del tutto condivisibile la logica della liberalizzazione sottesa a tali istituti, per altro verso non possono tacersi le complicate, e spesso infruttuose, evoluzioni di dottrina e giurisprudenza che hanno cercato di garantire che il terzo abbia nella specie una tutela identica (o meglio parimenti effettiva rispetto) a quella che avrebbe avverso il provvedimento amministrativo (sostituito).

Se ad esempio dovesse passare la linea *imposta* dal legislatore per cui la tutela del terzo si svolge *esclusivamente* nella forma del rito avverso il silenzio inadempimento (vedi al riguardo il “nuovo” comma 6-ter dell’art. 19 della l. 241 del 1990), sembra difficilmente negabile che il bilanciamento tutela del terzo (e relative tecniche)/esigenze di stabilità dell’assetto di interessi venutosi a determinare sia modulato diversamente da quanto accade laddove l’interessato preferisca affidarsi alla logica tradizionale del procedimento ad istanza di parte e del provvedimento unilaterale della pubblica amministrazione.

Analoghe considerazioni devono farsi con riferimento al settore che specificamente interessa.

⁵⁶² LIGUORI, *La funzione*, cit., 21, che richiama in nota anche quanto osservato da TRIMARCHI BANFI, *L’articolo 1, comma 1 bis della legge n. 241 del 1990*, cit., ad avviso della quale “*il vincolo che è insito nel carattere discrezionale del potere privato è rigorosamente circoscritto a quanto strettamente richiesto dal senso della norma che lo prevede e non investe altri aspetti che sono resi significativi dall’immanenza di ulteriori finalità come quelle che sono postulate in relazione a compiti che l’ordinamento assegna al soggetto pubblico*”. L’Autrice da ultimo citata sostiene in definitiva (nota 28) che “*l’ipotesi che l’osservanza delle regole tipiche del potere amministrativo discrezionale sia configurabile come standard di comportamento e, sotto questo nome, possa rientrare tra le regole di condotta che obbligano l’amministrazione datore di lavoro privato in forza della clausola di buona fede – prospettiva di indagine, questa, proposta, con segnato riferimento alla materia del pubblico impiego privatizzato, da PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell’amministrazione datore di lavoro*, cit., 236 e 275 – presuppone una sorta di specializzazione dello standard di condotta all’interno di una stessa categoria di soggetti (quella dei datori di lavoro). Attraverso la buona fede, la qualità del soggetto amministrazione reintrodurrebbe la differenza tra rapporto di lavoro privato e rapporto di lavoro pubblico*”. Alla dottrina citata retro, in nota 230, *adde* BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo in diritto privato*, Milano, 1967. Vedi anche quanto notato, *ex adverso*, da una autorevole dottrina processualista (PROTO PISANI, *Appunti*, cit., 378) secondo cui il sindacato sull’eccesso di potere, “*seppur penetrante, è quanto di meno comprensibile, anche agli addetti ai lavori*”.

Vero è che l'atto di sovvenzione è voluto dal richiedente, e che quindi esso manifesta il suo carattere autoritativo specie (se non esclusivamente) riguardo ai terzi; vero è che alla base del finanziamento vi è una logica per così dire di scambio tra l'amministrazione che incentiva e l'imprenditore sovvenuto, giacché a fronte della corresponsione del beneficio da parte della prima il secondo assume (certo volontariamente, ma in guisa non meno impegnativa) uno specifico impegno riguardo alla conformazione dell'attività di impresa ad uno statuto indicato dal medesimo soggetto pubblico: epperò se si guarda alle conseguenze di una ricostruzione del fenomeno secondo moduli privatistici in punto di forme di tutela non si può negare che quelle assicurate dal diritto pubblico siano indubbiamente più robuste.

Si ricorderà ad esempio quanto detto a proposito dell'applicabilità dell'art. 2598 c.c. in tema di concorrenza sleale: norma che sarebbe invocabile (innanzi al g.o.) dall'impresa controinteressata per contestare la legittimità del vantaggio competitivo indebitamente assunto dall'impresa sovvenuta⁵⁶³. I limiti di tale utilizzazione derivano peraltro dalla particolare caratterizzazione che la dottrina commercialistica ha dato a questo istituto, caratterizzazione che peraltro non sembra immodificabile tenuto conto del tenore letterale della richiamata norma codicistica⁵⁶⁴.

Oltre ai suddetti limiti, la soluzione del problema sembra ancora condizionata dalla c.d. conseguenza giurisdizionale: ed invero *“l'essere costretti a riconoscere che l'aspettativa del potenziale beneficiario è sostanzialmente priva di tutela deve indurre a preferire le ricostruzioni delle fattispecie normative che in qualche modo riconoscono l'esistenza autonoma, accanto al contratto, di un momento pubblicistico”*⁵⁶⁵.

⁵⁶³ PERICU, *Le sovvenzioni*, I, cit., 260 e ss., ma vedi anche PERICU, CROCI, *Le sovvenzioni*, cit., 248; vedi infine PERICU, *Politica dei concorsi*, cit., 505; in giurisprudenza vedi Trib. Napoli, 10 aprile 1985, n. 3240, non pubblicata.

⁵⁶⁴ Così PERICU, CROCI, *loc. ult. cit.*, e PERICU, *La politica*, cit., *ibidem*.

⁵⁶⁵ In questi termini, PERICU, CROCI, *op. ult. cit.*, 252; OTTAVIANO, *Argomenti a favore*, cit., 227-228 che con specifico riguardo al mutuo agevolato rileva che non si comprende come mai da un rapporto privato (questa la configurazione preferita dalla maggioranza della dottrina) possano sorgere dei doveri a contenuto pubblico, *“che come tali postulano un rapporto tra il mutuatario e l'amministrazione che si avvantaggia della loro osservanza. Tutto ciò induce a chiedersi se sia fondata la comune opinione che ritiene che i mutui agevolati hanno natura privata, o se non sia più persuasivo, almeno da un punto di vista teorico e salvo quanto il legislatore abbia voluto disporre, l'opposta opinione secondo cui l'istituto di credito agisce nell'adempimento di un compito pubblico”*.

Valga una ulteriore notazione: la ricostruzione della fattispecie in termini pubblicistici, o meglio in termini di contratto di diritto pubblico (cioè di un modello fondamentalmente pubblicistico, dove peraltro la disciplina del Codice civile si insinua in funzione suppletiva specie per quanto concerne la disciplina dei rapporti tra le parti nello svolgimento delle reciproche prestazioni) si attaglia meglio alle esigenze di una lettura *unitaria* del fenomeno del sovvenzionamento nelle sue multiformi sfaccettature. Si deve infatti dissentire dall'opinione - pur autorevolmente espressa⁵⁶⁶ - secondo cui, a fronte di fattispecie che presentano aspetti marcatamente privatistici, come il credito agevolato, sarebbe errato “*il voler ritrovare in ogni caso un momento pubblicistico*”, potendosi semmai dubitare della legittimità ed opportunità della scelta di campo effettuata in questi casi dal legislatore.

Il riferimento alla “doppia causa” consente di adattare lo schema del contratto di diritto pubblico alla più varia casistica: il tratto comune a tutte le fattispecie rimane (e ciò sembra difficilmente negabile) infatti la causa economica o pubblicistica (a sua volta sorretta da un interesse che è e rimane pubblico), mentre la mutevolezza della causa privatistica (che giustifica e regola lo svolgimento del rapporto) consente la conformazione della teorica appena esposta a casi apparentemente (e forse non solo apparentemente) molto distanti, come un contributo a fondo perduto ed un mutuo agevolato⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ PERICU, CROCI, *ibidem*.

⁵⁶⁷ In questo senso, vedi ad esempio MERUSI, *Disciplina e organizzazione*, cit., dove si rileva la similitudine tra sovvenzioni e crediti agevolati sotto il profilo funzionale: similitudine che si evince, a dire dell'illustre Autore, dalla sussistenza nell'uno e nell'altro caso della creazione di un rapporto di durata tra concedente e beneficiario caratterizzato dal necessario perseguimento di uno scopo da parte del secondo e dalla sussistenza in capo al primo di poteri di vigilanza e controllo. Il Merusi peraltro, nei termini problematici che diremo, prospetta la possibilità di valutare se l'analogia tra sovvenzioni in senso stretto e crediti agevolati sussista (oltre che sotto il rilevato profilo funzionale) sotto il profilo strutturale: e la costruzione “unificante” sarebbe appunto quella del provvedimento affiancato da un contratto accessivo. Come si dirà più ampiamente in seguito, lo stesso SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici*, cit., spec. 364 e ss., cui si deve l'individuazione di un *trait d'union* tra le varie forme di incentivazione dato dalla connessione ad una “causa economica”, rileva che anche quando si attua tramite moduli più spiccatamente privatistici l'intervento in funzione incentivante è caratterizzato dall'adozione di un provvedimento amministrativo che consente una tutela “pubblicistica” del controinteressato. Secondo il VINI, *Mutuo di scopo*, cit., *passim*, nel caso del credito agevolato convivono un rapporto di agevolazione ed un rapporto di credito che restano tra loro autonomi, ma fondamentalmente collegati. Si nota infatti che l'obbligazione di scopo (e cioè quella di destinare la somma mutuata ad una certa finalità) sorge dal rapporto di agevolazione (non da quello di credito che trova la sua fonte esclusiva in un contratto di diritto privato

La causa pubblicistica è quindi più “rigida” perché collegata all’interesse pubblico (che è anche interesse pubblico alla corretta attribuzione degli incentivi, interesse dove si riflette quello personale del terzo a vedere attribuita la sovvenzione a sé e non ad altri); quella privatistica, che può essere anche atipica, è meno “rigida” perché attiene a rapporti tra “parti consenzienti”, fermo restando che su di essa può influire – in forza del principio *simul stabunt simul cadent*⁵⁶⁸ – l’eventuale mutamento sopravvenuto dell’interesse pubblico.

Lo scioglimento del rapporto può infatti avere luogo sia per effetto di vicende che riguardano l’interesse pubblico (revoca) che di vicende che propriamente attengono allo svolgimento delle reciproche obbligazioni (risoluzione per inadempimento).

Del resto anche la giurisprudenza sembra tenere distinti tali momenti quando afferma che *“in materia di contributi e di sovvenzioni pubbliche, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, nella fase successiva al provvedimento attributivo del beneficio, deve essere operato considerando che l’interesse del beneficiario alla conservazione della disponibilità delle somme erogate assume consistenza di diritto soggettivo di fronte alla contraria posizione assunta dalla p.a. tutte le*

stipulato tra l’istituto erogante il credito e il soggetto finanziato): gli effetti dell’inadempimento dell’obbligazione di scopo *“si producono direttamente all’interno di questo”* (del rapporto di agevolazione, che invece intercorre tra lo Stato e l’istituto che eroga il credito). L’interesse all’adempimento dell’obbligazione di scopo è essenzialmente del soggetto pubblico. Si osserva inoltre che *“l’obbligazione di scopo si trasferisce dal livello pubblicistico a quello privatistico, consentendo una ricostruzione unitaria del fenomeno. Ed a conferma dell’assunto si evidenzia come, benché sia stato già adottato l’atto di concessione del contributo, fino alla conclusione del contratto non sorga alcun obbligo in capo al soggetto finanziato”* (998). La riferita dottrina analizza poi i nessi tra il rapporto di agevolazione e quello di credito sotto il profilo della interferenza della patologia del primo sul secondo, alla luce della teorica (tutta civilistica) del collegamento negoziale. In particolare, da un lato, gli elementi posti dalla p.a. con il provvedimento di concessione generano clausole contrattuali di un certo contenuto nel rapporto (puramente contrattuale) di credito (si pensi alla durata dell’ammortamento, al tasso di interesse di riferimento, al tasso agevolato conseguente all’esistenza del contributo e la destinazione da imprimere alla somma mutata); dall’altro, il rapporto di credito nato in collegamento con quello di agevolazione per averne recepito alcuni elementi contenutistici *“regola in un momento logicamente successivo le proprie sorti, per l’ipotesi in cui la situazione giuridica, sorta con il provvedimento, dovesse mutare o venire meno”* (1007). In questo ambito quindi assume rilievo il tentativo di individuare i possibili effetti *“che l’inadempimento dell’obbligo di scopo, contenuto nel rapporto di agevolazione, provoca nel rapporto di credito ad esso collegato; può dirsi ora, più chiaramente che il prodursi di tali effetti si lega necessariamente al fatto che le parti abbiano attribuito all’obbligazione di scopo la rilevanza del precetto operante all’interno del rapporto di credito, ricollegando all’inadempimento della prima la possibile risoluzione del secondo”* (1009). Sul punto vedi anche POLLICE, *Soggetto privato e ausilio finanziario pubblico (mutuo e destinazione nel credito agevolato)*, Napoli, 1984, 27.

⁵⁶⁸ Ovvero come si vedrà con riguardo al finanziamento agevolato per effetto dell’istituto della presupposizione.

*volte in cui tale posizione si puntualizzi in provvedimenti che, quale che sia la loro configurazione formale, trovino fondamento (non già in una ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato, ma) nell'asserito inadempimento, da parte del beneficiario dell'erogazione, degli obblighi derivanti dal provvedimento attributivo*⁵⁶⁹.

La ricostruzione in termini di contratto di diritto pubblico assoggettato alla disciplina di cui all'art. 11 della l. 241 elide le conseguenze in punto di giurisdizione di detta distinzione (revoca/inadempimento) - essendovi la giurisdizione esclusiva del g.a. in relazione alle controversie riguardanti la formazione, la conclusione e l'esecuzione degli accordi – ma non la sua utilità ai fini della ricostruzione della struttura bifasica (che però resta unitaria visti i collegamenti tra causa pubblicistica e causa privatistica) della fattispecie.

Tirando le fila del discorso finora condotto, deve ritenersi che:

- 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 quale tutela debbano ottenere i terzi e dinnanzi a quale giudice;
- deve infatti ritenersi che gli strumenti di incentivazione alle attività economiche si connotano per una matrice autoritativa,

⁵⁶⁹ Alla giurisprudenza citata *retro* in nota 234, *adde* Cass. S.U., 10 aprile 2003, n. 5617, in *Foro amm. C.d.S.*, 1253. In termini, Cass. S.U., 13 maggio 2009, n. 10999, in *Riv. Giud. Ed.*, 2010, 148; 15 aprile 2003, n. 5991, in *Foro It.*, 2003, I, 2722; 29 luglio 2003, n. 11649, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 2176. Si tratta dell'orientamento tendente ad utilizzare come criterio di riparto quello fondato sull'individuazione del segmento procedurale interessato dal provvedimento oggetto di vaglio giurisdizionale e sulla 'causale' dell'iniziativa revocatoria. In particolare, si è evidenziato che *"occorre tenere distinto il momento 'statico' della concessione del contributo, rispetto a quello 'dinamico', individuabile nell'impiego del contributo medesimo. Tale distinzione rileva anche con riferimento ai provvedimenti di revoca. Pertanto, al primo segmento - spettante alla giurisdizione del g.a. - appartengono provvedimenti, comunque denominati (revoca, decadenza) - di ritiro del contributo, anche susseguenti all'erogazione, ove costituiscano manifestazione del potere di autotutela amministrativa. Viceversa, ogni altra fattispecie, concernente le modalità di utilizzazione del contributo e il rispetto agli impegni assunti, involge posizioni di diritto soggettivo, relative alla conservazione del finanziamento, spettanti alla giurisdizione ordinaria"*. In questi termini, da ultimo, Cons. St., Sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 3, in *Diritto e giust.*, 2010. Particolarmente chiara nella qualificazione delle posizioni soggettive vantate dal privato nei confronti di una revoca di diritto pubblico e di una decadenza (conseguente all'inadempimento della prestazione dovuta dal privato) di diritto comune, Cass. S.U., 10 maggio 2001, n. 183, *cit.*. Non esita a qualificare tale decadenza come provvedimento non autoritativo (soggetto al diritto privato, ai sensi del comma 1-*bis* della l. 241 del 1990) il PAOLANTONIO, *Articolo 1*, *cit.*, 106. Su questo punto si tornerà ancora una volta in seguito.

come risulta confermato dalle tesi dottrinarie sulla convenzione di finanziamento che cercano di fornire una lettura unitaria (ed in chiave pubblicistica) di fenomeni per lo più ricostruiti in termini privatistici, come il mutuo agevolato;

- i momenti di consensualità che vengono in rilievo, innestandosi su tale matrice autoritativa, non possono trovare collocazione in strumenti di *puro* diritto privato (o diritto privato funzionalizzato), perché la piena fungibilità tra atti di marca pubblicistica e atti di marca privatistica opera solo con riguardo agli atti non autoritativi⁵⁷⁰;
- tali momenti trovano piuttosto collocazione nell'ambito di una fattispecie assoggettata ad una disciplina prevalentemente pubblicistica (tale da consentire ad esempio alla p.a. di recedere dall'accordo per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, salvo indennizzo), e solo in via sussidiaria ad un disciplina privatistica;
- sembra attagliarsi particolarmente bene a tali esigenze regolatorie lo schema fornito dall'art. 11 della l. 241 del 1990, specie ove si aderisca alla tesi, già sostenuta dalla dottrina prevalente ed oggi confermata dalla Corte Costituzionale e dal Codice del processo amministrativo (art. 7), che si tratti della norma-base dell'attività consensuale di diritto pubblico, un'attività che, in quanto soggetta ai principi del Codice civile, nulla ha a che vedere con l'attività non autoritativa, soggetta *tout court* (e salva sempre una diversa scelta del legislatore) alle "norme" del diritto privato (per quanto anche in questo caso, come si ritiene dai più, i profili pubblicistici – ad esempio il principio di legalità – non risultano del tutto estromessi dalla fattispecie).

⁵⁷⁰ Deve al riguardo ricordarsi l'insegnamento di LIGUORI, *La funzione*, cit., 44, secondo il quale "il diritto amministrativo 'pieno' non può ricomprendere l'area autoritativa se non limitatamente alle attività attuative di quanto deciso in via unilaterale dall'amministrazione titolare della funzione". Vedi in proposito anche MERUSI, *Il diritto privato della p.a. alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004, 652.

5. *La tesi pubblicistica. Caratteristiche ed effetti del provvedimento (tipico) di sovvenzione nella ricostruzione offerta da Pericu. Esclusioni dalla nozione di sovvenzione. Verifica dell'attendibilità di tali esclusioni.*

Per altra impostazione dottrinale, riferibile essenzialmente (ancorché non esclusivamente⁵⁷¹) a Pericu⁵⁷², 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: discende da ciò che “*tutte le fattispecie di provvedimenti amministrativi che presentano come prevalente tale conseguenza giuridica, o, se si vuole, nelle quali viene così individuato il contenuto necessario, debbono essere qualificate come sovvenzioni in senso tecnico giuridico*”⁵⁷³.

⁵⁷¹ Si vedranno ad esempio più approfonditamente le tesi di OTTAVIANO, *Alcune considerazioni in tema di c.d. liberalità*, cit., e di D'ALBERGO, *Sulla struttura delle sovvenzioni*, cit., 341. Per altri Autori, vanno qualificate come sovvenzioni solo quelle attribuzioni che non implicano l'obbligo di restituzione e che sono poste in essere, come s'è detto, per una causa economica, ossia per operare un intervento diretto a *manovrare* l'attività economica privata: vedi in questo senso, oltre ad alcuni scritti tedeschi, quanto osservato da SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici*, cit., spec. 369, nonché ANNESI, *Finanziamento (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, 628 e ss., spec. 631. Se è vero che in molti casi il privato è tenuto a restituire la somma erogata in suo favore è altrettanto vero, come si cercherà di evidenziare, che la concessione di un mutuo a condizioni agevolate implica di per sé una maggiore convenienza per il richiedente e l'impegno a sostenere il *peso economico* dell'operazione in capo al soggetto pubblico, che intanto assumerà quest'impegno in quanto riterrà che lo svolgimento dell'iniziativa incentivata sia di pubblico interesse. L'obbligo di restituzione non elide, cioè, il fatto che si tratta di un mutuo erogato a condizioni particolarmente vantaggiose, rese a loro volta possibili dall'intervento dello Stato (o di altro soggetto pubblico) che si accolla in parte il pagamento – nella maggior parte dei casi – degli interessi (o meglio di una quota-parte di essi).

⁵⁷² *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, I e II, cit.; ID., *Politica dei concorsi*; PERICU, CROCI, *Le sovvenzioni*, cit..

⁵⁷³ PERICU, *Le sovvenzioni*, I, cit., 108-109, che si preoccupa di chiarire che l'utilizzo del termine “sovvenzione” (presente anche in SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984, spec. 601, che fa rientrare le sovvenzioni nell'ambito della “*varia e molteplice gamma di 'provvidenze' con le quali generalmente l'Amministrazione interviene, per lo più a fini di incentivazione, in favore di iniziative economiche che abbisognano di essere incoraggiate [...]*”) è preferito ad altri (ad esempio ai “conferimenti” di cui parla il FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, cit., 220) perché è “*inutile cercare nuove formule quando se ne possono impiegare alcune – quale è quella di 'sovvenzione' – che sono normalmente usate nella pratica con un significato parzialmente analogo*”. Il rischio di confusione terminologica che ne potrebbe derivare, paventato dallo stesso Falzone (*loc. ult. cit.*) è in realtà obliterato laddove all'utilizzo del termine ‘sovvenzione’ corrisponda una chiara definizione delle fattispecie che rientrano in siffatta nozione. Il Pericu chiarisce inoltre che nella legislazione (una legislazione che, si ripete ancora una volta, è frammentaria ed episodica, per non dire caotica, e tale notazione, se valeva ai tempi in cui scriveva l'Autore, vale a maggior

Per dimostrare la validità di una tale prospettiva di indagine, occorre peraltro verificare che il tipo di provvedimento amministrativo così isolato (il relazione al suo effetto prevalente) sia agevolmente distinguibile “*dagli altri tipi giuridici che vengono designati, in prima approssimazione, con il generico termine di sovvenzione*”⁵⁷⁴.

In quest’ottica si impone la necessità di escludere in primo luogo i casi in cui l’attribuzione sia effettuata direttamente dalla legge, sia per quanto concerne il destinatario che per quanto concerne l’ammontare del contributo⁵⁷⁵. La ragione di siffatta esclusione va fondamentalmente rinvenuta, ad avviso della citata dottrina, nel fatto che in queste ipotesi manca un momento amministrativo di attuazione della prescrizione normativa (che non sia la mera liquidazione del contributo); inoltre queste forme di erogazione, per il solo fatto che il loro destinatario è individuato, sono rivolte più ad incentivare una determinata impresa che non una determinata attività, diversamente da quanto accade per i provvedimenti di sovvenzione propriamente detti⁵⁷⁶.

ragione ai giorni nostri) la terminologia utilizzata non è univoca, ma all’inverso estremamente varia: si parla talora di “contributo”, semmai accompagnando tale termine con aggettivazioni del tipo “integrativo”, “di ammortamento”, “di interessi”; altrove si fa riferimento al “sussidio” ovvero al “premio”. Ma tale varietà (le esemplificazioni potrebbero continuare) – che trova la sua causa principale nella atecnicità della legislazione minore – “*non può essere di ostacolo ai fini dell’esatta qualificazione della fattispecie*”, in quanto “*l’interprete può non tenere conto delle parole con cui si esprime il legislatore: egli deve guardare alla struttura della fattispecie*” (p. 109, in nota).

⁵⁷⁴ PERICU, *op. ult. cit.*, 133.

⁵⁷⁵ Dove cioè non vi è alcuna attività di carattere costitutivo da parte della pubblica amministrazione, sia essa di diritto pubblico o di diritto privato, ma solo un comportamento di carattere meramente esecutivo: il Pericu riporta alcuni esempi risalenti come l’art. 1 della l. 442 del 1961, dove si dispone l’elargizione di un contributo a favore dell’Ente per la valorizzazione dell’Isola d’Elba, ovvero la l. 1520 del 1960 dove si prevede la concessione di una somma di denaro all’Opera del Duomo di Orvieto per i lavori di manutenzione straordinaria. Ma si possono fare, sulla scia di quanto rileva il citato A., anche degli esempi più recenti.

⁵⁷⁶ Le forme di contribuzione ora esposte sono state studiate prevalentemente per chiarire in quali casi sulla loro concreta erogazione sussistesse il controllo della Corte dei Conti. Si vedano al riguardo gli studi di FRANCHINI, *Natura e limiti del controllo del Parlamento e della Corte dei Conti sugli enti sovvenzionati dallo Stato*, in *Annali fac. Giur. Univ. Camerino*, 1952, 107; MOLTENI, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti sovvenzionati dallo Stato*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1957, 86; OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, cit., 122. I citati Autori peraltro hanno studiato soltanto le contribuzioni ordinarie. Il Pericu quindi denuncia la mancanza di uno studio organico della materia. Materia che oggi potrebbe assumere una nuova veste ed una nuova qualificazione ove ad esempio si consideri quanto più sopra ricordato a proposito dell’organismo di diritto pubblico, o ancor di più con riferimento alla compensazione degli oneri impropri del servizio pubblico universale. Per quanto sia nell’uno che nell’altro caso il sistema conosca delle forme più evolute della mera contribuzione diretta da parte dello Stato (vedi *retro* cap. III, par. 6), resta il fatto che, nel caso dell’organismo di diritto pubblico, è richiesta la concorrenza, oltre agli altri e noti elementi, del *finanziamento pubblico* (elemento

In secondo luogo, presenterebbero differenze rispetto al provvedimento di sovvenzione: la concessione di mutui a condizioni agevolate; la concessione di garanzie; le riduzioni tariffarie; le esenzioni fiscali.

6. Segue: il credito agevolato. Perché si tratta di una fattispecie (di carattere unitario) assoggettata ad una disciplina prevalentemente pubblicistica. Possibili obiezioni. Loro superamento. In specie: perché l'eterogeneità della compagine soggettiva dei diversi momenti del rapporto (rapporto di agevolazione e rapporto di credito) non impedisce una ricostruzione unitaria della fattispecie. Richiamo alla figura della delegazione neutra. Carattere unitario e trilaterale del rapporto "globale". Reciproche interconnessioni tra il momento pubblicistico e quello privatistico. Conseguenze della revoca dell'ammissione al contributo di interessi sul contratto di credito. Sua necessaria caducazione o, quanto meno, novazione. Possibilità di giungere alla medesima soluzione anche ponendosi da una prospettiva "atomistica" dei rapporti di agevolazione e di credito: la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (ovvero delle ragioni che inducono a respingere la fruibilità del rimedio); la presupposizione (con segnato riferimento alle recenti evoluzioni dottrinali e giurisprudenziali). Delineazione di parziali conclusioni.

Occorre particolarmente soffermare l'attenzione sui primi tre casi (in quanto intercettano più del quarto gli interessi dell'amministrativista): se infatti si comprende (anche se non si condivide del tutto) l'opinione di Pericu sulla necessità (dettata da esigenze di complessiva armonia della ricostruzione da costui proposta) di tenere distinte tali ipotesi dal provvedimento di sovvenzione⁵⁷⁷ interessa qui verificare se queste forme di

inteso in modo particolarmente ampio tanto da ricomprendere i casi in cui esso sia considerato pubblico perché imposto – ai cittadini – dal soggetto pubblico), mentre nel caso della compensazione degli oneri impropri del servizio pubblico universale, sia che ad essa provveda direttamente il soggetto pubblico sia che ad essa provvedano le altre imprese operanti nel settore sulla base di una quantificazione operata da un'autorità di regolazione (è quanto accade ad esempio nel settore delle telecomunicazioni), si tratta di forme di intervento dello Stato nell'economia, che, pur essendo difficilmente riconducibili ad unità, atteso il carattere magmatico della legislazione sul punto, e che per tale profilo presentano un aspetto in comune con le sovvenzioni propriamente dette: basti pensare che quando (ed in quanto) il contributo di compensazione non sia giustificato dalla necessità di tenere indenne il gestore del servizio pubblico dalle perdite che altrimenti subirebbe per (e pur di) assicurare il servizio universale (oltre alle altre condizioni specificate dalla giurisprudenza *Altmark*) esso si risolve in un aiuto di Stato vietato.

⁵⁷⁷ Necessità che sorge, ad avviso dell'Autore (*op. ult. cit.*, 134 e ss.), dal fatto che "è agevole la distinzione rispetto all'atto di sovvenzione [...]: questa distinzione di rinvia non soltanto nella diversa

incentivazione presentino una “causa economica”, nel senso chiarito dallo Spagnuolo Vigorita, e se quindi sia possibile il loro inquadramento nell’ambito di uno schema regolatorio più generale, di natura essenzialmente pubblicistica, che nondimeno tenga conto delle specificità delle suddette figure, dando ad esse rilievo per quanto concerne la disciplina della fase attuativa del rapporto.

Al riguardo sembra opportuno qualche breve chiarimento.

Fermando l’attenzione sul mutuo agevolato⁵⁷⁸ (ma le stesse considerazioni paiono spendibili, *mutatis mutandis*, anche con riguardo alla concessione di garanzia), deve ricordarsi l’opinione della dottrina prevalente⁵⁷⁹ secondo cui il finanziamento pubblico sarebbe da riportare alla figura del mutuo di scopo, e cioè, ad uno schema contrattuale (privatistico) sostanzialmente atipico: se infatti si considera che la causa del mutuo consiste nel consentire al mutuatario il godimento dei beni che gli sono consegnati dal mutuante (vedi l’art. 1813 c.c.), ci si avvede facilmente del fatto che tale schema non è idoneo a ricomprendere le caratteristiche funzionali del mutuo di scopo, sol che si consideri l’interesse specifico delle parti (specie di una di esse) a che sia adempiuta

regolazione della fattispecie, una di diritto pubblico e l'altra di diritto privato, ma altresì nella diversità degli effetti giuridici che ne discendono”. Né si può ritenere nella specie risolutivo il riferimento agli asserti fondamentali della *Zweistufentheorie*, ossia che “*in queste fattispecie siano rinvenibili due momenti assai differenziati, in relazione alla loro qualificazione giuridica. E cioè ritenere che la deliberazione sul se concedere il beneficio sia un vero e proprio atto di diritto pubblico (come tale assoggettabile alla disciplina degli atti amministrativi) sulla cui base si perviene alla stipulazione di un negozio di diritto privato, che avrebbe, quindi, la natura di mero atto di attuazione. In effetti, ove si considerasse possibile questa ricostruzione della fattispecie, si potrebbe argomentare nel senso che l'atto amministrativo preliminare sia accomunabile all'atto di concessione di una sovvenzione in senso stretto in un'unica categoria giuridica*”. Ma tale equiparazione è impedita dalla diversità degli effetti giuridici delle descritte fattispecie: ed infatti, anche a voler ammettere che nella deliberazione sul se concedere o meno la garanzia o il mutuo vi sia una manifestazione di volontà di carattere provvedimentale, occorre notare che si tratta di un elemento inautonomo della fattispecie, che per perfezionarsi ha cioè bisogno della stipulazione di un contratto di diritto privato. Tali deliberazioni “*in quanto preliminari all'atto terminale del procedimento esplicano un effetto sostanzialmente prodromico, seppure non manchino di produrre anche conseguenze giuridiche, che possano creare rapporti giuridici, in determinate situazioni, perfettamente definiti. L'emanazione dell'atto di sovvenzione, al contrario, esaurisce in sé il perfezionamento della fattispecie*”.

⁵⁷⁸ Gli schemi ipotizzabili, volendo semplificare il discorso, sono sostanzialmente due: talvolta (e sono i casi più frequenti) l’amministrazione ammette al beneficio un imprenditore, il quale poi stipula un contratto a condizioni particolarmente favorevoli con una banca autorizzata (sulla base di un rapporto sottostante) ad erogare il finanziamento alle dette condizioni; altre volte, secondo una dinamica più spiccatamente privatistica, l’istruttoria se ammettere o meno l’impresa al finanziamento spetta alla banca: segue la proposta di approvazione (ed eventualmente l’approvazione) dello schema di contratto così formulato tra banca ed imprenditore rivolta alla (o da parte della) pubblica amministrazione.

⁵⁷⁹ Vedi *retro* nota 485.

l'obbligazione di scopo⁵⁸⁰. Da ciò discendono, sotto il profilo strutturale, le seguenti conseguenze: all'obbligazione restitutoria sia aggiunge un'obbligazione di *facere* non contemplata nello schema generale del mutuo; tale ultima obbligazione in nessun modo può essere considerata accessoria rispetto alla prima; ne consegue ulteriormente la consensualità del mutuo di scopo, a fronte della realtà del mutuo ordinario⁵⁸¹.

La questione nodale, peraltro, concerne il se nel caso del mutuo agevolato sia individuabile, accanto ad un rapporto di credito/debito di marca chiaramente privatistica, un rapporto di

⁵⁸⁰ Benvero la dottrina ha in parte contestato l'assunto per cui la *causa mutui* sarebbe così rigida da non poter ricomprendere anche il mutuo di scopo. Secondo il FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, in *Banca Borsa*, I, 1961, 477, spec. 480 l'obbligazione di scopo (che connota in senso peculiare il mutuo di scopo) rappresenta soltanto “un adeguamento della causa del mutuo al risultato pratico cui si indirizzano le parti”. In discorso in buona parte intercetta quanto già più sopra rilevato a proposito della *causa in concreto* del contratto: se la causa viceversa fosse del tutto avulsa dalla considerazione degli scopi che in concreto le parti si propongono di realizzare, si tratterebbe di un elemento eccessivamente rigido ed in buona parte inservibile (alla dottrina citata *retro adde* quanto già osservato da GASPERONI, *Collegamento e connessione tra i negozi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1955, I, 357, il quale pur aderendo ad una nozione “classica” di causa rilevava che “la volontà privata, invero, è libera di spandersi entro lo schema negoziale fino ai limiti consentiti dalla struttura del tipo”). Si contesta quindi da taluno che vi sia un rapporto sinallagmatico tra la dazione di denaro e l'adempimento dell'obbligazione di scopo: “questa non determina affatto uno scambio di attribuzioni, in quanto non procura al mutuante un vantaggio corrispettivo del godimento delle cose consegnate; la prestazione corrispettiva di tale godimento è la prestazione di interessi; la destinazione convenuta, semmai, può assumere carattere strumentale rispetto a tale prestazione” (così VINTI, *Mutuo di scopo*, cit., 986). Dall'affermata natura non corrispettiva dell'obbligazione di scopo discendono diverse problematiche, in specie quella dell'individuazione dei rimedi fruibili in caso di inadempimento di essa. Sempre ad avviso di FRAGALI, *op. ult. cit.*, 527-530, in caso di inadempimento dell'obbligazione di scopo il mutuante avrebbe un generale potere di risoluzione del contratto (in termini analoghi, vedi GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, Milano, 1968, 60 e ss.; FERRI, *Rilevanza giuridica dello scopo nei crediti speciali*, in *Foro pad.*, 1972, I, 274; BROLI, *Osservazioni in tema di finanziamento di scopo*, in *Banca Borsa*, 1973, II, 480 e ss.). La soluzione è in qualche modo condizionata dalla risposta che si intende dare al quesito se nella specie sia applicabile l'art. 1455 c.c. secondo cui “il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra”. Se si aderisce alla tesi proposta dalla dottrina (VINTI, *op. ult. cit.*) per cui nel rapporto di mutuo agevolato sono rinvenibili due distinti rapporti – uno di agevolazione tra Stato o altro ente pubblico e finanziato e l'altro di credito tra banca e finanziato – deve ritenersi che, afferendo l'interesse all'adempimento dell'obbligazione di scopo specificamente al primo di tali rapporti, l'inadempimento di tale obbligazione abbia, per così dire, *naturalmente* scarso interesse per il mutuante, non consentendogli quindi di chiedere la risoluzione del contratto.

⁵⁸¹ Il carattere reale o consensuale del mutuo è invero oggetto di questioni. In generale vedi GIAMPICCOLO, *Mutuo (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1964, 444 e ss., che propende (spec. 447) per la natura reale (in termini v. Cass. civ., 8 marzo 1999, n. 1945, in *Foro It.*, 1999, I, 2569). Vedi inoltre quanto osserva il D'AMICO, *La categoria dei cc.dd. contratti reali atipici*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1984, 346 e ss.; nonché da MORELLI, *Sull'ammisibilità del preliminare e su altri aspetti della problematica attuale del contratto di mutuo*, in *Giust. Civ.*, 1982, I, 205. Nel senso che si tratterebbe di un contratto consensuale, vedi TRIOLA, in *Giust. Civ.*, 1982, I, 212.

agevolazione che risponde senz'altro (o comunque in via prevalente) alle regole del diritto pubblico: il che dipende, evidentemente, dalla individuazione del titolare all'interesse a che sia adempiuta l'obbligazione di scopo (se sia lo Stato o l'istituto di credito autorizzato ad elargire il prestito) ed alla decodificazione delle ragioni (se di rilievo pubblicistico o meno) che sorreggono siffatto interesse.

Per spiegare la convivenza di tali eterogenei elementi nel rapporto di che trattasi, si è da taluno fatto ricorso al noto schema della concessione-contratto⁵⁸². Si è obiettato che “*ciò che non soddisfa in questa ricostruzione del sovvenzionamento di attività è la separazione artificiosa che si viene ad operare tra i due momenti concessione del beneficio e regolamento degli aspetti patrimoniali*”⁵⁸³.

Per altra impostazione, la costruzione della concessione-contratto andrebbe respinta perché nel contratto di mutuo si esaurirebbe l'intera regolazione del rapporto⁵⁸⁴.

Da altri, invece, si ritiene che la tesi della concessione-contratto, se applicata al mutuo agevolato, non consente di rintracciare “*la natura del collegamento tra concessione e contratto sottostante*”⁵⁸⁵.

In particolare, se da un lato non è certo che la revoca del provvedimento di concessione porti all'inefficacia del contratto e similmente che l'annullamento del primo determini l'invalidità derivata del secondo, dall'altro, è per converso innegabile che le parti del rapporto concessorio non siano le stesse che giungono alla

⁵⁸² Vedi al riguardo, sebbene in termini dubitativi, il MERUSI, *Disciplina ed organizzazione*, cit., spec. 55, il quale, accostando sotto il profilo funzionale il credito agevolato e le sovvenzioni, osserva che “*viene spontaneo chiedersi se è possibile spingere oltre l'analogia tra le sovvenzioni e crediti agevolati, fino ad individuare, anche nei crediti, un provvedimento di concessione del beneficio al quale il contratto di mutuo acceda, così come la convenzione individuata a latere dei provvedimenti di sovvenzione. L'accostamento tra i due tipi di incentivi, che verrebbero a distinguersi per un elemento non di genere ma di specie, attinente alla particolarità non del provvedimento, ma degli obblighi convenzionali del privato, può apparire suggestivo, ma non è facile pronunciarsi in senso positivo o negativo sulla base delle sole norme che regolano il credito agevolato*”. In generale sulla concessione-contratto vedi GULLO, *op. cit.*, spec. 403; nonché D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., 292-294, 318-330.

⁵⁸³ SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, cit., 227.

⁵⁸⁴ GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, cit., 743 e ss., nonché ID., *Corso*, cit., III, 2, 103. Al riguardo si osserva da parte di SERRANI (*Lo Stato*, cit., 226, in nota) che “*l'opposizione del Giannini a tale tesi sembra ancora una volta dovuta alla non distinzione tra tipi di sovvenzione e al non portare a rilievo l'attività del privato. Infatti le sovvenzioni di attività non danno luogo ad una concessione ad effetti semplici, come sembra ritenere il Giannini, ma ad effetti complessi: dalla sovvenzione di attività derivano, infatti, diritti ed obblighi di natura patrimoniale per ambedue le parti*”.

⁵⁸⁵ VINTI, *op. ult. cit.*, 993.

conclusione del contratto di mutuo, con quanto ne discende in punto di non configurabilità dello schema dualistico che presuppone l'identità della compagine soggettiva del rapporto regolato dal provvedimento e di quello regolato dal contratto.

Mentre quest'ultimo rilievo pare difficilmente superabile⁵⁸⁶, alla prima obiezione si può più agevolmente controbattere osservando che, seppure la revoca o l'annullamento della concessione del mutuo non comportassero la risoluzione del contratto di mutuo a valle, esse determinerebbero senz'altro una sua "normalizzazione", cioè la scrematura di tutti quegli elementi afferenti al rapporto di agevolazione⁵⁸⁷, la cui sopravvenuta mancanza potrebbe tuttavia determinare uno squilibrio del sinallagma contrattuale tale da implicare, ad esempio, l'eccessiva onerosità sopravvenuta, e quindi comunque la risoluzione del contratto, ove non si voglia richiamare la nota teoria della presupposizione, in ragione della quale intanto il contratto continua a spiegare i propri effetti in quanto continui a sussistere una

⁵⁸⁶ Lo stesso VINTI, *loc. ult. cit.*, evidenzia peraltro che il problema della eterogeneità soggettiva delle parti del rapporto di agevolazione e di quello di credito tende a sfumare laddove il finanziamento sia concesso con fondi interamente pubblici: qui il rapporto nasce essenzialmente tra due soggetti, il finanziatore pubblico e il finanziato, mentre la banca assume le vesti di un mandatario del primo con funzioni meramente liquidative. In questo caso, quindi la critica mossa alla teoria della concessione-contratto, sulla base delle due riportate osservazioni, sembra meno tranciante: è vero infatti che l'interdipendenza tra i due rapporti è più evidente, così come tra i titolari di tali rapporti vi è una sostanziale relazione di identità. Il rilievo proponibile è tuttavia, ad avviso del citato Autore, di carattere più generale: "*ciò che infatti porta a differenziare nettamente l'ipotesi del mutuo concesso interamente con fondi pubblici sta nel fatto che, mentre nel primo caso ci si trova di fronte ad un rapporto di credito sul quale si innesta un rapporto di agevolazione provocato dall'intervento della p.a. che ha sicuramente natura provvedimentoale, nella seconda ipotesi riesce difficile rintracciare gli estremi di un provvedimento amministrativo, preferendosi piuttosto l'idea di un'operazione creditizia posta in essere dallo Stato in forma privatistica*", sicché "*dall'ipotesi di concessione-contratto si è completamente fuori*".

⁵⁸⁷ In effetti la giurisprudenza Cass. S.U., 27 dicembre 1997, n. 13046, cit., reputa che "*il collegamento tra il rapporto di credito fondamentale originato dal mutuo di scopo ed il rapporto di ausilio raffigurato dal contributo in conto interessi concesso dall'ente pubblico è, poi, di natura accessoria, tanto da poter cessare, lasciando sopravvivere il solo rapporto principale, quando l'istituto finanziario lo abbia regolato in modo da convertire il contratto di credito agevolato in un contratto di credito ordinario*". Da tale premessa, la Cassazione deriva la conseguenza che "*una volta emanato il provvedimento di ammissione al contributo, ed una volta stipulato il contratto, le posizioni delle parti vanno configurate, indiscutibilmente, in termini di diritto soggettivo, così che tutte le eventuali successive questioni (quale quella relativa al provvedimento con cui si disponga il venir meno dei benefici accordati da parte del concedente pubblico, assimilabile alla declaratoria di risoluzione ex art. 1456 c.c.) devono essere proposte dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, e non anche dinanzi al giudice amministrativo*". Sulle questioni di giurisdizione si tornerà in seguito, e alla luce della ricostruzione che qui si propone in senso diametralmente opposto a quanto afferma la Cassazione.

situazione (nella specie la concessione del contributo statale in conto interessi) che le parti hanno dato per presupposta alla stipulazione del contratto e determinante ai fini del consenso⁵⁸⁸.

La tesi del contratto di diritto pubblico – che invero è già stata avanzata sebbene con diverse sfumature ed impostazioni⁵⁸⁹ – è stata criticata in base al rilievo che anche qui dovrebbe farsi distinzione tra il finanziamento agevolato concesso attraverso l'utilizzo di fondi pubblici (nel qual caso può dirsi esistente un rapporto per così dire diretto tra lo Stato finanziatore ed il soggetto finanziato, l'istituto di credito assumendo soltanto le vesti di mandatario del primo) e quello del finanziamento agevolato attuato con fondi propri della banca⁵⁹⁰.

Il rilievo peraltro non è decisivo. Sembra potersi richiamare al riguardo l'elaborazione della dottrina civilistica italiana riguardo alla c.d. delegazione neutra⁵⁹¹ che trova nella tedesca *Anweisung* (§ 783 BGB) il più vicino modello regolatorio⁵⁹².

La caratteristica precipua della delegazione neutra è che essa, diversamente da quanto accade per la delegazione passiva e per quella attiva⁵⁹³, non interviene su obbligazioni sottostanti da

⁵⁸⁸ Sul punto si tornerà più approfonditamente in seguito.

⁵⁸⁹ Vedi quanto osservato in nota 486.

⁵⁹⁰ Sulla distinzione tra le due forme di finanziamento agevolato, nonché sulle diverse modalità in cui possono attuarsi, vedi ANNESI, *Finanziamento*, cit..

⁵⁹¹ Si riferisce allo schema della delegazione (anziché a quello del mandato) per spiegare *esclusivamente* il meccanismo di funzionamento dei finanziamenti pubblici con provvista del capitale da parte del solo Stato, o altro ente pubblico, l'ANNESI, *Finanziamento*, cit. 644-645.

⁵⁹² Nel diritto civile tedesco infatti la definizione di delegazione prescinde dal riferimento a rapporti obbligatori sottostanti (e da estinguere), trattandosi dell'ordine formale di eseguire ad un terzo una prestazione di denaro, titoli o altri beni fungibili.

⁵⁹³ Si definisce invece come delegazione passiva la fattispecie (l'unica peraltro ad essere disciplinata espressamente dal Codice civile) in cui il delegante è debitore del delegatario e conferisce l'incarico al delegato al fine di adempiere la propria obbligazione. Essa si risolve nell'assegnazione al creditore di un nuovo debitore; la delegazione attiva ricorre allorché il delegante sia creditore del delegato e il conferimento dell'incarico delegatorio è un modo di utilizzazione indiretta del credito che il delegante ha verso il delegato. Nella pratica negoziale è frequente che la delegazione sia al tempo stesso attiva e passiva e cioè che il delegato con un solo atto estingua contemporaneamente due rapporti: l'obbligazione tra delegante e delegatario (rapporto di valuta) e quella del delegato verso il delegante (rapporto di provvista). Si immagini l'esempio del produttore che ha acquistato materie prime da altra impresa e che deleghi il proprio cliente a pagare al fornitore della materia prima l'importo da lui dovuto: tale pagamento estingue al tempo stesso tre rapporti obbligatori e cioè quello che lega il produttore al fornitore, quello che lega il produttore al cliente (nella misura, evidentemente inferiore all'importo complessivo, di quanto pagato), e (se si tratta di delegazione promissoria) anche il rapporto tra chi paga e chi riceve il pagamento. È per questo motivo che già la tradizione romanistica riconnette la causa della delegazione alla *celeritas coniungendarum actionum inter se*, frase

estinguere: gli effetti della prestazione del delegato “*si determinano di volta in volta tenuto conto del contenuto e della finalità della delega e dell'accordo delegante-delegatario*”⁵⁹⁴. L'esempio proposto da autorevole dottrina⁵⁹⁵ per spiegare il funzionamento della delegazione neutra è quanto mai utile per verificare l'applicabilità di tale schema – fatti, *ça va sans dire*, gli opportuni adattamenti – al rapporto (che diremo essere unitario e trilatero) 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 C⁵⁹⁶. Nel caso di specie, B diviene creditore di A (delegante), sebbene erogando il 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.

Ci si deve a questo punto chiedere se (e se del caso con quali conseguenze) tale schema possa essere applicato al finanziamento agevolato (concesso attraverso fondi propri dell'istituto).

La risposta, crediamo, deve essere positiva: ed infatti l'art. 11 della l. 241 del 1990 richiama oltre ai principi civilistici in materia di contratti anche quelli in materia di obbligazioni (come disciplinati dal Codice civile): e non vi è dubbio che lo schema della delegazione, che si presta per la sua parziale (o almeno potenziale) astrattezza ad assolvere ad una pluralità di cause, costituisca per l'appunto uno schema generale volto a consentire (per qualsiasi

attribuita a Celso (D. 24.1.3.12).

⁵⁹⁴ In questi termini, BIANCA C.M., *Diritto civile*, IV, cit., 632.

⁵⁹⁵ BIANCA C.M., *loc. ult. cit.*

⁵⁹⁶ Interessante al riguardo quanto nota la giurisprudenza nazionale: secondo Cass. civ., 11 luglio 1969, n. 2549, in *Giust. Civ.*, 1969, I, 1820 “*se la delegazione si svolge normalmente sulla base di due preesistenti rapporti di debito, intercorrenti rispettivamente tra delegante e delegatario (rapporto di valuta) e tra delegato o delegante (rapporto di provvista) – nel qual caso la prestazione del delegato al delegatario serve ad estinguere ad un tempo due obbligazioni [...] - non può tuttavia escludersi, data la varietà degli interessi che [...] possono essere perseguiti attraverso l'istituto della delegazione, una molteplicità di profili causali che i due rapporti di base possono, in concreto, presentare con la conseguenza che, ad esempio, il delegante non è debitore del delegatario e quando prende l'iniziativa dell'operazione intende costituire a proprio vantaggio una ragione di credito nei confronti del delegatario (evidenziazione mia): e se a sua volta il delegato non è neppure debitore del delegante e intende anch'egli costituire una ragione di credito verso di lui effettuando a favore del delegatario una prestazione richiesta dal delegante, il risultato finale a cui può condurre l'istituto – anziché nell'estinzione di due debiti - nella nascita di due nuovi crediti a favore, rispettivamente, del delegante verso il delegatario e del delegato verso il delegante (evidenziazione mia).*”

ragione ciò avvenga) una modificazione del profilo soggettivo del rapporto obbligatorio.

Non è di ostacolo all'applicazione dell'art. 11 la considerazione - come si è visto ritenuta dirimente dalla dottrina per escludere che nel finanziamento agevolato con risorse proprie dell'istituto di credito vi sia un contratto di diritto pubblico - che la compagine soggettiva del rapporto di agevolazione è diversa rispetto a quella del rapporto di credito.

Si ritiene infatti di aderire all'orientamento (invero non unanime) della dottrina e della giurisprudenza civilistiche secondo cui gli atti in cui si articola la delegazione formerebbero un negozio plurilaterale o trilatero⁵⁹⁷. Ciò consente di considerare il rapporto trilaterale che sorge da siffatta delegazione neutra come un tutto unitario, dove si fondono aspetti più propriamente legati all'esercizio del potere (rapporto di agevolazione) ed aspetti marcatamente civilistici (rapporto di credito)⁵⁹⁸.

Volendo sintetizzare: lo Stato (o l'altro soggetto pubblico) che intende incentivare una certa attività imprenditoriale, ma non

⁵⁹⁷ In dottrina, per una impostazione del genere, vedi NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, Messina, 1932, 74 e 111, dove si afferma che “la delegazione è per la sua struttura un negozio unitario [...] e s'inquadra nella categoria dei negozi giuridici plurilaterali”. In senso analogo: FERRARA F., *Valore giuridico delle delegazioni sugli stipendi per pagamento di case popolari*, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954, 201; ANDREOLI, *La delegazione*, Padova, 1937; COVIELLO, in *Arch. Giur.*, XVI, 1896, 301, spec. 360, dove si parla di “unico contratto con tre contraenti?”. In giurisprudenza, per un remoto precedente, v. Cass. civ., 8 ottobre 1958, n. 3178, in *Giust. Civ.*, 1958, I, 1832; 12 marzo 1973 in 676; più di recente Trib. Biella, 13 gennaio 1993, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1995, I, 3, con nota di BELVEDERE. In senso contrario, sul presupposto che si tratti di negozi autonomi ancorché collegati, Cass. civ., 17 maggio 2000, n. 6387, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 1042. Anche in dottrina vi sono Autori che sostengono che non si tratti di un negozio (unitario) plurilaterale: si nota infatti che l'incarico delegatorio, l'atto di assegnazione e la promessa del delegato (cioè gli atti di cui si compone la fattispecie) sono distinti in quanto “nessuno di questi tre negozi risponde allo schema del necessario concorso di volontà di tutti i soggetti della delegazione” (così BIANCA C.M., *op. ult. cit.*, 637). Sostiene la tesi atomistica anche il RESCIGNO P., *Delegazione (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1965, 960 e ss..

⁵⁹⁸ Non si ritiene viceversa utilizzabile lo schema del contratto a favore del terzo, per l'assorbente ragione che, in questo caso, la dichiarazione del terzo di voler profittare della prestazione (art. 1411, comma 2, c.c.) se determina la definitività di essa prestazione a favore del terzo non implica affatto che questi diventi parte del rapporto contrattuale che sussiste (e continua a sussistere) solo tra stipulante e promittente. Ne discende che il terzo beneficiario non è - né può essere - titolare di obblighi o oneri e che non gli spettano i rimedi di natura contrattuale previsti dal Codice (che invece spettano, e continuano a spettare, pur dopo la detta dichiarazione del terzo, alle parti del contratto, e cioè allo stipulante ed al promittente). Nel nostro caso, invece, il “terzo” sarebbe il finanziato, che però è titolare di situazioni di obbligo sia verso la banca che, per quanto qui interessa, verso il soggetto pubblico, al quale è dovuto l'adempimento dell'obbligazione di scopo.

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(no) 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"⁵⁹⁹ il finanziamento una particolare obbligazione di scopo (destinare la somma mutuata ad un particolare utilizzo, ad esempio all'acquisto di un determinato 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.

È chiaro quindi che vi sono due frazioni del rapporto, che risultano variamente collegate: quella che origina dall'ammissione al contributo (di interessi), che ha natura pubblicistica, e quella che origina dal contratto di finanziamento.

L'aspetto qualificante della fattispecie, tuttavia, non risulta essere, come pure s'è ritenuto, il contratto di diritto privato che lega la banca e l'imprenditore che beneficia del finanziamento: è invece la particolare destinazione impressa all'utilizzo della somma data a mutuo, che trovando la sua ragion d'essere nell'intervento dello Stato e nell'interesse che quest'ultimo cura attiene piuttosto al rapporto di agevolazione.

Anche in giurisprudenza⁶⁰⁰ s'è detto che il rapporto di credito (di diritto privato) sarebbe in qualche modo *prevalente*, dando una colorazione civilistica a tutta l'operazione: in specie, si è sostenuto che la revoca del contributo per ragioni di interesse pubblico, se determina una vicenda estintiva del rapporto di agevolazione, non necessariamente implica una analoga vicenda in ordine al rapporto di credito⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ La giurisprudenza rileva peraltro che l'istituto di credito conserva la possibilità di scegliere se concedere o meno il finanziamento: cfr. ad esempio, Cass. civ., 22 marzo 2007, n. 6982, in *Foro It.*, 2008, 2, I, 583.

⁶⁰⁰ Cass. S.U., 27 dicembre 1997, n. 13046, cit. Ma vedi la giurisprudenza citata nella note seguenti.

⁶⁰¹ Va ricordato – ma la questione sarà ripresa più ampiamente in seguito – che i sostenitori della tesi dualista, di cui come è stato esattamente osservato la teoria del contratto di diritto pubblico costituisce il naturale sviluppo (vedi specificamente BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione*,

Questa notazione non sembra del tutto esatta: vero è infatti che, venuto meno il contributo di interessi per una vicenda di carattere pubblicistico, il contratto di finanziamento resta in piedi, ma resta in piedi come contratto *ordinario* (non già speciale), con la conseguenza che l'imprenditore potrebbe (essendo nel frattempo liberato dall'obbligazione di scopo che lo legava alla parte pubblica e che costituiva la ragione giustificativa dello "intervento" della stessa nella fattispecie) può decidere di continuare a fruire del finanziamento, ma alle condizioni *ordinariamente praticate* dalla banca; per questa frazione del rapporto, "depurata" dalle implicazioni di diritto pubblico connesse all'accollo da parte dello Stato di una quota-parte del debito, è ragionevole assumere che sussista la giurisdizione del giudice ordinario⁶⁰².

Tale schema argomentativo presuppone invero una visione "atomistica" dei due rapporti (che indaga, appunto dandone per scontata la distinzione, sulle reciproche interrelazioni), diversamente da quanto prima rilevato in relazione al (da taluno affermato) carattere unitario (e plurilaterale) della fattispecie: ragionando in termini di unitarietà della fattispecie sarebbe più facile affermare che, venuta meno una parte del rapporto, viene (in

cit., spec. 47), hanno ritenuto costantemente, e nel medesimo senso si orientava la stessa giurisprudenza, che i nessi tra il momento provvedimentale e quello negoziale (pur nell'affermata autonomia strutturale e disciplinare delle due fattispecie) erano talmente fitti che il venir meno del provvedimento implicava la risoluzione del contratto. In dottrina, vedi GULLO, *Provvedimento e contratto*, cit., spec. 512, il quale, a proposito del rapporto tra concessione e contratto accessivo, rileva che se tale rapporto "*non influenza il regime disciplinare del provvedimento per l'unilateralità della dipendenza che esso esprime, tuttavia neppure sottrae il contratto al regime ad esso naturale, per i limiti appunto della sua portata, caratterizzata dall'incidenza delle vicende del negozio essenzialmente quanto al suo permanere conformemente ai principi generali sull'accessorietà*". In giurisprudenza, in controtendenza rispetto alla giurisprudenza citata nella nota precedente, vedi Cass. civ., 16 giugno 1963, n. 1575, in *Giust. Civ.*, 1964, I, 384; 10 giugno 1968, n. 1770, *ivi*, 1968, I, 1382; Cons. St., Sez. IV, 19 gennaio 1998, n. 11, in *Foro amm.*, 1998, 35.

⁶⁰² Ma vedi quanto rilevato dalla più recente giurisprudenza, che sarà appresso approfondita. In specie, per Cass. S.U., 16 dicembre 2010, n. 25398, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 1608, "*appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia nella quale un privato, già beneficiario di una prima quota del finanziamento stesso, ne contesti la sopravvenuta revoca da parte della p.a., allorché l'atto sia disposto per violazione delle norme specifiche settoriali, anche appartenenti all'ordinamento comunitario, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. e, d.m. industria 20 ottobre 1995 n. 527. Infatti, tale controversia verte su una posizione di interesse legittimo, poiché la revoca non riguarda una sovvenzione riconosciuta direttamente dalla legge, sulla base di elementi da questa puntualmente indicati, e ciò anche se il finanziamento sia già stato riconosciuto in via provvisoria, né è stata oggetto di un provvedimento vincolante di organi della Unione europea*".

ogni caso) meno anche l'altra (quanto meno nella sua originaria connotazione⁶⁰³).

Pure ragionando in termini atomistici, però, sembra si possa ritenere che la sopravvenuta *normalizzazione* del rapporto di finanziamento (il fatto che cioè il finanziamento non sia concesso, per essere venuto meno l'intervento dello Stato, a condizioni di favore) possa determinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione del mutuatario (e quindi la risolubilità anche del contratto *ordinario* di finanziamento), o - più verosimilmente - la possibilità di invocare la disciplina sulla presupposizione⁶⁰⁴.

⁶⁰³ Interessa ricordare che la novazione c.d. oggettiva “*non substituit i soggetti ma estingue il rapporto obbligatorio, mutandolo in un altro rapporto diverso per l'oggetto e per il titolo*” (BIANCA C.M., *Diritto civile*, IV, cit., 444 e ss.). Affinché si abbia novazione, secondo l'insegnamento tradizionale [RESCIGNO P., *Novazione (diritto civile)*, in *Nov.ss.mo Dig. It.*, cit., *ad vocem*], occorre l'*animus novandi* e l'*aliquid novi*, cioè rispettivamente l'intento novativo (ossia l'elemento soggettivo della novazione) e la diversità della nuova obbligazione rispetto a quella estinta. La dottrina e la giurisprudenza in atto prevalenti (riferimenti in BIANCA C.M. e RESCIGNO, *loc. ult. cit.*) ritengono che tale diversità debba riguardare in senso sostanziale e qualitativo l'oggetto dell'obbligazione (novazione reale) ovvero debba compendiarsi in un mutamento del titolo del rapporto obbligatorio che viene regolato in modo diverso da quello originario (novazione causale); non integra novazione la modifica che cada su aspetti accessori del rapporto obbligatorio: tra i quali si fa rientrare la variazione quantitativa in più o in meno dell'importo dovuto. Si potrebbe *prima facie* ritenere che la revoca del beneficio o la pronunciata decadenza dallo stesso influiscano, ferma restando l'identità dell'obbligazione, su un aspetto soltanto quantitativo e quindi accessorio. Tale idea è da respingere: lo scioglimento autoritativo o la risoluzione del rapporto di agevolazione determina non solo una modificazione (in aumento) del *quantum* dovuto, ma anche (e soprattutto) la liberazione dell'imprenditore finanziato dall'obbligazione di scopo che, in virtù della sussistenza di quel rapporto, lo vincolava ad utilizzare il credito ottenuto per una specifica finalità (ritenuta) di interesse pubblico. L'obbligazione dove tale obbligo non sussista è quindi *radicalmente diversa* (sotto il profilo della disciplina del rapporto) rispetto a quella originaria, con la conseguenza che deve parlarsi di novazione.

⁶⁰⁴ Possibilità, quest'ultima, scartata da GULLO, *op. ult. cit.*, 503, che rileva non trattarsi “*di presupposizione in senso proprio, come situazione giustificante il negozio, neppure se la si intende nel senso di presupposto obiettivo che per comune interesse e per concorde ammissione rende ragione della causa dell'atto, poiché tale elemento ancorché esterno all'atto nella sua individualità, opera solo come contenuto precettivo implicito o marginale lasciato in ombra dalle parti, in quanto cioè lo si possa far rientrare nel contenuto del negozio perché collegato in qualche modo, con la volontà dei soggetti. E ciò è estraneo invece al rapporto tra concessione e contratto che per essenza non succede ne comunque si connette alla volontà più o meno sviluppata, manifestata, riconoscibile, comune delle parti ed è rapporto assolutamente obiettivo, tanto da portare alla caducazione del contratto in modo automatico se la concessione venga meno*”. L'osservazione dell'illustre A. non può essere condivisa: per le ragioni che saranno meglio evidenziate nel testo, la presupposizione non attiene ai presupposti causali dell'atto (come pare ritenere il Gullo riferendosi peraltro ad una dottrina civilistica in tema di causa che deve oggi ritenersi superata), mentre la considerazione della struttura binaria del tipo provvedimento-contratto come afferente alla “*natura delle cose*” – e che pertanto si imporrebbe *obiettivamente* alle parti, a prescindere cioè dalla loro volontà – sembra invero una forzatura, e non è comunque adattabile alla fattispecie qui in esame, dove viceversa pare che l'intervento dello Stato in relazione al pagamento di quota-parte dell'obbligazione di interessi assuma valore

Quest'ultima viene definita dalla dottrina civilistica come “una circostanza esterna che senza essere prevista quale condizione del contratto ne costituisce un presupposto oggettivo”⁶⁰⁵.

Occorre peraltro precisare che la figura della presupposizione è particolarmente controversa nella letteratura civilistica.

Mentre la dottrina tedesca generalmente la ammette, ricollegandola al c.d. fondamento del contratto⁶⁰⁶, quella italiana, quando il suo atteggiamento non è di totale chiusura⁶⁰⁷, manifesta un approccio volto ad operare dei distinguo⁶⁰⁸.

In specie, la presupposizione cui può darsi rilevanza in termini di causa di (sopravvenuta) inefficacia del contratto non attiene, secondo l'opinione prevalente, ai presupposti causali, ovvero a quei fatti o circostanze che condizionano la realizzazione della causa contrattuale⁶⁰⁹, né ai risultati dovuti, ossia ai risultati che,

determinante, sia dal lato del creditore che (soprattutto) da quello del debitore, come presupposto ai fini della nascita e della conservazione del vincolo contrattuale.

⁶⁰⁵ BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, 463, il quale specifica che bisogna fare distinzione tra presupposti oggettivi generali e presupposti specifici del contratto: i primi riguardano le condizioni di mercato e della vita sociale che incidono sull'equilibrio per così dire economico delle prestazioni contrattuali; i secondi le circostanze particolari alle quali è subordinato il vincolo contrattuale. Mentre la risoluzione per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione è ricollegabile al venir meno dei presupposti generali, è ancora aperto il dibattito in relazione alle conseguenze del venir meno dei presupposti specifici. Proprio in tale contesto si colloca la questione se si possa o meno dare rilievo alla c.d. presupposizione.

⁶⁰⁶ La rilevanza di tale fondamento viene dapprima riconnessa a profili soggettivi (OERTMANN, *Die Geschäftsgrundelage*, Lipsia, 1921) e cioè alla volontà delle parti, poi costruita in termini oggettivi (FIKENTSCHER, *Die Geschäftsgrundelage als Frage des Vertragsrisikos*, Monaco di Baviera, 1971). Una posizione di sintesi è assunta dal LARENZ, *Geschäftsgrundelage und Vertragserfüllung*, Monaco di Baviera-Berlino, 1971, che reputa che non si tratta di accogliere l'una o l'altra impostazione ma piuttosto di distinguere tra una presupposizione oggettiva e soggettiva, ed è questa in definitiva la tesi seguita dalla prevalente dottrina italiana, nel senso che chiariremo nel testo.

⁶⁰⁷ Taluni autori, infatti, negano ad essa rilevanza sulla base del rilievo che si tratterebbe di una condizione non sviluppata del negozio, e che in quanto non sviluppata non può influire sulla relativa efficacia: in questi termini, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 2002, 194), ovvero di un motivo che non si è tradotto in una clausola condizionale (SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in Trattato Grosso, Santoro-Passarelli, Milano, 1972, 144, ma anche ANDREOLI, in *Riv. Dir. Civ.*, 1938, 309).

⁶⁰⁸ In questo senso vedi BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, cit., e l'ulteriore dottrina ivi citata.

⁶⁰⁹ Ad avviso di BIANCA C.M., *loc. ult. cit.*, l'esempio di scuola del balcone affittato per assistere alla sfilata del corteo attiene direttamente alla causa del contratto, se intesa come complesso assetto di interessi cui le parti intendono strumentalizzare il congegno negoziale (c.d. causa in concreto), e non già alla presupposizione. Si richiama al riguardo Trib. Bologna, 4 dicembre 1975, in *Giur. It.*, 1977, I, 2, 362, con nota di PELLICANÒ: la controversia riguardava l'utilizzazione di alcuni spazi di un edificio per l'installazione di insegne pubblicitarie.

rientrando nel contenuto dell'impegno contrattuale, riguardano l'adempimento⁶¹⁰.

Ed allora la presupposizione coinciderebbe, più precisamente, con “*quei fatti o quelle circostanze che, pur non attenendo alla causa del contratto o al contenuto delle prestazioni, assumono un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo del contratto*”⁶¹¹.

Nel valutare l'essenzialità (cioè il carattere determinante) del fatto o della circostanza dati per presupposti e venuti successivamente a mancare, il giudice deve utilizzare come parametro di giudizio il contenuto concreto del contratto, senza avere riguardo (o meglio senza dare soverchia rilevanza) alla volontà ipotetica o fittizia delle parti. Occorre, in altri termini, cercare le regole obiettive che presiedono alla distribuzione del rischio contrattuale⁶¹².

Meno raffinata appare, almeno in una prima (e lunga) stagione, l'elaborazione della giurisprudenza, che individua(va) tre requisiti per la rilevanza della presupposizione: la comunanza a tutte le parti; la certezza dell'evento presupposto (che normalmente è un evento presente o passato); l'oggettività dell'evento la cui realizzazione deve dipendere da circostanze oggettive e non dalla volontà delle parti⁶¹³.

Devono tuttavia segnalarsi le più recenti posizioni della giurisprudenza, tendenti a: sussumere l'istituto della presupposizione in quello della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, come aspetto particolare, cioè, del generale principio *rebus sic stantibus*⁶¹⁴; ovvero a qualificare la fattispecie in termini di difetto sopravvenuto della causa comportante la nullità del

L'amministrazione aveva però negato al richiedente il rilascio della necessaria autorizzazione. Il giudice ha peraltro deciso (ad avviso del Bianca, condivisibilmente) di mantenere fermo il contratto siccome il diniego era dipeso dal fatto del richiedente, cioè specificamente dalla eccessiva grandezza delle insegne oggetto dell'istanza di autorizzazione.

⁶¹⁰ Da parte della dottrina si fa rientrare in questa fattispecie – che si ripete attiene ai profili dell'adempimento/inadempimento, riguardando una *qualità essenziale* della prestazione – la nutrita casistica di acquisto di un bene fatto per una determinata utilizzazione, laddove, una volta concluso il contratto, il bene si riveli inidoneo per siffatta utilizzazione.

⁶¹¹ BIANCA C.M., *op. ult. cit.*, 466.

⁶¹² BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, *passim*.

⁶¹³ In questi termini vedi tra le tante Cass. civ., 31 ottobre 1989, 4554, in *Rass. Giur. Energia Elettrica*, 1991, 523; Id., 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 645

⁶¹⁴ Di recente Cass. civ., 24 marzo 2006, n. 6631, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 3.

contratto per effetto del venir meno di un suo elemento essenziale⁶¹⁵.

Quanto al primo dei suddetti orientamenti, è opportuno ricordare, tuttavia, che l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione è condizionato a presupposti applicativi piuttosto ristretti, quali il carattere eccezionale ed imprevedibile dell'evento sopravvenuto, oltre alla necessità che si tratti di contratto a prestazioni corrispettive, essendo la risoluzione un tipico rimedio sinallagmatico.

Va segnalato, da ultimo, un arresto della Cassazione⁶¹⁶ che ha fornito una soluzione in larga parte ispirata alle conclusioni della più avveduta dottrina civilistica: la presupposizione non deve cioè essere confusa né con il difetto funzionale della causa (per il suo venir meno o la sua irrealizzabilità) né con il mancato raggiungimento dei risultati dovuti.

Fatte queste premesse, e tornando al tema del credito agevolato, occorre verificare se, considerando il rapporto di agevolazione e quello di credito come rapporti distinti, per quanto interdipendenti (c.d. teoria atomistica), anziché come momenti di una struttura negoziale unica, la revoca dell'ammissione al contributo possa determinare (anche) lo scioglimento del contratto di finanziamento, la permanenza di tale contributo dovendo essere qualificata come presupposto oggettivo determinante del consenso di una delle parti noto alla controparte⁶¹⁷.

La risposta deve essere affermativa. Ciò in quanto la sopravvenuta carenza del concorso dell'ente pubblico nel pagamento degli interessi non attiene né alla causa del rapporto di credito (se lo si intende come distinto da quello di agevolazione) né alla qualità della prestazione dovuta⁶¹⁸. Va però precisato che

⁶¹⁵ Vedi ancora Cass. civ., 24 marzo 2006, n. 6631, cit., che comunque conclude nel senso della risolubilità ex art. 1467 c.c., nonché Cass. civ., 8 agosto 1995, n. 8689, *ivi*, 1995, 1498, che peraltro limita l'operatività della causa di nullità all'ipotesi in cui la circostanza presupposta sia inesistente già al momento della conclusione del contratto

⁶¹⁶ Cass. civ., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 7-8.

⁶¹⁷ Deve peraltro ritenersi che la semplice conoscenza dell'importanza che una circostanza ha per l'altra parte non vale a subordinare a tale circostanza la sorte del contratto: risulterebbe infatti violato il canone della tutela della buona fede (CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 232), cosicché “una determinata circostanza esterna rileva come presupposizione [...] quando in applicazione delle regole di interpretazione, *ivi* compresa quella di buona fede, si accerta che tale circostanza ha un valore determinante del vincolo contrattuale” (così BIANCA C.M., *loc. ult. cit.*).

⁶¹⁸ *Ad adiuvandum* può essere richiamata la giurisprudenza civile che reputa applicabile l'istituto in esame con riferimento a contratti di compravendita immobiliare allorché il bene risulti

laddove la revoca sia in qualche modo dipesa da una vicenda soggettiva del finanziato (si faccia il caso della sopravvenuta carenza di un requisito soggettivo⁶¹⁹, ma si tenga nettamente distinto quello della destinazione della somma ad una finalità diversa da quella dedotta nell'obbligazione di scopo), questi non potrà invocare, ove lo ritenga opportuno, la presupposizione⁶²⁰.

Tirando le fila del discorso finora condotto, deve rilevarsi che:

inutilizzabile per il fine specifico che aveva spinto l'acquirente ad acquistarlo (per esempio compiere su di esso un'attività edificatoria). Vedi ad esempio Trib. Pavia, 24 febbraio 1973, in *Foro pad.*, 1974, I, 679, con nota di PRANDI; Trib. Pescara, 5 ottobre 1995, in *Giur. merito*, 1998, 64, con nota di AMBROSIO; Cass. civ., 28 agosto 1993, n. 9125, in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, 1340 ed in *Foro It.*, 1995, I, 1601 (relativamente ad un caso di piano regolatore in corso di approvazione da parte dell'autorità regionale); Cass. civ., 13 maggio 1993, n. 5460, in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, 857; 17 dicembre 1991, n. 13578, *ivi*, 1991, fasc. 12. Dalla dottrina (BIANCA C.M., *loc. ult. cit.*) si pone peraltro opportunamente in luce che laddove l'edificabilità attenga ai risultati dovuti, verrà in rilievo una questione di inadempimento, atteso che la *res vendita* non possedeva le caratteristiche (non già presupposte, ma) richieste (anche sulla base di una valutazione del tenore letterale del contratto ed indipendentemente da una specifica menzione) dall'acquirente.

⁶¹⁹ Cons. St., Sez. VI, 9 ottobre 2007, n. 5239, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 2851, secondo cui “*per effetto del combinato disposto degli artt. 201 e 78 del r.d. 67 del 1942 l'avvenuta sottoposizione alla procedura di liquidazione coatta amministrativa di un'impresa ne determina lo scioglimento dei contratti in corso. Ne deriva la legittimità della decadenza dalla posizione di un soggetto attuatore di programma di sviluppo agricolo disposta dall'autorità amministrativa, posto che la liquidazione coatta trova ragion d'essere nella situazione di inaffidabilità che, riguardo all'attuazione dei programmi, viene a determinarsi in capo a soggetto sottoposto a detta procedura in relazione allo stato di decozione economica*”. Sempre in relazione al credito agrario, vedi, più di recente, Cass. civ., 26 gennaio 2011, n. 1831, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 1, 115, secondo cui “*la concessione del beneficio a favore dell'agricoltura del concorso pubblico nel pagamento degli interessi previsto dall'art. 12 della l. 423 del 1981 e dell'art. 6 della l. 194 del 1984 richiede, oltre alla sussistenza delle specifiche finalità previste dalle richiamate disposizioni (acquisizione, realizzazione, ampliamento, ammodernamento di impianti di conservazione, trasformazione), che il beneficiario sia una cooperativa agricola o un consorzio di cooperative, intendendo la normativa correlare il beneficio in questione al fine mutualistico del beneficiario. Tale beneficio, riguardando l'accollo della differenza della misura tra gli interessi convenzionali e quelli a tasso agevolato, è ad effetti pluriennali, con la conseguenza che il predetto requisito soggettivo deve permanere per tutto il periodo interessato*”. In dottrina, in termini generali, TARDIVO, *Il credito agrario*, in *Riv. Amm.*, 2001, 51; JANNARELLI, *Il credito agrario e peschereccio nel testo unico della legge bancaria: atto terzo*, in *Riv. Dir. Agr.*, 2000, 123.

⁶²⁰ Si potrebbe invero immaginare che la presupposizione sia invocabile anche dalla parte “forte” del rapporto di finanziamento, e cioè dall'istituto bancario, se ed in quanto ritenga che il venir meno del contributo statale determini una diminuzione della possibilità di integrale e corretto adempimento da parte dell'imprenditore sovvenuto. Più specificamente, se si considera che la giurisprudenza afferma che l'istituto di credito conserva, pur dopo l'ammissione al beneficio, la possibilità di scegliere se concedere o meno il finanziamento: cfr. ad esempio, Cass. civ., 22 marzo 2007, n. 6982, *cit.*, a maggior ragione conserverà la facoltà di non proseguire il rapporto laddove il concorso del soggetto pubblico nel pagamento di una quota-parte dell'obbligazione di interessi risulti essere stato circostanza determinante del consenso della banca in relazione all'erogazione del finanziamento.

- nell'ambito del credito agevolato (inteso come rapporto "globale") sono individuabili due distinti "momenti", uno di agevolazione, che origina da una fattispecie provvedimentale (l'ammissione al contributo) e che coinvolge l'ente pubblico e l'imprenditore finanziato, l'altro di credito, che origina da una fattispecie contrattuale privatistica e che lega l'istituto di credito autorizzato e l'imprenditore;
- tali momenti si inquadrano nell'ambito di un rapporto che, complessivamente inteso, può essere considerato *unitario*;
- lo schema di riferimento, dove convivono "potere" e "consenso", è fornito dal contratto di diritto pubblico a doppia causa, disciplinato dall'art. 11 della l. 241 del 1990. In specie, la causa pubblicistica o economica sarà quella di agevolare una determinata attività garantendo più favorevoli condizioni di accesso al credito o di utilizzazione dello stesso, mentre la causa privatistica è la *causa mutu*⁶²¹;
- non è d'ostacolo a tale qualificazione la eterogeneità della compagine soggettiva nell'uno e nell'altro momento, potendosi fare ricorso allo schema unificante della c.d. delegazione neutra, se la si intende, in accordo con una parte della dottrina civilistica, appunto come negozio unitario;

⁶²¹ Vero è che operazioni di concessione di credito a tassi agevolati sono ritenute pacificamente ammissibili nell'ambito di strumenti (consensuali) di programmazione negoziata, ed in relazione a tali operazioni la giurisprudenza sembra ispirata all'applicazione più di un regime pubblicistico che privatistico. Ad esempio, si richiede il rispetto delle garanzie procedurali anche da parte della società privata che abbia compiuto l'istruttoria bancaria volta a verificare la fattibilità del progetto (vedi T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 2 febbraio 2005, n. 114, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 535). Si afferma poi la giurisdizione del g.a.: vedi la giurisprudenza citata *retro* 233, cui aggiungi anche Cons. St., Sez. IV, 2 febbraio 2011, n. 741, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 413, che afferma sussistere, in base all'ultimo comma dell'art. 11, la giurisdizione esclusiva del g.a. in relazione alla fattispecie di finanziamenti concessi nell'ambito di un patto territoriale. In termini vedi anche T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 19 gennaio 2010, n. 80 in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 117, secondo cui la situazione giuridica soggettiva del beneficiario di un contributo va qualificata in termini di diritto soggettivo successivamente all'ammissione al beneficio medesimo (per cui le controversie relative vanno instaurate innanzi al g.o.) fatta eccezione per il caso in cui vi sia la revoca del provvedimento di concessione, nel qual caso (questo l'aspetto di rilevante interesse secondo il nostro punto di vista) "*non vi è ragione di distinguere tra il caso in cui beneficiario sia un soggetto privato e quello in cui sia un soggetto pubblico, se non quando vengano in rilievo accordi tra Amministrazioni poiché in tale fattispecie sussiste la giurisdizione esclusiva amministrativa in base al combinato disp. degli artt. 15 comma 2, e 11 comma 5, l. 7 agosto 1990 n. 241*". Ne discende quindi un principio più generale per cui le erogazioni di denaro pubblico a favore di soggetti pubblici, se concordate nelle forme di cui agli artt. 11 e 15, sono attratte alla giurisdizione esclusiva del g.a..

- discende da ciò che i due momenti, per quanto distinti (anche perché intercorrenti tra diversi soggetti), sono tra loro interrelati tanto che può considerarsi sussistente tra essi un vincolo di coimplicazione tale per cui, venuta meno la finalità di agevolazione (attinente al momento pubblicistico), non ha più ragion d'essere anche la finalità di ricevere credito (attinente al momento privatistico), salvo che l'imprenditore non intenda far sopravvivere il rapporto di finanziamento, sia pure "scremato" dagli aspetti agevolativi, lucrando la "liberazione" dall'obbligazione di scopo, ma accettando, in contropartita di tale liberazione, condizioni di accesso o utilizzo del credito ordinarie e non speciali;
- che alle suddette conseguenze (interrelazione tra il momento dell'agevolazione e quello dell'apertura di credito) può giungersi anche considerando che vi siano due distinti rapporti (tesi atomistica), e ciò in applicazione dell'istituto civilistico della presupposizione.

7. Segue: la concessione di garanzia pubblica. Carattere frastagliato della normativa e delimitazione di (possibili) modelli generali. Caratterizzazione della fattispecie: commissione di profili di autorità e profili di consensualità. Possibilità di ricorrere allo schema del contratto di diritto pubblico. Delimitazione di parziali conclusioni.

Considerazioni analoghe sono spendibili con riferimento alla concessione di garanzia da parte del soggetto pubblico⁶²², quando ciò sia legato ad una causa agevolativa.

Tale forma di intervento – lo si è già detto - ricorre allorché “*il potere pubblico assume una garanzia sussidiaria a favore di un soggetto privato nell'ambito di un rapporto avviato tra quest'ultimo ed un soggetto terzo*”⁶²³. Pur non concretandosi in una dazione di denaro, la concessione di una garanzia pubblica attribuisce all'impresa che ne beneficia un vantaggio patrimonialmente apprezzabile, nel punto in cui la presenza di un garante (specie se solvibile) è un fattore che incide sulla *credibilità* dell'impresa e che invoglia l'istituto di credito a concedere ad essa un finanziamento. Dal canto suo lo Stato,

⁶²² Sul tema si veda, anche per ulteriori riferimenti, COSSU, *Le fideiussioni pubbliche*, Cagliari 1981. Su gli aspetti di compatibilità comunitaria di questo tipo di intervento, cfr. quanto notato *retro* cap. II.

⁶²³ MANZELLA, *Gli ausili finanziari*, cit., 3745.

intanto facilita l'accesso al credito dell'impresa sovvenuta in quanto quest'ultima imprima al finanziamento per tale via ricevuto una particolare destinazione finalistica, che l'amministrazione (sulla base della legge) reputa di interesse pubblico.

Il quadro normativo di riferimento è alquanto frastagliato: se si vuole cogliere una tendenza generale⁶²⁴ occorre notare che la fattispecie più frequente è quella di una garanzia globale per intere categorie di finanziamenti attraverso la costituzione di fondi speciali a copertura del rischio incontrato dai finanziatori. Il fondo di garanzia non ha personalità giuridica ma può essere definito come una massa patrimoniale vincolata allo scopo perseguito dalla disciplina istitutiva. La sua gestione è normalmente attribuita ad un organo collegiale che delibera in relazione ai criteri ed alle modalità dei singoli interventi di garanzia e sulle richieste di ammissione o di rimborso⁶²⁵.

Deve al riguardo anche segnalarsi l'esperienza del "fondo interbancario di garanzia" istituito dalla l. 454 del 1961 (il c.d. Piano Verde) – nella cui gestione è subentrato, per effetto dell'art. 1, comma 512 della l. finanziaria 2005, l'ISMEA (Istituto di Servizi per il Mercato Agricolo e Alimentare) – la cui particolarità consiste, come è stato sottolineato⁶²⁶, in ciò, che si tratta di un consorzio obbligatorio costituito tra gli istituti esercenti il credito agrario, i cui fondi sono alimentati dagli istituti partecipanti. La sua funzione è di "*copertura dei rischi derivanti dalla concessione di mutui agrari a favore di coltivatori diretti e di piccole aziende, singole o associate, e loro cooperative*"⁶²⁷.

Più di recente deve ricordarsi quanto disposto dall'art. 29 della l. 317 del 1991 in materia di consorzi di garanzia collettivi fidi: la loro funzione è quella di fornire una garanzia a piccoli e medi imprenditori le cui attività siano localizzate in aree depresse del paese affinché questi ultimi in considerazione del miglioramento della condizioni di accesso al credito attuino investimenti (ritenuti) di interesse pubblico⁶²⁸. Si è sviluppato da ultimo, in relazione a tali strumenti, un intervento finanziario pubblico in funzione di controgaranzia⁶²⁹.

⁶²⁴ Sottolineata da MANZELLA, *loc. ult. cit.*, e da ANNESI, *Finanziamento*, cit. 640.

⁶²⁵ Vedi ancora MANZELLA, *loc. ult. cit.*

⁶²⁶ ANNESI, *op. ult. cit.*, 640.

⁶²⁷ *Ibidem.*

⁶²⁸ MANZELLA, *op. ult. cit.*, 3747.

Si pensi, ancora, alla garanzia pubblica prevista in materia di credito all'esportazione: in specie l'art. 2 del d.lgs. 143 del 1998 autorizza il SACE (Istituto per i servizi assicurativi del commercio estero) "a rilasciare garanzie, nonché ad assumere in assicurazione i rischi di carattere politico, catastrofico, economico, commerciale e di cambio ai quali sono esposti [...] gli operatori nazionali e le loro controllate e collegate estere nella loro attività con l'estero e di internazionalizzazione dell'economia italiana"⁶²⁹; ovvero a quella prevista in relazione ai prestiti obbligazionari delle società concessionarie di autostrade per il finanziamento di nuovi investimenti (art. 13 del d.lgs. 887 del 1984).

Esistono peraltro modelli differenti dal fondo di garanzia, che è bene passare in rassegna, senza pretesa alcuna di esaustività:

- per quanto rari, vi sono casi in cui l'assunzione di garanzia investe una singola e specifica operazione di investimento. La garanzia assume la forma della fideiussione con rinuncia al beneficio della preventiva escussione: si pensi a quanto accaduto in relazione ai finanziamenti concessi con i fondi ERP (l. 3058 del 1952). Si è trattato di una forma di intervento di cruciale importanza negli anni della "ricostruzione": come ha osservato al riguardo la dottrina⁶³¹, "*la legislazione di cui si parla dà anche inizio a quel ruolo dell'IMI come predominante ente amministratore di incentivi creditizi nel settore industriale, che sarà un'altra caratteristica della legislazione italiana di ausilio finanziario pubblico a privati di questo secondo dopoguerra*"⁶³²;

⁶²⁹ La delibera CIPE 21 aprile 1999 contempla la possibilità di concedere controgaranzie sui consorzi-fidi, a far valere sulle risorse del fondo di garanzia delle piccole e medie imprese istituito presso il Mediocredito centrale e del Fondo centrale di garanzia per le imprese artigiane.

⁶³⁰ Su questi aspetti vedi GERBINO, *Garanzie dello Stato per il commercio con l'estero*, in *Enc. Dir.*, cit., *ad vocem*.

⁶³¹ SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, cit., 53 e ss..

⁶³² Deve al riguardo essere ricordato che, storicamente, i piani ERP sorgono in esecuzione dell'accordo di cooperazione economica tra Italia e Stati Uniti ratificato con l. 1108 del 1948. Con d.p.r. 23 ottobre 1948 si provvedeva ad autorizzare il Ministro per il Tesoro a trattare, in nome del Governo italiano, con il Governo statunitense: per l'attuazione del programma di ricostruzione economica europea (*European Recovery Program*, appunto ERP) collegato sostanzialmente al Piano Marshall; per stipulare con il governo USA e l'Impor-Export Bank le convenzioni necessarie per l'utilizzazione dei crediti; per stipulare, come obbligato, garante o ad altro titolo, tutti gli accordi opportuni a realizzare le predette operazioni di credito, a rilasciare titoli di credito, quietanze, ecc.; l'IMI veniva invece designato ad assumere la garanzia di crediti concessi dal Governo USA ovvero dalle banche da esso autorizzate. Per la gestione dei finanziamenti ERP nasce (nel 1949 con la l. 1425) il Comitato IMI-ERP. In questo quadro

- in altri casi (caratterizzanti in particolare la legislazione regionale) la concessione della garanzia pubblica è subordinata alla cessione *pro solvendo* da parte delle imprese di una quota-parte della produzione in rapporto ai ratei di ammortamento dei rispettivi mutui ovvero alla accensione di garanzie ipotecarie sui siti di produzione⁶³³.

Per quanto attiene alla individuazione della disciplina giuridica della garanzia pubblica, è stato notato⁶³⁴ che, quando non assume la forma tipica della fideiussione, essa soggiace ad una disciplina che si discosta per alcuni rilevanti profili da quella regolata dal Codice civile: l'aspetto di maggiore peculiarità concerne l'automaticità del *beneficium escussionis*, in quanto il creditore, prima di potersi rivolgere al garante pubblico, deve aver escusso infruttuosamente il patrimonio del debitore principale. Tale beneficio, dunque, opera a favore del garante a prescindere da qualsiasi pattuizione in tal senso con il debitore garantito, laddove il Codice civile prevede la necessità del previo accordo (nella disciplina codicistica, cioè, l'obbligazione fideiussoria ha, di massima, carattere solidale).

Inoltre, generalmente la validità dell'obbligazione di garanzia non è influenzata da quella dell'obbligazione garantita: il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione subirebbe quindi una deroga.

Ad una considerazione più attenta tuttavia si potrebbe ritenere che i profili di eccentricità della disciplina delle garanzie pubbliche⁶³⁵ siano molto meno marcati di quanto possa apparire *prima facie*.

normativo assume rilievo, ai fini di quanto si va sottolineando nel testo, il disposto del d.m. 30 giugno 1949, che in sostanza prevedeva la garanzia generale di cambio dello Stato in relazione alle operazioni finanziarie di che trattasi; il d.m. 10 maggio 1950 (recentemente abrogato: d.p.r. 13 dicembre 2010, n. 248) prevedeva invece l'istituzione presso il Ministero dell'Industria e del Commercio di un Comitato consultivo, avente il compito di predisporre studi, fare proposte e dare pareri in merito ai programmi di produzione rientranti nel quadro ERP. I fondi ERP sono stati prevalentemente utilizzati per finanziare l'industria siderurgica (l. 722 del 1950) e l'acquisto di macchinari e attrezzature (l. 723 del 1950 e n. 922 del 1950).

⁶³³ Vedi in questo senso la l. reg. Sicilia 24 del 1954.

⁶³⁴ ANNESI, *op. ult. cit.*, 640.

⁶³⁵ Profili sottolineati con puntualità dal GIOFFRÈ, *Le garanzie prestate dallo Stato*, Padova, 1983, 49 e ss. ad avviso del quale il fine della costituzione della garanzia è pubblico e ben si distingue da quello della causa della fideiussione.

In primo luogo perché la norma che si assumeva a fondamento della specialità della disciplina delle garanzie pubbliche (e cioè l'art. 5 della l. 54 del 1956)⁶³⁶ è stata abrogata.

In secondo luogo perché nel diritto civile, soprattutto se si considerano le più recenti evoluzioni, sono rinvenibili degli utili schemi di riferimento.

La garanzia globale per intere categorie di finanziamenti potrebbe infatti essere accostata alla clausola *omnibus* apposta al contratto di fideiussione, che in sostanza consente, nei limiti del massimale (o si potrebbe ritenere, *mutatis mutandis*, nei limiti delle categorie di finanziamenti garantiti), di “coprire” anche un’obbligazione futura. Sgombrato il campo dai dubbi circa la nullità di tale clausola (perché, si opinava, l’oggetto del contratto non sarebbe stato determinato o determinabile), la dottrina civilistica discute del carattere tipico o atipico della fideiussione *omnibus*. Laddove si assumesse la tipicità di tale forma di garanzia (ritenendo che si tratti sostanzialmente della fattispecie disciplinata dall’art. 1938 c.c.) potrebbe trovare applicazione l’art. 1956 c.c. che prevede l’estinzione della garanzia tutte le volte che, senza autorizzazione del garante, la banca conceda ulteriore credito al debitore fideiuvato malgrado un aggravamento (che appaia palese secondo buona fede) della sua condizione patrimoniale tale da rendere notevolmente improbabile l’adempimento dell’obbligazione, e correlativamente probabile la chiamata in sussidiarietà del garante.

Quanto alla insensibilità dell’obbligazione di garanzia rispetto a quella garantita, rileva la questione se sia ammissibile un contratto autonomo di garanzia (accompagnato se del caso dalla clausola “a prima richiesta e senza eccezioni”). In particolare, tale forma di garanzia pur sostanziandosi in un’operazione economicamente unitaria – la cui finalità complessiva è quella di consentire al creditore di ottenere l’immediata ed inopposta escussione della garanzia e quindi di attuare una completa traslazione del rischio economico collegato al contratto (di finanziamento) principale – si connota per la sussistenza di tre distinti rapporti: la relazione negoziale tra debitore e creditore principale (rapporto di valuta); il rapporto tra debitore e garante (rapporto di provvista); il rapporto tra garante e creditore (rapporto

⁶³⁶ In questo senso ANNESI, *op. ult. cit.*, 641.

di garanzia), che si caratterizza per l'impegno assunto dal primo ad eseguire, in caso di inadempimento del debitore, la prestazione oggetto di garanzia a semplice richiesta del secondo. La giurisprudenza più recente, facendo eco alla dottrina (sia italiana che tedesca), ha superato il pregresso orientamento secondo cui il contratto autonomo di garanzia è da considerarsi nullo perché causalmente astratto⁶³⁷. Ha tuttavia precisato che l'autonomia tra l'obbligazione principale e quella di garanzia peraltro non è assoluta e senza limiti: in specie, si è ritenuto che laddove la pretesa del creditore si manifesti *prima facie* dolosa, abusiva o fraudolenta, il garante richiesto del pagamento ha non solo il potere ma un preciso obbligo nel senso di sollevare l'*exceptio doli*, paralizzando siffatta pretesa. Se infatti il garante richiesto del pagamento non sollevi (nei detti casi) l'eccezione, l'obbligazione di rivalsa nei confronti del debitore si estingue, ferma restando l'esperibilità della *actio indebiti* contro il beneficiario della prestazione della garanzia⁶³⁸.

Si vuole in sostanza ribadire che non è necessario affermare la specialità della garanzia pubblica per ritenere che la stessa possa caratterizzarsi per l'insensibilità delle sorti dell'obbligazione di garanzia a quelle dell'obbligazione garantita, ovvero per il carattere "aperto" del relativo oggetto (ossia il fatto che può non riguardare una singola e determinata operazione di finanziamento).

A tal punto, si può affermare, tornando alla nostra costruzione teorica, che così come la concessione di mutui a tassi agevolati, anche la concessione di una garanzia pubblica risponde al contempo ad una "causa economica", attinente ad un rapporto di agevolazione, e ad una "causa privastistica" – nella specie la *causa cavendi* che può realizzarsi anche nella forma della garanzia autonoma, con i correttivi imposti dai doveri di buona fede e correttezza – attinente ad un rapporto di finanziamento.

⁶³⁷ Per la dottrina italiana vedi, per tutti, VIALE, *I contratti autonomi di garanzia*, in *I contratti in genere. I contratti atipici*, a cura di ALPA e BESSONE. Ulteriori riferimenti in GAZZONI, *Manuale*, cit., 1320. In giurisprudenza, tra le tante, Cass. S.U., 12 gennaio 2007, n. 412, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 1.

⁶³⁸ Il modello sembra presente anche in ambito pubblicistico: si pensi alla garanzia prestata per l'adempimento delle obbligazioni derivanti da una convenzione urbanistica. In tema, vedi da ultimo T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 5 luglio 2011, in *Diritto e giustizia*, 2011, 26 luglio, che peraltro reputa sussistere, in relazione alle relative controversie, la giurisdizione del giudice ordinario sul presupposto che manchi un collegamento negoziale con la fattispecie convenzionale.

Per tale ragione deve ritenersi applicabile, anche nella specie, lo schema unificante del contratto di diritto pubblico a doppia causa.

8. Segue: le riduzioni tariffarie. Ragioni dell'esclusione operata dal Pericu e loro inaccettabilità. Spostamento della prospettiva di indagine da un profilo "tipologico" ad un profilo funzionale. Idoneità (esclusiva) di tale approccio ai fini della individuazione di una disciplina minima uniforme per le fattispecie di sovvenzionamento.

A proposito delle riduzioni tariffarie, che secondo il Pericu, non sarebbero riducibili allo schema (del provvedimento amministrativo di) sovvenzione, va detto (utilizzando le parole dello stesso Autore) che esse consistono in *“uno strumento di incentivazione che si realizza nella possibilità concessa a certi soggetti di usufruire delle prestazioni di un servizio pubblico a condizioni particolarmente favorevoli”*⁶³⁹.

Riguardo a questa fattispecie, che la dottrina citata ritiene potersi compiere sia secondo moduli di diritto pubblico⁶⁴⁰ che secondo moduli di diritto privato⁶⁴¹, si afferma che *“le differenze*

⁶³⁹ PERICU, *Le sovvenzioni*, I, cit., 138-139.

⁶⁴⁰ Come ritiene anche SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici*, cit., 373.

⁶⁴¹ Tale ambiguità di fondo, che va in definitiva ricollegata alla ritenuta natura pubblicistica o privatistica dei rapporti di prestazione amministrativa (per tale aspetto vedi già ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1946, 103 e ss.), permane ancora oggi sol che si consideri, senza voler approfondire un tema assai complesso e solo parzialmente interessato dalla nostra prospettiva di ricerca, come il servizio pubblico, che anche la dottrina contemporanea si affatica nel ricostruire la natura giuridica del contratto di servizio. Ad esempio, per LIGUORI, *I servizi pubblici*, cit., 134, *“la centralità del contenuto economico che con esso si disciplina consente di qualificarlo come un contratto di scambio di diritto comune, accessivo ad un provvedimento concessorio”*, con la conseguenza che *“prende, dunque, ancora forma una figura dualistica, giacché l'effetto traslativo proprio della concessione è da rinvenire nell'affidamento”*. Nello specifico il contratto di servizio sarebbe un contratto (di diritto comune) a favore del terzo (in questi termini vedi ancora LIGUORI, *loc. ult. cit.*, nonché ID., *Impresa privata*, cit., 261 e 294 e ss.; vedi inoltre PERICU, *Impresa e obblighi di pubblico servizio*, Milano, 2001, 455-456). Reputa invece si tratti di un accordo amministrativo ROMANO TASSONE, *Il contratto di servizio*, in *Dir. Trasporti*, 1998, 613. In termini analoghi vedi anche FRACCHIA, *Gli accordi sostitutivi*, cit., 301, che peraltro precisa che, ai fini della qualificazione in termini di accordo sostitutivo è necessario che la loro definizione avvenga in modo effettivamente negoziato. Al riguardo si può fin d'ora osservare, perché trattasi di notazione che tornerà utile in seguito, che la determinazione in via unilaterale dei contenuti di un atto negoziale non è idonea di per sé ad escludere la natura contrattuale dello strumento. In tema vedi ad esempio quanto notato da ALPA, *Il futuro del contratto. Brevi cenni di una ricerca bibliografica*, in *Giur. It.*, 1984, IV, 322; IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, I, 347 e ss.. Sul contratto di servizio vedi perspicuamente ACOCELLA, *Il contratto di servizio*, in LIGUORI, *I servizi pubblici*, cit., 139 e ss.. In giurisprudenza, a favore della qualificazione della

*rispetto all'atto amministrativo di sovvenzione sono abbastanza evidenti e attengono, soprattutto, alla diversità degli effetti giuridici conseguenti. Sostanzialmente nel caso delle riduzioni tariffarie non si opera un'attribuzione gratuita di un bene, come nelle sovvenzioni, in quanto il bene (la prestazione del servizio pubblico) è remunerato, seppur non in modo integrale*⁶⁴².

A quest'affermazione si può controbattere, ancora una volta, mettendo in luce che sembra opportuno (e possibile) fornire una ricostruzione unitaria del fenomeno degli incentivi pubblici.

Se per Pericu la sovvenzione è (quella particolare forma di incentivazione che si compendia nell'adozione di) un provvedimento amministrativo tipico che costituisce⁶⁴³ il diritto del sovvenzionato ad ottenere una particolare prestazione patrimoniale (senza obbligo di restituzione)⁶⁴⁴, è questo stesso Autore ad osservare che una ricostruzione unitaria dell'attività di incentivazione è “*particolarmente utile per diversi motivi. In primo luogo, perché tramite essa è possibile considerare congiuntamente fattispecie diverse tra loro ma che sono rivolte al perseguimento di un unico fine*”⁶⁴⁵; in secondo luogo, perché considerare l'atto amministrativo di sovvenzione separatamente dalle altre forme di incentivazione porta a sottolineare particolarmente “*il momento formale*” e viceversa a trascurare “*quello funzionale*”. Tale carenza può “*essere ovviata anche introducendo un nuovo termine di indagine e, precisamente, la nozione di attività di incentivazione*”, ottenendo, per tale via, la possibilità di “*considerare unitamente alla sovvenzione quegli istituti che, dispiegando eguali conseguenze economiche, sono volti al perseguimento di identiche finalità*”⁶⁴⁶. Se quindi la dottrina qui riassunta reputa che (il credito agevolato, la

convenzione di affidamento di un servizio pubblico in termini di accordo “accessivo”, riconducibile al modello delineato e disciplinato dall'art. 11 l. 241 del 1990, v. T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 11 luglio 2007, n. 1377, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 2317.

⁶⁴² PERICU, *loc. ult. cit.*

⁶⁴³ Il chiaro Autore peraltro ammette che lo strumento della sovvenzione può essere utilizzato per realizzare le più diverse finalità (*op. ult. cit.*, 218 e ss.), il che evidenzia la necessità di una classificazione operata secondo un criterio teleologico. In questa ammissione si compendiano i limiti di un approccio per così dire strutturale (e non già finalistico) – tanto che la struttura individuata sia di diritto pubblico quanto se sia di diritto privato – al tema degli incentivi pubblici all'economia. Siccome infatti la materia è caratterizzata dalla compresenza di una cospicua varietà di strumenti operativi – che riflette una legislazione estremamente variegata – effettuare la ricostruzione delle caratteristiche salienti di uno di essi (appunto la sovvenzione) equivale a fornire un'analisi parziale (per quanto raffinatissima) del complesso fenomeno.

⁶⁴⁴ Si parla specificamente di “*trasferimento di un diritto della pubblica amministrazione al privato*”: vedi p. 185.

⁶⁴⁵ PERICU, *op. ult. cit.*, spec. 143.

⁶⁴⁶ *Ibidem*.

concessione di garanzie pubbliche e) le riduzioni tariffarie non rientrano nella nozione di sovvenzione, è solo in quanto si è inteso dare all'analisi una impostazione per così dire tipologica attenta ad isolare tra le diverse forme in cui si compie l'attività di incentivazione quella (e solo quella) che si compendia nell'adozione di un provvedimento tipico costitutivo di un'obbligazione pubblica⁶⁴⁷. Non si vuole negare il pregio di siffatta costruzione (che va in buona sostanza sottoscritta laddove si afferma la peculiarità – cioè la tipicità – del provvedimento di sovvenzione rispetto ad altri tipi

⁶⁴⁷ Sul tema delle obbligazioni pubbliche, vedi GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, cit.: l'A. aderisce ad una struttura per così dire dualistica dell'obbligazione pubblica, caratterizzata da una fase che si conclude con l'emanazione del provvedimento ed una fase di attuazione del rapporto obbligatorio costituito con il provvedimento (p. 53 e ss.). In specie i poteri che ha l'amministrazione nella prima fase “cessano con il cessare di questa, con l'emanazione dell'atto di certazione, del provvedimento concessorio o del provvedimento di imposizione a seconda dei casi”. I poteri che residuano in capo alla p.a. e che possono incidere sulla permanenza del rapporto (ad esempio i poteri di revoca del beneficio), sono “fattispecie esterne rispetto al rapporto, con cui l'amministrazione quale autorità cura interessi pubblici suoi propri sovrapponendosi a se stessa quale amministrazione parte” (p. 73 e ss.). Vero è però che anche con riferimento al momento di svolgimento del rapporto sono individuabili dei profili di eccentricità nella disciplina delle obbligazioni pubbliche: essi sono contemplati da leggi speciali (vedi per esempio il regolamento di contabilità pubblica del 1924) ed attengono (volendo limitarsi alle specificità più significative) al luogo di adempimento delle obbligazioni pecuniarie (non il domicilio del creditore, come vuole il Codice civile, ma la sede dell'amministrazione debitrice), l'onere degli eredi di provare la loro qualità ereditaria e la relativa quota di successione, e di farlo avvalendosi di determinati documenti. Vedi inoltre FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, cit.; BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 383 e ss.; più di recente, vedi FALCON, *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, 6. Pure aderendo ad una ricostruzione non autoritativa delle fattispecie di ausilio pubblico, individua nel fine pubblico alla cui realizzazione è rivolta la “prestazione” del privato il tratto caratterizzante delle obbligazioni pubbliche il GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 143 e ss.. Già nella letteratura meno recente (vedi in specie FALZONE, *op. ult. cit.*, 87 e ss.) appare chiaro che non vi è una perfetta corrispondenza tra la finalità alla cui realizzazione è strumentale l'attribuzione e l'interesse del creditore (diversamente da quanto di norma accade nel caso delle obbligazioni *iure civili*). Sottolinea di recente la diversità strutturale e funzionale (e quindi disciplinare) delle obbligazioni pubbliche rispetto a quelle di diritto privato ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche*, cit., 189, ad avviso della quale “gli argomenti che confortano la natura pubblica di queste obbligazioni sono diverse: la disciplina pubblicistica per la fonte e per l'erogazione quando il privato sia destinatario di finanziamenti, sovvenzioni e incentivi, con inevitabili deroghe alla disciplina privatistica essendovi un costante accertamento dei requisiti di ammissione al finanziamento, delle condizioni che devono riscontrarsi anche dopo l'erogazione e dell'adempimento delle obbligazioni assunte per l'attuazione degli interessi pubblici sottesi all'intervento (invero coincidenti con l'interesse privato all'erogazione, se rispettate le finalità dell'utilizzo di somme), con difficoltà nella distinzione tra revoca in autotutela, decadenza e risoluzione per inadempimento”.

provvedimentali⁶⁴⁸): se ne vuole piuttosto affermare la (peraltro ammessa dallo stesso Pericu) parzialità⁶⁴⁹.

Si è detto che la prospettiva di indagine finalistica è stata invece particolarmente valorizzata dallo Spagnuolo Vigorita⁶⁵⁰, che ha classificato le varie forme di incentivazione intorno alla più volte ricordata “causa economica”. Qui si è ripreso quello spunto per verificare la possibilità di affiancare ad un criterio classificatorio un

⁶⁴⁸ La sovvenzione viene dal PERICU (*op. ult. cit.*) distinta: - 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*” (p. 192). Ciò spiega del resto 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). In senso contrario, si veda tuttavia SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici*, cit., 399, che – dopo aver rilevato la genericità e l’inesattezza delle formule legislative utilizzate - qualifica gli atti che accordano gli ausili come concessioni (qualificazione di recente ripresa, ed additata come interpretazione consolidata, da ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche*, cit., 51), sul rilievo che (in tutti i casi, seppure con diverse sfumature) si tratta “*di misure con le quali lo Stato si priva di suoi beni e potestà a vantaggio di privati (sia pure in funzione strumentale al perseguimento dell’utilità generale)*”. Tale carattere, rileva l’illustre Autore, se sembra confermato dal carattere discrezionale delle erogazioni a fondo perduto e delle riduzioni tariffarie, appare viceversa contraddetto dalla normale vincolatezza di altri contributi e delle esenzioni fiscali: si nota al riguardo che “*va considerata l’unità tra strumento legislativo e amministrativo della manovra dell’economia e del settore specifico in questione, per cui il tratto concessorio che sembra estraneo agli accertamenti unicamente richiesti per accordare un contributo obbligatorio o un’esenzione fiscale deriva invece a questi dall’inscindibile connessione con l’atto amministrativo che li prevede quali momenti applicativi di una concessione, appunto, in esso già concretamente contenuta*”; - 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*” (p. 205). L’A. sottolinea come anche l’assimilazione delle sovvenzioni alle ammissioni è da escludere sia che si consideri quest’ultima come il provvedimento attributivo di uno *status* particolare – nella specie assente perché mancano rapporti continuativi tra erogante e beneficiario – sia che si voglia sostenere l’analogia tra corresponsione dei contributi e prestazione di pubblico servizio, “*impossibile per la carenza nella prima attività degli attributi caratterizzanti in senso proprio la seconda*”; - dagli accertamenti la cui distinzione rispetto alle sovvenzioni si rinviene in ciò, che “*i primi sono manifestazioni di conoscenza, le seconde manifestazioni di volontà*” (205). Riguardo ai criteri distintivi tra le sovvenzioni, le ammissioni e gli accertamenti, pare tuttavia opportuno ricordare quanto osservato da altra parte della dottrina: in specie, secondo il D’ALBERGO, *Sulla struttura*, cit., 350, il quale ritiene che le situazioni giuridiche soggettive che possono venire in rilievo a fronte dell’attività di sovvenzionamento spaziano dall’interesse semplice all’interesse legittimo e al diritto soggettivo perfetto, a seconda che “*manchi una norma, che questa vi sia, attribuendo un potere discrezionale alla pubblica amministrazione, o direttamente faccia nascere un obbligo a carico di questa nei confronti dei soggetti*

(compiuto) modello positivo di disciplina vertente essenzialmente sull'applicazione dell'art. 11 della l. 241 del 1990⁶⁵¹.

Che poi le esenzioni fiscali costituiscano una forma di incentivazione all'attività economica pare indubbio sol che si consideri che la nozione comunitaria di aiuto è delimitata in modo da ricomprendere non solo le prestazioni positive, ma anche interventi che, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sui bilanci di un'impresa e che quindi “*senza essere*

privati”. Nei primi due casi la sovvenzione ha natura di prestazione patrimoniale gratuita e nel terzo di obbligazione pecuniaria *ex lege*. Mentre in quest'ultima ipotesi - in cui il potere di attribuire un beneficio economico è interamente vincolato dalla legge - deve parlarsi di accertamento (l'Autore richiama GIANNINI M.S., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro It.*, 1952, IV, 175), nell'altra (ossia quando c'è discrezionalità), l'atto amministrativo che opera l'attribuzione delle sovvenzioni “è un atto di ammissione e non di concessione amministrativa [...]”: infatti se è vero che la fattispecie della sovvenzione presenta caratteri non dissimili da quella che si ricollega alla prestazione compiuta nell'espletamento di un servizio, si deve anche riconoscere che l'istituto dell'ammissione si configura in modo analogo in entrambe, mancando quindi ragioni che legittimino una connessione tra ammissione e concessione che, se valida, dovrebbe portare alla conclusione che la prima non ha vera e propria autonomia concettuale”. In questo frangente il D'ALBERGO contesta la tesi per così dire eclettica di OTTAVIANO, *Alcune considerazioni in tema di liberalità di enti pubblici*, cit., 363, secondo il quale le ricostruzioni operate dalla dottrina in tema di ammissioni, che fanno rientrare questo tipo di provvedimento talvolta nel tipo concessione talaltra in quello accertamento costitutivo, “sono entrambe nel vero”: questo perché “l'ammissione viene definita con riguardo all'effetto tipico che ne discende, che è di assumere il singolo in una particolare istituzione od organizzazione o semplicemente in una particolare categoria di persone, allo scopo di farlo partecipe di alcuni diritti o vantaggi o del godimento di alcuni servizi amministrativi” (secondo l'insegnamento di ZANOBINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1959, I, 210), “laddove negli accertamenti si ha riguardo soltanto all'attività intellettuale in uno con l'atto a cui essa, trattandosi di una manifestazione di volontà, mira”. Si conclude quindi nel senso che “l'effetto tipico delle ammissioni può conseguire così ad un accertamento che ad un atto di volontà, e poiché nel secondo caso l'assunzione di un soggetto in una categoria è il presupposto per attribuirgli dei diritti, può ben aversi una ammissione-concessione, come può aversi un accertamento-ammissione ove gli effetti conseguano automaticamente all'accertamento”; - dalle autorizzazioni perché in esse non si rinviene alcun effetto “che si risolve nella rimozione di vincoli posti dall'ordinamento al libero esplicarsi di situazioni soggettive statiche. Manca nelle sovvenzioni quella capacità ablativa di divieti che caratterizza gli atti di autorizzazione” (p. 211); dalle dispense, che si connotano per un effetto peculiare (che 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” (p. 212).

⁶⁴⁹ La tesi è stata criticata invero per altri profili: si osserva in particolare dal SERRANI, *Recensione a CARABBA, Spesa pubblica e iniziativa imprenditoriale, le erogazioni pecuniarie dello Stato a favore dell'attività economica*, Torino, 1968 e PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, I, Milano, 1967, cit., spec. 357, dove si osserva che “tutto lo svolgimento è un contrappunto di raffronti tra i risultati ai quali è giunta la dottrina in tema di provvedimenti amministrativi e l'atto di sovvenzione: così il Pericu si dedica alla dimostrazione della natura di provvedimento amministrativo di tale atto, cercando se esso presenta le tradizionali caratteristiche del provvedimento, lo distingue conscienziosamente da tutte le note figure di provvedimento amministrativo, decidendo così che non è autorizzazione, non è concessione, non è ammissione, e così via. Il fatto però è che di questo sapiente contrappunto egli si scorda di darci la chiave, semplicemente perché dimentica di illustrarci quali sono gli effetti giuridici dell'atto di sovvenzione”. Dopo aver rilevato che “la dottrina sulle obbligazioni pubbliche sembra passata senza lasciare il segno in questa ricerca”, il Serrani

*sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono i medesimi effetti*⁶⁵².

Sia nel caso delle riduzioni tariffarie che (specialmente) in quello delle esenzioni fiscali (di solito puntualmente disciplinate dalla legge, senza che in capo all'amministrazione residui un margine di valutazione discrezionale) la forma concreta in cui si

ulteriormente nota che “*sfugge così che il motivo per cui la sovvenzione non ha il carattere della temporaneità e della precarietà proprio delle concessioni non è quello indicato, e cioè il fatto che la concessione si riferisce a beni riservati mentre la sovvenzione a beni del patrimonio disponibile, ma attiene piuttosto al particolare effetto cui dà luogo il provvedimento di erogazione: la nascita di un diritto di credito in capo al soggetto beneficiario e, conseguentemente, l'instaurarsi di un rapporto obbligatorio in cui la pubblica amministrazione gioca il ruolo del debitore*”, considerazione dell'atto di sovvenzione, quest'ultima, che “*avrebbe contribuito maggiormente ad avvicinare l'Autore alla realtà del fenomeno*”.

⁶⁵⁰ Perplessità non tanto sulla validità delle classificazioni proposte dallo Spagnuolo Vigorita, quanto piuttosto sulla effettività del proposto criterio di identificazione della disciplina pubblica dell'economia, sono manifestate 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, il quale specificamente manifesta un dubbio sul concetto di causa e funzione come criterio ordinatore su cui regge la partizione “disciplina dell'economia”, dubbio così sintetizzato: “*se il criterio per includere un atto tra le misure di disciplina dell'economia è che questo atto abbia obiettivamente funzione di manovra dell'economia, come può, storicamente, affermarsi che un atto con funzioni di polizia non svolga domani funzioni di manovra? Insomma, se la funzione va accertata con l'indagine dei fatti [...] questi possono mutare. E se essi mutano, allora vi sarà tale variabilità del campo delle misure di disciplina, che non potranno porsi confini che non siano quelli [...] di tutta intera l'attività dei pubblici poteri?*” (p. 492). Il Cassese si pone poi un'altra domanda: “*se la serie degli atti di disciplina è identificata dalla funzione di intervento nell'economia, dovrà precisarsi la nozione stessa di economia*”. Ma escluso che a ciò provveda il legislatore occorre rifarsi ad altre discipline: “*ma proprio questo è difficile. Basti per dimostrarlo un esempio: chi può dire quali siano i confini della programmazione che si definisce economia? Chi può dire che non sia economica la programmazione che si estende alla famiglia o ai rapporti esteri o alla difesa?*” (p. 493). Su altro versante (GIANNINI M.S., *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1959, 322), si è invece notato che l'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia si svolge con gli stessi procedimenti e con gli stessi tipi di organizzazione che caratterizzano gli altri ambiti di attività. Sicché la “causa economia” non varrebbe a caratterizzare e i modelli di attività e quelli organizzativi.

⁶⁵¹ È doveroso tuttavia precisare che il richiamo fatto dal chiaro Autore alla “causa economica” infatti non serve soltanto ad operare una classificazione ma anche ad individuare la disciplina applicabile. Dopo aver chiarito (cfr. *Problemi giuridici*, cit., 379) che la finalità degli ausili pubblici (di incremento e sostegno dell'economia nazionale) va assunta secondo una declinazione particolarmente ampia che passa per la sottolineatura che “*le relative manifestazioni non si propongono il fine diretto e immediato di una manovra dell'economia nazionale*”, ma “*spiegano piuttosto effetti indiretti e strumentali rispetto al corso generale dell'economia nazionale, poiché si propongono immediatamente di soddisfare le esigenze del pubblico, ovvero bisogni individuali diffusi e di rilievo sociale, non solo né principalmente degli operatori economici*”, lo Spagnuolo Vigorita sottolinea che anche quando si attua attraverso negozi privatistici l'incentivo risulta caratterizzato dalla natura pubblica del soggetto finanziatore: si ritiene invero che questa (p. 364) “*non altera la natura e la struttura del contratto, ma produce egualmente conseguenze essenziali. Anzitutto limita la capacità giuridica dell'ente in rapporto al suo*

attua l'incentivo pubblico⁶⁵³ può anche rimandare a schemi privatistici come la remissione (totale o parziale) del debito⁶⁵⁴.

*fine istituzionale [...]. In secondo luogo fa sì che la stipulazione del contratto sia preceduta da una pronuncia dell'organo deliberante dell'ente, la quale contiene appunto la determinazione di contrattare, e alla quale va certamente riconosciuta – per la posizione del soggetto e la natura dello scopo ultimo – qualità di atto amministrativo. La presenza di questo permette di indicare in conseguenza ulteriori garanzie, poiché riporta l'amministrazione ai più rigidi vincoli che le sono propri sul terreno del diritto pubblico. E invero nei confronti di quell'atto si potrà: a) configurare ogni vizio di legittimità ricavabile dai canoni generali [...] o più concretamente dalle norme speciali disciplinanti l'attività del singolo ente; b) riconoscere dei controinteressati, almeno nei limiti in cui l'elasticità delle norme lo consenta; c) infine – ciò che più importa – giungere alla eliminazione per decisione del giudice amministrativo o della stessa autorità decidente". È chiaro quindi che l'illustre Autore propone una soluzione in punto di disciplina applicabile ispirata al riconoscimento dell'operatività di logiche pubblicistiche anche laddove l'incentivo sia erogato ricorrendo a schemi contrattuali privatistici: nell'ausilio concesso con forme negoziali (p. 362) "non viene in rilievo tanto la struttura degli strumenti adoperati – che risulta dai canoni del diritto civile e commerciale - quanto il loro regime giuridico, per quei profili che inevitabilmente risentono della natura dei soggetti e dei fini particolari dai quali ed in vista dei quali sono utilizzati" (si ricordino le pagine dove, sia pure in termini problematici, si ipotizza l'esistenza di un obbligo di pari trattamento nell'attività pubblica di finanziamenti *iure privatorum*: 427 e ss.). Il riferimento più immediato è l'ipotesi di costruzione dualistica. Rispetto alla quale la teoria del contratto di diritto pubblico si pone, come diremo, in relazione di sostanziale continuità (costituendone per certi aspetti il naturale sviluppo).*

⁶⁵² CGCE, 15 marzo 1994, in causa C-387/92, cit.; 17 giugno 1999, in causa C-295/97, cit.; Trib. I Grado CE, 13 giugno 2000, in cause T-204 e 270/97, cit.

⁶⁵³ Riconoscimento di crediti d'imposta per una percentuale del costo degli investimenti, o del costo dell'acquisizione di specifici servizi.

⁶⁵⁴ Discussa in dottrina è invero la natura unilaterale (pacifica in giurisprudenza) o bilaterale (e in quest'ultimo caso contrattuale o meno) del negozio remissorio. In estrema sintesi: per taluno si tratterebbe di un contratto a formazione particolare, laddove il mancato rifiuto del debitore viene equiparato al suo consenso (PELLEGRINI, in *Commentario D'AMELIO-FINZI*, Libro delle obbligazioni, I, Firenze 1948, 131; nella dottrina tedesca vedi WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. di FADDA e BENZA, Torino, 1925, II, § 357, spec. 385, per il quale "la remissione è efficace soltanto come contratto di remissione"); per altri di un negozio bilaterale non contrattuale, in quanto si tratterebbe di un negozio che richiede la partecipazione di due soggetti senza integrare gli estremi del contratto (CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, II ed., Milano, 1980, 490, ad avviso del quale "la norma pur richiedendo il concorso della volontà del creditore e della volontà del debitore non prescrive che le due volontà debbano fondersi in un accordo". Il meccanismo remissorio sarebbe in altri termini articolato sul "collegamento funzionale di due distinte fattispecie negoziali, la dichiarazione remissoria e l'accettazione del debitore"); infine, da altra dottrina, si ritiene che la remissione sia un negozio unilaterale, così come unilaterale viene qualificato il rifiuto del debitore di beneficiare della remissione (BIANCA C.M., *Diritto civile*, IV, cit., 465 e 475). Comunque voglia risolversi tale questione si conviene (vedi per tutti MATTEUCCI, in *Riv. Dir. Civ.*, 1957, I, 475) sul fatto che la

9. *La tesi dualista: ragioni che militano a favore di un suo superamento, o meglio di una sua evoluzione nel segno dell'unificazione della fattispecie.*

Come si anticipava, in materia di finanziamento pubblico è stata più volte formulata l'ipotesi di applicare uno schema dualista, in definitiva fondato sull'idea che il provvedimento amministrativo di tipo concessorio (che costituisce l'atto di esercizio del potere) venga "doppiato" da un contratto di diritto privato, in cui sono regolati i reciproci impegni delle parti⁶⁵⁵.

In particolar modo, si è osservato che l'utilizzo di uno schema qualificatorio di questo tipo consentirebbe di affermare che la differenza tra le diverse forme di incentivazione sia di specie e non già di genere, riguardando non tanto la particolarità del provvedimento attributivo del vantaggio economico, quanto piuttosto il contenuto degli impegni convenzionali assunti dal privato⁶⁵⁶: 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 (nella considerazione però 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); ovvero ancora

remissione non risponde necessariamente ad un intento liberale (si è detto della mancanza dell'*animus donandi* nell'attività di sovvenzionamento, il che esclude che tali atti possano qualificarsi secondo le norme in tema di donazione): piuttosto si parla di gratuità della remissione, cui può corrispondere in via mediata un interesse di natura patrimoniale del creditore (ad esempio quello di assicurarsi almeno una parte di quanto dovuto).

⁶⁵⁵ Si è più sopra ricordato che il ricorso allo schema dualistico è stato reso necessario onde evitare la *Flucht ins Privatrecht* e cioè la fuga, attraverso il ricorso a moduli di azione di stampo privatistico, dal sistema di garanzie procedurali e giurisdizionali che normalmente aderiscono all'attività amministrativa di diritto pubblico. Si è anche detto che una parte della dottrina si è mostrata scettica sulla perdurante attualità di tale ragione giustificativa, essendo stata la richiamata costruzione di recente utilizzata principalmente, ed all'opposto, come "*tecnica di governo del riparto delle giurisdizioni*" (COMPORI, *Il sindacato*, cit., 385).

⁶⁵⁶ Secondo questa prospettiva, vedi oltre al ricordato lavoro di SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici*, cit., spec. 364 e ss., le chiarissime indicazioni di MERUSI, *Disciplina e organizzazione*, cit., 55 e ss., il quale rileva che la tesi della concessione-contratto è confortata "*per quanto riguarda i finanziamenti pubblici [...] dal carattere sicuramente concessorio del finanziamento, nonché dall'analogo iter dottrinale delle sovvenzioni, prima inquadrato tra gli atti di donazione e infine classificate come provvedimenti amministrativi tipici*": accettando questa impostazione, si prosegue, "*si risolve, almeno settorialmente, il problema dell'atto di intermediazione tra legge e attività di diritto privato e, di conseguenza, quello della tutela dei diritti fondamentali del cittadino, con particolare riferimento all'imparzialità amministrativa*".

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 *“l'attività di diritto privato, sia essa rigidamente delimitata o tendenzialmente generale, non assicura in sede di tutela giurisdizionale il rispetto dell'imparzialità dell'amministrazione, espressamente codificata dall'art. 97 Cost.”*, siffatta garanzia potrà essere assicurata solo individuando una fattispecie provvedimentale (seppure “doppiata” da un contratto di diritto privato), quindi ricollegabile all'esercizio della funzione, rispetto alla quale rivolgere le censure fondate sull'eccesso di potere. Al riguardo, l'esempio proposto da Merusi⁶⁵⁷

⁶⁵⁷ Ma analoghe considerazioni si ritrovano anche in Spagnuolo Vigorita, il quale peraltro si limita ad osservare che *“la parità di trattamento (di cui si discute) comporta soltanto il divieto di discriminazioni arbitrarie, ovvero non fondate sull'obiettivo ‘natura delle cose’. L'istituto di credito o il ministro competente non potrebbero accordare il finanziamento o la garanzia ad un'impresa e negarli ad un'altra dello stesso ramo di industria, della stessa zona, che presenti gli identici requisiti imposti dalla legge o ritenuti sufficienti dallo stesso soggetto deliberante; ovvero contrattare con una a condizioni differenti che con l'altra; risolvere con l'una il contratto e lasciarlo in vita con l'altra pur verificandosi per entrambe la medesima causa legittimante [...]”*. Ed invero l'illustre Autore non manca di prospettare una soluzione problematica (più sopra richiamata), anche tenuto conto di quanto ritenuto dalla più autorevole dottrina civilistica riguardo alla non applicabilità dell'art. 3 Cost. ai rapporti tra privati ed alla infruttuosità di qualsiasi tentativo volto ad enucleare un obbligo generale di parità di trattamento dai principi di buona fede o correttezza, o da quello del buon costume (vedi RESCIGNO P., *Sul principio di uguaglianza nel diritto privato*, in *Foro It.*, 1960, I, 666; ID., *Il principio di uguaglianza nel diritto privato*, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, Padova, 1960). Nel senso che l'art. 3 Cost. si rivolgerebbe soltanto ai pubblici poteri e non ai privati (se non nei limiti della non discriminazione, che però è altro rispetto alla parità di trattamento), vedi Cass. S.U., 1° ottobre 1993, n. 9804, in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, 1441. Più di recente cfr. TRIMARCHI BANFI, *Articolo 1*, cit., spec. § 5: *“il principio di uguaglianza – rispetto all'attività che si risolve nella distribuzione di incentivi e nella concessione di beni e servizi, n.d.s. – può essere ricavato dall'art. 41 Cost., per pretendere parità di accesso alle risorse pubbliche, includendo nel termine risorse anche quelle diverse dalle risorse finanziarie – come l'uso eccezionale di beni pubblici o le utilità offerte dalla possibilità di svolgere attività altrimenti precluse. In casi del genere, l'uguaglianza non è pretesa all'osservanza di un canone che l'ordinamento impone in via generale all'attività dell'amministrazione in quanto potere pubblico, ma è diritto a non subire limitazioni della libertà economica se non in condizioni di uguaglianza. E poiché la libertà economica è limitata non soltanto dalla previsione di atti di assenso come condizione per accedere a certe attività, ma anche dall'assegnazione selettiva di aiuti pubblici, la parità di accesso a tutte le utilità suddette è diritto la cui osservanza può essere pretesa qualunque sia la forma giuridica che l'amministrazione adotti per attribuire le utilità stesse”*. In altre parole la pretesa all'uguaglianza nell'accesso alle risorse pubbliche non potrebbe essere vanificata dal ricorso a schemi privatistici: così ragionando *“potrebbe trovare*

è il seguente: se il rifiuto di un ente creditizio di ricevere 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”⁶⁵⁸.

La soluzione allora consiste “nell'individuare per ogni atto di diritto privato un procedimento di diritto amministrativo che ne costituisce il presupposto di validità, e pertanto il termine di mediazione con la disciplina legislativa”⁶⁵⁹. Il momento della collegamento tra legge, da una

*tutela la posizione di quei 'terzi' che ricevono protezione dalla peculiare costruzione dell'interesse legittimo e che sarebbero invece lasciati indifesi nella logica del diritto privato, secondo la quale il terzo estraneo al regolamento contrattuale non ha titolo per mettere in discussione il contratto se non nelle ipotesi specificamente previste dalla legge”. Vero è però che l'unico rimedio attingibile nella specie sarebbe come rileva la stessa Autrice (evidenziando “l'imperfezione” di tale soluzione), il risarcimento del danno, diretto a garantire invero soltanto un succedaneo del bene della vita agognato dal privato, con conseguente vanificazione della funzione distributiva dell'amministrazione che si compendia, per dirla ancora con Iannotta (*Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, cit.), nell'attribuire beni e nell'attribuirli bene.*

⁶⁵⁸ Così, MERUSI, *op. ult. cit.*, 57. Riguardo all'impostazione pubblicistica (o mista) ed al suo insuccesso proprio sul versante della tutela giurisdizionale offerta al privato vedi, in termini non condivisibili, il SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, cit., 223, che osserva che “la realtà è che sostanzialmente il privato non ha in nessun caso una tutela contro il rifiuto di sovvenzione e non l'ha di quel tipo che è considerato maggiormente incisivo sull'azione dell'amministrazione”, in quanto le questioni che sorgono tra privato e p.a. vengono risolte “in modo diverso che col tentativo di imporre qualche cosa, per via giudiziale all'amministrazione”. Sul punto si tornerà più specificamente appresso. Per ora basti notare che il dogma secondo cui il giudizio amministrativo vada ricostruito in termini di giudizio sull'atto e non di giudizio sul rapporto (aspetto sul quale la dottrina si era già interrogata da tempo) è stato – invero non senza contraddizioni (vedi ad esempio quanto nota CONTIERI, *Principio di buon andamento e vizi dell'atto amministrativo*, cit., spec. 106) – sostanzialmente superato: si ricordino in proposito le recenti pronunce della Plenaria nn. 3 e 15 del 2011. Ciò vale a maggior ragione laddove, in un contesto di natura convenzionale, l'esercizio da parte dell'amministrazione del potere (in una certa direzione, previamente concordata) si pone in termini di adempimento.

⁶⁵⁹ MERUSI, *loc. ult. cit.*, ma in termini non dissimili, SPAGNUOLO VIGORITA V., *op. ult. cit.*, 364. Il Merusi peraltro rileva (in nota 5, pagg. 24-25) che “la soluzione accolta nel testo è tutt'altro che appagante. Si fa riferimento ad una teoria elaborata nell'ordinamento italiano in materia di concessioni per superare la problematica del contratto di diritto pubblico”, ma “le questioni di fondo rimangono sostanzialmente le stesse, come dimostra il sorgere in altri ordinamenti di teorie contrattualistiche a proposito di certi tipi di sovvenzioni che, secondo la nostra nomenclatura chiameremmo sovvenzioni di risultato [...]. Ma né la tesi del contratto amministrativo, né la tesi, in molti casi artificiosa, del contratto di diritto comune a latere di un provvedimento amministrativo sembrano pienamente idonee a spiegare le caratteristiche e gli effetti giuridici dei provvedimenti amministrativi elaborati con la partecipazione determinante del destinatario. Anche la recente prospettazione del provvedimento ad effetti bilaterali – dovuta a GIANNINI M.S., *Atto amministrativo*, cit. – non va oltre una certa efficacia descrittiva”.

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 Benvenuti⁶⁶⁰, e come oggi espressamente sancito dall'art. 12 della l. 241 del 1990.

In molti casi la distinzione tra il provvedimento ed il contratto accessivo è frutto di un'operazione meramente logica.

Come rileva il Gullo⁶⁶¹, la validità della costruzione dualistica non è inficiata dalla “*eventuale concreta unicità dell'atto, non presentando difficoltà la consistenza in un unico documento di pluralità di manifestazioni di volontà distinte, senza pregiudizio per la rispettiva loro autonomia*”.

Ebbene, 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, 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 provvedimentale già effettuata a monte ha in questo caso una funzione meramente esecutiva?⁶⁶²

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 di un dogma di indisponibilità dell'oggetto pubblico, per modo che tutti i profili relativi alle esigenze di ordine pubblicistico dovevano esaurirsi in un provvedimento amministrativo unilaterale, cui accedeva, in posizione strumentale e specificativa, un contratto

⁶⁶⁰ *Limiti pubblicistici ai finanziamenti di medio credito*, in *Riv. Soc.*, 1960, 817.

⁶⁶¹ *Provvedimento e contratto*, cit., 346.

⁶⁶² Secondo l'impostazione di PERICU, *L'attività consensuale*, cit., 704. Impostazione seguita di recente, con l'auspicio che il carattere prevalentemente pubblicistico della fattispecie possa palesare anche al legislatore la necessità della previsione di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva a favore del g.a. – anche considerando la tendenza, per così dire specularmente opposta, “*a concentrare avanti all'autorità giudiziaria ordinaria la cognizione di controversie non sempre coinvolgenti posizioni di diritto soggettivo, dato che in seguito si 'trasformano' in interessi legittimi con l'esercizio dell'autotutela*” -, da ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche*, cit., *passim* (la citazione è tratta da p. 193).

di diritto comune, la “caduta” di tale dogma⁶⁶³ 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^{664 665}.

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*”⁶⁶⁶, bensì nel senso che il meccanismo della partecipazione (implicante il necessario ingresso

⁶⁶³ Sulla questione vedi GRECO G., *Accordi amministrativi*, cit., 77, ad avviso del quale con l'art. 11 della l. 241 del 1990 “viene superata normativamente la preclusione derivante dall'incommercialità dell'oggetto”, mentre ad avviso di SALA, *Accordo sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 35, si è assistito ad “una sorta di rivolgimento copernicano del quadro di riferimento”.

⁶⁶⁴ In tema vedi quanto rileva mirabilmente il GRECO G., *op. ult. cit.*, 163, ad avviso del quale “*in realtà la figura dell'accordo, oltre a superare le incongruenze logiche della concessione-contratto (consistenti nel carattere inautonomo del provvedimento, inidoneo a disciplinare la fattispecie in mancanza del contratto) e oltre a razionalizzare la disciplina (se il provvedimento è al di fuori del contratto, non si vede in cosa consista la controprestazione dell'amministrazione, che dà luogo al sinallagma che a sua volta giustifica, ad esempio, la risoluzione) consente di dotare le fattispecie in essa tradizionalmente rientranti di un minimo di disciplina comune, di origine legislativa e non giurisprudenziale*”. Circa i vantaggi ed i limiti della costruzione dualistica vedi anche BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione*, cit., spec. 47, il quale, sulla base della premessa che le tesi di impostazione dualistica muovevano dall'assunto della non negoziabilità dell'uso del potere amministrativo nonché dall'idea del contratto come espressione necessaria di autonomia negoziale, rileva che “*superati dalla dottrina – e dalla legislazione – più recente tali assunti, è ora possibile riconoscere che la scissione operata dalle tesi dualistiche tra il momento pubblicistico della relazione tra amministrazione e soggetto privato (ricollegato ad un asserito provvedimento) e quello privatistico (connesso ad contratto concepito come perfettamente rientrante negli schemi ordinari) rappresenta una forzatura, e che i due momenti sono in realtà intrecciati all'interno di un medesimo rapporto giuridico (evidenziazione mia)*”. Di ciò – prosegue il Bruti Liberati – “*offre chiara conferma l'art. 11 della legge 241 del '90, laddove sottopone gli accordi da esso previsti sia ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, sia a norme tendenti a garantire una tutela rafforzata ai pubblici interessi sottesi al rapporto*”. D'altro canto “*è opportuno sottolineare come il modello pubblicistico, così come oggi può e deve essere concepito, rappresenti in effetti un perfezionamento ed uno sviluppo di quello, sopra considerato, a doppio grado. Tra i due modelli vi è in un certo senso un rapporto di consequenzialità (evidenziazione mia), dato che il primo – pur essendo, nella sua formulazione originaria più antico – appare oggi come un adeguamento del secondo all'evoluzione intervenuta nel nostro sistema quanto al modo di concepire l'attività amministrativa e la relazione tra soggetti pubblici e soggetti privati*”.

Sulla “caduta” del dogma della non negoziabilità dell'uso del potere, vedi ancora PERICU, *L'attività consensuale*, cit.; STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale*, cit., 54 e ss.; SALA, *op. ult. cit.*, 209 e ss.. Sull'intendimento del contratto come espressione necessaria (ed esclusiva) dell'autonomia negoziale, vedi in senso critico, nell'ambito della dottrina civilistica, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, spec. 76 e ss.; BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, spec. 115 e ss.; ALPA, *Il futuro del contratto*, cit., 322 e ss..

⁶⁶⁵ Nell'ambito di altri ordinamenti, la figura dell'accordo ad oggetto pubblico è da tempo riconosciuta, talvolta, anche senza che vi sia una norma-base simile al nostro art. 11. È il caso dei *contrats administratifs* di diritto francese, definiti come contratti sottoposti a regole speciali di diritto pubblico ed affidati alla tutela dei Tribunali amministrativi. Infatti, a parte qualche

e la necessaria presa in considerazione – che però non significa necessaria soddisfazione - degli interessi riguardati dall'esercizio del potere⁶⁶⁷) viene portato “alle estreme conseguenze”⁶⁶⁸, sfociando in una forma di gestione (per quanto attenuata) del potere⁶⁶⁹.

sporadica previsione normativa, l'enucleazione di un modello generale (che la dottrina denomina “teoria generale dei contratti amministrativi”: v. RIVIERO, *Droit administratif*, Parigi, 1975, 111) si deve essenzialmente alla giurisprudenza. In specie, laddove non sussistano indicazioni del legislatore, il giudice amministrativo francese individua (peraltro con una certa larghezza) le fattispecie da assoggettare alla disciplina del *contrat administratif* (disciplina che si compendia, in estrema sintesi, nel riconoscimento al contraente pubblico di una serie di prerogative, che lo pongono in una posizione di superiorità rispetto alla controparte) utilizzando due parametri (che non devono ricorrere cumulativamente): il primo relativo all'oggetto del contratto (ove lo stesso consista nell'affidamento di un servizio pubblico); il secondo relativo alla presenza di *clauses exorbitantes*, vale a dire “*quelle aventi per oggetto l'attribuzione alle parti di diritti e obblighi estranei a quelli che sono suscettibili di essere liberamente accordati da chiunque nel quadro delle leggi civili o commerciali; ovvero clausole differenti da quelle che potrebbero essere stabilite in un analogo contratto di diritto comune, essendo espressione di puissance publique; ovvero, ancora, quelle clausole insuscettibili di figurare in un contratto perché eccedenti la loro libertà contrattuale; o, comunque, quelle clausole che, nel loro insieme, conferiscono al contratto un regime esorbitante da quello di diritto comune*” (COSÌ GRECO G., *Accordi amministrativi*, cit. 49). Nell'ordinamento tedesco, invece, la legge generale sul procedimento amministrativo del 1976 detta una disciplina generale del *Verwaltungsverträge* (contratto di diritto pubblico). In particolare, l'art. 54 della citata legge (che leggo nell'utile traduzione curata da GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo*, Milano, 2002) prevede che “un rapporto giuridico nell'ambito del diritto pubblico può essere costituito, modificato o estinto tramite contratto (contratto di diritto pubblico), a meno che non vi siano prescrizioni giuridiche contrarie. In particolare, invece di emanare un atto amministrativo l'autorità può stipulare un contratto di diritto pubblico con il soggetto al quale avrebbe altrimenti indirizzato l'atto amministrativo”. La disciplina specifica di tale contratto di diritto pubblico è dettata dai successivi artt. 55-61, mentre l'art. 62 rimanda oltre che alle disposizioni della legge sul procedimento medesima (se ed in quanto non derogate da quelle sul contratto di diritto pubblico) alle norme del Codice civile, in via sussidiaria e residuale. Quanto ai criteri selettivi tra contratto di diritto pubblico e contratti di diritto privato, il primo e più importante è rappresentato dall'oggetto del contratto (che è, come da definizione, un rapporto giuridico di diritto pubblico). Si ricorre poi ad altri criteri quali: l'assoggettamento alle regole del diritto amministrativo; la previsione dell'obbligo di emanare un provvedimento amministrativo; il fatto che il contratto disponga la creazione di diritti ed obblighi di natura pubblica. In quest'ultimo caso, specie di fronte a prestazioni di carattere “neutro” (come quella, che particolarmente interessa, consistente nel pagamento di una somma di denaro), si ricorre ad ulteriori criteri specificativi del primo (la natura pubblica del diritto o dell'obbligo) basati su una considerazione dello scopo. Anche il diritto tedesco conosce la distinzione tra accordi decisori e sostitutivi di provvedimento (*Verfügungsverträge*) e accordi costitutivi di obbligazioni, come quella di adottare un provvedimento (*Verpflichtungsverträge*). Nell'uno e nell'altro caso la protezione dei diritti del terzo è massima [tanto più se si considera la tendenza ad interpretare estensivamente la norma di seguito riportata: riferimenti in MASUCCI (a cura di), *L'Accordo*

10. L'art. 11 della l. 241 disciplina il contratto di diritto pubblico?. La soluzione della questione implica: la previa ricognizione delle diverse tesi circa la natura giuridica dell'accordo; la confutazione di quella privatistica (nelle sue diverse modulazioni) e di quella pubblicistica estrema; la verifica se l'art. 11 decreti effettivamente l'assoggettamento degli accordi ad un regime prevalentemente pubblicistico ed in via suppletiva – specie per quanto attiene alla fase esecutiva del rapporto – ai principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti. Adesione alla tesi per cui l'art. 11 costituisce la norma-base del contratto di diritto pubblico nell'ordinamento italiano.

nell'azione amministrativa, in *Quaderni del Formez*, Roma, 1988, 100]: l'art. 58 della legge sul procedimento infatti stabilisce che “un contratto di diritto pubblico, che tocchi i diritti di un terzo, diviene efficace solo allorché il terzo lo approvi per iscritto”. La tutela di tale terzo quindi si svolge al più nella forma della tutela dichiarativa in relazione all'inefficacia del contratto cui non abbia aderito, diversamente, come si dirà, da quanto accade nel nostro ordinamento.

⁶⁶⁶ L'osservazione è di PERICU, *L'attività consensuale*, cit., 723.

⁶⁶⁷ Rispetto al tema della partecipazione, la più avveduta dottrina aveva evidenziato trattarsi “della rottura di un meccanismo amministrativo di tipo burocratico” e della “introduzione del principio del co-amministrante [...]”, in controtendenza al “rapporto sovrano-suddito, autorità-sottoposto”. In questo senso BENVENUTI, *Introduzione ai lavori*, Atti del convegno del Formez su *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, Roma, 1981, n. 1, 15. Nel medesimo senso: Id., *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1950, 1. Assai rilevanti sono le considerazioni svolte da TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2011, 353, la quale, dopo aver osservato che la partecipazione di cui all'art. 10 non costituisce oggetto di un obbligo ma soltanto di una facoltà in capo agli interessati, ipotizza che in relazione all'art. 10-bis nasca quel dovere di collaborare all'istruttoria che in termini generali non sussiste, la cui violazione (da cui non conseguirebbe una preclusione rispetto alla deducibilità dei motivi in sede di impugnazione del provvedimento) potrebbe essere oggetto di valutazione in un giudizio risarcitorio: il controinteressato che non contestasse i fatti rilevanti per la decisione, contrapponendo ad essi altri fatti, che sono a sua conoscenza, realizzerebbe il concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227, conclusione che trova sostegno – reputa l'Autrice – nella previsione del quinto comma dell'art. 30 del Codice del processo amministrativo.

⁶⁶⁸ In questi termini, v. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi*, cit., 165-166, il quale così scrive: “che l'istituto della partecipazione venga portato alle sue estreme conseguenze nel caso degli accordi amministrativi è sotto gli occhi di tutti: in tal caso l'iter procedimentale sfocia in qualcosa di fundamentalmente diverso dal provvedimento almeno sul piano formale (ancorché vi sia sostanziale omogeneità tra accordo e provvedimento in quanto accomunati dal vincolo di scopo pubblico); ma anche nel caso degli accordi integrativi valgono considerazioni non dissimili”.

⁶⁶⁹ ZUCCHETTI, in CORSO-TERESI (a cura di) *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, cit., 162, che parla di “principi attenuati di cogestione” cui si ispirerebbe l'art. 11 della l. 241 del 1990. Osserva il NIGRO, *Conclusioni*, in MASUCCI (a cura di), *L'Accordo nell'azione amministrativa*, cit., spec. 84, che “rendere palese il contratto significa tra l'altro concorrere alla moralizzazione dell'amministrazione”, mentre per altri “l'accordo è molto più coerente con la democrazia amministrativa dell'imperatività basata su poteri astratti anche se delineati da un legislatore politico” (BERTI, *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994, 381).

Che l'art. 11 della l. 241 del 1990 costituisca la norma-base su cui fondare la teoria del contratto di diritto pubblico nel nostro ordinamento non è peraltro del tutto pacifico.

Rileva preliminarmente ricordare che il testo predisposto dalla Commissione Nigro sanciva in via generale il principio della contrattualità dell'*agere* amministrativo, costruendolo intorno all'idea della generale alternatività tra accordo e provvedimento, con più spiccato *favor* a vantaggio del primo⁶⁷⁰. Lo schema predisposto dalla Commissione di studiosi prevedeva inoltre un ampio catalogo di accordi amministrativi: l'ipotesi più interessante era rappresentata dal c.d. accordo normativo, contenente l'impegno della p.a. in relazione alle modalità di (successivo) esercizio del potere discrezionale, nonché quello del privato – persona fisica o giuridica - ad eseguire determinate prestazioni personali o patrimoniali. Il testo predisposto dalla Commissione Nigro, tuttavia, non incontrò *in parte qua* il favore dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato che, oltre ad espungere la figura dell'accordo normativo, espresse il parere di affidare a singole leggi il compito di stabilire la possibilità di sostituire il provvedimento con l'accordo⁶⁷¹, così determinando un visibile “depotenziamento” del principio della negoziabilità del potere nella sua originaria e prima ricordata connotazione. Ciò nonostante la portata del principio

⁶⁷⁰ In particolare, cfr. l'art. 5 dello schema di ddl proposto dalla Commissione Nigro: “allo scopo di accelerare lo svolgimento dell'azione amministrativa e disciplinare con maggiore stabilità e precisione i comportamenti propri e dei privati, oltre che i diritti e doveri reciproci, l'amministrazione favorirà la conclusione di accordi fra di essa e gli interessati, senza pregiudizio di diritti dei terzi”.

⁶⁷¹ Vedi Cons. St., Ad. Gen., 19 febbraio n. 7, cit. È noto che tale previsione limitativa sia stata in seguito espunta dal legislatore del 2005, che ha pertanto decretato la “detipizzazione” degli accordi sostitutivi. Tale affermazione va peraltro intesa *cum grano salis*. Come ha chiarito autorevole dottrina (SCOCA F.G., *La teoria*, cit., § 16), “*si può individuare di conseguenza, per entrambi i tipi di accordo, un comune punto di riferimento: la sussistenza del potere unilaterale dell'amministrazione (di provvedere alla cura dell'interesse pubblico)*”. Ciò significa che affinché sia possibile ricorrere allo strumento dell'accordo sostitutivo “atipico” è pur sempre necessario che il provvedimento da sostituire sia normativamente previsto. Nello stesso senso, vedi la più volte ricordata sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, secondo cui la facoltà di stipulare accordi “*presuppone l'esistenza del potere autoritativo*”, nonché il disposto dell'art. 7 del Codice del processo amministrativo, a mente del quale “sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, *accordi* (evidenziazione mia) o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”.

espresso dall'art. 11 è sembrata, già ai primi commentatori, diromponente⁶⁷².

Occorre però tornare alla controversa questione se l'art. 11 costituisca la norma-base del contratto di diritto pubblico nel nostro ordinamento. Occorre in altri termini spiegare l'identificazione tra gli accordi tra privato e amministrazione ivi disciplinati ed il contratto di diritto pubblico, che finora abbiamo dato per presupposta.

La questione, come spiega il Greco, è di *natura interpretativa*⁶⁷³.

È interessante notare, peraltro, che gli argomenti *testuali* utilizzati dai fautori delle contrapposte tesi pubblicistiche e privatistiche (presentate entrambe sia nella versione più “estrema” che in quella “temperata”) sono in buona sostanza gli stessi – *in primis* il richiamo ai “principi” del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti “in quanto compatibili”⁶⁷⁴ e la disciplina del recesso unilaterale dall'accordo – cosicché l'impressione che si ricava analizzando il quadro delle soluzioni interpretative offerte dalla dottrina è che alla base delle diverse tesi vi siano distinte (ed inconciliabili) opzioni ideologiche, alla luce delle quali gli spunti

⁶⁷² Da parte del LEDDA, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. Amm.*, 1996, 391, si è evocata “l'immagine dell'amministrazione che depone il proprio scettro, o scende dal suo piedistallo, e viene a patti con il cittadino per definire rapporti di diritto pubblico”. Ad avviso di GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art. 11 l. n. 241/1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 518, il quale osserva che dopo l'introduzione dell'istituto degli accordi è possibile distinguere tra una partecipazione “semplice” (visione di atti del procedimento; presentazione di memorie, documenti, osservazioni, proposte) che è “interna al procedimento e al provvedimento”, ed una partecipazione “qualificata”, “interna al procedimento ma non al provvedimento, pur essendo funzionalmente collegata con quest'ultimo”. La questione è rilevante, spiega il citato A., poiché “il passaggio dalla partecipazione semplice a quella qualificata comporta un salto di qualità, e precisamente il passaggio dall'area dei solo interessi legittimi all'area (anche) dei diritti soggettivi e quindi il passaggio dalla giurisdizione generale di legittimità a quella esclusiva; e questo in tanto si giustifica in quanto il procedimento semplicemente partecipato non possa fornire alle parti tutela ed utilità equivalenti”.

⁶⁷³ GRECO G., *Argomenti*, cit., 149, nonché 117, dove rileva che “non sussistendo, dunque, preclusioni di ordine dogmatico, la scelta è, come si diceva, di stretto diritto positivo. Si tratta, pertanto, di vedere se l'art. 11 presenta spunti di regime che convincano nell'uno o nell'altro senso [cioè in senso conforme ad un inquadramento pubblicistico o privatistico della fattispecie], ovvero – meglio – che impongano una delle due soluzioni ed in che termini”.

⁶⁷⁴ GRECO G., *Accordi*, cit., 101, afferma il carattere “pilatesco” della clausola di compatibilità, in quanto il legislatore non ha chiarito (non ha voluto chiarire) quale sia il punto di riferimento della compatibilità: alla natura ovvero al regime degli accordi?. È su questo aspetto che particolarmente si registrano, come si vedrà, i maggiori dissensi tra i fautori delle contrapposte tesi.

(invero assai scarni) provenienti dalla *lettera* dell'art. 11 vengono interpretati *propter utilitatem* ora in un senso e ora nell'altro.

A parte questa notazione di metodo, e venendo all'analisi delle diverse soluzioni ermeneutiche proposte - al fine di verificare quale sia la più attendibile -, sembra corretto operare il c.d. taglio delle ali⁶⁷⁵, ossia prescindere dalle letture pan-privatistiche e da quelle pan-pubblicistiche.

In sintesi, i sostenitori della tesi pan-privatistica intendono l'accordo come un contratto di diritto privato: come è stato evidenziato⁶⁷⁶, alla valorizzazione (*rectius*: estremizzazione) del riferimento ai principi codicistici in tema di obbligazioni e contratti, contenuto nel secondo comma dell'art. 11 della l. 241 del 1990, si accompagna una lettura "svalutativa" della doppia clausola limitativa "ove non diversamente disposto" ed "in quanto compatibili".

Quanto a quest'ultima, si ritiene che la stessa riguarderebbe semplicemente la compatibilità dei principi del Codice civile con la disciplina posta dall'art. 11 - si ritiene in altri termini che la clausola di compatibilità presupponga "*l'unicità della categoria giuridica di riferimento: il contratto*"⁶⁷⁷ - laddove la prima concernerebbe "*eventuali future discipline di settore derogatorie di tale regolamentazione*", vale a dire la deroga pattizia a siffatti principi⁶⁷⁸.

I sostenitori della tesi pan-privatistica reputano, di conseguenza, che vi sia una piena fungibilità tra provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato⁶⁷⁹ del che vi sarebbe

⁶⁷⁵ GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., 153 e ss.; ma vedi anche ID., *Accordi*, cit., 99.

⁶⁷⁶ GRECO G., *Accordi amministrativi*, cit. 92.

⁶⁷⁷ COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996, spec. 319, il quale ulteriormente rileva che la clausola di compatibilità è espressiva di "*uno dei molteplici statuti speciali o macrosistemi giuridici in cui si compone il variegato panorama dei contratti di diritto comune*". Ad avviso di CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio*, cit., spec. 189, il riferimento ad un medesimo ambito (appunto quello contrattuale) sarebbe testimoniato dall'utilizzo da parte del legislatore della legge sul procedimento dell'espressione "accordo" che campeggia nell'art. 1321 c.c..

⁶⁷⁸ MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, spec. 108.

⁶⁷⁹ Vedi al riguardo CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 150 e ss., ad avviso del quale "*i poteri pubblici ed i poteri privatistici sono in una certa misura strumenti fungibili per uno scopo comune (l'interesse pubblico)*". In termini analoghi, vedi MANFREDI, *op. ult. cit.*, 96. In giurisprudenza, nel contesto di un orientamento complessivamente minoritario, C.G.A.R. Sicilia, 28 aprile 1997, n. 35 in *Cons. St.*, 1997, I, 592; 4 novembre 1995, n. 336, *ivi*, 1995, 1607, orientate nel senso che "*gli enti pubblici, salvo espresse eccezioni di diritto positivo, hanno piena capacità di diritto privato nei limiti delle loro finalità istituzionali; capacità messa in particolare rilievo dall'art. 11 l. 7 agosto 1990, n. 241, che, ammettendo largamente la conclusione di accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti e sottoponendo tali accordi al regime dei contratti, ha ammesso una tendenziale equivalenza tra l'attività di diritto pubblico e*

conferma da un lato nella previsione dell'art. 1, comma 1-*bis*, l. 241 del 1990 e dall'altro in quella del comma 4-*bis* dell'art. 11, che nell'imporre l'adozione di una deliberazione preliminare alla stipula dell'accordo avrebbe inteso operare una sorta di "riedizione" della teoria dualista⁶⁸⁰.

Entrambi gli aspetti evidenziati non colgono nel segno.

Non il primo: è stato infatti rilevato che, vera la premessa per cui il comma 1-*bis* fissa il principio della normalità del diritto privato per la disciplina degli atti di natura non autoritativa, gli accordi hanno nondimeno ad oggetto il potere amministrativo, cioè costituiscono una modalità alternativa (al classico schema del provvedimento unilaterale) di esercizio dello stesso.

Come si è detto, l'apporto del privato non si esaurisce nella "semplice" partecipazione ma si compendia nella determinazione – su base pattizia – di un assetto di interessi destinato a divenire concretamente operante a seguito dell'adozione di un provvedimento unilaterale (recettizio del contenuto dell'accordo stesso) ovvero immediatamente. In altre parole, anche quando

l'attività amministrativa di diritto privato". Vedi più di recente quanto sostiene Cons. St., Sez. IV, 22 luglio 2010, n. 4809, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1434, secondo cui "in materia di espropriazione per pubblica utilità, la cessione volontaria costituisce un negozio traslativo, inserito nel procedimento espropriativo, avente struttura, forma e contenuto disciplinati dalle norme di diritto privato, sicché la stessa si perfeziona solo con il consenso delle parti in ordine all'immediato trasferimento dell'immobile all'espropriante".

⁶⁸⁰ In tema vedi però quanto sostenuto da Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 1310, dove si legge: "l'azione amministrativa non è rimpiazzata dal principio del favor per il contratto, ma, nel testo della l. 241 del 1990, provvedimento e contratto sono posti sullo stesso piano quali esiti del procedimento partecipato. La legge prevede solo l'accordo (sia pure preliminare a un provvedimento negoziato nel suo contenuto), per cui non occorre postulare una precedente determinazione di tipo provvedimentale (la determinazione pubblicistica di concludere l'accordo o aderirvi)". A livello manualistico, vedi quanto osserva CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Milano, 2008, 241 e ss., il quale annovera tra le deroghe rispetto ai principi civilistici in tema contrattuale la circostanza che l'accordo sia preceduto dalla emanazione della delibera ex comma 4-*bis*. L'A. osserva che in questo modo "si intende far salva la competenza dell'organo competente a provvedere quanto questa appartiene all'organo politico-amministrativo. Deve essere tale organo ad accedere all'alternativa provvedimento-accordo o a decidere di concordare con il privato il contenuto del provvedimento: e non il dirigente che stipulerà l'accordo per conto dell'amministrazione". Di estremo interesse la riflessione condotta sul punto da TRIMARCHI BANFI, *L'articolo 1*, cit., spec. § 3, la quale rileva che la determinazione in esame non è atto di natura autoritativa, sia che si acceda ad una lettura ampia sia che si acceda ad una lettura ristretta di tale nozione: osserva l'A. che "si tratta quindi di atto che l'art. 1 comma 1 bis vorrebbe sottoposto alle norme del diritto privato. Senonché la funzione dell'atto che deve precedere gli accordi è manifestamente quella di permettere la tutela dei terzi secondo la modalità che è tipica della reazione al provvedimento: il ricorso d'impugnazione a tutela dell'interesse legittimo. Certo, nessun problema di coerenza formale si pone, dato che l'art. 1 comma 1 bis, nel dettare la regola di carattere generale circa l'azione secondo il diritto privato, fa salva la possibilità che la legge disponga diversamente. Ciò che colpisce nella disposizione, tuttavia, è che essa introduce un'ipotesi di dissociazione tra forza e regime dell'atto, mentre la correzione di questa anomalia pareva dover essere il primo obiettivo della riforma".

viene esercitato secondo schemi bilaterali il potere è pur sempre potere, con conseguente inapplicabilità del comma 1-*bis*⁶⁸¹. Del che vi sarebbe peraltro conferma, per un verso, nelle affermazioni della Corte Costituzionale secondo cui l'utilizzo dell'accordo ex art. 11 “*presuppone l'esistenza del potere autoritativo*”, per altro verso, nella previsione dell'art. 7 del Codice del processo amministrativo che, nel calibrare su un parametro oggettivo l'ambito di estensione della giurisdizione amministrativa – che è giurisdizione sull'esercizio della funzione –, fa rientrare gli accordi tra le possibili modalità attraverso cui il potere può esprimersi.

Non il secondo: è opinione diffusa che la deliberazione preliminare assolva, specie nella fattispecie dell'accordo sostitutivo, alla medesima funzione svolta dalla motivazione in rapporto al provvedimento unilaterale⁶⁸².

Sul versante delle implicazioni in punto di regime giuridico conferente, l'affermazione della natura *tutta contrattuale* degli accordi di cui all'art. 11 comporta:

- l'applicazione della disciplina dell'annullabilità per vizi del consenso, nonché di quella della nullità per violazione di norme imperative;
- la possibilità di utilizzare l'accordo – in conformità con il principio che regola l'autonomia privata e che specificamente ne riconosce la piena potenzialità espansiva (e creativa) nei limiti della meritevolezza dell'interesse perseguito – anche al di fuori

⁶⁸¹ È questa l'idea espressa da LIGUORI, *La funzione amministrativa*, cit., 43, ad avviso del quale “*il comma 1-bis e l'art. 11 hanno riguardo ad ambiti diversi: le ipotesi di cui all'art. 11 ricadono, infatti, in quanto riferite a poteri autoritativi negoziabili solo nelle forme degli accordi, nell'ambito delle eccezioni al principio dell'uso del diritto privato. Il comma 1-bis non afferma affatto che il potere amministrativo è sempre negoziabile direttamente, limitandosi ad indicare il diritto privato come il diritto 'normale' delle esplicitazioni non autoritative, mentre quelle autoritative continuano ad essere negoziabili soltanto con le modalità di cui all'art. 11*”. Dello stesso A. vedi in termini analoghi, *Amministrazioni pubbliche e diritto privato nel disegno di legge sull'azione amministrativa*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 1825. Ad avviso di GRECO G., *Argomenti*, cit., 171 gli accordi non sono *tout court* assoggettati alle norme di diritto privato – espressione viceversa utilizzata dal citato comma 1-*bis* “*sottintendendo una completa disciplina di diritto comune*” – bensì ai *principi* del codice civile in materia di obbligazioni e contratti *in quanto compatibili*, cioè “*in quanto compatibili con il regime dell'atto amministrativo in funzione complementare ed integrativa, ma non sostitutiva, della disciplina pubblicistica*”.

⁶⁸² Vedi ancora TRIMARCHI BANFI, *loc. ult. cit.*. Sulla base di questa idea TUCCILLO, *L'invalidità degli accordi tra p.a. e privato dopo la legge di riforma dell'azione amministrativa in AA. VV., Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, a cura di LIGUORI, cit., 173 e ss., spec. 190, che rileva che “*la logica di tale ulteriore momento procedimentale [...] è quella di rendere trasparenti ed intelleggibili le ragioni che hanno indotto l'amministrazione a preferire la via consensuale a quella unilaterale*”, in funzione dell'esigenza di controbilanciare la detipicizzazione dell'accordo sostitutivo.

delle strette imposte dal principio di legalità (ma di ciò si dirà più ampiamente in seguito a proposito della tesi dell'autonomia negoziale "ristretta")⁶⁸³;

- l'applicazione della disciplina dettata in tema di recesso dagli artt. 1372 e ss. c.c.⁶⁸⁴;
- riguardo alla previsione che assoggetta l'accordo ex art. 11 ai medesimi controlli previsti per il *corrispondente* provvedimento amministrativo – che *prima facie* sembra più difficile da inquadrare in una logica pan-privatistica⁶⁸⁵ – si è da taluno sostenuto che il legislatore non avrebbe inteso assoggettare l'accordo al medesimo sindacato di legittimità dell'atto amministrativo, ma si sarebbe limitato a prevedere l'esplicazione riguardo ad esso accordo di un sistema di controlli analogo a quello che caratterizza i contratti pubblici⁶⁸⁶; nel mentre, quanto si era detto rispetto alla *ratio* della previsione della giurisdizione esclusiva del g.a. in tema di formazione conclusione ed esecuzione degli accordi – e cioè che, venendo in rilievo soltanto diritti (e non anche interessi), l'intendimento del legislatore fosse stato quello di devolvere una *materia* al giudice amministrativo⁶⁸⁷ – deve ritenersi espressivo di una linea

⁶⁸³ Vedi nuovamente al riguardo quanto afferma lo stesso Consiglio di Stato, nella pronuncia resa dalla Sesta Sezione (15 maggio 2002, n. 2636, cit.). Per Cons. St., Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327, in *Foro amm.*, 2000, 891, sarebbe del resto "difficile spiegare, in linea generale, perché debbano essere applicate ad un rapporto di derivazione consensuale le regole concernenti i provvedimenti unilaterali dell'Amministrazione". Al riguardo si osserva in dottrina (GIACCHETTI, *Gli accordi*, cit., 522), che "è il provvedimento ad essere accessorio all'accordo e non viceversa".

⁶⁸⁴ Al riguardo si è rimarcato, oltre alla circostanza consistente nell'utilizzo del *nomen iuris* (recesso e non revoca), che per molti contratti di "puro" diritto privato, specie quelli di durata, il Codice civile disciplina forme di recesso unilaterale (al riguardo vedi ancora CORSO, *op. ult. cit.*, 152 e MANFREDI, *op. ult. cit.*, 109), senza contare il fatto che il diritto privato speciale dei contratti pubblici (specie riguardo al contratto di lavori pubblici) prevede il recesso oneroso (esemplificazioni in MANFREDI, *loc. ult. cit.*). Da altri si è invece sostenuto che si tratterebbe di istituto da ricondurre all'area della risoluzione del contratto (CIVITARESE MATTEUCCI, *op. ult. cit.*, 158) ovvero al verificarsi di una obiettiva condizione di tipo risolutivo (PAOLANTONIO, *Autoregolazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, in *Cons. St.*, 2000, II, 793, spec. 808). Particolarmente indicativa della piena equiparazione in punto di disciplina applicabile tra accordi e contratti l'opinione di quanti rilevano che il recesso è un diritto che al soggetto spetta come parte e non già come autorità munita di potere (CORSO, TERESI, *op. ult. cit.*, 74 e ss.).

⁶⁸⁵ Così GRECO G., *Accordi amministrativi*, cit., 95.

⁶⁸⁶ Vedi in particolare LEDDA, *Appunti per uno studio*, cit., 391 e ss.; ID., *Dell'autorità e del consenso*, cit., 1237 e ss.; ID., *Nuove note sugli accordi "di diritto pubblico" e su alcuni temi contigui*, in *Giur. It.*, 1998, I, 394, che assoggetta ad una penetrante critica la teoria del contratto di diritto pubblico.

⁶⁸⁷ In questo senso MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. Amm.*, 1993, 32, nonché MANFREDI, *op. ult. cit.*, 116.

di pensiero non più attendibile, alla luce della giurisprudenza costituzionale che (sebbene in un *obiter*) ha reputato costituzionalmente legittima siffatta previsione sul presupposto che si discutesse di forme, ancorché alternative, di esercizio del potere, e che quindi in ciò andasse individuata la necessaria “particolarità” della materia, in linea con l’art. 103 Cost..

Anche la tesi pubblicistica⁶⁸⁸, che può leggersi già nelle osservazioni dell’ideatore della l. 241 del 1990, e cioè Mario Nigro, ad avviso del quale “*le convenzioni appartengono pienamente al diritto pubblico*”⁶⁸⁹, conosce una formulazione per così dire estrema⁶⁹⁰.

Tale costruzione si basa sulla risoluta negazione del carattere contrattuale degli accordi - argomentata, volta a volta, in considerazione della diversa struttura dell’atto fonte; del diverso

⁶⁸⁸ Nel senso di una qualificazione pubblicistica della fattispecie può già leggersi il citato parere dell’Adunanza Generale del Consiglio di Stato che non oppose riserve alle disposizioni contenute nei commi 3, 4 e 5, sul presupposto che “*gli accordi qui in esame – caratterizzati dalla presenza di volontà che non sono sullo stesso piano – risentono, necessariamente, del contenuto e delle finalità del provvedimento che vanno a sostituire, sicché è logico che la legge assicuri all’amministrazione una qualche posizione di supremazia in relazione al contesto pubblicistico in cui l’accordo viene ad inserirsi*”.

⁶⁸⁹ NIGRO, *Conclusioni*, cit., 90, il quale peraltro precisava che le stesse potessero mutuare principi e regole dal diritto comune.

⁶⁹⁰ Che trova seguito anche in giurisprudenza. Vedi ad esempio Cass. civ., 15 aprile 1992, n. 4572, in *Giust. Civ. Mass.*, 1992, 4, che precisa che “*l’accordo rileva, all’interno del procedimento, come mera tecnica di organizzazione di individuazione e selezione degli interessi in gioco, restando pur sempre il provvedimento, in che il procedimento si conclude, lo strumento giuridico ed il fondamento della correlativa composizione. Con l’ulteriore conseguenza che mentre il contratto, una volta esaurito il procedimento di evidenza pubblica, si pone come fonte autonoma di disciplina del rapporto (o di un aspetto di esso) essendo anche autonomamente impugnabile [...], il modulo convenzionale, viceversa, non raggiunge una equivalente autonomia giuridica, potendo alternativamente o essere disatteso dalla p.a. (che, anche dopo le intese raggiunte con il privato, rimane pur sempre titolare del potere pubblicistico), ovvero essere trasfuso in un elemento – eventualmente accidentale – del provvedimento che, come detto, è in questo caso l’unico strumento di regolazione del rapporto*”. In termini sostanzialmente analoghi, vedi di recente T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 28 settembre 2010, n. 3860, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 2996, dove si legge che “*il richiamo alla valenza pubblicistica degli accordi ex art. 11, l. n. 241 del 1990, della così detta amministrazione consensuale, consente di affermare che, nelle ipotesi di accordo previste dalla legislazione speciale (come le convenzioni in materia urbanistica, cui va assimilata la convenzione in esame in materia di edilizia residenziale) permane intatto l’attributo pubblicistico dell’esercizio del potere amministrativo e della natura pubblica degli interessi portati dall’Amministrazione, con conseguente riconoscimento della legittimità costituzionale della relativa previsione giurisdizionale esclusiva; conseguentemente indipendentemente dalla possibile qualificazione privatistica, le convenzioni in materia urbanistica, lasciano sempre integra la potestà pubblicistica del Comune in materia di disciplina del territorio alla stregua di sopravvenute esigenze urbanistiche, giacché la natura dell’accordo sostitutivo del provvedimento che approva la convenzione facoltizza comunque l’amministrazione, ai sensi dell’art 11, comma 4, l. 7 settembre 1990 n. 241, a sciogliersi dall’accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, nonché a regolare unilateralmente ed autoritativamente i rapporti e le attività oggetto di convenzione*”. Vedi anche T.A.R. Liguria, Genova, 27 maggio 2010, n. 3551, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 1644, relativamente alla qualificazione del recesso in termini di revoca.

contenuto, patrimoniale in un caso e non patrimoniale nell'altro⁶⁹¹; del diverso grado di vincolatività – che, anziché essere confutata⁶⁹², è piuttosto confermata dalla doppia clausola limitativa cui l'art. 11 assoggetta l'applicabilità dei principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti.

In specie, si è osservato⁶⁹³ non essere casuale che “*lo schema pubblicistico sia accolto anche dall'art. 11, il quale, oltre ad esprimere la importanza del momento finalistico in virtù sia della qualificazione dell'accordo come atto conclusivo del procedimento, sia dell'inciso 'in ogni caso nel perseguimento dell'interesse pubblico', introduce altresì il limite della compatibilità (con la disciplina di indole pubblicistica) al richiamo dei principi civilistici*”. È quindi centrale nella disciplina degli accordi il momento finalistico (sia nel momento della formazione che nel momento dell'eventuale scioglimento del vincolo), momento che esprime l'esigenza sconosciuta al diritto privato, che l'interesse pubblico “*limiti sostanzialmente l'attività amministrativa*”⁶⁹⁴.

⁶⁹¹ Insiste particolarmente su tale aspetto DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione dell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 189 e ss..

⁶⁹² Così come ritengono i fautori della tesi pan-privatistica.

⁶⁹³ FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, cit., 170.

⁶⁹⁴ In questo senso vedi ancora FRACCHIA, *op. ult. cit.*, 171, che richiama l'insegnamento di ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo*, Milano, 1960, 309, circa l'esclusione della rilevanza del momento finalistico nella disciplina dei contratti, nonché quello di COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993, circa la rilevanza che tale momento assume non solo dal punto di vista della legittimità formale ma anche da quello della legittimità sostanziale. La tesi è contestata invece dal PAOLANTONIO, *Articolo 1*, cit., spec. 100-101, che rileva che “*l'amministrazione non agisce sempre secondo valutazioni discrezionali, poiché la discrezionalità è manifestazione di un potere di scelta positivamente limitato, laddove nell'attività di diritto privato dell'amministrazione non v'è potestà di decisione in ordine ad un concreto problema amministrativo, sibbene libertà (positivamente limitata solo dal vincolo di risultato e dalla clausola generale di meritevolezza della causa) di autoregolazione degli interessi da trasfondere in una operazione negoziale*”. Occorre quindi chiedersi, prosegue Paolantonio, “*cosa si intenda quando si dice che, in qualunque sfera di azione dell'amministrazione, debba essere perseguito l'interesse pubblico. Se si fa riferimento alla teoria del vincolo di scopo, quale espressione del principio di legalità [...], non pare possibile escludere che tale vincolo non coincida con l'interesse pubblico tipizzato dalla norma attributiva di potere, e ciò sol perché, come si è scritto, in presenza di un vincolo privo della indicazione di scopo, dovrà escludersi l'operatività del vincolo, ma non l'esistenza di esso (ciò perché l'esistenza di un vincolo di scopo è conseguenza del principio di legalità-indirizzio). Se infatti il vincolo di scopo non coincide con l'interesse pubblico, ne segue che la tesi della necessità del perseguimento dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione appare priva di fondamento*”. Al riguardo interessa particolarmente quanto può leggersi in T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 4 febbraio 2010, n. 1524, in *Giur. merito*, 2010, 3143, con nota di LISENA, *Legalità vs. consensualità: il caso dell'annullamento del P.R.G. di Roma*, secondo cui “*l'attività amministrativa, anche quando comporta - segnatamente nella fase di pianificazione e programmazione - un consistente margine di autonomia nella specificazione dei fini e nella prefigurazione degli strumenti, rimane pur sempre soggetta in primo luogo alla legge, nonché agli altri parametri indicati dall'art. 11 l. n. 241 del 1990 e - più a monte - dalle previsioni costituzionali, che riflettono esigenze di giustizia coesenziali alla funzione amministrativa. Ne consegue, con*

Se quanto appena riportato sembra, di massima, corretto e condivisibile - il momento finalistico cioè permea di sé gli accordi ex art. 11 dando ad essi una valenza spiccatamente pubblicistica – sembra eccessivamente riduttiva la tesi che, negando la natura contrattuale di tali accordi, restringe considerevolmente (fino a elidere del tutto) la possibilità di applicare (sebbene in via residuale e sussidiaria come si dirà) i principi dettati dal Codice civile, considerata “*l’incerta configurazione delle categorie dei patti e delle fattispecie negoziali bilaterali non contrattuali*”⁶⁹⁵.

Convenendo con la prevalente dottrina, si deve peraltro ritenere che anche l’impostazione pan-pubblicistica non sia pienamente soddisfacente.

particolare riferimento al principio di legalità e alle sue implicazioni, che l’Amministrazione opera nell’esercizio di poteri previsti dalla legge e con strumenti parimenti dotati di copertura legislativa; pertanto, non è sufficiente che il fine perseguito sia legittimo, perché è necessario che lo siano anche gli strumenti impiegati”. Al riguardo vedi quanto notato da LIENA, *op. ult. cit.*, la quale richiamandosi ad URBANI, *Sistemi di pianificazione urbanistica perequativa e principio di legalità dell’azione amministrativa. A proposito delle sentenze del Tar Lazio sul PRG di Roma*, in www.giustamm.it, nota che “*non risulterebbe, pertanto, sufficiente il tentativo di riportare gli ‘oneri’ previsti dal Piano Regolatore Generale del Comune di Roma nell’ambito degli accordi tra privato e Pubblica Amministrazione, tentativo operato dal Consiglio di Stato, che pur si è fatto carico, nel vuoto legislativo, di legittimare modalità di conformazione dei suoli che emergono con forza dalla realtà economica e sociale. Dell’urbanistica per accordi sarebbe, perciò, più opportuno parlare in presenza di una legge generale sul governo del territorio che contenga una regolamentazione specifica dei contratti urbanistici, la quale preveda criteri e parametri tesi ad evitare, da un lato, la supremazia del contraente più forte ed il ‘commercio’ delle potestà amministrative e, dall’altro, ad offrire al giudice amministrativo elementi di riferimento certi per verificare la legittimità e la liceità del contenuto degli accordi in questione*”.

⁶⁹⁵ GRECO G., *Accordi*, cit., 104, che reputa che tale incertezza comporterebbe “*una consistente amputazione dei principi codicistici applicabili*”.

Si osserva, in primo luogo⁶⁹⁶, che il termine “accordo” è lo stesso che campeggia nella norma definitoria contenuta nell’art. 1321 c.c.⁶⁹⁷; in secondo luogo, che ben facilmente l’accordo tra privato ed amministrazione può avere delle implicazioni di carattere patrimoniale (sulla cui assenza una parte della dottrina ha escluso il carattere contrattuale del vincolo che sorge dalla relativa stipula⁶⁹⁸), come peraltro la casistica giurisprudenziale dimostra ampiamente⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ GRECO G., *loc. ult. cit.*, il quale richiama al riguardo anche la dottrina civilistica manifestando la consapevolezza di aderire ad una lettura per così dire basilare della definizione di contratto di diritto privato, se è vero che le più recenti evoluzioni ordinamentali sembrano segnare un superamento del c.d. dogma della volontà (espressione coniata da BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, Weimar, 1889, 65; sul superamento del dogma in base al quale l’essenza del contratto è la volontà creatrice dell’individuo v. BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, cit., 20 ed ivi ulteriori riferimenti) e secondo taluno perfino della necessità dell’accordo: vedi ad esempio SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in Trattato di diritto civile (diretto da SACCO), Torino, 1993, 31, spec. 58, dove si evidenzia che l’art. 1333 (contratto con obbligazioni a carico del solo proponente) rappresenta un completamento dell’art. 1321, dal che conseguirebbe che il contratto sia definibile come “manifestazione di autonomia del dichiarante [...] neutra rispetto alla necessità di una ulteriore accettazione”. In senso analogo, GIAMPICCOLO, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1961, 798; DIURNI, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, II, 690. BIANCA C.M., *op. ult. cit.*, 257 e ss., esattamente rileva che la tendenza della dottrina a costruire il mancato rifiuto da parte dell’oblato in termini di manifestazione tacita di accettazione ovvero comportamento (negativo) che acquista valore legale di accettazione (in questo senso SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, 395) va spiegata come tentativo di salvare il principio del contratto come unico strumento generale dell’autonomia negoziale: se infatti si ammettesse la costituzione del rapporto per volontà di una sola parte risulterebbe non rispettata la regola per cui le promesse unilaterali sono impegnative soltanto nei casi previsti dalla legge (art. 1987 c.c.); al riguardo si rileva peraltro che “il principio non può essere salvato attraverso una finzione”. In definitiva, l’idea di SACCO, *op. ult. cit.*, per cui “la bilateralità non è, né è mai stata, requisito di tutti i contratti” è criticabile perché la necessità dell’accordo (come desumibile dall’art. 1321 c.c.) non attiene al contenuto del rapporto, ma alla sua fonte: “la natura contrattuale vale appunto ad indicare che l’obbligazione scaturisce dal contratto e non dalla legge o da atti unilaterali”. Per altra dottrina, infatti, l’art. 1333 disciplina un negozio unilaterale recettizio “come tale pienamente efficace non appena giunto a conoscenza dell’oblato e per questo irrevocabile. Che senso avrebbe altrimenti rifiutare una proposta di per sé del tutto inefficace”? (così GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 866). La norma inoltre viene sovente indicata come base giuridica della teorica del negozio gratuito atipico

⁶⁹⁷ Si discute sul carattere paritetico o meno dell’accordo: vedi in particolare quanto sostenuto da IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo*, cit., spec. 141, la quale osserva che “gli accordi in oggetto hanno natura sostanzialmente contrattuale, sia sotto il profilo strutturale, essendo l’accordo il risultato dell’accordo paritario tra due manifestazioni di volontà dirette a negoziare un determinato assetto degli interessi in gioco; sia sotto il profilo funzionale, considerato che l’accordo ha lo scopo di vincolare entrambe le parti al rispetto di quell’assetto di interessi che esse medesime hanno negoziato”. In senso opposto v. FRACCHIA, *Accordo sostitutivo*, cit., 172, sul presupposto che “la cifra pubblicistica (che connota gli accordi sostitutivi, n.d.s.) investe non soltanto gli atti posti in essere dall’amministrazione ma altresì il regime dell’atto finale, laddove nella procedura ad evidenza pubblica il momento pubblicistico non si riverbera sul regime giuridico dell’atto e – normalmente – sulla stabilità del rapporto. Solo nella prima ipotesi, in altri termini, esiste una ‘strumentazione’ che consente di valutare la corrispondenza del regolamento di interessi

Ne discende “che il vaglio di compatibilità, in ordine ai principi richiamati al c. 2 dell’art. 11, deve essere basato su criteri selettivi diversi dalla struttura e dall’efficacia inter partes dell’atto fonte: sotto questi ultimi profili, infatti, l’applicabilità dei principi del codice civile non può che essere la più ampia ed incontestata”⁷⁰⁰.

Ed allora, effettuato, come detto, il c.d. taglio delle ali – cioè fuor di metafora, scartate per i motivi (seppur succintamente) detti le tesi pubblicistiche e privatistiche nella loro versione “estrema” – occorre occuparsi delle tesi che, affermando rispettivamente la natura pubblicistica o privatistica degli accordi, non negano, al contempo, che alla fattispecie possano applicarsi, nell’ordine, principi mutuati dal Codice civile in materia di obbligazioni e contratti (laddove si ritenga che l’accordo risponda in primo luogo alla disciplina del diritto pubblico) ovvero principi di marca pubblicistica (laddove, all’inverso, si ritenga che l’accordo è soggetto alla disciplina del diritto privato, sebbene “corretta” in considerazione della particolare natura e finalità di tali atti).

concordato con i principi dell’azione amministrativa”. A tale ultimo riguardo l’A. citato chiarisce (in nota) come “per quanto attiene all’ambito dei contratti stipulati dalla pubblica amministrazione, si noti che l’esistenza di particolari potestà attribuite in capo all’amministrazione in vista della cura di interessi pubblici, soprattutto relative alla fase di esecuzione, non scalfisce il ragionamento condotto nel testo, giacché altro è la presenza di deroghe per casi specifici al principio di inesistenza di peculiari facoltà pubblicistiche a favore del contraente pubblico, altro è una disciplina generalizzata informata alla prevalenza dell’interesse pubblico”. Nel medesimo senso vedi DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., spec. 186 dove si ritiene che “la aprioristica graduazione degli interessi pubblico e privato contiene in sé la negazione di quasi tutti gli elementi costitutivi della fattispecie ‘contratto’ [...] ovvero significa far perdere all’espressione in questione ogni sua capacità qualificatoria”.

⁶⁹⁸ Vedi nuovamente DUGATO, *op. ult. cit.*, 189 e ss..

⁶⁹⁹ Si pensi per esempio a quanto ritenuto in tema di convenzioni di lottizzazione, dove, nell’ambito di una giurisprudenza non univocamente orientata, si ammette l’applicabilità dell’art. 2932 c.c. per dare forzata attuazione alle obbligazioni di carattere patrimoniale: vedi da ultimo, in termini affermativi, T.A.R. Veneto, Venezia, 13 luglio 2011, n. 1219, in www.giustizia-amministrativa.it. Vedi inoltre, sempre in relazione al detto tema, Cass. S.U., 20 novembre 2007, n. 24009, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 11, che reputa esistente un collegamento tra le pretese di natura meramente patrimoniale ed il rapporto concessorio, oggetto di negoziazione. Gli esempi potrebbero invero proseguire: qui, per la stretta attinenza al tema trattato, si può richiamare la giurisprudenza, già citata, che afferma sussistere la giurisdizione esclusiva del g.a. in relazione alle fattispecie di finanziamento che si attua nel quadro di un rapporto originato da uno strumento di programmazione negoziale, quale ad esempio il patto territoriale: vedi T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 2 febbraio 2005, n. 114, cit. Cass. S.U., 23 marzo 2009, n. 6960, cit.; in termini, cfr. Cass. S.U., 8 luglio 2008, n. 18630, cit.; da ultimo Cons. St., Sez. IV, 2 febbraio 2011, n. 741, cit.. Si ricordi infine quanto la giurisprudenza ritiene in tema di convenzioni di affidamento di pubblici servizi: T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 11 luglio 2007, n. 1377, cit..

⁷⁰⁰ GRECO G., *Accordi*, cit., 106.

Conviene principiare dalla c.d. tesi dell'autonomia negoziale ristretta (o privatistica temperata).

Tesi che, sostanzialmente, giunge a conclusioni simili rispetto a quella pan-privatistica in relazione alla qualificazione (in termini schiettamente contrattuali) della fattispecie, con l'unica – fondamentale – differenza che, anche quando esercitata tramite accordi, l'azione amministrativa non fuoriesce dal quadro normativo suo proprio, in primo luogo per quanto concerne il necessario rispetto dei vincoli normativi che si imporrebbero laddove il potere (meglio: lo stesso potere) fosse esercitato secondo uno schema unilaterale.

Fermo restando quindi che (anche) laddove si serva dello strumento dell'accordo la p.a. rimane vincolata alla necessaria realizzazione di fini pubblici (sicché l'autonomia di cui tale accordo è espressione si configura, appunto, come "ristretta"), la tesi in esame punta a realizzare una sorta di *conversione* dei parametri normativi del provvedimento amministrativo in categorie civilistiche (asseritamente) corrispondenti. E così: si ritiene⁷⁰¹ ad esempio che alcuni profili dell'eccesso di potere possano essere ricostruiti come vizi del consenso, o che la violazione di legge sia riguardabile alla stregua di un vizio che procura la nullità dell'atto⁷⁰².

⁷⁰¹ In questo senso vedi principalmente TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Politica del diritto*, A. 24, n. 2 (giugno 1993), 237 e GIACCHETTI, *Gli accordi*, cit., 522.

⁷⁰² Afferma che la nullità dell'accordo ex art. 11 debba essere fatta valere nel termine decadenziale previsto in generale per la tutela dell'interesse legittimo (specie allorquando con tale azione si facciano valere non già vizi propri ma derivanti dalla deliberazione preliminare), a nulla rilevando che si versa in un ambito riservato alla giurisdizione esclusiva del g.a., laddove "la domanda di accertamento è proponibile soltanto ove venga fatta valere una posizione di diritto soggettivo derivante direttamente da una norma di legge" (si citano in termini, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 9 aprile 2008, n. 606, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 937; Cons. St., Sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 696, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 561), T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 25 maggio 2011, n. 798, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 1717. La questione, sia dato notarlo a titolo meramente incidentale, presenta una sua attualità considerato che il Codice del processo amministrativo assoggetta l'azione di nullità (al di fuori dei casi in cui la questione venga in rilievo nel corso del giudizio di ottemperanza relativamente al vizio di violazione o elusione del giudicato) ad un termine decadenziale di 180 giorni. La soluzione fornita dal Giudice pugliese (e per analogia quella fornita dal Codice del processo amministrativo) non pare condivisibile: per un verso, si tratta di soluzione che non tiene conto del regime caratteristico della nullità (evidenziato in dottrina nei suoi termini essenziali da CAPOZZI S., *Brevi considerazioni in ordine alla nullità del provvedimento*, in *Studi sul procedimento*, cit., 135 e ss.), che si compendia sotto il profilo sostanziale nella originaria inidoneità del provvedimento viziato a produrre qualsivoglia effetto (rilievo di cui si era manifestata consapevole la giurisprudenza amministrativa orientatasi fino al recente passato, nel senso della imprescrittibilità dell'azione di nullità: Cons. St., Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2872); per altro verso, "se considerata unitamente all'art. 114, commi 1 e 4, lett. b) del Codice, che fissa il termine

Quanto a quest'ultimo punto, la tesi appare criticabile in quanto manca, nel nostro ordinamento (diversamente da quello tedesco), una norma che “trasforma” i vizi di legittimità in cause di nullità⁷⁰³. Inoltre il passaggio dai vizi di legittimità alla nullità per violazione di norme imperative comporterebbe un *vulnus* alla piena tutela giurisdizionale degli interessati come non manca di

dell'actio iudicati in dieci anni, la disposizione [dell'art. 31] evidenzia come il legislatore vada componendo un regime speciale della nullità del provvedimento amministrativo, la cui disciplina differenziata pare ormai esigere metodi ricostruttivi autonomi, non più pedissequamente tratti dalla disciplina generale e dalla dogmatica del diritto civile (OCCHIENA, *Commento all'art. 31*, in *Il nuovo Codice del processo amministrativo*, a cura di GAROFOLI, FERRARI Gi., Roma-Molfetta, 2010). Vero è che anche nel Codice civile sono previste delle ipotesi di nullità che possono essere fatte valere entro un termine breve di decadenza: si pensi, in materia societaria alla nullità delle delibere assembleari nei casi previsti dall'art. 2379 c.c.; vero è però che, in casi simili, il legislatore ha previsto che il termine operi anche rispetto alla rilevabilità d'ufficio del vizio, che invece nel caso che ci interessa (nullità del provvedimento) può essere rilevata “sempre”. A parte ciò la lettura della citata pronuncia richiama il tema, assai complesso, del se innanzi al giudice amministrativo sia ammissibile la tutela di accertamento (anche quando si discuta della lesione di interessi legittimi). Volendo limitare (peraltro fuggacemente) lo sguardo alla recente evoluzione giurisprudenziale – la dottrina infatti sembra aver elaborato delle soluzioni molto più coerenti e raffinate: vedi per tutti GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980; ID., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del Giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 481; ID., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, in *Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione*, Atti del Convegno di Bergamo del 15 novembre 2002, a cura di ANDREIS, Milano, 2004, 35 e ss.; CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 557; FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 304 – deve dirsi, come si è già avuto modo di rilevare, che ad affermazioni (che si risolvono in petizioni di principio) assai nette su di un piano generale nel senso che l'oggetto del giudizio amministrativo sarebbe non più l'atto ma il rapporto (con conseguente estensione delle tecniche di tutela al di là di quella di annullamento) non corrispondono, nel concreto, soluzioni univoche ed altrettanto encomiabili. Limitando l'attenzione a quanto accade in tema di tutela del terzo a fronte di d.i.a./s.c.i.a. si va da una soluzione che, per un verso, afferma l'esperibilità dell'azione di accertamento a tutela dell'interesse legittimo e, per altro verso, circoscrive vistosamente le potenzialità espansive di tale forma di tutela, assoggettando la proposizione della relativa domanda al termine di decadenza di sessanta giorni (ci si riferisce alla sentenza 717 del 2009); ad una soluzione che, proprio mentre da un punto di vista generale ammette l'esperibilità dell'azione (atipica) di accertamento innanzi al g.a., sul piano concreto ridimensiona fortemente le implicazioni “di sistema” di tale rilievo, in quanto la domanda di accertamento si trasformerà in ogni caso in domanda di annullamento (del provvedimento tacito frattanto formatosi).

⁷⁰³ Si tratta della disposizione contenuta nell'art. 59, comma 2, della legge tedesca sul procedimento amministrativo, a mente del quale il contratto di diritto pubblico è nullo laddove “un atto amministrativo di contenuto corrispondente sarebbe illegittimo non soltanto per un vizio inerente al procedimento o alla forma ai sensi del § 46 (ossia di quella norma che impedisce l'annullamento dell'atto per vizi procedurali o formali “se nessun'altra decisione in materia avrebbe potuto essere adottata”, n.d.s.), e ciò fosse noto ai contraenti”. Quanto a

sottolineare una dottrina favorevole alla lettura in chiave pubblicistica degli accordi ex art. 11⁷⁰⁴.

Gli asserti fondamentali della tesi pubblicistica temperata (o del contratto di diritto pubblico⁷⁰⁵) sono così sintetizzabili:

- struttura contrattuale della fattispecie;
- specificità dell'oggetto, che coincide con l'esercizio del potere amministrativo;

quest'ultima condizione – che il vizio sia noto ad entrambi i contraenti – è stato osservato (GRECO G., *Accordi*, cit., 60) che essa “*manifesta che l'ottica entro cui la legge si è mossa è quella della contestazione della validità del contratto da parte degli stessi contraenti e, in tal quadro, si è preoccupata anche delle limitazioni derivanti dal principio dell'affidamento*”.

⁷⁰⁴ SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, IV ed., Bologna, 2007, 320-321.

⁷⁰⁵ Costruzione che riguarderebbe, allo stesso modo, gli accordi integrativi o procedurali e quelli sostitutivi, a fronte della sostanziale identità funzionale e di ambito precettivo di queste due diverse tipologie. In questo senso, GRECO G., *Accordi*, cit., 117, che rileva un ulteriore vantaggio della disciplina unitaria: “*se si raggiungono risultati sicuri per una delle due figure, tali risultati possono essere estesi pianamente anche all'altra, così facilitando l'opera dell'interprete. Tanto più sicuro, poi, è il risultato, se si rinvergono argomenti autonomi e convergenti per entrambi i tipi di accordo. A cominciare dal perseguimento dell'interesse pubblico che è forse il principale connotato che accomuna accordo procedimentale e accordo sostitutivo*”. Privilegiano un approccio per così dire disaggregato FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, cit., 25 e 29 e PERICU, *L'attività consensuale*, cit., 802 e ss., il primo sul rilievo che le due figure avrebbero una diversa natura, il secondo argomentando dalla diversità dello loro struttura. Ad avviso di Pericu, in particolare, “*mentre gli accordi sostitutivi di provvedimento sembrano configurare una ulteriore ipotesi di contratto di diritto pubblico, analogo agli accordi di programma ex art. 27 della l. n. 142/90 e alle convenzioni di lottizzazione [...], gli accordi procedurali si presentano con caratteristiche del tutto originali. In essi l'accordo comporta necessariamente l'adozione di provvedimenti amministrativi, sì che gli effetti giuridici derivano dall'accordo in rapporto al provvedimento che dovrà essere assunto; mentre in riferimento alla disciplina sostanziale del rapporto tra pubblica amministrazione e privati conseguono dal binomio accordo-provvedimento*”. Ma il rilievo, per quanto abbia una indubbia ed incontestabile valenza descrittiva non sembra comportare alcuna apprezzabile implicazione in punto di qualificazione della natura giuridica dell'accordo sostitutivo. Come rileva il GRECO G., *Accordi*, cit., 126 e ss., “*già dal punto di vista descrittivo appare chiaro che la natura pubblicistica del procedimento avviato (istruttorio e contraddittorio compresi), nonché il carattere genuinamente provvedimentale dell'atto finale rendono inverosimile che vi possa essere un enclave (l'accordo determinativo o endoprocedimentale) del tutto privo dei medesimi caratteri. Dal punto di vista logico-deduttivo, poi, è agevole rilevare che se il provvedimento è, come tale, espressione di potere amministrativo e se nella specie il provvedimento finale è espressione dell'accordo determinativo, ne deriva che l'accordo determinativo costituisce esercizio di potere amministrativo*”. Il Greco prosegue poi rilevando (p. 128) che se “*l'accordo endoprocedimentale da un lato subisce tutti i vincoli normativi dell'agire provvedimentale e, d'altro lato, al pari di questo non può disporre del potere al di fuori dei margini di discrezionalità, che ne costituiscono ancora il limite, occorre ancora stabilire secondo quali regole l'amministrazione può e deve determinarsi nel pattuire il contenuto del provvedimento finale [...]*”. Non può dubitarsi che nel compimento di tale scelta (p. 129) “*l'amministrazione dovrà anzitutto ispirarsi al perseguimento dell'interesse pubblico inteso come interesse pubblico primario e specifico del singolo potere e, dunque, nel senso forte del termine. Così come non si potrà dubitare che alla scelta dell'amministrazione saranno applicabili tutti quei principi di ragionevolezza, proporzionalità, imparzialità e buon andamento, che rappresentano altrettanti canoni del regime tipico dell'atto amministrativo discrezionale*”.

- possibilità di momenti provvedimentali anche nella fase di esecuzione dell'accordo.

La specificità dell'oggetto (il potere pubblico nella sua manifestazione più autentica: la discrezionalità) condiziona il regime giuridico applicabile agli accordi (tanto quelli procedimentali quanto quelli sostitutivi): il quale è un regime giuridico prevalentemente pubblicistico, atteso che soltanto in via residuale e sussidiaria si può attingere ai principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti. La clausola "in quanto compatibili" opererebbe quindi alla stregua di un criterio risolutore di antinomie

⁷⁰⁶.

In dettaglio:

- nella fase della formazione dell'accordo, la manifestazione della volontà della p.a. rileva come esercizio del potere autoritativo, soggetto ai vincoli suoi propri (necessaria realizzazione dell'interesse pubblico, nella sua accezione "forte", *in primis*). Tale aspetto è particolarmente evidente riguardo ai terzi: non esistendo nel nostro ordinamento una norma analoga all'art. 58 della legge tedesca sul procedimento amministrativo – norma che come si ricorderà stabilisce che "un contratto di diritto pubblico, che tocchi i diritti di un terzo, diviene efficace solo allorché il terzo lo approvi per iscritto" – l'efficacia nei confronti dei terzi è uno dei profili che "*meglio consente di misurare la distanza rispetto alle tesi per così dire contrattualistiche*"⁷⁰⁷: l'atto che produce effetti esterni, in ipotesi lesivi della sfera giuridica di soggetti rimasti estranei alla formazione dell'accordo⁷⁰⁸, è l'accordo medesimo "*in quanto espressione della scelta in vista dell'interesse pubblico suscettibile di ledere direttamente le situazioni giuridiche dei soggetti privati*"⁷⁰⁹.

È stata invero proposta una diversa ricostruzione per cui l'impugnativa dovrebbe riguardare l'atto amministrativo di adesione all'accordo⁷¹⁰: l'annullamento di tale atto

⁷⁰⁶ Così GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., 159.

⁷⁰⁷ Così FRACCHIA, *op. ult. cit.*, spec. 178.

⁷⁰⁸ Per le parti dell'accordo infatti si impone una preclusione all'impugnazione, salvo che non sia ravvisabile un vizio del consenso, come chiarisce Cons. St., Sez. IV, 5 novembre 2004, n. 7180, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 3146.

⁷⁰⁹ FRACCHIA, *loc. ult. cit.*.

⁷¹⁰ Conformemente a quanto accade nell'ordinamento francese in relazione ai *contracts administratifs*. In relazione a tale aspetto cfr. DE LAUBADERE, MODERNE, DELVOLVÉ, *Traité des contracts administratifs*, II, Parigi, 1984, spec. 998 e 1033.

comporterebbe la sopravvenuta carenza di un elemento essenziale del contratto (il consenso) in modo da determinare la nullità radicale dell'atto finale, pur nella considerazione della sua caratterizzazione in senso pubblicistico⁷¹¹. Ma si è osservato – ed invero la stessa dottrina che propone siffatta ricostruzione ammette con onestà intellettuale – che la soluzione accennata incontra un ostacolo non difficilmente superabile nel principio della relatività degli effetti del contratto: al riguardo si richiama il già citato (e criticato) orientamento della Cassazione in materia di contratti (privatistici) soggetti alle regole dell'evidenza pubblica secondo cui, laddove intervenga l'annullamento in sede giurisdizionale di uno dei provvedimenti della serie procedimentale che precede l'aggiudicazione, il contratto sarebbe annullabile (non già nullo) su domanda della sola stazione appaltante (sic!) in applicazione della norma dell'art. 1441 c.c. che riconosce la legittimazione a richiedere l'annullamento del contratto alla sola parte nel cui interesse la causa di annullabilità è prevista⁷¹². Si deve peraltro notare che la

⁷¹¹ In questo senso, con dovizia di argomentazioni, BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione*, cit., 138, il quale rileva che “*tale soluzione avrebbe evidenti vantaggi sul piano della semplicità e dell'efficacia della tutela, e potrebbe inoltre apparire coerente con il fatto che in non pochi casi il pregiudizio subito dai terzi discende non dalla stipulazione del contratto in sé considerata bensì dal particolare contenuto attribuito al medesimo*”.

⁷¹² Si presuppone, ma si è visto come trattasi di un presupposto sbagliato, come mirabilmente osserva lo SCOCA F.G., *Annullamento dell'aggiudicazione*, cit., che le norme sull'evidenza pubblica siano poste a tutela dell'interesse alla corretta formazione della volontà della p.a., nonché in funzione di esigenze di natura contabilistica. Si è detto in precedenza delle diverse tesi che sono state formulate (dal g.a. ritenutosi fornito della giurisdizione per effetto dell'art. 6 della l. 205 del 2000) in alternativa a quella “tradizionale” della Corte di Cassazione ricordata nel testo: tra queste figurano anche quelle favorevoli a ricostruire il vizio che inficia il contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione in termini di nullità. In specie, esistono due diverse varianti di questa ricostruzione: per un primo indirizzo interpretativo verrebbe in rilievo una nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418 c.c. (Cons. St., Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 959); per altra impostazione il contratto sarebbe nullo per mancanza di un elemento essenziale (in base al combinato disposto dell'art. 1418, comma 2, e 1325 c.c.), il consenso, che sarebbe travolto dall'annullamento dell'aggiudicazione (Cass. Civ., 9 gennaio 2002, n. 193, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 35). Al riguardo occorre però notare che mentre quest'ultima interpretazione poteva trovare un qualche appiglio nella disposizione dell'art. 16, comma 4, del r.d. 2440 del 1923 secondo cui “il processo verbale di aggiudicazione definitiva dell'appalto di lavori equivale ad ogni effetto legale ad un contratto vincolante delle parti”, la scelta del legislatore del Codice dei contratti pubblici (nella versione originaria dell'articolato) sembra muoversi in una direzione opposta, dal momento che aggiudicazione e stipula del contratto integrano due momenti differenti. Ciò vale a maggior ragione dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. 53 del 2010 attuativo della direttiva 2007/66, che ha previsto, come già ricordato, un termine soprassessorio tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto dalla cui

tesi appena esposta – che in altri termini nega che l’annullamento di uno degli atti del procedimento selettivo determini l’inesistenza del consenso contrattuale (e quindi la nullità del negozio) per affermare che nella specie vi sarebbe un mero difetto di legittimazione negoziale dell’organo stipulante⁷¹³ - viene reputata non applicabile ai contratti di diritto pubblico, siccome “*a questi contratti l’amministrazione aderisce direttamente con un procedimento e con un atto amministrativo*”, con la conseguenza che “*l’atto di manifestazione della volontà contrattuale dell’amministrazione non è semplicemente preceduto da un procedimento amministrativo, ma è esso stesso (evidenziazione dell’Autore) atto del procedimento*”⁷¹⁴.

La tesi appena riassunta, tuttavia, presta il fianco ad un duplice ordine di rilievi critici: in primo luogo, non tiene in adeguata considerazione le esigenze di stabilità delle (e che si impongono con particolare riguardo alle) statuizioni provvedimentali. Il fatto che, nel caso qui in esame, il provvedimento abbia un contenuto determinato in via pattizia, ovvero sia *tout court* sostituito dall’accordo, non elimina infatti la necessità di garantire la stabilità degli effetti prodotti (perché si tratta pur sempre di realizzare, sebbene attraverso una forma diversa da quella consueta, l’interesse pubblico specifico per cui il potere viene attribuito): il che avviene proprio attraverso la previsione di termini di decadenza entro cui azionare i rimedi volti ad ottenere la caducazione di quegli atti⁷¹⁵. Vero è che la disposizione dell’art. 31 del Codice del processo amministrativo,

violazione discende, come conseguenza pressoché automatica, la caducazione del contratto. Interessa inoltre rilevare che allorché la tesi che predicava la nullità del contratto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione ha trovato seguito in giurisprudenza (senza mai formare però un orientamento consolidato) la dottrina (CARTENTIERI, *Annullamento dell’aggiudicazione e contratto*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 22), ebbe a rilevare che le note caratteristiche dell’azione di nullità sarebbero state tali da esporre “*il contratto ad una sorte incerta e precaria, ben oltre le effettive esigenze di tutela dell’amministrazione e dell’aggiudicatario che ha ottenuto l’annullamento innanzi al giudice amministrativo*”.

⁷¹³ È questa la tesi che era già stata espressa autorevolmente dalla dottrina meno recente, che aveva ipotizzato l’applicabilità della disciplina civilistica sul *falsus procurator*: SPAGNUOLO VIGORITA V., *Rilevanza degli elementi extratestuali ai fini della interpretazione e della validità dei contratti privati della pubblica amministrazione*, cit., nonché SANDULLI A.M., *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della p.a.*, cit..

⁷¹⁴ BRUTI LIBERATI, *op. ult. cit.*, 142-143, il quale precisa che “*il rapporto tra procedimento (e atto) di adesione e contratti pubblicistici si presenta come giuridicamente differente da quello che intercorre tra procedimento (e atti) di evidenza pubblica e contratti privatistici dell’amministrazione: è quindi logico che differenti possano essere anche i riflessi sul rapporto contrattuale dei vizi propri dei due procedimenti [...]*”.

evidentemente in considerazione di siffatte esigenze, assoggetta l'azione dichiarativa della nullità del provvedimento (e quindi anche dell'accordo?) al termine di decadenza di centottanta giorni, cosicché le ridette preoccupazioni in punto di certezza degli effetti del provvedimento (o di un suo surrogato) troverebbero comunque una risposta *de iure positivo*. Epperò, a parte le considerazioni critiche che possono essere formulate rispetto alla soluzione fornita dal Codice (che abbiamo sintetizzato, a titolo di mero spunto per successive e più approfondite riflessioni, in una precedente nota), si dovrebbe infatti imporre (e siamo al secondo ordine di rilievi critici che possono essere mosse rispetto alla tesi proposta da Bruti Liberati) una ulteriore (ed a nostro avviso decisiva) considerazione: l'assoggettamento dell'accordo viziato (seppure inteso in senso pubblicistico) al regime della nullità determinerebbe un'asimmetria rispetto alla "corrispondente" fattispecie provvedimentale – in quanto si vorrebbe che il modulo disciplinato dall'art. 11 sia equivalente al provvedimento unilaterale con riguardo agli effetti ed alla tutela dei terzi (vedi ad esempio quanto dispone il terzo comma) - l'unica differenza tra i due schemi essendo ravvisabile esclusivamente in un dato di carattere strutturale. Sia nel caso dell'accordo determinativo che in quello dell'accordo sostitutivo il potere è oggetto di negoziato: ciò non esclude, tuttavia, che si tratti pur sempre di potere, con quanto ne discende, non solo dal punto di vista del vincolo finalistico⁷¹⁶, ma anche con riferimento, da un lato, alle prospettive di tutela dei terzi e,

⁷¹⁵ Deve al riguardo ricordarsi quanto affermato dalla più autorevole dottrina (ROMANO Sa., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, voce *Decadenza*, 48 e ss.), in tema di distinzione tra termini di decadenza e prescrizione: "la prescrizione determina l'estinzione di un diritto; la decadenza non l'estinzione di un potere, ma l'impossibilità di esercitarlo in un singolo caso". Ciò si ricollega alla diversità degli interessi tutelati: mentre con la prescrizione "il legislatore ha fissato il punto oltre il quale l'interesse del titolare del diritto di vedersi mantenuta tale titolarità anche nell'ipotesi di sua inerzia cede di fronte all'interesse pubblico alla conformità dello stato di fatto a quello di diritto (evidenziazione mia)", con la decadenza il legislatore ha fissato il punto oltre il quale "l'interesse del titolare del potere a procedere all'esercizio di questo nel tempo preferito cede all'interesse pubblico di non lasciare illimitata nel tempo la possibilità di attuare la modificazione giuridica corrispondente (evidenziazione mia)".

⁷¹⁶ Osserva al riguardo il FRACCHIA, *op. ult. cit.*, 179, che "la forma pubblicistica, diversamente da quella privatistica, sia quella che comporta la rilevanza di interessi di soggetti terzi [...]: tale spunto pare particolarmente prezioso nello studio dell'accordo caratterizzato dal fatto che l'interesse pubblico, sintesi degli interessi della collettività, non costituisce – come nel contratto – il mero interesse avuto di mira da una delle due parti del negozio, ma acquisisce rilevanza anche esterna divenendo elemento di qualificazione dell'atto".

dall'altro, alle esigenze di certezza delle statuizioni provvedimentali⁷¹⁷;

- ciò non esclude, per rimanere alla fase di formazione e conclusione dell'accordo, che il rapporto *tra le parti* sia principalmente informato alla disciplina dettata dal Codice civile. Il contraente privato - così come non può impugnare l'accordo, in quanto presta acquiescenza all'assetto di interessi ivi concordato - può benissimo azionare i rimedi (di stampo privatistico) volti a far valere i vizi della volontà in relazione al proprio contributo volitivo. Per lo stesso ordine di ragioni, trovano applicazione le norme privatistiche che non risultano precluse dal particolare regime dell'accordo: ad esempio, quelle relative alla inesistenza o nullità della causa "privatistica" (ove si aderisca all'idea di Greco per cui la causa dell'accordo non è l'interesse pubblico specifico per la cui realizzazione deve essere esercitato il potere - che piuttosto ne costituisce l'oggetto - ma è la specifica funzione economica assolta dal contratto)⁷¹⁸.

In questo contesto potrebbe utilmente collocarsi - sebbene in posizione abbastanza marginale - l'eventuale valorizzazione del principio di buona fede e affidamento (che è un principio cardine tra quelli dettati dal Codice civile in materia di obbligazioni e contratti). Autorevole dottrina civilistica, infatti, fa rientrare tra le ipotesi di responsabilità precontrattuale oltre alla rottura ingiustificata delle trattative⁷¹⁹ la stipulazione di un contratto invalido o inefficace⁷²⁰: nel qual caso il contraente *in bonis* potrà ottenere il risarcimento del danno se riesce a dimostrare che la controparte abbia avuto contezza delle (e non abbia comunicato le) cause di invalidità e inefficacia dell'accordo rientranti nel suo ambito di controllo. Si pensi,

⁷¹⁷ Oltretutto, la soluzione che condiziona alla scelta resa *inter alios* le forme di tutela attingibili dal terzo non sarebbe immune da emende critiche in relazione alla sua costituzionalità.

⁷¹⁸ Riguardo alla considerazione della realizzazione dell'interesse pubblico come "causa dell'accordo" cfr. CASTIELLO, *Gli accordi*, cit., 154, nonché IMMORDINO, *op. ult. cit.*, 107; per la diversa opinione, secondo cui il potere è l'oggetto dell'accordo, mentre la causa coincide con la funzione economico-sociale di volta in volta avuta di mira, cfr. GRECO G., *Accordi*, cit., 144.

⁷¹⁹ Nel nostro caso in una simile fattispecie (contraddittorietà tra criteri predeterminati e scelta di non ammettere un certo imprenditore al beneficio) il privato troverebbe anzitutto protezione nella tutela offerta dal sindacato sull'eccesso di potere, e solo in tesi subordinata (e con tutti i dubbi espressi precedentemente) una tutela risarcitoria (appunto per ingiustificata rottura delle trattative).

⁷²⁰ Come mirabilmente osserva il BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, cit., 170, "mentre nel recesso ingiustificato il soggetto è coinvolto in una trattativa inutile, qui è coinvolto in una stipulazione inutile".

tornando al nostro tema, all'ipotesi (che sarebbe peraltro connotata da rilevanti difficoltà probatorie) di un'amministrazione che, con dolo, approfitti dell'errore documentale in cui sia incorso il privato (ad esempio nel certificare il proprio fatturato) per liquidare un contributo di importo minore;

- venendo alla fase esecutiva dell'accordo, essa è principalmente disciplinata dal diritto comune, in quanto viene in rilievo il profilo dell'adempimento delle prestazioni reciproche da parte dei contraenti (cosicché saranno fruibili i rimedi sinallagmatici, fondati sull'altrui inadempimento o non esatto adempimento); non è però escluso (ed anzi l'art. 11, comma 4, contempla espressamente l'ipotesi) che in questa fase vengano in rilievo dei momenti provvedimentali.

Come si è avuto modo di notare, la dottrina è divisa (in relazione alla natura giuridica degli accordi e quindi) in relazione alla natura giuridica del "recesso" unilaterale previsto dal quarto comma dell'art. 11 a favore dell'amministrazione laddove si palesino "sopravvenuti motivi di interesse pubblico"⁷²¹: in specie, è discusso se si tratti propriamente di un recesso, assoggettato alle regole del Codice civile (1372 e ss.)⁷²² ovvero di un atto di natura autoritativa assimilabile alla revoca di cui all'art. 21-*quinquies* della l. 241 del 1990⁷²³. A sostegno di tale

⁷²¹ Analogamente a quanto accade nell'ordinamento tedesco in forza di quanto disposto dall'art. 60 della legge sul procedimento amministrativo che riconosce alla p.a. la facoltà di denunciare il contratto di diritto pubblico "per prevenire o eliminare un grave danno al bene comune". In proposito, rileva il MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Napoli, 1988, 157, che "il potere autoritativo di risoluzione veglia solo sull'eccezionalità degli eventi", fungendo in definitiva da "rimedio eccezionale a tutela di un interesse pubblico che è al di fuori dell'assetto contrattuale".

⁷²² Vedi quanto osservato in proposito nella nota 685.

⁷²³ Propende per una qualificazione in termini provvedimentali (e quindi autoritativi) il CASTIELLO, *Gli accordi*, cit., 153, il quale nota che siffatta configurazione "consente di affrontare adeguatamente il punto cruciale del rapporto tra l'accordo e l'esercizio del potere pubblico che ne costituisce l'oggetto e dell'ammissibilità dell'esercizio negoziato di potestà pubblicistiche, considerando che le potestà stesse sono suscettibili di vincoli e limitazioni rivenienti dalla soluzione pattizia che, se incidono anche profondamente sulla disciplina dell'accordo, non si risolvono affatto nella dismissione del potere pubblico e nella disposizione degli interessi generali sottostanti. Detto potere – che è inesauribile per definizione – in forza dell'elasticità che gli è connaturata così come affievolisce per effetto del vincolo pattizio è in grado di riespandersi prevalendo sul vincolo stesso". In termini analoghi, GRECO G., *Accordi*, cit., 240, ad avviso del quale "il recesso, dunque, è manifestazione di potere autoritativo, ma non manifestazione di ius poenitendi. Il che consente di meglio precisare l'ambito degli accordi ex art. 11. Si tratta di accordo sulle componenti discrezionali della fattispecie. Ma si tratta di accordo su tali componenti a circostanze immutate (o rebus sic stantibus, come si suol dire)".

ultima ipotesi ricostruttiva si assume che entrambe le norme contengono un identico riferimento (quanto ai presupposti giustificativi dell'esercizio di tale *potere*) ai sopravvenuti motivi di interesse pubblico ed all'obbligo di corrispondere un indennizzo per compensare il privato dei pregiudizi eventualmente subiti⁷²⁴. In secondo luogo, si è detto⁷²⁵ che nel recesso disciplinato dal Codice civile sono rinvenibili due aspetti peculiari, assenti nella fattispecie disciplinata dal quarto comma dell'art. 11:

- l'*eccezionalità* del recesso dal contratto di diritto comune, trattandosi di una deroga al principio per cui il contratto ha forza di legge tra le parti (1372 c.c.) e non può essere sciolto se non per mutuo dissenso o nei casi ammessi dalla legge⁷²⁶;
- la *facoltatività* del recesso previsto dal Codice civile a fronte della doverosità di quello che ha luogo nel caso disciplinato dall'art. 11, comma 4, della l. 241, doverosità che va spiegata “*in considerazione del vincolo di scopo che caratterizza, come dato ontologico, la condotta amministrativa richiedendone il costante adattamento nel tempo al mutevole gioco degli interessi pubblici*”⁷²⁷.

⁷²⁴ A proposito della revoca, è da condividere l'opinione espressa da SPAGNUOLO VIGORITA R., *La revoca tra antichi privilegi e nuove codificazioni*, in *Studi sul procedimento*, cit., 117 e ss., spec. 129-130, la quale reputa che la determinazione dell'ammontare dell'indennizzo costituisca una valutazione (non già esterna, ma) interna al procedimento volto all'adozione della revoca. In altre parole, la quantificazione dell'indennizzo è elemento da prendere in considerazione onde scegliere se revocare o meno, e non una mera operazione matematica da condurre allorché la scelta revocatoria sia già stata adottata tenendo conto “semplicemente” del sopravvenuto mutamento dell'interesse pubblico. Una simile lettura consente di supplire alla mancata previsione, nell'ambito dell'art. 21-*quinquies*, della necessità di prendere in adeguata considerazione, anche in relazione al tempo trascorso dall'adozione del provvedimento di primo grado, la posizione dei controinteressati: se infatti l'ammontare dell'indennizzo è parametrato all'entità del pregiudizio subito (il quale a sua volta varia in relazione di proporzionalità diretta rispetto all'ampiezza del tempo trascorso) e il risultato di tale operazione viene preso in considerazione nell'assunzione della decisione se revocare o meno, il fattore tempo rientra, sebbene in modo alquanto artificioso, tra gli elementi da prendere in considerazione nell'esercizio dei poteri di riesame (e di revoca in specie).

⁷²⁵ CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi*, cit., 152 e ss..

⁷²⁶ Che la legge preveda il recesso con riguardo ai contratti ad esecuzione continuata o periodica privi di una durata minima non autorizza a ritenere che vi sia un principio generale di recedibilità *ad nutum*, così come invero ritiene una parte della dottrina civilistica (DE NOVA, *Il recesso*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da RESCIGNO, Torino, vol. X, 1988, 559 e ss.) contraddetta però dalla tesi maggioritaria che sottolinea trattarsi pur sempre di un'eccezione al principio di indissolubilità del contratto (in questo senso CIAN, TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1988, 1012, ed ivi ulteriori riferimenti).

⁷²⁷ CASTIELLO, *op. ult. cit.*, 153.

Unica differenza tra le due figure, legata alla maggiore saldezza dell'affidamento che sorge a fronte di un vincolo pattizio, è che detto “recesso” è esercitabile solo per fattori sopravvenuti e non anche in ragione di un “ripensamento” in ordine all'interesse pubblico originario⁷²⁸, come accade per la revoca dei provvedimenti⁷²⁹.

11. Applicabilità dello schema delineato dall'art. 11 della l. 241 alle (variegate) fattispecie di finanziamento pubblico. Unità della funzione e della disciplina (il perché) pur nella necessaria considerazione delle peculiarità rispetto al come il rapporto di agevolazione si attua in concreto. Compatibilità della sovvenzione in senso stretto (come provvedimento autoritativo il cui effetto tipico è la costituzione di un'obbligazione pubblica) con lo schema dell'accordo procedimentale: possibili obiezioni e loro superamento. Applicabilità dello schema dell'accordo sostitutivo alle altre forme di finanziamento: l'art. 6, comma 4, del d.lgs. 123 del 1998 come norma che attesta la compatibilità ontologica tra il finanziamento pubblico e lo schema consensuale. Ulteriori argomenti a sostegno della soluzione affermativa. Ancora sul credito agevolato e sulla possibilità di ritenere che il rapporto di agevolazione e quello di credito non debbano essere intesi atomisticamente ma come momenti (distinti e collegati) di un rapporto giuridico unitario riportabile allo schema del contratto di diritto pubblico.

⁷²⁸ Circostanza questa che, ritenuta plausibile la nostra proposta ricostruttiva, porterebbe a restringere la revocabilità delle precedenti concessioni di benefici economici ai soli casi in cui vi sia una sopravvenienza e non anche un mero *ripensamento*.

⁷²⁹ Si ricollega al tema del recesso quello della rinegoziazione dell'accordo: più specificamente se, a fronte del mutare dell'assetto di interessi, la p.a. debba se possibile rinegoziare il contenuto dell'accordo prima di adottare il provvedimento di recesso. Per quanto non esista nel testo dell'art. 11 alcun riferimento allo *ius variandi*, sarebbe illogico escludere aprioristicamente la possibilità di modificare il contenuto del rapporto prima (ed invece di) risolverlo completamente. Come rileva il GRECO G., *Accordi amministrativi*, cit., 247, le modificazioni suddette potrebbero essere imposte unilateralmente dalla p.a. soltanto nel caso in cui vi sia una specifica previsione di legge che riconosca il relativo potere come accade nel caso delle concessioni di lavori e servizi pubblici. In difetto di siffatte previsioni di fronte al mutato quadro di interessi la p.a. potrebbe scegliere se rinegoziare il contenuto dell'accordo (il che ovviamente dipende anche dalla disponibilità della controparte privata a farlo) ovvero recedere dallo stesso, liquidando un indennizzo. Vedi inoltre BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. Dir.*, V aggiornamento, Milano, 2001, 22 e ss., il quale ammette, in caso di recesso, la negoziabilità dell'indennizzo, atteso che si versa in ambito di diritti ed obblighi delle parti e non di esercizio del potere. In tema di rinegoziazione cfr. inoltre RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, 198.

Chiarite le ragioni – secondo la dottrina ricavabili dal testo dell’art. 11 della l. 241 del 1990 – che inducono a ritenere che gli accordi tra privato ed amministrazione sono riguardabili alla stregua del contratto di diritto pubblico, con quanto ne discende dal punto di vista disciplinare (soggezione ad un regime prevalentemente pubblicistico con possibilità di applicare in via residuale e sussidiaria, specie con riguardo al momento dell’esecuzione dei reciproci impegni delle parti, i principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti), occorre verificare:

- se il rapporto amministrazione sovvenzionante/imprenditore sovvenzionato possa essere inquadrato in tale schema regolatorio, avuto riguardo non solo al provvedimento (tipico) di sovvenzione (le cui caratteristiche specifiche sono state poste in luce dalla più avveduta dottrina, seppur non manchino letture tendenti ad inquadrare siffatto provvedimento in tipi già noti, ad esempio la concessione⁷³⁰), ma anche a quelle (altre) fattispecie (pur sempre) connotate da una “causa economica”, ossia al complesso degli strumenti di cui l’amministrazione si serve per realizzare “*la manovra politico-economia dei settori o zone considerate, in questi agendo (come può dirsi) nell’interesse dell’economia*”⁷³¹ (come ad esempio il credito agevolato o la concessione di garanzie pubbliche⁷³²), o meglio ulteriormente chiarire i motivi che fanno propendere per la soluzione positiva della questione;

⁷³⁰ Vedi al riguardo quanto notato dallo SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici*, cit., 399, che richiama, come detto, lo schema della concessione; oppure nel senso della qualificazione di detto provvedimento (se residua in capo all’amministrazione un margine di valutazione discrezionale) come ammissione le osservazioni di D’ALBERGO, *Sulla struttura*, cit., 350; ovvero ancora l’impostazione eclettica di OTTAVIANO, *Considerazioni*, cit., 363. Per un approfondimento di tali aspetti si rinvia a quanto prima rilevato in nota 649.

⁷³¹ SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica*, cit., 65.

⁷³² Che per lo più vengono riportate a schemi di natura privatistica: vedi quanto notato *retro*, par. 7.

- (risolta positivamente la suddetta questione⁷³³) individuare le ricadute pratiche (in punto di disciplina applicabile) della proposta qualificazione dogmatica, in specie per quanto attiene alla c.d. conseguenza giurisdizionale⁷³⁴.

Quanto al primo aspetto, si è già notato che il contratto di diritto pubblico è connotato dalla compresenza, nel contesto del medesimo atto, di un momento che propriamente attiene all'esercizio del potere (e risponde alle logiche ed ai principi del diritto pubblico) e di un momento che invece concerne l'adempimento dei rispettivi impegni da parte del soggetto pubblico e della controparte privata (che risponde ai principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti).

Tali momenti, atomisticamente considerati, sono rispettivamente riferibili alla "causa economica" ed alla causa per così dire "privatistica" che di volta in volta viene in rilievo per realizzare un intervento agevolativo: la prima svolge (come ha dimostrato lo Spagnuolo Vigorita) una funzione unificante⁷³⁵; la seconda consente di adattare la disciplina del contratto di diritto pubblico qui in considerazione (specie per quanto attiene al momento dell'esecuzione delle prestazioni) alle più eterogenee forme di sovvenzionamento che possono venire in rilievo.

⁷³³ Si potrebbe in verità anche ribaltare il ragionamento e privilegiare la soluzione qui proposta dimostrando i vantaggi che, dall'accedere ad una simile ricostruzione, discendono in punto di certezza della disciplina applicabile e dei criteri di riparto della giurisdizione. Del resto, l'interpretazione "orientata alle conseguenze" è da tempo predicata da parte di alcuni teorici del diritto: nell'ambito della dottrina anglosassone cfr. MAC CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theorie*, Oxford, 1978, 106 e ss.; nell'ambito della dottrina tedesca vedi LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stoccarda, 1974, 30 e ss.. Nell'ambito della dottrina italiana vedi quanto nota MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in AA. VV., *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, Regole, metodi, modelli, a cura di BESSONE, Torino, 1999, 179 e ss., spec. 181, ad avviso del quale "l'argomento pragmatico tratto dalla conseguenze immediate è risolutivo solo se può essere trasformato in una giustificazione in base a principi ossia in un argomento sistematico [...]. Nell'argomentazione pratica, l'argomento dell'irragionevolezza adempie una funzione analoga a quella del principio di non contraddizione nella deduzione logico-formale".

⁷³⁴ Aspetto del quale, come si è evidenziato, si mostra massimamente preoccupata la dottrina tradizionale che si è occupata del tema in esame: per tutti vedi ancora PERICU, *Le sovvenzioni*, I e II, *passim*, citt..

⁷³⁵ Funzione unificante che, nella nostra prospettiva ricostruttiva, è tanto più marcata laddove si osservi che l'accordo integrativo e quello sostitutivo soggiacciono alla stessa disciplina: sicché si potrà parlare di contratto di diritto pubblico tanto a fronte dei casi in cui vi sia formalmente un provvedimento, ancorché il suo contenuto sia il frutto dell'incontro delle volontà di amministrazione e privato quanto a fronte dei casi in cui tale provvedimento manchi e l'accordo valga contemporaneamente a disegnare una trama di interessi ed a renderla concretamente operativa nel mondo giuridico. Sulla identità di disciplina delle due ipotesi si rinvia a quanto osservato *retro*.

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 attua in concreto.

Nello specifico, laddove vi sia una sovvenzione in senso stretto (cioè nel senso fatto palese dagli studi del Pericu), ossia un provvedimento unilaterale ed autoritativo (sebbene si tratti di un'autoritatività "minore o riflessa"), lo schema di riferimento sarà quello dell'accordo procedimentale. In specie, se è condivisibile la critica mossa all'idea che il provvedimento in questo caso costituisce "*un mero involucro formale*"⁷³⁶, è innegabile d'altro canto che l'accordo procedimentale, in quanto riguarda il contenuto discrezionale del provvedimento, costituisce una sorta di anticipazione della valutazione comparativa di interessi, assoggettata alle norme ed ai vincoli propri del potere oggetto di

⁷³⁶ Idea espressa da COMPORI, *Il coordinamento*, cit., 315, ma anche da GIACCHETTI, *Gli accordi*, cit., 523, ad avviso del quale è "*il provvedimento ad essere un accessorio dell'accordo e non viceversa*" (e che sulla base di tale idea arriva a sostenere che con riguardo al provvedimento finale sia configurabile l'eccesso di potere), e criticata da GRECO G., *Accordi*, cit. 123. La critica di quest'ultimo Autore mira a dimostrare che nelle more dell'adozione del provvedimento recettivo del contenuto dell'accordo continua a persistere un potere di verifica in capo all'amministrazione che potrebbe ritenere essere sopraggiunte ragioni di interesse pubblico che giustificano il recesso dall'accordo e quindi la mancata adozione del provvedimento. Affermare il carattere "inautonomo" di tale provvedimento significa affermare la "*perdita dei caratteri tipici che il provvedimento subirebbe per essere emesso a seguito di un accordo sul suo contenuto discrezionale: una vicenda di tal fatta o, meglio, tale preteso snaturamento non si verifica neppure nel contratto definitivo* [al riguardo il Greco richiama il noto dibattito che vede impegnata la dottrina civilistica per stabilire se la causa del contratto definitivo di compravendita preceduto dalla stipula di un preliminare sia la *causa venditionis* o la *causa solutionis*. Valga al riguardo soltanto ricordare che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 1720 del 1985, in *Foro It.*, 1985, I, 1697, hanno aderito alla tesi che il preliminare ha natura di "doppio contratto" da cui deriva sia l'obbligo di prestare il proprio consenso per la conclusione del futuro contratto, sia l'obbligo di realizzare l'assetto di interessi già programmato: tanto che il preliminare diventa non solo promessa di consensi ma promessa di prestazioni già definite, con la conseguenza che saranno anticipabili una serie di rimedi volti ad assicurare la effettiva realizzazione delle prestazioni finali], *che sia pedissequa trasposizione del contratto preliminare, né nel caso del provvedimento emesso a seguito di determinazioni preliminari*". Si inserisce in tale contesto la questione se l'art. 2932 c.c. sia applicabile anche laddove l'amministrazione non abbia rispettato l'impegno (ad adottare un provvedimento con un certo contenuto) preso con il privato. Ma sulla questione (prevalentemente risolta nel senso dell'inammissibilità, con eccezione di alcune pronunce relative a controversie in cui la domanda di esecuzione in forma specifica era stata proposta dalla parte pubblica) si tornerà più ampiamente in seguito.

negoziato, e quindi non rappresenta esercizio di autonomia privata⁷³⁷.

A tal punto si impone però una precisazione: l'accordo procedimentale o determinativo concerne il "contenuto discrezionale del provvedimento"⁷³⁸.

Si potrebbe ritenere che, in quanto l'amministrazione predetermina a monte i criteri sulla base dei quali attribuirà la sovvenzione – in base alla regola sancita dall'art. 12 della l. 241 del 1990 in tema di preregolazione in funzione di auto-limite –, non vi sia nella specie un "contenuto discrezionale del provvedimento" da negoziare.

Questo tipo di obiezione, tuttavia, non appare del tutto centrato.

In primo luogo, perché la giurisprudenza sembra incline ad ammettere l'utilizzabilità degli accordi disciplinati dall'art. 11 della l. 241 anche laddove il potere negoziato sia di carattere vincolato⁷³⁹: in questi casi infatti l'accordo potrebbe riguardare i profili della fattispecie - come il *quando* o il *quomodo* - che la norma abbia lasciato indeterminati e che potrebbero trovare una più conveniente disciplina se vi è il consenso reciproco delle parti.

Occorre in secondo luogo mettere in luce che, ferma restando la struttura contrattuale della fattispecie (e in disparte quanto si dirà a proposito dell'art. 6, comma 4, del d.lgs. 123 del 1998), deve ritenersi superata (anche in questo ambito) l'idea (già da tempo abbandonata dalla dottrina civilistica⁷⁴⁰) che il contratto

⁷³⁷ Ne discende ulteriormente: che l'interesse pubblico perseguito attraverso la stipulazione di un accordo determinativo è da intendere nella sua accezione forte, come interesse pubblico specifico cui è preordinato il singolo potere amministrativo e la cui violazione sfocia nell'eccesso di potere; che se è vero che il provvedimento è attuativo dell'accordo, non è meno vero che le "necessità di regime" connesse al provvedimento si ripercuotono sulla disciplina (prevalentemente pubblicistica) applicabile all'accordo.

⁷³⁸ Tale proposizione è ritenuta da GRECO G., *Accordi*, cit., 127, la norma-chiave per l'individuazione dell'oggetto dei presupposti e del regime giuridico applicabile all'accordo.

⁷³⁹ Vedi ad esempio Cons. St., Sez. VI, 5 febbraio 2002, n. 2636, cit., nonché Cons. St., Sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 3402, in materia di repressione di abusi edilizi. In quest'ultima pronuncia segnatamente si legge che "*anche nel caso di procedimenti finalizzati alla adozione di provvedimenti di natura sostanzialmente vincolata, come le autorizzazioni in materia edilizia, sussistono fasi in cui l'amministrazione deve esercitare poteri chiaramente discrezionali [...] quanto meno sotto il profilo tecnico, attinenti al quantum, al quomodo, ed al quando degli adempimenti da eseguire, e quindi risulta pienamente configurabile la stipulazione di un opportuno accordo procedimentale, trattandosi di un vero e proprio strumento di semplificazione, idoneo a far conseguire a tutte le parti un'utilità ulteriore rispetto a quella che sarebbe costituita dal provvedimento finale*".

⁷⁴⁰ Vedi ancora ALPA, *Il futuro del contratto*, cit.; IRTI, *Scambi senza contratto*, cit..

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, è sempre più frequente il caso in cui, per uno dei contraenti, “volere il contratto” significa 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”).

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 laddove predetermina i criteri di attribuzione dell’incentivo.

Ancora, potrebbe invocarsi lo schema delineato dall’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 dello “accordo”), nel senso che in questo caso il contratto rappresenta “*manifestazione di autonomia del dichiarante [...] neutra rispetto alla necessità di una ulteriore accettazione*”⁷⁴¹; ovvero, più verosimilmente, quello della promessa al pubblico (artt. 1987 e ss. c.c.)⁷⁴².

⁷⁴¹ SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, cit., spec. 58. Per ulteriori riferimenti rispetto al significato precettivo, ma soprattutto sistematico, da attribuire all’art. 1333 c.c. si rinvia a quanto osservato, senza alcuna pretesa di esaurire una questione che negli ultimi tempi vede affaticarsi la più autorevole dottrina civilistica, che non ha ancora espresso posizioni generalmente condivise al riguardo, in nota

⁷⁴² Richiama lo schema della promessa al pubblico (pur se, in definitiva, per rilevarne l’inutilizzabilità) il FALZONE, *Le obbligazioni*, cit., 204, sul presupposto che “*la dichiarazione fatta dal legislatore [ma la stessa deduzione sembra valida, mutatis mutandis, laddove sia l’amministrazione a predefinire i criteri per l’individuazione del beneficiario della sovvenzione, n.d.s.] il quale, con il suo provvedimento, sostanzialmente annuncia di volere assegnare il contributo stesso a coloro che o si trovano in una data situazione dal medesimo legislatore delineata o compiano una determinata azione, ci richiamano un istituto proprio del diritto privato: la promessa al pubblico*”. L’A. così prosegue: “*le evidenti somiglianze intercorrenti tra i contributi erogati a favore di determinati individui e la promessa al pubblico sono molte e giustificano l’accostamento da noi fatto tra i primi e la seconda. Anche in quelli, come in questa, rinveniamo una prestazione (specificatamente l’oggetto del contributo) destinata a favore di coloro che si trovano in una determinata situazione (per esempio gli agricoltori di una zona colpita da siccità o alluvioni) o che compiano una determinata azione (per esempio abbiano arato a macchina il loro terreno o conferiscano un dato quantitativo di determinati prodotti agli ammassi)*; ma le relative somiglianze non vanno al di là di semplici analogie (evidenziazione mia)”. La ragione della distinzione, ad avviso del Falzone, va individuata in ciò, che mentre nella promessa al pubblico il promittente si obbliga verso la collettività indifferenziata “*dalla quale uscirà l’ignoto pretendente della prestazione promessa*” nel caso (che l’Autore prende esclusivamente in considerazione) delle leggi istitutive di benefici “*si*

Il punto sembra meritare qualche ulteriore approfondimento: la promessa al pubblico obbliga il promittente ad effettuare una determinata prestazione patrimoniale a favore di chi si trovi in una certa situazione ovvero compia una determinata attività⁷⁴³.

Si discute sulla natura unilaterale o contrattuale della promessa. In specie, da parte di chi sostiene la natura contrattuale di tale impegno, si assegna alla comunicazione di cui all'art. 1989, comma 2, c.c. valore di accettazione⁷⁴⁴. In senso contrario si osserva che sarebbe esclusa la rilevanza della volontà e della consapevolezza del terzo: non a caso l'art. 1987 parla di azione e non di prestazione⁷⁴⁵.

Vero è però che, comunque si voglia intendere la natura della promessa, si ammette generalmente la possibilità che la stessa possa inserirsi in un meccanismo contrattuale più complesso. Il caso al riguardo proposto dalla dottrina civilistica è assai indicativo, anche ai nostri fini: promessa di concludere un contratto d'appalto per una costruzione con chi presenterà il miglior progetto edilizio. In questo caso *“l'azione di per sé non negoziabile consiste nella vittoriosa partecipazione alla gara, che fa nascere il diritto a concludere il contratto, ma a tale scopo il vincitore dovrà dare il proprio consenso”*⁷⁴⁶. Secondo questa ricostruzione, la fattispecie cioè non può essere intesa in senso unitario, trattandosi piuttosto della risultante di due sequenze collegate: promessa unilaterale di offerta di contrattare a fronte di

ritrova invece, non la promessa di una prestazione, ma l'attribuzione immediata, istantanea della medesima”.

⁷⁴³ Per evitare che il vincolo a carico del promittente sia perenne il Codice prevede che alla promessa possa essere apposto un termine di efficacia; in ogni caso, il vincolo cessa laddove sia trascorso un anno (o il diverso termine risultante dalla natura dell'affare o dallo scopo della promessa) senza che al promittente sia comunicato l'avveramento della situazione o il compimento dell'azione prevista.

⁷⁴⁴ Con la particolarità, come osserva SBISÀ, *Promessa al pubblico*, in *Dig. disc. privatistiche*, Torino, 1997, *ad vocem*, che la conclusione del contratto sarebbe successiva alla sua esecuzione, consistente nel trovarsi nella situazione o nel compiere l'attività: particolarità, peraltro, non riscontrabile nel caso di specie dove il trovarsi in una certa situazione – quella che attesta la meritevolezza del beneficio in base ai criteri prefissati – non esaurisce il novero dei comportamenti che, in base al vincolo (contrattuale) così sorto, incombono sul privato, considerato che questi si impegna in relazione di corresponsività rispetto all'erogazione della sovvenzione a svolgere, in futuro, una certa attività, o meglio a conformare l'attività ad un interesse pubblico ritenuto preminente da parte dell'amministrazione sulla base della legge.

⁷⁴⁵ DI MAJO, *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, spec. 64; GAZZONI, *Manuale*, cit., 696.

⁷⁴⁶ GAZZONI, *op. ult. cit.*, 696.

un'azione e successiva conclusione del contratto⁷⁴⁷, nel mentre interessa incidentalmente notare che la dottrina amministrativistica abbia talvolta richiamato il suddetto schema regolatorio nel quadro della tesi che considera gli atti dell'evidenza pubblica come *atti amministrativi negoziali*⁷⁴⁸.

In definitiva, sia che si consideri la fattispecie disciplinata dagli artt. 1987 e ss. c.c. come avente natura (direttamente) contrattuale, sia che si affermi che, ferma restando la natura unilaterale della promessa, la stessa può innestarsi in un rapporto complesso e riguardare per esempio l'impegno a stipulare un contratto (da cui sorgono ulteriori obbligazioni) con chi si trovi in una certa situazione o compia una certa azione, sembra che tale modulo si attagli particolarmente bene all'ipotesi che ci interessa: l'amministrazione infatti sceglie *ex ante* le condizioni ricorrendo le quali si impegna ad erogare una somma di denaro, ma una volta

⁷⁴⁷ DI MAJO, *op. ult. cit.*, 64. In senso parzialmente contrario deve ricordarsi l'orientamento espresso dalla giurisprudenza civile. Vedi, ad esempio, Cass. civ. Sez. Lav., 6 giugno 2007, n. 13273, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 6, che ha escluso la qualificazione in termini di promessa al pubblico del bando di concorso per l'assunzione di lavoratori: si tratta di atto "preordinato alla stipulazione di contratti di lavoro che esigono il consenso delle controparti"; va pertanto qualificata come "offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 c.c., la quale è revocabile solo finché non sia intervenuta l'accettazione da parte degli interessati. Tale offerta può essere di un contratto di lavoro definitivo, che si perfeziona con l'accettazione del lavoratore che risulti utilmente inserito nella graduatoria dei candidati idonei, oppure preliminare, che si perfeziona con la semplice accettazione del candidato che chiede di partecipare al concorso e ha per oggetto l'obbligo – per entrambe le parti o per il solo offerente, nel caso di preliminare unilaterale – della stipulazione del contratto definitivo con chi risulti vincitore".

⁷⁴⁸ Vedi al riguardo GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., 127 e ss., spec. 138-139 (nonché più ampiamente ID., *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., nonché *Accordi e contratti della Pubblica Amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002, 413), dove in particolare si contesta la tesi, prevalente in dottrina e giurisprudenza, che gli atti in cui si articola la procedura selettiva siano di natura autoritativa: se è indiscutibile che "i contratti ad evidenza pubblica siano conclusi a seguito di una procedura funzionalizzata e siano soggetti – per tale profilo – ad un regime analogo a quello del provvedimento amministrativo [...] si dovrà convenire che ontologicamente l'intera fattispecie riguarda la posizione di autonomia privata dell'Amministrazione e non una potestà amministrativa: né la prima risulta incompatibile con l'attività funzionalizzata, una volta che sia chiarito che per autonomia privata si intende non già una libertà di scelta, ma la semplice autoregolamentazione della propria sfera giuridica". Con la conseguenza che "parlare di veri e propri provvedimenti amministrativi, con riferimento ai vari atti in cui si articola l'evidenza pubblica appare erroneo sia da un punto di vista dottrinario che dal punto di vista del regime. Dal punto di vista dottrinario, perché non solo non v'è esercizio di potestà amministrativa in senso tecnico, ma anche perché la catalogazione di tali atti tra i provvedimenti amministrativi non può spiegare come mai attraverso di essi si formi la volontà contrattuale (di diritto privato) dell'amministrazione. [...]. E risulta erroneo dal punto di vista del regime, perché pur trattandosi di atti amministrativi formativi della volontà contrattuale dell'amministrazione, non consentono certo di disporre dei relativi effetti con ulteriori interventi pubblicistici", con la conseguenza che non troverà ad esempio applicazione l'art. 21-*quinquies* ma il successivo art. 21-*sexies* sul recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione.

che sia stata verificata la concreta ricorrenza di queste sorge (automaticamente ovvero in forza di una successiva manifestazione di volontà delle parti) 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 sovvenuto. Che la trama di interessi così definita sia resa concretamente operativa in forza dell'adozione di un provvedimento recettivo di siffatto accordo è circostanza (che riteniamo) ininfluenza ai fini della disciplina applicabile, che sarà quella prevista dall'art. 11 della l. 241 del 1990 in relazione agli accordi procedimentali.

Tirando le fila del discorso finora condotto con riguardo alle sovvenzioni in senso stretto, ed all'ammissibilità di un loro inquadramento nello schema regolatorio dell'accordo procedimentale, deve essere rilevato:

- che anche laddove l'amministrazione abbia predeterminato, in via unilaterale, e non già consensuale, i criteri in base ai quali attribuirà l'incentivo (così come vuole l'art. 12 della l. 241), non può escludersi la struttura contrattuale del rapporto che sorge, una volta individuato il beneficiario dell'ausilio, tra l'amministrazione ed il sovvenuto;
- che potrebbe al riguardo soccorrere la disciplina della promessa al pubblico (artt. 1987 e ss. c.c.) sia che si intenda che la stessa dia luogo ad una obbligazione *ex contractu* sia che si intenda che la stessa dia luogo ad una obbligazione *de contraendo*;
- che, considerata la struttura contrattuale della fattispecie, la *datio* e il *facere* che costituiscono oggetto delle rispettive obbligazioni della 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);
- che il potere può comunque riemergere nella fase di esecuzione del rapporto, allorché l'amministrazione ravvisi ragioni (sopravvenute) di interesse pubblico che le impongano di recedere unilateralmente dall'accordo;
- che, in definitiva, 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 (oltre che, per le ragioni che di qui a poco saranno esposte, utile).

Benvero, la fattispecie concreta potrebbe, in certi casi, risultare inquadrabile nello schema dell'accordo sostitutivo. Si ricordi quanto stabilito dall'art. 6 del d.lgs. 123 del 1998, in materia di procedura negoziata per l'attribuzione di incentivi all'attività produttiva: il primo comma della richiamata disposizione chiaramente prevede che la procedura negoziata possa avere luogo con riferimento “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”. Per quanto non siano mancate interpretazioni diverse è a noi parso che l'utilizzo della congiunzione “anche” serva ad evidenziare che l'ambito applicativo della norma ricomprende, in generale, gli interventi di sviluppo territoriale o settoriale, *inclusi* quelli che trovano svolgimento nel contesto di moduli riferibili alla programmazione concertata⁷⁴⁹. Il secondo comma costituisce a ben vedere una specifica applicazione del principio generale posto dall'art. 12 della l. 241 del 1990 in quanto prevede che il “soggetto contraente” (sic!) proceda alla previa individuazione e pubblicazione dei criteri selettivi, con la precisazione – rilevante per evidenziare che la discrezionalità in questi procedimenti viene tutta “spesa” a monte – che i bandi determinano “le spese ammissibili, le forme e le modalità degli interventi, la durata del procedimento di selezione delle manifestazioni di interesse, la documentazione necessaria per l'attività istruttoria e i criteri di selezione con

⁷⁴⁹ Per MANZELLA, *Il decreto legislativo n. 123/98*, cit., 911, il quale rileva, in primo luogo, come non sia chiaro in cosa gli “interventi di sviluppo territoriale e settoriale” si differenzino dai “progetti o programmi organici e complessi” (che invece sono presupposto per l'applicazione della procedura valutativa); in secondo luogo, che “*l'utilizzo della congiunzione anche in forma concessiva configura gli istituti della programmazione negoziata quale ambito di applicazione secondario e non principale di tale procedura. E se anche così non fosse, riferendosi alla figura del contratto di programma o al suo sotto-tipo distrettuale, non è chiaro quale sia la ragione per cui la procedura applicata ad un intervento contenuto in un patto territoriale o un contratto d'area debba essere diversa [...] da quella utilizzata nella valutazione di un intervento singolo appartenente ad un programma organico o complesso di investimenti*”. Quand'anche tali rilievi fossero corretti (in quanto non risulta chiara la *ratio* della distinzione tra le due tipologie di intervento e l'assoggettamento ad una diversa procedura selettiva) resta il fatto che l'art. 6 citato riferisce la procedura negoziata anche ad interventi non attuati in forme potremmo dire “ufficialmente” consensuali.

riferimento agli obiettivi territoriali e settoriali, alle ricadute tecnologiche e produttive, all'impatto occupazionale, ai costi dei programmi e alla capacità dei proponenti di perseguire gli obiettivi fissati".

Ma la norma che interessa particolarmente ai nostri fini è quella contenuta nel quarto comma, a mente del quale "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 norme "corrispondenti" dettate con riguardo alla procedura valutativa), la pubblica amministrazione, che ha già consumato la propria discrezionalità nelle prescrizioni del bando può (malgrado ciò) 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") alla fattispecie disciplinata dall'art. 11 della l. 241 del 1990⁷⁵⁰; ma tale osservazione, per quanto colga l'improprietà linguistica del legislatore, non è di per sé tale da escludere che il modello applicabile sia comunque quello del contratto di diritto pubblico: per convincersi di ciò basti ricordare che il c.d. contratto di servizio viene da taluni riportato allo schema dell'accordo tra p.a. ed amministrazione a prescindere da qualsiasi richiamo esplicito all'art. 11 della l. 241 ed a prescindere anche in questo caso dal mancato utilizzo, nella normativa conferente, dell'espressione "accordo"⁷⁵¹.

E comunque, al di là di ogni (più o meno solido) argomento "comparatistico" che valga a cogliere l'essenza di accordo sostitutivo di fattispecie che non sono espressamente qualificate come tali, sia consentito ricorrere - laddove si reputi insufficiente la considerazione che il "contratto" *sostituisce il provvedimento* e che ciò intanto è possibile in quanto si tratti di uno strumento di marca autoritativa, quale è l'accordo sostitutivo - ad uno dei più utilizzati (in quanto più comodi) *escamotage* dell'arte di ottenere ragione, e

⁷⁵⁰ Così come avviene nel caso degli accordi sostitutivi della concessione demaniale di aree all'interno di porti dall'art. 18, comma 4, della l. 84 del 1994, a mente del quale: "Per le iniziative di maggiore rilevanza, il presidente dell'autorità portuale può concludere, previa delibera del comitato portuale, con le modalità di cui al comma 1, accordi sostitutivi della concessione demaniale ai sensi dell'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241".

⁷⁵¹ Vedi la dottrina citata *retro* in nota 697.

cioè il principio di autorità: la migliore dottrina richiama infatti tra le poche ipotesi di accordi sostitutivi di provvedimento espressamente “autorizzate” dal legislatore (nell’epoca anteriore alla detipizzazione di tale strumento) proprio quella disciplinata dall’art. 6, comma 4, del d.lgs. 123 del 1998⁷⁵².

Se quindi il contratto “conforme a quanto previsto nel bando” che sostituisce il provvedimento è qualificabile (o se si preferisce: è qualificato) come accordo sostitutivo, dovrà ritenersi superata ogni remora circa la compatibilità *ontologica* tra il modello di amministrazione consensuale disciplinato dall’art. 11 della l. 241 del 1990 e l’attività amministrativa diretta all’attribuzione di benefici economici.

A suffragare questa affermazione si possono richiamare i casi in cui l’erogazione di sovvenzioni si iscrive 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 servizio erogate a favore del concessionario di un pubblico servizio⁷⁵³; ovvero quella (dell’attribuzione o della revoca di, o alla decadenza da) incentivi erogati nel contesto di un patto territoriale o di altre figure della programmazione negoziata⁷⁵⁴.

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

In particolare, ferma restando la strumentalità del credito agevolato e della concessione di garanzie pubbliche⁷⁵⁵ alla

⁷⁵² GRECO G., *Accordi amministrativi*, cit., 156, in nota. Oltre a tale ipotesi si ricordi quella dell’accordo bonario sostitutivo del provvedimento di espropriazione, che una remota (ma avanguardistica) giurisprudenza della Cassazione qualificava in termini di “negozio di diritto pubblico”: Cass. S.U., 21 febbraio 1969, n. 583, in *Foro It.*, 1969, I, c. 2286. Nel senso che l’art. 6, comma 4, confermerebbe la tesi della concessione-contratto, vedi ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche*, cit., 50.

⁷⁵³ Cass. S.U., 9 marzo 2005, n. 5056, cit.; in termini, Cass. S.U., 4 febbraio 2005, n. 2201, cit.; 25 novembre 1995, n. 12207, cit.; 15 novembre 1994, n. 9594, cit. Riguardo alla qualificazione delle concessioni pubblico servizio in termini di accordo ex art. 11, vedi: GRECO G., *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, cit. 158; (con alcune cautele) FRACCHIA, *L’accordo amministrativo*, cit., 301; TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, cit., 91.

⁷⁵⁴ Cass. S.U., 23 marzo 2009, n. 6960, cit.; Cass. S.U., 8 luglio 2008, n. 18630, cit.

⁷⁵⁵ Discorso analogo potrebbe anche essere condotto con riguardo alla *causa societatis*, ma l’approfondimento di questa tematica, oltremodo complessa ed in continuo divenire, ci

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.

Più in particolare:

- per quanto concerne il credito agevolato⁷⁵⁶, sono individuabili un rapporto di agevolazione ed un rapporto di credito che sono reciprocamente interrelati e che non vanno considerati atomisticamente ma come distinti momenti – pubblicistico e privatistico – di una medesima fattispecie convenzionale (il contratto di diritto pubblico a doppia causa);
- non osta alla configurabilità di uno schema unitario, come più sopra già rilevato, la eterogeneità della compagine soggettiva di tale “rapporto globale”, perché se è innegabile che il rapporto di agevolazione intercorre tra il soggetto pubblico (che contribuisce al pagamento dell’obbligazione di interessi

porterebbe troppo lontano dall’oggetto di questa ricerca. Sia consentito quindi limitarsi a fornire, se possibile, qualche spunto riflessivo per successive e più approfondite analisi. La dottrina (MANZELLA, *Gli ausili finanziari*, cit., 3747), infatti, annovera “*in posizione alternativa o sussidiaria rispetto alla sovvenzione*”, gli strumenti di partecipazione pubblica al capitale delle imprese (su cui si vedano, anche per ulteriori richiami, LEOZAPPA, *Le partecipazioni a scopo di finanziamento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1998, 263; PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli*, Milano, 2007; nell’ambito della dottrina tradizionale CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit.). La partecipazione può avvenire secondo due modalità: il conferimento di capitale (ad esempio attraverso l’acquisto di azioni); il prestito partecipativo che “*configura un’operazione di finanziamento le cui condizioni di rimborso sono legate, secondo modalità e criteri diversamente configurati, ai risultati economici ottenuti dalla società partecipata*” (MANZELLA, *op. ult. cit.*, 3747). Anche in questo frangente la normativa è quanto mai variegata. In estrema sintesi, sono individuabili i seguenti modelli (si riprende anche qui la rassegna di MANZELLA, *loc. ult. cit.*): partecipazione diretta della p.a. tramite la costituzione di società specializzate nell’attività di partecipazione al capitale (come accade nel caso di Itainvest, oggi confluita in Sviluppo Italia s.p.a.); il finanziamento agevolato dell’acquisizione da parte del beneficiario di quote di capitale di rischio di imprese (come nel caso previsto dall’art. 7 della l. 49 del 1987 o dell’art. 14, comma 2, della l. 317 del 1991 o dell’art. 2 della l. 140 del 1999); il finanziamento di società che abbiano come oggetto sociale la partecipazione al capitale di imprese (art. 2 l. 317 del 1991). Lo strumento partecipativo ha comunque conosciuto notevole fortuna in altri ordinamenti (specie in Gran Bretagna ed in Francia) ed è stato oggetto di studio nell’ambito del nostro: al riguardo vedi MANZELLA, *La promozione del capitale di rischio in Europa e sue implicazioni per il Mezzogiorno*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 2000, 335.

⁷⁵⁶ Si vuole qui concentrare l’attenzione sulla fattispecie del credito agevolato per la sua forte potenzialità esplicativa, rinviando per quella della garanzia pubblica alla sede in cui è stata più sopra trattata.

- accessoria ad un rapporto di credito *inter alios*) e l'imprenditore sovvenuto, mentre tale soggetto pubblico rimane sostanzialmente estraneo al rapporto di credito (che lega l'imprenditore e la banca), è altrettanto vero che il diritto civile conosce schemi unificanti - adattabili al caso del contratto di diritto pubblico in virtù del richiamo ai principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti – come quello della delegazione neutra, che dà vita (secondo l'impostazione da una parte della dottrina e da noi condivisa) ad un rapporto trilatero;
- i due momenti (quello più strettamente pertinente alla causa economica e quello più strettamente pertinente alla causa del contratto di finanziamento) in cui si articola siffatto rapporto globale sono fortemente interrelati tra loro, tanto che i sopravvenuti motivi di interesse pubblico che dovessero indurre il soggetto pubblico 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 eventualmente continua a spiegare effetti, cioè, non è il primigenio rapporto di credito ma un rapporto novato, dal quale esula ad esempio l'obbligazione di scopo. Un'analoga spiegazione della relazione che lega il rapporto di agevolazione e quello di credito può essere fornita anche aderendo ad una lettura privatistica (oltre che atomistica) della fattispecie richiamando l'istituto della presupposizione, nel senso prima chiarito;
 - nondimeno, nella fattispecie considerata vi è senz'altro esercizio del potere, così come vi è il momento del consenso (sebbene intercorrente tra l'imprenditore sovvenuto e la banca, a sua volta legata all'ente che si accolla il pagamento di una quota-parte dell'obbligazione di interessi da una convenzione), con la particolarità che il momento dell'autorità può emergere anche dopo la costituzione del rapporto contrattuale e può condizionare la sua sopravvivenza, almeno nei termini in cui (e cioè con le finalità ulteriori con cui) era originariamente concepito.

12. *Conseguenze applicative della soluzione affermativa. Definizione di una disciplina comune minima delle eterogenee fattispecie riportabili alla causa economica. Necessità di fornire una soluzione rispettosa del principio di effettività alla c.d. questione giurisdizionale. Evidenziazione delle ragioni che ex adverso inducono a dubitare della tenuta, sotto quest'ultimo profilo, della soluzione fornita dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Utilità della distinzione tra interessi (legittimi pretensivi) finali e strumentali. Sua irrilevanza a fronte della previsione di una ipotesi di giurisdizione esclusiva relativa ai rapporti di sovvenzionamento. Utilità, per questo verso, della qualificazione in termini di contratto di diritto pubblico delle variegate fattispecie da cui origina tale rapporto. La devoluzione delle controversie in materia di finanziamento pubblico alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non si risolve in una diminuzione della tutela: la recente giurisprudenza amministrativa in tema di accordi assicura una tutela piena alle parti del rapporto; gli spunti offerti (ad adiuvandum) dalla più recente giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.*

Abbiamo chiarito le ragioni che militano a favore della qualificazione delle principali forme di finanziamento pubblico (sovvenzioni in senso stretto, credito agevolato, concessione di garanzie pubbliche) in termini di contratto di diritto pubblico, assoggettato alla disciplina dettata dall'art. 11 della l. 241 del 1990.

Le conseguenze discendenti da siffatta qualificazione sono molteplici.

Anzitutto, si possono qui riprendere (e contestualizzare) le osservazioni di Greco circa l'utilità del passaggio dalla costruzione dualista a quella del contratto pubblico: costruzione che “*oltre a superare le incongruenze logiche della concessione-contratto (consistenti nel carattere inautonomo del provvedimento, inidoneo a disciplinare la fattispecie in mancanza del contratto) e oltre a razionalizzare la disciplina (se il provvedimento è al di fuori del contratto, non si vede in cosa consista la controprestazione dell'amministrazione, che dà luogo al sinallagma che a sua volta giustifica, ad esempio, la risoluzione) consente di dotare le fattispecie in essa tradizionalmente rientranti di un minimo di disciplina comune, di origine legislativa e non giurisprudenziale*”⁷⁵⁷.

Quanto notato dall'autorevole studioso assume a maggior ragione rilevanza se si considera il carattere frammentario della

⁷⁵⁷ GRECO G., *Accordi*, cit. 163.

normativa in materia di incentivi pubblici all'economia⁷⁵⁸: il riferimento ad uno schema unitario (perché l'intervento è pur sempre diretto a realizzare una "causa economica") ma allo stesso tempo connotato (come precedentemente dimostrato) da una notevole flessibilità è quindi utile non solo dal punto di vista dogmatico e classificatorio, ma anche ai fini dell'individuazione del regime giuridico (minimo) applicabile.

⁷⁵⁸ Gli aspetti di maggiore peculiarità, in seguito all'adozione del d.lgs. 123 del 1998, che ha inteso dettare le linee guida di una progressiva razionalizzazione della legislazione in materia, interessano il versante organizzativo. La questione è particolarmente valorizzata da SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, cit., spec. parte I, nonché da ANNESI, *Finanziamento*, cit., spec. § 18 e ss.; più di recente vedi anche MANZELLA, *op. ult. cit.*, 3755 e ss.. Quanto agli aspetti suddetti non si intende in questa sede andare al di là della delineazione del quadro generale di riferimento. Si reputa infatti, in piena concordia con l'indirizzo espresso da altra parte della dottrina (SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata*, cit., 67), che "i rapporti esterni tra privati e autorità meritano la priorità sulla considerazione del fenomeno ab interiore adiminatione". La trasformazione sul versante del riparto delle competenze che indubbiamente presenta maggiore interesse rispetto alla materia del finanziamento pubblico è quella determinatasi per effetto della riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione. In particolare, la competenza legislativa primaria in materia di industria spetta alle Regioni, laddove ai sensi del terzo comma dell'art. 117 Cost., resta affidata alla legislazione concorrente la materia "di indubbia rilevanza per l'attività finanziaria dello Stato" (così MANZELLA, *op. ult. cit.*, spec. 3756) della ricerca scientifica e tecnologica e del sostegno all'innovazione per i settori produttivi; interessa poi notare che la tutela della concorrenza è materia attribuita in via esclusiva allo Stato: il coordinamento tra i diversi livelli, stante la visibile contiguità dei diversi ambiti considerati (si pensi all'industria e appunto alla concorrenza), non è quindi sempre del tutto agevole. Sotto il profilo finanziario rilevano le disposizioni degli ultimi tre commi dell'art. 119 Cost.: il quinto comma prevede che "per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona [...], lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni"; il sesto comma prevede invece che gli enti suddetti possiedono un loro patrimonio e (settimo comma) che possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento. Si osserva quindi che "dall'essere una funzione essenzialmente svolta a livello centrale, la politica di ausilio finanziario pubblico diviene, quindi, gestita in regime di parziale concorrenza in relazione all'azione legislativa, e per quel che si riferisce all'attività regolamentare di completa spettanza delle Regioni" (MANZELLA, *loc. ult. cit.*). In attesa della completa attuazione della riforma costituzionale, dal punto di vista delle competenze amministrative, conserva validità quanto disposto dall'art. 18, comma 1, del d.lgs. 112 del 1998, in forza del quale sono riservate allo Stato: la concessione "di agevolazioni, anche fiscali, di contributi, incentivi, benefici per attività di ricerca, sulle risorse allo scopo disponibili per le aree depresse" (lett. p); la gestione del fondo speciale per la ricerca applicata e del fondo speciale rotativo per l'innovazione tecnologica (lett. q); la gestione del fondo di garanzia (lett. r) ed il coordinamento degli strumenti di programmazione negoziata (lett. v); l'attuazione delle misure in materia di imprenditorialità femminile (lett. z); le misure di attuazione previste dalla l. 488 del 1992 (lett. aa); la concessione di ausili nel settore del credito cinematografico (lett. bb); le funzioni ed i compiti inerenti al finanziamento delle attività di esportazione (lett. s e comma 2, lett. a). In base al criterio di residualità sono delegate alle Regioni le funzioni amministrative non riservate

Non vi è dubbio che l'implicazione "di regime" più rilevante della costruzione qui proposta sia quella che attiene alla c.d. conseguenza giurisdizionale, aspetto che peraltro ha notoriamente destato il maggior interesse degli studiosi che si sono occupati della materia⁷⁵⁹.

Dell'orientamento tradizionale e consolidato della Cassazione a Sezioni Unite quanto al riparto di giurisdizione in materia di sovvenzioni si è già detto in precedenza: sarà qui utile richiamare in sintesi quanto altrove notato per cogliere più agevolmente i profili di novità recati dall'attribuzione delle controversie riguardanti la formazione, la conclusione e

allo Stato ovvero attribuite alle Camere di commercio, ivi incluse quelle concernenti l'attuazione di interventi dell'Unione europea. In particolare, sono incluse fra le funzioni delegate alle Regioni "quelle inerenti alla concessione di agevolazioni, contributi, sovvenzioni, incentivi e benefici di qualsiasi genere all'industria, ivi compresi quelli per le piccole e medie imprese, per le aree ricomprese in programmi comunitari, per programmi di innovazione e trasferimento tecnologico, nonché quelli per singoli settori industriali, per l'incentivazione, per la cooperazione nel settore industriale, per il sostegno agli investimenti per impianti ed acquisto di macchine, per il sostegno allo sviluppo della commercializzazione e dell'internazionalizzazione delle imprese, per lo sviluppo dell'occupazione e dei servizi reali alle industrie. Alle funzioni delegate ineriscono anche l'accertamento di speciali qualità delle imprese, che siano richieste specificamente dalla legge ai fini della concessione di tali agevolazioni, contributi, sovvenzioni, incentivi e benefici. Alle funzioni delegate ineriscono, inoltre, gli adempimenti tecnici, amministrativi e di controllo per la concessione e l'erogazione delle agevolazioni alle attività produttive nelle aree individuate dallo Stato come economicamente depresse. Alle funzioni delegate ineriscono, infine, le determinazioni delle modalità di attuazione degli strumenti della programmazione negoziata, per quanto attiene alle relazioni tra regioni ed enti locali anche in ordine alle competenze che verranno affidate ai soggetti responsabili". Alle aree appena esposte, che sono oggetto di competenze esclusive dello Stato o di delega a favore delle Regioni, si affianca, in posizione intermedia, un'area dove i livelli di governo interagiscono. Qualora in considerazione della particolare rilevanza economica di un intervento il Presidente del Consiglio dei Ministri intenda riservare ulteriori settori all'amministrazione centrale, il relativo decreto è adottato d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni [art. 18, comma 1, lett. o)]. Sono previste inoltre altre forme di partecipazione da parte delle Regioni, in specie per quanto attiene alla proposta (di competenza della Conferenza Stato-Regioni) circa i criteri di riparto dei fondi destinati alla diverse misure di aiuto; la relazione della stessa Conferenza sullo stato di attuazione delle attività di sostegno pubblico; la promozione di conferenze di servizi e accordi tra amministrazioni in relazione alla programmazione di misure di ausilio finanziario. Nella rapida delineazione del quadro organizzativo che si è qui compiuta (conformemente al nostro intendimento di privilegiare gli aspetti dogmatici e proporre un inquadramento teorico dell'ausilio pubblico, sensibile all'adeguata considerazione in primo luogo alla conseguenza giurisdizionale), assume rilievo anche quanto disposto dall'art. 1, comma 3, del d.lgs. 128 del 1998, che si è esaminato, secondo cui le norme di quel decreto indicano principi generali dell'ordinamento dello Stato la cui attuazione è garantita dalle Regioni a statuto ordinario nell'ambito dei rispettivi ordinamenti.

⁷⁵⁹ Vedi al riguardo, FALCON, *Le convenzioni*, cit., spec. 25 e ss. e 265 e ss., con riguardo alle sovvenzioni D'ALBERGO, *Sulla struttura delle sovvenzioni*, cit., PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., II, 260 e ss.. Più di recente, vedi ANTONIAZZI, *Obbligazioni*, cit., *passim*..

l'esecuzione del contratto di diritto pubblico a doppia causa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In specie, la Suprema Corte ritiene che al fine della individuazione del giudice avente giurisdizione occorre distinguere:

- *nella fase anteriore all'erogazione del contributo*, se lo stesso è riconosciuto al privato direttamente dalla legge senza alcun margine di valutazione discrezionale in capo alla p.a., ovvero se l'amministrazione abbia già definito a chi esso spetti, la giurisdizione spetta al g.o.⁷⁶⁰; mentre spetta al g.a. laddove, residuando un margine di discrezionalità in capo alla p.a., la posizione del privato sia qualificabile in termini di interesse legittimo;
- *nella 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; viceversa spetta al g.o. se la controversia riguarda la “fase d'attuazione” del rapporto, avuto evidentemente riguardo al profilo dell'adempimento/inadempimento delle reciproche “prestazioni” da parte dell'amministrazione e del sovvenuto.

L'orientamento appena sintetizzato, oltre a suscitare numerosi problemi di carattere applicativo⁷⁶¹ non sembra esente da

⁷⁶⁰ Secondo un orientamento della magistratura amministrativa, l'azione intentata per il recupero di un contributo erroneamente valutato come *dovuto* al privato è attratta alla giurisdizione del g.a. in quanto vengono in rilievo poteri pubblicistici tali da procurare la degradazione del diritto ad interesse legittimo. In questo senso, v. T.A.R. Trentino Alto Adige, Bolzano, 18 dicembre 2002, n. 579 in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, 12. Ragionando invece in una logica di diritto/obbligo, l'accertata insussistenza dell'obbligo di erogare il contributo dovrebbe dare titolo al *solvens* ad agire per la ripetizione dell'indebito: vedi ad esempio Cons. St., Sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4955, in *www.giustizia-amministrativa.it* (ed in termini Cons. St., Sez., VI, 13 febbraio 2004, n. 570 in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 484), secondo cui, essendovi un diritto soggettivo rispetto alla concreta erogazione di contributi già riconosciuti e da riscuotere (ovvero alla conservazione di quelli già riscossi), va affermata la giurisdizione del giudice ordinario. In questi termini, di recente, T.A.R. Abruzzo, 30 giugno 2009, n. 293, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. VI 3 giugno 2010, n. 3501, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1296. Si afferma in altre pronunce che laddove la “revoca” sia imputabile al fatto del beneficiario non rileva ai fini dell'azione di recupero (attratta alla giurisdizione del g.o.) il carattere provvisorio o definitivo del finanziamento: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 25 novembre 2009, n. 11647, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 2 marzo 2010, n. 3219, in *www.giustamm.it*.

⁷⁶¹ Aspetti rilevati puntualmente da ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche*, cit., *passim*, e da ZANLUCCHI, *La giurisdizione in materia di sovvenzioni pubbliche: considerazioni su di una giurisprudenza monolitica*, in *Dir. econ.*, 2007, 351, il quale ribadisce l'opportunità di una giurisdizione unitaria del g.a. in tema di sovvenzioni, argomentando altresì dal rilievo che anche nei profili attinenti all'adempimento sarebbero rinvenibili aspetti collegabili a logiche pubblicistiche, come la previsione, da parte del d.lgs. 123 del 1998 (art. 7, comma 5), di poteri sanzionatori in caso di

critiche anche sotto il profilo più squisitamente dogmatico⁷⁶²: da un lato, è tutta da dimostrare l'affermazione per cui la posizione giuridica soggettiva del privato cui la legge riconosca, senza l'intermediazione di una valutazione discrezionale della p.a., la spettanza di un beneficio economico sia di diritto soggettivo⁷⁶³; dall'altro lato (ed in un certo qual modo secondo una logica specularmente opposta rispetto a quella che ha orientato la prima critica), sembra apodittica l'affermazione che “*nella fase procedimentale anteriore all'emanazione del provvedimento attributivo del contributo*”⁷⁶⁴ la consistenza della posizione giuridica soggettiva del privato sia (senz'altro) quella caratteristica dell'interesse legittimo (con quanto ne consegue dal punto di vista della giurisdizione).

Circa il primo aspetto, è utile ancora una volta richiamare l'opinione di quella dottrina che, a difesa del carattere provvedimentale (cioè autoritativo) degli atti vincolati, ha rilevato che oltre al potere di scelta vi è “*il potere di dare seguito effettivo alle scelte, di rendere concretamente operanti le decisioni, di costituire (far venire in essere) l'effetto*”⁷⁶⁵: né può disegnarsi con riferimento alle sovvenzioni la medesima “*parabola degli atti ampliativi*” che ha riguardato, ad esempio, i titoli edilizi, perché in questa materia il dogma

inadempimento della prestazione da parte del privato. Da tale previsione l'A. deduce che “*la legge configura il rapporto tra p.a. e impresa beneficiaria, una volta che questa abbia ottenuto l'ammissione al beneficio e si sia resa inadempiente ai doveri che ne discendono, non come ad un rapporto tra privati, ma come un rapporto autoritativo tra controllore e controllato, disponendo l'irrogazione di sanzioni mediate atti della p.a. e la riscossione delle somme mediante ruolo*”. Più in generale si rileva che “*le incertezze ed i vuoti di tutela accennati sembrano far propendere in senso contrario all'interpretazione accolta dalla giurisprudenza. In effetti non si vede perché l'atto di decadenza della concessione di una sovvenzione non debba essere conosciuto dal giudice amministrativo: l'attuale impostazione assunta dalla giurisprudenza appare 'innaturale' e oltre ad essere fondata su basi giuridiche malferme [...] continua a procurare incertezze operative non irrilevanti*”. A proposito di tali incertezze applicative, rileva ricordare (e si conviene nel sottoscrivere in pieno) quanto notato da Merusi nella prefazione al volume sopra citato della Antoniazzi, laddove (acclarato il conflitto tra lo schema norma-fatto e norma-potere-effetto, su cui si fonda l'orientamento della Cassazione, e la realtà) si ravvisa l'opportunità che il giurista fornisca, tanto più in epoche di crisi economica, come quella attuale, delle interpretazioni in grado di dare certezza al traffico giuridico.

⁷⁶² I dubbi riguardano specificamente la fase anteriore all'erogazione del contributo, poiché con riferimento alle vicende del rapporto successive a tale momento la giurisprudenza è ricorsa al criterio (se non utile, quanto meno chiaro) della “causale” dell'iniziativa revocatoria: vedi da ultimo Cons. St., Sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 3, cit., nonché la giurisprudenza citata *retro* in nota 570.

⁷⁶³ Si può richiamare in questo senso l'autorevole insegnamento di SANDULLI A.M., *Note sulla natura dei diritti civili*, in *Foro It.*, 1952, I, 1343.

⁷⁶⁴ Così testualmente Cass. S.U., 9 gennaio 2007, n. 117, cit.

⁷⁶⁵ SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento*, cit., spec. § 13.

dell'insostituibilità del provvedimento (ancorché vincolato) non può ritenersi normativamente superato⁷⁶⁶. In altre parole, anche laddove si tratti di procedimento a risultato certo – nel senso che la valutazione circa la spettanza del beneficio è condizionata al mero riscontro dei presupposti di legge – il provvedimento che concretamente attribuisca la sovvenzione (sebbene spettante in termini di certezza) è necessario ed insostituibile: ne discende che ci si trova pur sempre di fronte ad una manifestazione di potere, con la conseguenza che in caso di mancato esercizio dovranno essere azionati i rimedi tipicamente previsti per l'inerzia dell'amministrazione (che peraltro, secondo la disciplina attualmente vigente, puntano a far ottenere il bene al privato, al di là del mero accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere).

Laddove si voglia affermare una *ontologica* incompatibilità tra il (vero) potere ed il diritto soggettivo⁷⁶⁷, una possibile soluzione sembra provenire da quella dottrina che propone, specie nell'ambito degli interessi pretensivi, la sotto-distinzione tra interessi finali (che esprimono una relazione con il bene della vita in termini di necessaria soddisfazione della pretesa sostanziale del privato) e interessi strumentali (dove la valutazione circa la spettanza del bene è mediata dalla valutazione discrezionale della pubblica amministrazione)⁷⁶⁸.

Utilizzando questa sotto-distinzione si può, per un verso, affermare che tanto nell'uno quanto nell'altro caso sussiste la giurisdizione del g.a. – evitando le complicazioni evidentemente insite nelle affermazioni apodittiche della giurisprudenza⁷⁶⁹ - e, per

⁷⁶⁶ È sulla base dell'analisi della norma che ha decretato tale superamento (l'art. 19) che il LIGUORI, *La funzione amministrativa*, spec. cap. I, traccia la suddetta parabola degli atti ampliativi, sottolineando che quando questi ultimi possono essere sostituiti da un atto soggettivamente e oggettivamente amministrativo il potere viene espunto dalla fattispecie, potendo poi riemergere solo eventualmente in una fase successiva.

⁷⁶⁷ Vedi al riguardo CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 1964, 122 e ss.. Nel senso che la discrezionalità sia un predicato necessario e qualificante del potere autoritativo, vedi: ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit. SORACE, *Promemoria*, cit.; LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giurisdizionale*, cit.; in senso contrario SCOCA F.G., *La teoria*, cit.; VILLATA, *L'atto amministrativo*, in Aa. Vv., *Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLI, cit., I, 767 e ss.

⁷⁶⁸ GRECO G., *Argomenti*, cit., 213, in nota.

⁷⁶⁹ Affermazione che sembra tanto più apodittica se è vero che in certi casi la stessa giurisprudenza (invero specie quella amministrativa) si serve del diverso (e non meno discutibile) criterio dell'elemento direzionale della norma. Al riguardo, vedi anche quanto nota MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 320, ad avviso del quale “*il criterio della discrezionalità*,”

altro verso, dimostrare il fondamento dogmatico dei diversi poteri cognitori e decisorii che tale giudice ha nell'uno e nell'altro caso (si pensi a quanto accade nell'ambito del rito avverso il silenzio-inadempimento, ma anche in materia risarcitoria, sia che il risarcimento avvenga in forma specifica sia che avvenga per equivalente).

Riguardo al secondo aspetto problematico (se cioè nella “*nella fase procedimentale anteriore all’emanazione del provvedimento attributivo del contributo*” vi sia sempre e comunque un interesse legittimo), la Cassazione tralascia (a quanto risulta) di chiarire se vi sia una posizione di interesse legittimo anche laddove l'amministrazione abbia predeterminato a monte i criteri per l'attribuzione in concreto del beneficio: se è vero che la totale vincolatezza è una situazione empiricamente non verificabile⁷⁷⁰ è altrettanto vero che la preregolazione dell'esercizio del potere discrezionale è funzionale proprio alla consumazione, a monte, dei profili più marcatamente discrezionali della decisione⁷⁷¹, di modo che, a valle, residuino al più delle valutazioni di carattere tecnico. Anche in questo caso potrebbe soccorrere l'utilizzo della suddetta distinzione tra interessi finali e strumentali.

Epperò il problema potrebbe essere risolto più agevolmente laddove, ricostruendo la fattispecie in termini di contratto di diritto pubblico assoggettato alla disciplina di cui all'art. 11 della l. 241 del 1990, si affermi la spettanza della controversie in tema di formazione, conclusione ed esecuzione di tali accordi al g.a. in funzione di giudice esclusivo.

D'altronde, che la relativa norma attributiva sia conforme al dettato costituzionale è stato espressamente (sebbene in un *obiter dictum*) affermato dalla Corte Costituzionale, come più volte ricordato; ed anche la recente previsione in tema di giurisdizione contenuta nell'art. 7 del Codice del processo amministrativo (i cui compilatori hanno tenuto nel massimo conto la giurisprudenza

nell'individuazione dei confini tra le giurisdizioni, peraltro, ha giocato solo a favore di quella amministrativa: infatti, per la parte in cui esso avrebbe potuto giocare a favore della giurisdizione ordinaria, è stato sostituito dal criterio dell'interesse pubblico”.

⁷⁷⁰ Così come ritiene CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2000, 432; in termini non dissimili, tra gli autori meno recenti, TESAURO A., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II – *Diritto amministrativo*, Terni, 1961, 102 e ss.; GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, cit., 491.

⁷⁷¹ Come ha chiarito la dottrina, la predeterminazione dei criteri costituisce al tempo stesso previsione di un auto-limite all'esercizio della discrezionale e forma di espressione del potere discrezionale: vedi POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 268.

costituzionale, così come peraltro richiedeva la legge delega del 2009 ⁷⁷²) conferma che l'accordo è una forma di esercizio (consensuale) del potere, con la conseguenza che, anche laddove venga in rilievo la lesione di diritti soggettivi, è innegabile la sussistenza di un collegamento con l'esercizio del potere medesimo e *pour cause* la legittimità della previsione della giurisdizione esclusiva ⁷⁷³.

⁷⁷² L'art. 44, comma 2, lett. b) n. 1, della l. 69 del 2009 imponeva infatti al legislatore delegato il "riordino [del]le norme vigenti sulla giurisdizione amministrativa rispetto alle altre giurisdizioni" tenendo conto (comma 1) della giurisprudenza delle giurisdizioni superiori. Il criterio direttivo risulta pienamente rispettato con riguardo al primo comma dell'art. 7, mentre qualche dubbio è ingenerato dall'ultimo comma che ha suggellato, nella norma dedicata alla giurisdizione, il principio di alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale: ma, per quanto tale previsione fosse opportuna, specie da chi ha parlato (almeno a partire dall'art. 69 della l. 69 del 2009) di una giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario (in tema sia consentito rinviare al mio *Il legislatore muove un passo (l'ultimo) verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 1619), la stessa non sembra rispecchiare gli "orientamenti delle giurisdizioni superiori" formati in relazione alla materia del pubblico impiego privatizzato, laddove si è ritenuto che "il principio di alternatività tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario [...] si applica nei confronti del giudice amministrativo e non del giudice ordinario al quale è consentito disapplicare il decreto di decisione sul ricorso stesso" (Cons. St., 24 giugno 2006, n. 4041, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 1942). In altri termini, la norma che fa coincidere l'ambito applicativo del rimedio straordinario (esclusivamente) con quello del ricorso al Tar (salve le esclusioni espressamente previste, come accade in materia di contratti pubblici) ha valenza innovativa e non si limita a codificare gli orientamenti pregressi della giurisprudenza. Conformemente a tale carattere innovativo, l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato ha ritenuto che i ricorsi straordinari presentati nella materia del pubblico impiego privatizzato in epoca anteriore alla data di entrata in vigore del Codice (confidando sulla regola pretoria espressa da Cons. St., Ad. Gen., 10 giugno 1999, n. 7, in *Lav. nelle P.A.*, 2002, 1162) vanno decisi e non già ritenuti inammissibili (Cons. St., Ad. Gen., 22 febbraio 2011, n. 808, in *www.neldiritto.it*). Sul punto sia consentito rinviare al mio *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato si pronunciano sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: luci, ombre ed implicazioni "di regime" della compiuta (?) giurisdizionalizzazione del rimedio*, in *Rivista NelDiritto*, 2011, 758, nonché in *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario: una partita chiusa?*, in *www.giustamm.it*.

⁷⁷³ Ed invero che non si trattasse di un'attribuzione compiuta "per materia" era già stato evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale in materia di accordo determinativo del contenuto del procedimento, ben prima del noto e più volte ricordato arresto della giurisprudenza costituzionale, aveva rilevato che "ai fini dell'attribuzione al Giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva di che trattasi, non rileva il criterio della 'materia' (adottato ad esempio dal d.lgs. n. 80/1998 negli artt. 33 e 34, poi riprodotti dalla l. n. 205/2000), bensì il criterio della tipologia dell'atto destinato al perseguimento del pubblico interesse": vedi al riguardo Cass. S.U., 12 marzo 2001, n. 105, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 356, ed in *Urb e app.*, 2001, 856, con nota di CONTI. Benvero, la più autorevole dottrina aveva sottolineato che la norma attributiva della giurisdizione esclusiva, così come posta, poteva dare adito a dubbi di incostituzionalità, considerato che, per ripetere le parole dell'appena citata pronuncia delle Sezioni Unite, sarebbe "indifferente la materia sulla quale incide il provvedimento finale, il cui contenuto è determinato dall'accordo":

Siffatta soluzione non si risolve, a ben vedere, in una *deminutio* della tutela attingibile, perché tanto in dottrina quanto in giurisprudenza si afferma il carattere “pieno” della giurisdizione esclusiva⁷⁷⁴.

Interessa evidenziare che, sul punto, si è registrato un progressivo affinamento (spesso propiziato dai suggerimenti della più avveduta dottrina) delle forme di tutela ritenute ammissibili dal Giudice amministrativo

vedi GRECO G., *Accordi*, cit., 278, nonché FOLLIERI, *La tutela nei contratti della Pubblica Amministrazione nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo*, in *Riv. Proc. Amm.*, 1999, 296 e ss., spec. 301. Per superare tale *empasse* la citata dottrina rileva che l'art. 103 Cost. va interpretato in considerazione della sua *ratio* che è quella di concentrare nelle mani di un unico giudice quelle controversie per le quali, sussistendo un intreccio inestricabile tra posizioni di interesse e posizioni di diritto soggettivo, l'applicazione dell'ordinario criterio di riparto determinerebbe una grave compressione, se non addirittura la totale vanificazione, della tutela giurisdizionale del cittadino: “e, indubbiamente, la giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 11 u.c. si inquadra perfettamente in tale modello” (così GRECO G., *loc. ult. cit.*). Ma siffatta interpretazione, si aggiunge, intanto è possibile in quanto si dia adeguato rilievo ai profili pubblicistici della fattispecie. Aspetto, quest'ultimo, efficacemente messo in luce da FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, cit., 242, il quale rileva che la tesi favorevole ad una ricostruzione (pan)privatistica dell'istituto di che trattasi “dovrebbe altresì dimostrare [...] che l'attribuzione di poteri in vista di un effetto pubblicistico [...] è vicenda che ammette la produzione di quell'effetto secondo modalità diverse dal provvedimento e dall'accordo”: dimostrazione che però all'Autore sembra (condivisibilmente) assai ardua. Infatti “in molti casi in cui il contratto potrebbe essere impiegato per sostituire provvedimenti ampliativi della sfera del privato (come nell'ipotesi di sovvenzioni e concessioni), la sottoposizione dell'agire alle regole pubblicistiche comporta la protezione anche e soprattutto degli interessi degli altri aspiranti, onde, applicando il preteso principio dell'equivalenza-sostituibilità tra consenso del privato ed applicazione di norme pubblicistiche dettate a protezione di tale soggetto, occorrerebbe ricercare l'adesione anche dei terzi interessati”. In definitiva l'affermazione della legittimità costituzionale della previsione dell'ultimo comma dell'art. 11 (vedi oggi l'art. 133 del Codice del processo amministrativo) passa necessariamente attraverso una ricostruzione dell'istituto in chiave pubblicistica: l'accordo è strumento (benché consensuale) di esercizio del potere e per questo ad esso si correlano necessariamente posizioni di interesse legittimo - di tutti gli aspiranti alla stipula dell'accordo, prima della sua conclusione; di chi si oppone alla scelta della p.a. di stipulare l'accordo con altri e non con sé medesimo (si potrebbe però immaginare anche la sussistenza di *interessi pretensivi da parte di terzi*, specie quanto questi abbiano interesse alla corretta esecuzione dell'accordo stipulato *inter alios*: vedi al riguardo quando nota il DE ROBERTO, *La tutela giurisdizionale nei procedimenti e negli accordi*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1997, 311 e ss., spec. 333); di chi aspira alla stabilità del vincolo contrattuale, una volta che questo sia sorto -, ma *anche* (ed immancabilmente) posizioni di diritto soggettivo che nascono tra le parti e che hanno ad oggetto la pretesa (giuridicamente qualificabile in termini di realizzazione certa e necessaria) all'adempimento delle rispettive obbligazioni: posizioni di diritto soggettivo che normalmente riguardano le parti dell'accordo, ma che potrebbero riguardare anche il terzo se e nella misura in cui l'accordo violi il limite del rispetto dei diritti dei terzi posto dall'art. 11, comma 1, nel qual caso può ritenersi che l'accordo sia nullo (come ipotizza il DE ROBERTO, *op. ult. cit.*, 332, in nota).

⁷⁷⁴ Vedi al riguardo POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, voll. 1 e 2, Padova, 2000 e 2001.

Ad esempio, nella pronuncia del 15 maggio 2002, n. 2636, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto che lo strumentario delle tutele attingibili dal privato a fronte dell'accordo procedimentale è composto:

- dall'azione avverso il silenzio in caso di inerzia (non è invece ammissibile l'esperibilità del rimedio in forma specifica disciplinato dall'art. 2932 c.c.);
- dall'impugnativa dell'atto difforme, quanto al contenuto discrezionale, da quello concordato con l'amministrazione;
- dalla domanda del risarcimento dei danni, conseguentemente all'accoglimento del ricorso avverso il silenzio ovvero il provvedimento difforme dall'accordo;
- dall'azione di accertamento dell'inadempimento e dall'azione risarcitoria diretta ma *“solo quando con la conclusione dell'accordo la p.a. abbia esaurito il suo potere discrezionale”*.

Con riguardo specifico al primo aspetto (ammissibilità del rimedio previsto e disciplinato dall'art. 2932 c.c.), che è poi connesso all'ultimo, si rileva che la soluzione negativa è dettata dalla *elementare* considerazione che il provvedimento recettivo del contenuto dell'accordo non è un contratto⁷⁷⁵.

Ora, da parte della dottrina⁷⁷⁶, è stato notato che l'esclusione del rimedio in forma specifica affonda le sue radici nel dogma (in via di almeno parziale superamento) della riserva di provvedimento a favore dell'amministrazione, tanto che nella richiamata pronuncia si legge che *“il provvedimento implica sempre l'esercizio di poteri autoritativi, che non può che essere attribuito ad organi amministrativi e non all'autorità giurisdizionale”*: così si osservava che, pur senza voler auspicare l'introduzione del giudizio di accertamento autonomo sul rapporto amministrativo (che si articola secondo l'endiadi potere/interesse legittimo), la qualificazione della posizione della controparte privata in termini di diritto soggettivo (al rilascio del provvedimento

⁷⁷⁵ La questione riceve talvolta soluzione positiva con riguardo all'accordo sostitutivo: vedi ad esempio, nell'ambito di una giurisprudenza complessivamente minoritaria (e per lo più nel caso in cui la domanda sia stata presentata dalla parte pubblica in danno di quella privata): T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 13 luglio 2011, n. 1219, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 16 dicembre 2009, n. 2593, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 3391; in senso contrario, oltre alla citata Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 14 gennaio 2010, n. 268, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 181; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 24 aprile 2006, n. 417 in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 1480.

⁷⁷⁶ GRECO G., *Accordi*, cit., 285; FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002, spec. 150.

concordato) consente l'esperimento dell'azione di adempimento (o secondo una diversa impostazione della reintegrazione in forma specifica⁷⁷⁷) in applicazione dei principi codicistici “*non trovando ostacolo in aspetti di regime di diritto amministrativo, che non coprono siffatto segmento della fattispecie*”⁷⁷⁸.

La soluzione appena riferita appare corretta: siccome la scelta comparativa di interessi è oggetto di negoziato, il potere discrezionale (salve sopravvenienze) si esaurisce, nella fattispecie dell'accordo determinativo, con la stipula dell'accordo stesso: dopo tale momento esiste un vincolo stringente in capo all'amministrazione, consistente nell'obbligo di emanare un certo

⁷⁷⁷ Per quanto un autorevole studioso abbia, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 80 del 1998, rilevato che “*l'azione di adempimento trova cittadinanza [nel processo amministrativo] nella reintegrazione in forma specifica*” (PUGLIESE, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 615 e ss.), è stato condivisibilmente notato che “*se si ammette, come la giurisprudenza civile ha fatto, la praticabilità della r.f.s. in ambito contrattuale, occorre porsi il problema della sua autonomia rispetto all'azione di adempimento*” (LIGUORI, *La funzione amministrativa*, cit., 203, che richiama, quanto alla giurisprudenza civile che ammette la r.f.s. in ambito contrattuale, Cass. civ., 3 gennaio 1994, n. 6, in *Foro It.*, 1994, 1784, con nota di LENER; 26 gennaio 2004, n. 1330, *ivi*, 2004; 27 giugno 2006, n. 14813, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 6), che risulta invero negata anche da parte della dottrina civilistica (CASTRONOVO C., *Il risarcimento in forma specifica del danno*, in *La nuova responsabilità civile*, II ed., Milano, 1997, 504). Per la richiamata dottrina amministrativistica (vedi anche LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002), quindi, la r.f.s. conserva, anche nel processo amministrativo, una propria specifica identità, che è quella del rimedio risarcitorio (la cui fruibilità è pertanto assoggettata alla sussistenza di tutti gli elementi dell'illecito aquiliano), che consente pur sempre, attraverso la condanna ad un *facere* specifico, l'ottenimento del bene della vita agognato. In quanto presuppone un accertamento in termini di spettanza di tale bene, la r.f.s. è quindi ammessa, oltre che per la tutela di interessi oppositivi (laddove la lesione inferta dal provvedimento si mostra immediatamente perché il bene illegittimamente sottratto già faceva parte del patrimonio giuridico dell'amministrato), anche per quelli pretensivi, ma limitatamente ai casi di procedimenti a risultato certo. La questione si è concretamente posta anche prima che dal testo definitivo del Codice del processo amministrativo fosse espunta la norma che consentiva l'azione di adempimento (sul punto vedi MERUSI, *In viaggio con Laband*, cit.; ROMANO TASSONE, *Così non serve a nulla*, in *www.giustamm.it*): della soluzione (negativa) fornita dalla Plenaria rispetto alla questione se sia ammissibile la condanna ad un *facere* in sede di cognizione (*sub specie* di ordine di aggiudicare l'appalto a chi spetta), si è già detto altrove in questo scritto. Sia consentito ancora richiamare quanto osservato in LIGUORI, AULETTA, *La Plenaria, il “dialogo” tra le giurisdizioni*, cit.. Il Codice del processo è almeno in questo ambito intervenuto risolutivamente con la previsione dell'art. 124 che autorevole dottrina non esita ad additare come norma che introduce, sebbene settorialmente vista la caduta della previsione generale, l'azione di adempimento: GRECO G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, cit., ed in senso parzialmente contrario LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010*, cit..

⁷⁷⁸ GRECO G., *Accordi*, cit., 285, che richiama al riguardo le idee espresse, nell'ambito della dottrina civilistica, da DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003, 267 e ss..

provvedimento, cui si contrappone il diritto dell'altro contraente al suo rilascio.

Vero è però che, a siffatta conclusione (ammissibilità dell'azione di adempimento, e più in generale dei rimedi contrattuali), sembra si possa giungere anche laddove la posizione della controparte privata sia qualificata in termini di interesse pretensivo: ovvero laddove, in caso di accordo stipulato con chi risulta avere titolo sulla base di criteri prefissati a monte (come nello schema disciplinato dall'art. 6, comma 4, del d.lgs. 123 del 1998, che peraltro a nostro avviso ha una valenza più generale laddove si ricorra all'istituto della promessa la pubblico), venga in rilievo la posizione del controinteressato che assume essere illegittima la valutazione in termini di spettanza ad altri e non a sé medesimo effettuata dall'amministrazione.

Sul punto occorre ricordare l'insegnamento di quella dottrina⁷⁷⁹ secondo cui *“se il giudice amministrativo può, ed anzi nella logica della sentenza n. 500 deve, valutare se il provvedimento spetta o no a colui che lo ha richiesto ai fini del risarcimento”* analogo potere cognitorio deve essere riconosciuto, ancor prima (ed a maggior ragione nell'ambito della giurisdizione esclusiva), per accertare se il provvedimento spetta o meno: infatti, *“da un punto di vista concettuale, non sembra possano sussistere ostacoli di principio ad affiancare all'autonomo accertamento dei diritti in senso tradizionale, un altrettanto autonomo accertamento della spettanza in materia di interessi legittimi”*, e pertanto *“non si vede per quale ragione lo stesso giudice che può accertare in termini di spettanza un diritto di fronte all'amministrazione non potrebbe farlo quando si tratti di valutare la spettanza legale del provvedimento, se vi sia domanda in tale senso”*⁷⁸⁰

La più recente giurisprudenza, sia a livello generale, che con specifico riguardo alla materia degli accordi, sembra essersi allineata (quanto meno nelle affermazioni di principio) alle soluzioni suggerite dalle dottrina.

Principiando dalla giurisprudenza in materia di accordi, assume specifico interesse quanto si legge nella pronuncia della Quarta Sezione del Consiglio di Stato n. 2568 del 2010⁷⁸¹: le

⁷⁷⁹ FALCON, *Il giudice amministrativo*, cit., spec. § 8.

⁷⁸⁰ Vedi ancora FALCON, *loc. ult. cit.*; sul punto vedi anche GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit.

⁷⁸¹ In *Riv. Giur. Ed.*, 2010, 1156, nonché in *Rivista NelDiritto*, 2010, 1177, con mia annotazione. Pare opportuno sintetizzare brevemente i fatti di causa. Il Comune di Frascati stipulava con

controversie in materia di convenzione di lottizzazione (pacificamente ricondotte allo schema dell'accordo ex art. 11⁷⁸²) sono caratterizzate dalla *“persistenza pur sempre nell'ambito di un rapporto convenzionale di lottizzazione di un potere discrezionale dell'ente pubblico”*.

Tale dato conduce alla qualificazione della situazione giuridica soggettiva dell'interessato (al rilascio del provvedimento concordato) in termini di interesse legittimo⁷⁸³, qualificazione, quest'ultima, che non è tale da escludere – *“stante l'intimo intreccio di situazioni giuridiche soggettive a diverso livello di protezione tipico degli accordi di cui all'art. 11”* – che atti amministrativi incidenti su tale interesse possano e debbano essere assoggettati ad una forma di tutela diversa da quella demolitorio/conformativa, che nella specie si compendia nella attingibilità dei rimedi sinallagmatici disciplinati dal Codice civile (azione di adempimento ed eccezione di

alcune imprese una convenzione di lottizzazione volta a dare esecuzione ad un progetto concernente la costruzione di un nuovo fabbricato e la ristrutturazione di uno già esistente da destinare ad attività direzionali: nell'accordo l'ente locale si era impegnato a rilasciare i titoli abilitativi, mentre la controparte privata a cedere al Comune un edificio da destinare ad attività culturali (il c.d. Frascatino). In effetti le previste concessioni venivano rilasciate (previo nullaosta dell'autorità competente alla tutela dei vincoli paesaggistico-ambientali), ma la loro efficacia era successivamente sospesa in considerazione della pendenza di un procedimento avviato per verificare se le opere in corso di realizzazione (di cui frattanto veniva disposta la confisca) fossero o meno conformi al P.R.G. ed al vincolo *ex lege* 1497 del 1939, gravante sull'area. Definita la vicenda giudiziaria in sede penale (con pronuncia assolutoria *“perché il fatto non sussiste”*), le imprese domandavano al Comune, dapprima, la proroga della primigenia concessione e, poi, un nuovo titolo abilitativo. Dal canto suo, il Comune chiedeva all'interessata una integrazione documentale (solo in parte soddisfatta), per poi procedere alla diffida dal porre in essere i lavori in oggetto in assenza di una concessione, da assentirsi solo dopo il compimento delle necessarie attività di verifica da parte delle autorità preposte alla tutela dei vincoli gravante sull'area (in quanto l'efficacia temporale del primo nullaosta si era *medio tempore* esaurita). L'impresa additava il comportamento della controparte come pretestuoso e dilatorio e tale da procrastinare arbitrariamente l'attuazione del piano di lottizzazione. E quindi chiedeva al Tar competente che fosse pronunciata la risoluzione della convenzione per inadempimento del Comune (o in via subordinata per impossibilità sopravvenuta della prestazione). Il ricorso peraltro veniva respinto sicché le imprese proponevano appello per la riforma integrale della pronuncia di primo grado.

⁷⁸² Vedi al riguardo, Cass. S.U., 15 dicembre 2000, n. 1262/o., in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 2485. In dottrina, qualifica le convenzioni di lottizzazione come contratto bilaterale *“oneroso e di scambio [...] nel [cui] rapporto causale sono individuabili le reciproche prestazioni alle quali i contraenti si obbligano”*, il GALLETTO, *Convenzioni urbanistiche*, in *Digesto priv.*, IV, Torino, 1989, 366; in termini sostanzialmente analoghi TRAVI, *Piani di lottizzazione e comparti edificatori*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, cit., ad *vocem*.

⁷⁸³ Il Collegio rileva che la persistenza di un potere anche nell'ambito del rapporto bilaterale sorto dalla stipula della convenzione di lottizzazione implica che *“la posizione soggettiva del privato non può configurarsi altrimenti che in termini di interesse legittimo”*.

inadempimento *in primis*⁷⁸⁴). Il che è perfettamente in linea con la connotazione degli accordi disciplinati dall'art. 11 in termini di contratto di diritto pubblico, assoggettati innanzitutto ad un regime (e ad una forma di tutela, specie riguardo ai terzi) di natura pubblicistica, ed in via *sussidiaria* cioè in quanto la disciplina pubblicistica non soccorra, ai “principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti”.

Rileva al riguardo il Consiglio di Stato che “*l'art. 11 accresce infatti 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*”: ne

⁷⁸⁴ Nella dottrina civilistica sono individuabili diverse posizioni in relazione alla natura giuridica della risoluzione per inadempimento, che la parte diligente può scegliere in alternativa all'azione di adempimento (art. 1453, primo comma, c.c., salvo il limite della convertibilità dell'azione di risoluzione in azione di adempimento previsto dal secondo comma della medesima disposizione). Schematicamente (per ogni approfondimento si rinvia il lettore interessato a NANNI, COSTANZA, CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento*, in Commentario al Codice civile, fondato da SCIALOJA e BRANCA e diretto da GALGANO, Bologna, 2007, *ad vocem*, ed agli ulteriori riferimenti ivi contenuti): - secondo una prima tesi, più risalente, ogni contratto a prestazioni corrispettive è per tacito accordo sottoposto alla condizione risolutiva del reciproco inadempimento; - secondo altra impostazione, più recente, il fondamento dell'istituto va ravvisato nell'alterazione dello schema causale che discende dal mancato attuarsi dello scambio; - secondo una tesi minoritaria la *ratio* del rimedio risolutorio va ricercata nell'esigenza di prevenire forme di ingiustificato arricchimento; - altra dottrina ascrive alla risoluzione per inadempimento una funzione *lato sensu* sanzionatoria nei riguardi della parte non diligente (per tale tesi vedi in particolare AULETTA G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942); - secondo la tesi prevalente, invece, la risoluzione rappresenta un diritto potestativo ad esercizio giudiziale. Si ricordi in proposito quanto notato da GRASSO B., *Eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Camerino-Napoli, 1973, 45 e ss.), ad avviso del quale “*il rimedio [della risoluzione per inadempimento] tutela il contraente fedele consentendogli di ottenere un soddisfacimento per equivalente utilizzando 'unilateralmente' il suo potere di scambiare la perdita del diritto di credito insoddisfatto con il diverso acquisto della liberazione dall'obbligo corrispettivo*”. Quanto ai rapporti tra tutela di adempimento e azione risarcitoria, la tesi prevalente è nel senso che l'art. 1453 c.c. fa salvo “in ogni caso” il risarcimento del danno, per tale via escludendo la sussistenza di ogni vincolo di pregiudizialità/dipendenza tra le due azioni, ciò tanto vero che il *quantum* risarcitorio è parametrato alla circostanza che il vincolo sia stato o meno sciolto (approfondimenti in SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in Commentario SCHLESINGER, diretto da BUSNELLI, Milano, 2007, 1709 e ss.). Rispetto alla questione se l'inadempimento richiesto debba essere o meno colpevole, si registrano due contrapposte linee di pensiero: quella di chi ritiene che sia richiesto un inadempimento colpevole, in quanto l'ordinamento già predispone un rimedio per quello incolpevole, cioè la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione (BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, Milano 2000, 278; in senso conforme la prevalente giurisprudenza: Cass. civ., 6 febbraio 2007, n. 2553, in *Contratti*, 2007, 965; 2 maggio 2006, n. 10127, in *Mass. Giur. It.*, 2006; 11 febbraio 2005, n. 2853, in *Rep. Foro It.*, 2005, voce *Contratto in genere*, 595); quella di chi, partendo dal presupposto che la risoluzione sia diretta a “correggere” un difetto del sinallagma contrattuale, è sufficiente il dato obiettivo dell'inadempimento, il dato soggettivo incidendo soltanto sul risarcimento del danno (NANNI, COSTANZA CARNEVALI, *op. cit.*, 63 e ss.).

consegue che “*in caso di inadempimento della parte lottizzante o del suo avente causa da una parte e del Comune dall'altra, degli obblighi da ciascuna parte assunti con la stipula dell'accordo, il creditore deve poter contare su tutti i rimedi contrattuali offerti dall'ordinamento ad un creditore, che derivi tale sua posizione da un contratto di diritto privato, per poter realizzare coattivamente il suo interesse (evidenziazione mia)*”.

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 (evidenziazione mia)*”⁷⁸⁵.

In altre parole, la tutela contrattuale può essere adeguatamente erogata dal giudice amministrativo, unitamente a quella – fondata su di un controllo funzionale nell'ambito di un giudizio di natura impugnatoria – a favore dei terzi controinteressati, ovvero della controparte privata laddove la convenzione sia sciolta unilateralmente dalla pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 11, comma 4, della l. 241 del 1990, e quindi per ragioni che non attengono allo svolgimento del sinallagma.

Quanto agli aspetti più generali, devono registrarsi delle aperture rispetto all'ammissibilità dell'azione di accertamento ed a quella di adempimento nel processo amministrativo (parallelamente all'intendimento di tale processo come processo sul rapporto e non sull'atto), che in questa sede, un po' per ragioni di economia espositiva un po' perché si tratta di temi che toccano i massimi sistemi ed ai quali va dedicata una specifica attenzione, si possono soltanto brevemente passare in rassegna.

Nella nota pronuncia n. 3 del 2001⁷⁸⁶ l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato reputa che nel decidere sulla domanda

⁷⁸⁵ Rileva notare che nel merito il Collegio ha ritenuto non sussistere un inadempimento colpevole del Comune, essendo tale soggetto “*investito del potere/dovere di consentire qualsivoglia attività di trasformazione del territorio solo in presenza di determinati presupposti normativamente fissati a tutela di una serie di interessi generali della collettività, nella specie quello della non compromissione dei vincoli paesaggistico-ambientali, che non muta certo né di latitudine né di connotati sostanziali nel caso in cui l'oggetto dell'attività così ad esso devoluta non è (solo) l'assolvimento di una pubblica funzione, ma anche il rapporto intercorrente tra le parti (pubblica e privata) e le reciproche posizioni di diritto ed obbligo*”.

⁷⁸⁶ Già citata *retro*, su cui possono vedersi le sintetiche ma assai perspicue osservazioni di PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n.3)*, in *www.gustamm.it*, nonché PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità*, *ivi*. Vedi da ultimo CORTESE, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Urb. e app.*, 2011, 962.

risarcitoria autonoma il giudice amministrativo deve tenere conto del comportamento (anche processuale) del danneggiato, con la conseguenza che, alla stregua del criterio di giudizio offerto dall'art. 1227 c.c. (che tuttavia non risulta espressamente richiamato dall'art. 30 del Codice del processo amministrativo⁷⁸⁷), il risarcimento possa essere escluso (secondo comma) o limitato (primo comma)⁷⁸⁸, laddove l'interessato non abbia attivato gli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento. Ciò che desta perplessità nel ragionamento della Plenaria – a parte la considerazione, di carattere pratico, che la tutela risarcitoria autonoma, riconosciuta sul piano astratto, difficilmente sarà erogata in concreto⁷⁸⁹ - è per l'appunto il richiamo *praeter codicem* al criterio di giudizio dettato dall'art. 1227 c.c.⁷⁹⁰: non si può fare a meno di notare, infatti, che l'interpretazione consolidata che di tale norma offre la giurisprudenza civile è nel senso che “*il comportamento operoso richiesto al creditore non ricomprende [...] l'esperimento di un'azione giudiziaria, sia*

⁷⁸⁷ Prima dell'entrata in vigore del Codice si era da taluno espresso l'auspicio che ci si sganciasse dal riferimento all'art. 1227 c.c., “*mutuando la formulazione dell'art. 839 Abs. 1 e 3 BGB che, in tema di responsabilità derivante dall'esercizio di pubbliche funzioni, prescrive la reiezione della pretesa risarcitoria fatta valere nei confronti dell'amministrazione allorché sia stata intenzionalmente o colposamente omessa l'attivazione degli altri rimedi approntati dall'ordinamento, sempre che fossero utili in una prospettiva di ridimensionamento del danno*” (GAROFOLI, *La pregiudizialità: per un superamento “regolato”, in www.giustamm.it*, nonché in www.giustizia-amministrativa.it; nei medesimi termini CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in *Foro it.*, 2010, V, 267).

⁷⁸⁸ La Plenaria chiarisce, ricordando la più matura elaborazione civilistica sul punto, come il primo comma dell'art. 1227 c.c., letto in combinato disposto con l'art. 1218 c.c., contempla l'ipotesi del concorso colposo del creditore/danneggiato come fattore limitativo del risarcimento del danno in parte causato dallo stesso danneggiato: viene quindi in rilievo la c.d. causalità materiale che lega la condotta illecita ed il c.d. danno evento. Il secondo comma, invece, attiene alla “causalità giuridica”, concernente quindi il danno conseguenza, il cui risarcimento “non è dovuto” laddove il danneggiato non abbia profuso lo sforzo di diligenza idoneo ad impedire la verifica del danno stesso.

⁷⁸⁹ Vedi GRECO G., *Che fine ha fatto*, cit.. Nota invece il MERUSI, *In viaggio*, cit., che “*il termine previsto nell'intento di rendere le azioni di responsabilità nei confronti della Pubblica Amministrazione praticamente impossibili è palesemente un termine di decadenza. Ma i diritti, e certamente il diritto al risarcimento è un diritto garantito dalla Costituzione e dalla Convenzione sui diritti dell'Uomo, sono sottoposti a termini di prescrizione. La prescrizione può essere ridotta, la c.d. praescriptio brevis, ma non eliminata a favore della decadenza. Ne segue che, al di là di quel che c'è scritto nel [progetto di] codice, qualunque danneggiato potrà sempre rivolgersi, entro il termine di prescrizione, al giudice ordinario per chiedere il risarcimento del danno*”.

⁷⁹⁰ Il che sembrerebbe confermare quanto osservato da CAPONI, *op. ult.* cit., ad avviso del quale il Codice del processo amministrativo “*appare tuttavia anche come un ‘riassunto delle precedenti puntate’ legislative e giurisprudenziali: una consolidazione in senso tecnico, più che un codice. Uno strumento legislativo che non detta tanto un programma per il futuro, bensì, prevalentemente, un riassunto del passato [...]. Frequentemente, esso fa il punto della situazione, attraverso l'inserimento in un unico testo di disposizioni sparse in una pluralità di fonti*”.

essa di cognizione o esecutiva, che rappresenta esplicazione di una mera facoltà dall'esito non certo"⁷⁹¹. Si può in senso critico osservare che, così opinando, l'art. 1227 c.c. assume significati diversi a seconda dei diversi soggetti (e dell'oggetto) della controversia⁷⁹², in mancanza, a questo stadio di "civilizzazione" dell'interesse legittimo, di imprescindibili ragioni di tutela della specialità del giudice e del processo amministrativo⁷⁹³.

⁷⁹¹ Vedi di recente Cass. civ., 5 maggio 2010, n. 10895, in *Dir. e giust.*, 2010. La Plenaria, invero, si mostra consapevole del diverso orientamento assunto dalla giurisprudenza civile e quindi spiega le ragioni della propria diversa linea interpretativa: in specie, richiama al riguardo il principio di diritto secondo cui "il frazionamento giudiziale di un credito unitario integra condotta contraria alle regole di correttezza e buona fede [...] e si risolve in un abuso del processo ostativo all'esame della domanda"(Cass. S.U., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro It.*, 2008, I, 1514, con nota di CAPONI). In altri termini, il divieto di abuso del diritto, ispirato ai principi solidaristici promananti, oltre che dalla disciplina del Codice civile, dall'art. 2 Cost., concerne anche l'abuso del processo. Nella specie, quindi, il creditore "deve cooperare con il debitore non solo per agevolare l'adempimento ma anche per non aggravare la sua posizione una volta che si è verificata la violazione dell'impegno obbligatorio": trapiantando queste considerazioni nel contesto del processo amministrativo, deve ritenersi che il danneggiato che non abbia interposto domanda di annullamento dell'atto lesivo, ove ciò fosse possibile ed utile, tiene una condotta non rispettosa dei predetti doveri di solidarietà, buona fede e correttezza. Di ciò, quindi, il giudice dovrà tenere conto in applicazione dell'art. 1227, comma 2, nel decidere sulla domanda risarcitoria autonoma. Ed infatti bisogna considerare che "se il ricorso per annullamento finalizzato a rimuovere la fonte del danno, pur non essendo più l'unica tutela esperibile, è il mezzo di cui l'ordinamento giuridico processuale dota i soggetti lesi da un provvedimento illegittimo proprio per evitare che quest'ultimo produca conseguenze dannose" ne discende che l'utilizzo di tale rimedio "costituisce condotta esigibile", secondo l'*id quod plerumque accidit*.

⁷⁹² Si deve inoltre ricordare che in materia di frazionamento del credito le Sezioni Unite si erano precedentemente orientate in senso diametralmente opposto (Cass. S.U., 10 aprile 2000, n. 108, in *Giust. Civ.*, 2000, 2265, con nota di MARENGO), e ciò potrebbe testimoniare che non si tratta di un'opzione che rientra, per così dire, nella natura delle cose, e quindi insuscettibile di ulteriori ripensamenti.

⁷⁹³ Cogliendo infatti lo spunto della dottrina processualistica, si può ancora una volta sottolineare che "l'interpretazione e l'applicazione delle norme del codice civile in tema di obbligazioni, responsabilità e contratti non è più riservata al giudice ordinario ma diviene propria anche del giudice amministrativo": ne consegue che "non vi sarebbe nulla di scandaloso se le decisioni non solo del giudice ordinario ma anche quelle del giudice amministrativo fossero impugnabili – come ad esempio avviene in Germania – davanti ad una unica Corte suprema, che, sia pure divisa in sezioni specializzate, conoscesse ed avesse in sé gli strumenti per evitare il formarsi di conflitti giurisprudenziali" (PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, cit., 369; dissenso GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, cit.). Non si vuole quindi stigmatizzare l'esito interpretativo - seppure *praeter codicem* - cui approda la Plenaria (in senso sostanzialmente conforme v. T.A.R. Lazio, Roma, 3 maggio 2011, n. 3766, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 1601), né gli argomenti portati a suffragio, che possono essere condivisi o meno, ma che risultano mirabilmente argomentati dal Collegio (anche quando si richiama, in modo sostanzialmente risolutivo, il terzo comma dell'art. 34 c.p.a., mentre meno convincente pare il richiamo al microsistema del contenzioso degli appalti

Ma il passaggio che interessa maggiormente in questa sede è quello in cui si sottolinea che “*il disegno codicistico, in coerenza con il criterio di delega fissato dall’art. 44, comma 2, lettera b, n. 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell’interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l’esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*”. Ciò in quanto: “*il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l’azione di condanna volta ad ottenere l’adozione dell’atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell’art. 30, comma 1, che fa riferimento all’azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (sull’atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell’art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l’adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio*”⁷⁹⁴.

Considerazioni analoghe riguardano l’azione di accertamento, anch’essa non contemplata nell’articolato definitivo del Codice: nella recente pronuncia n. 15 del 2001 (uscita dalla penna del medesimo estensore)⁷⁹⁵, come si è più volte ricordato, la Plenaria ha risolto la questione della tutela del terzo a fronte di un’attività intrapresa tramite d.i.a./s.c.i.a., affermando che, dopo la infruttuosa scadenza del termine assegnato alla p.a. per l’esercizio dei poteri inibitori, tale tutela si compendia nella domanda

pubblici); né tanto meno mettere in discussione le ragioni che militano a sostegno della necessità di un giudice speciale che si occupi di sindacare l’esercizio della funzione: vi è che esigenze di coerenza dell’ordinamento, unitamente alle ragioni sottese al principio di uguaglianza, imporrebbero una funzione nomofilattica autenticamente unitaria e non anch’essa dualistica (come sembra potersi desumere dall’art. 99 c.p.a.), considerata (in determinati casi) la medesimezza delle norme rilevanti ai fini della decisione.

⁷⁹⁴ In senso sostanzialmente analogo si è espresso T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 1491, che ha chiarito che “*spetta al codice del processo amministrativo il merito di avere abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell’azione amministrativa, e di aver consolidato lo spostamento dell’oggetto del giudizio amministrativo dall’atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, sempre che non vi si frapponga l’ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione*”.

⁷⁹⁵ Già citata *retro*, su cui vedi SANDULLI M.A., *Brevi considerazioni a prima lettura della Adunanza Plenaria n. 15 del 2011*, in *www.giustamm.it*, nonché LAMBERTI, *L’Adunanza Plenaria si pronuncia sulla DIA*, cit..

d'annullamento del provvedimento (tacito) di rigetto dell'istanza (implicita) volta all'esercizio di tale potere; prima di tale momento, invece, deve riconoscersi l'ammissibilità della tutela di accertamento.

Ciò in quanto “*sviluppando il discorso già avviato dall'Adunanza Plenaria con la richiamata decisione n. 3/2011, si deve, infatti, ritenere che, nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo, dell'azione generale di accertamento non precluda la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113). Anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente. A tale risultato non può del resto opporsi il principio di tipicità delle azioni, in quanto corollario indefettibile dell'effettività della tutela è proprio il principio della atipicità delle forme di tutela*”.

Tornando alla tematica della tutela attingibile a fronte della mancata adozione del provvedimento concordato, ed indipendentemente dalla configurabilità di un diritto soggettivo al rilascio di tale atto, può ritenersi (in applicazione dei suddetti principi di carattere più o meno generale): che la controparte potrà esercitare l'azione di adempimento⁷⁹⁶; ed inoltre che qualsiasi parte interessata (quindi anche il terzo, ed anche nell'ipotesi dell'accordo sostitutivo) potrà azionare tutte quelle forme di tutela che valgono ad ottenere una tutela piena ed effettiva della posizione giuridica soggettiva che si assume lesa.

⁷⁹⁶ Difatti laddove la giurisprudenza ammette l'esperibilità dell'azione di risoluzione, considerato che questa è alternativa a quella di adempimento – essendo la scelta rimessa all'interessato a seconda che l'interesse prevalente sia quello di liberarsi dalla propria obbligazione corrispettiva piuttosto che di lucrare quella non adempiuta dalla parte non diligente – dovrebbe correttamente ammettersi, nel rispetto dei principi civilistici, la stessa azione di adempimento.

Queste soluzioni (che devono peraltro ancora consolidarsi⁷⁹⁷) sono pienamente attingibili in ambiti dove non siano presenti margini di valutazione autenticamente discrezionale in capo all'amministrazione, come nel caso in cui la stessa abbia speso siffatta discrezionalità nelle fasi pregresse del procedimento: basti qui ricordare, ancora una volta, quanto previsto dall'art. 12 della l. 241 del 1990 (che esprime un principio generale nella materia delle sovvenzioni) e dall'art. 6, comma 4, del d.lgs. 123 del 1998, che prevede in modo esplicito la sostituibilità del provvedimento attributivo del vantaggio economico (dopo che siano stati predeterminati i criteri ed in conformità agli stessi: art. 6, comma 2) con un "contratto" da inquadrare, per le ragioni dette, nello schema regolatorio dell'art. 11 della l. 241 del 1990.

⁷⁹⁷ Se si guarda – seguendo la linea scettica tracciata da Contieri (*Principio di buon andamento*, cit., spec. 106) - alla solidità di istituti di origine pretoria, come quello dell'assorbimento dei motivi, modellati sullo schema di un giudizio di natura tipicamente impugnatoria, può sorgere il dubbio che anche il descritto percorso di trasformazione, finalmente appoggiato dalla giurisprudenza (dopo essere stato per lungo tempo preconizzato dalla dottrina), si riveli in definitiva un percorso "insincero" (si riprende l'espressione utilizzata da SPATTINI, "Vere" e "false" golden share, cit., 308-309, con riguardo alle note privatizzazioni).

Bibliografia

AA. VV., *Il nuovo intervento straordinario per il Mezzogiorno*, a cura di MARONGIU e DI GASPARE, Milano, 1988;

ACOCELLA, *Le scelte di politica economica e gli interventi a tutela della concorrenza*, in *www.luiss.it*;

ACOCELLA, *Alcune buone ragioni per la sopravvivenza del modello delle società miste*, in *www.federalismi.it*;

ACOCELLA, *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: i recenti sviluppi nel comparto locale*, in *Rivista NelDiritto*, 2011, 722 e ss.;

ADAM, *In capo a chi il recupero degli aiuti illegittimi?*, *L'ultima puntata dei casi IRI-Alfa Romeo e ENI-Lanerossi*, in *Dir. UE*, 1996, fasc. 1;

AGUS, *Gli ausili alle imprese tra dispersione degli interventi e frammentazione delle competenze*, in TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009;

AINIS, *L'impresa e l'alibi dell'art. 41*, in *La Stampa*, 8 giugno 2010;

ALEMANNI, *Aiuti di Stato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE, Milano 2006, *ad vocem*;

ALESSI, *Sull'ammissibilità di donazioni da parte degli enti pubblici*, in *Giur. Cass. Civ.*, 1947, 2, 480 e ss.;

ALESSI, *Intorno ai poteri dell'Ente naz. Risi*, in *Foro padano*, 1956;

ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965;

ALPA, *Il futuro del contratto. Brevi cenni di una ricerca bibliografica*, in *Giur. It.*, 1984, IV;

ALPA, *Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano, 1998, 8 e ss.;

AMATO, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Bologna, 1976;

AMATO, *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova costituzione economica*, a cura di DELLA CANANEA e NAPOLITANO, Bologna, 1998;

AMORELLI, *Le privatizzazioni nella prospettiva del trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, Padova 1992;

AMOROSINO, *Le privatizzazioni in Italia: tra mito e realtà*, in *Foro amm.*, 1999, 1367;

AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in *Dir. Amm.*, 2004, 723;

AMORTH, *Osservazioni sull'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, 455 e ss.;

AMORTH, *Sulla costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Dir. econ.*, 1958, 1123 e ss.;

AMOVILLI, *Le "complicazioni" in materia di semplificazione amministrativa – Brevi note in tema di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA)*, in www.giustamm.it;

ANDREOLI, *La delegazione*, Padova, 1937;

ANNESI, *Finanziamento (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, 628 e ss.;

ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005;

ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2010, 95;

ANTONINI, *Rinascere da un nuovo 41*, in *Il Sole 24ore*, 11 febbraio 2011;

ARENA, BOMBARDELLI, *Il diritto d'accesso ai documenti amministrativi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 409 e ss.;

ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 19;

AULETTA G., *Collaborazione corporativa tra imprese e autonomia del diritto commerciale*, in *Studi giuridico-economici dell'Università di Cagliari*, 1940, 72;

AULETTA G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942;

AULETTA A., *Dia e preavviso di rigetto: note minime tra vecchi dubbi e nuove incertezze*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 710 e ss.;

AULETTA A., *Le conseguenze dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto d'appalto: una rassegna in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria*, in www.giustamm.it;

AULETTA A., *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto medio tempore stipulato alla luce del d.lgs. 53 del 2010*, in *Rivista NelDiritto*, 2010, 757

AULETTA A., *Una breve postilla in tema di s.c.i.a.*, in *Rivista NelDiritto*, 2010, 1351;

AULETTA A., *Omessa comunicazione di avvio del procedimento e ripartizione dell'onere probatorio circa l'ineluttabilità del contenuto del provvedimento*, in *La Rivista Nel Diritto*, 2010, 1659 e ss.;

AULETTA A., *Considerazioni intorno al c.d. affidamento del responsabile dell'abuso ed all'operazione qualificatoria del fatto nel caso di intempestivo esercizio del potere sanzionatorio in materia edilizia (a margine di T.A.R. Umbria, Sez. I, 21 gennaio 2010, n. 23)*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2010, 223 e ss.;

AULETTA A., *Sulla qualificazione della Rai s.p.a. come "soggetto equiparato alla pubblica amministrazione", ai fini e per gli effetti di cui all'art. 7 c.p.a. (a margine di Cons. St., sez. IV, 24 novembre 2010, n. 5379)*, in *Rivista NelDiritto*, 2011, 592;

AULETTA A., *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario: una partita chiusa?*, in www.giustamm.it;

AULETTA A., *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. A proposito di una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it;

BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 582;

- BALESTRA, L. 7 agosto 1990, n. 241 – Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto d'accesso ai documenti amministrativi. Capo III – Partecipazione al procedimento amministrativo. Commento all'art. 12, in *Nuove leggi commentate*, Padova, 1995;
- BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969;
- BARDUSCO, *La struttura dei contratti della pubblica amministrazione*, Milano, 1974;
- BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 383 e ss;
- BASILEVECCHIA, *Agevolazioni (dir. trib.)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 2001, *ad vocem*;
- BATTARA, *Gli ausili all'industria: potere di intervento e funzione pubblica*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, II, Roma, 1981, 770 e ss.;
- BATTINI, *Gli aiuti pubblici alle imprese*, in MASSERA (a cura di), *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione*, Bologna, 1994;
- BELLI, SANTORO, *La legislazione economico-finanziaria del fascismo*, in MAZZACANE (a cura di), *Diritto economia e istituzioni nell'Italia fascista*, Baden-Baden, 131;
- BELOTTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario della concorrenza – della tutela dei terzi*, in *Dir. Con. Scambi Int.*, 1992, fasc. 2;
- BENADUSI, *Attività di finanziamento pubblico: aspetti costituzionali ed amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, 890 e ss.;
- BENVENUTI, *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Annuario dell'Università Cattolica del S. Cuore*, a.a. 1955/56 e 1956/57;
- BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986;
- BENVENUTI, *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, 3647 e ss., Milano, 2006;

- BERTI, *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994;
- BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975;
- BIAGIONI, GOBBATO, *L'oggetto della notifica: la nozione di aiuto di Stato tra obiettività e discrezionalità*, in *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali*, a cura di DANIELE, AMADEO, SCHEPISI, Milano, 2003;
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, Milano, 2000;
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, IV, Milano, 2000;
- BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo in diritto privato*, Milano, 1967;
- BOBBIO, *Per una classificazione degli imperativi giuridici*, in *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, I, Padova, 1958, 107;
- BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960;
- BODDA, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933;
- BODDA, *Lo Stato di diritto* (a proposito di alcune recenti opinioni), Milano, 1935;
- BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtssoepferische Leistung*, Baden, 1937;
- BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996;
- BOSCOLO, *Le "golden shares" di fronte ai giudici comunitari*, in *Foro It.*, 2002, IV, 480 e ss.;
- BOSCOLO, *La denuncia di inizio attività "riformata": il diritto soggettivo (a regime amministrativo) tra silenzio assenso ed autotutela*, in *Urb. e app.*, 2006, 836 e ss.;
- BOSCOLO, *La segnalazione certificata di inizio attività: tra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2010, II, 580 e ss.;

BROLI, *Osservazioni in tema di finanziamento di scopo*, in *Banca Borsa*, 1973, II, 480 e ss.;

BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996;

BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. Dir.*, V aggiornamento, Milano, 2001, 22 e ss.;

BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale nei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006;

BUZZACCHI, *Aiuto di stato in forma di incentivi ed esenzioni fiscali: il nuovo paradigma della politica ambientale europea*, in *Dir. econ.*, 2008, 325 e ss.;

CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in *Servizi pubblici concorrenza diritti*, a cura di AMMANNATI, CABIDDU, DE CARLI, Milano, 2001, 125;

CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. ma 1910;

CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1954;

CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, *ad vocem*;

CAPELLI, *Un commento alla sentenza della Corte di giustizia di Lussemburgo sul finanziamento alle imprese*, in *Economia Pubbl.*, 1982, 535 e ss.;

CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, (nuova ed. a cura di PIOVANI, in *Riv. Dir. Civ.*, 1962, 6, 11 e ss.;

CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in *Foro it.*, 2010, V, 267 e ss.;

CAPOTOSTI, *Le concessioni provvisorie e i requisiti aggiuntivi nella più recente legislazione sulla radiodiffusione*, in *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia* (a cura di BARILE e ZACCARIA), Torino, 1994;

- CAPOZZI S., *Brevi considerazioni in ordine alla nullità del provvedimento*, in *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, a cura di LIGUORI, Bologna 2007, 135 e ss.;
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1998, 1259 e ss.;
- CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2000, 13 e ss.;
- CARABBA, *Il finanziamento pubblico alle imprese*, Milano, 1986;
- CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966;
- CARNELUTTI, *Rapporto giuridico naturale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, 164 e ss.;
- CARTENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 22 e ss.;
- CARPENTIERI, *La riforma dell'art. 41 della Costituzione e la tutela del patrimonio culturale*, in www.giustamm.it;
- CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003;
- CASSETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, *Dir. Amm.*, 1993, 8 e ss.;
- CASSETTA, *Attività e stato amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, 306 e ss.;
- CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962;
- 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 e ss.;
- CASSESE, *Il fermo amministrativo: un privilegio della pubblica amministrazione*, in *Giur. Cost.*, 1972, 331 e ss.;
- CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974;

CASSESE, *Albert Von Dicey ed il diritto amministrativo*, in *Quad. Fior.*, 19, 1990, 5;

CASSESE, *Stato e mercato dopo le privatizzazioni e la deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991, 379 e ss.;

CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1992, 467 e ss.;

CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista di Diritto Pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1995, 789 e ss.;

CASSESE, *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996, 689 e ss.;

CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. Trim. Dir. It. Comunit.*, 1996, 583 e ss.;

CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2000;

CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. Com. Reg.*, 2002, 266;

CASSESE, *Il concerto regolamentatore europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 689 e ss.;

CASSESE, *Dieci anni di riforme amministrative: un bilancio*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003, 241 e ss.;

CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, Milano, II ed., 2003;

CASSESE, *La nuova costituzione economica*, IV ed., Roma-Bari, 2011;

CASSETTI, *La ragionevolezza della legislazione regionale in materia di grande distribuzione commerciale tra tutela della concorrenza e libertà di iniziativa economica privata*, in *Giur. Cost.*, 2004, 1805 e ss.;

CASTIELLO, *La legge n. 241/90 sul procedimento amministrativo e le sue disposizioni di principio*, Roma, 1993;

- CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, 124 e ss.;
- CASTRONOVO V., *Storia economica d'Italia*, Torino, 1994;
- CASTRONOVO V., *Storia dell'industria italiana*, Milano, 2003;
- CASTRONOVO C., *Il risarcimento in forma specifica del danno*, in *La nuova responsabilità civile*, II ed., Milano, 1997;
- CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 232;
- CATRICALÀ, LALLI, *L'antitrust in Italia*, Milano, 2010;
- CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2008, 97 e ss.;
- CERULLI IRELLI, *Verso la contrazione dell'area del pubblico: l'amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune*, in *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore*, a cura di CERULLI IRELLI, Torino, 2002, 431 e ss.;
- CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, 217 e ss.;
- CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 192 e ss.;
- CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, I, Torino, 2006;
- CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2006, 747;
- CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008;
- CHIEPPA, *La sponsorizzazione nell'attività della p.a.*, in www.neldiritto.it;
- CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione: dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005;
- CHITI, *La nozione di amministrazione aggiudicatrice*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, 899 e ss.;

- CIAN, TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1988;
- CIANCI, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano, 1977;
- CIMINI, *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentale della p.A.?*, in *www.giustamm.it*;
- CIMINI, *La tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici: tra novità normative ed assestamenti giurisprudenziali*, in *www.giustamm.it*;
- CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *www.giustamm.it*;
- CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, 368 e ss.;
- CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale sull'attività amministrativa*, Torino, 1997;
- CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006, 428;
- CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 117;
- CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993, 99 e ss.;
- CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. Amm.*, 1995, 521 e ss.;
- CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2003, 91 e ss.;
- CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn Dir. Amm.*, 2004, 969 e ss.;
- CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 557 e ss.;
- CLARICH, *Problemi di costituzionalità e molte incertezze applicative: ecco perché non funzionerà*, in *Edilizia e territorio (Il Sole 24 Ore)*, 26-31 luglio 2010;

- CLARIZIA, *La RAI è “impresa pubblica” e ... anche “organismo di diritto pubblico”*, in www.giustamm.it;
- CLEMENTE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di CAPRIGLIONE, Padova, 1994, 278 e ss.;
- COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993;
- COLLOTTI, *Storia delle due Germanie, 1945-1968*, Torino, 1968;
- COMPORZI, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996;
- COMPORZI, *Energia e ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di ROSSI, Torino, 2008;
- COMPORZI, *La tutela risarcitoria “oltre” il Codice*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 67 e ss.;
- COMPORZI, *Il sindacato del giudice delle obbligazioni pubbliche*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 369 e ss.;
- CONTESSA, *La previsione di ipotesi di “illegittimità non invalidante fra pregiudiziale amministrativa e logica della spettanza*, in www.giustamm.it;
- CONTIERI, *La programmazione negoziata. La con sensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000;
- CONTIERI, *Principio di buon andamento e vizi dell'atto amministrativo*, in AA. VV. *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di CONTIERI, FRANCIOSI, IMMORDINO, ZITO, Napoli 2010, vol. II, 95 e ss.;
- CONTIERI, *Prime riflessioni sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato a seguito dell'esito dei referendum del 12 e 13 giugno 2011*, in www.giustamm.it;
- CORAPI, *Impresa (diritto comunitario)*, in *Enc. Dir.*, Annali I, Milano, 2007, 734;
- CORLETTI, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 40 e ss.;
- CORSARO, *La p.a. e il risarcimento del danno morale*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 2502 e ss.;

- CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969;
- CORSO, *Commento a D.M. 28 giugno 1979 e D.M. 19 novembre 1979*, in *Leggi civili commentate*, 1980, 786;
- CORSO, *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, *ad vocem*
- CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, 629 e ss.;
- CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999;
- CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 990 e ss.;
- CORSO, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in www.grupposanmertino.it;
- CORSO-TERESI (a cura di) *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991;
- CORSO, FARES, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*, in *Foro It.*, 2008, I, 1786;
- CORTESE, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Urb. e app.*, 2011, 962;
- COSSU, *Le fideiussioni pubbliche*, Cagliari 1981;
- CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1962, 133 e ss.;
- CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, II ed., Milano, 1980;
- CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008;
- D'ALBERGO, *Sulla struttura delle sovvenzioni*, in *Foro amm.*, 1975, 341 e ss.;
- D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981;

- D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992;
- D'AMICO, *La categoria dei cc.dd. contratti reali atipici*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1984, 346 e ss.;
- DALFINO E., *Rassegna di giurisprudenza costituzionale sulla libertà di iniziativa economica*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960, III, 170 e ss.;
- DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo ed il giudice ordinario*, Napoli, 1963;
- DELLA CANANEA, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1993, 439;
- DE LUCA, *Gli aiuti di Stato nel trasporto aereo. Inquadramento sistematico e rassegna dei provvedimenti comunitari*, Roma, 2000;
- DE LUCA, *Ancora sugli aiuti di Stato alle compagnie di bandiera: i giudici comunitari smentiscono nuovamente la Commissione*, in *Dir. Trasporti*, 2001, 705 e ss.;
- DE MINICO, *Note sugli artt. 19 e 20 della l. 241/1990*, in *Dir. Amm.*, 1993, 275 e ss.;
- DE MINICO *Cambiare gli articoli 41 e 118 vuol dire annullare lo Stato*, in *Il riformista*, 22 febbraio 2011;
- DE NOVA, *Il recesso*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da RESCIGNO, Torino, vol. X, 1988, 559 e ss.;
- DE PAULI, *La Corte costituzionale e i sistemi regionali di qualificazione: la 'bocciatura' della valle d'Aosta*, in *Urb. e app.*, 2002, 47 e ss.;
- DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato ed il principio di specialità*, in *www.giustamm.it*;
- DE ROBERTO, *La tutela giurisdizionale nei procedimenti e negli accordi*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1997;

- DE VALLES, *Posizione di problemi sulla costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Dir. econ.*, 1959, 798 e ss.;
- DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, spec. 420;
- DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003;
- DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione*, in www.amministrazioneincammino.it;
- DI MAJO, *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988;
- DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003;
- DIPACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di SANDULLI M.A., Milano, 2010, 177 e ss.;
- DOLSO, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*, in *Giur. Cost.*, 2004, 265 e ss.;
- DONATI, *I caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche e la giurisdizione esclusiva dei tribunali amministrativi nelle controversie in materia di rapporto d'impiego*, in *Temi emiliana*, 1930, I, n. 11-12;
- DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione dell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996;
- DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. Amm.*, 2002, 169 e ss.;
- ESPOSITO, *Note esegetiche sull'art. 44 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Agr.*, 1949, 157 e ss.
- ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954;
- ESPOSITO, *Gli artt. 3, 41 e 43 della Costituzione e le misure legislative e amministrative in materia economica*, in *Giur Cost.*, 1962, 40 e ss.;
- FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002;
- FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984;

- FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 304;
- FALCONI, *Contrattazione, impresa privata e programmazione economica*, Padova, 1978;
- FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, Milano, 1960;
- FANTINI, *Commento all'art. 30*, in GAROFOLI, FERRARI Gi. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma-Molfetta, 2010;
- FASSÒ, *Imperativo*, in *Enciclopedia filosofica*, II ed., Firenze, 1967, 806;
- FERRARA F., *Valore giuridico delle delegazioni sugli stipendi per pagamento di case popolari*, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954, 201 e ss.;
- FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Milano, 1996, 123;
- FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giustizia amministrativa*, Milano, 2003;
- FERRARA L., *La partecipazione tra illegittimità e illegalità. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 2008, 103 e ss
- FERRARA L., *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in www.giustamm.it;
- FERRARA R., *Gli accordi tra i privati e le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1985;
- FERRARA R., *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1987, *ad vocem*;
- FERRARI Ge., *Contratti di sponsorizzazione*, in GAROFOLI, FERRARI Gi. (a cura di), *Codice degli appalti annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, III ed., Roma-Molfetta, 2009;
- FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, *ad vocem*;

- FERRI, *Rilevanza giuridica dello scopo nei crediti speciali*, in *Foro pad.*, 1972, I, 274;
- FOIS, *Osservazioni sui limiti dell'impugnativa costituzionale e sulla riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 1958, 23 e ss.;
- FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1962;
- FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1973, XXIII., 688 e ss.;
- FOLLIERI, *La tutela nei contratti della Pubblica Amministrazione nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo*, in *Riv. Proc. Amm.*, 1999, 296 e ss.;
- FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 29 e ss.;
- FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 – 124 del Codice del Processo Amministrativo*, in *www.giustamm.it*;
- FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. ed il silenzio assenso*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 1017 e ss.;
- FORMICA, *DLA e accertamento nel processo amministrativo*; *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 478 e ss.;
- FORSTHOFF, *La repubblica federale tedesca come Stato di diritto e Stato sociale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, 547
- FORTI, *Sui caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche*, in *La Corte di Cassazione*, 1925, 312 e ss.;
- FRACCHIA, *L'accordo amministrativo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998;
- FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2010;
- FRACCHIA, OCCHIENA, *Società pubbliche e golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica*, in *www.giustamm.it*;

- FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, in *Banca Borsa*, I, 1961, 477 e ss.;
- FRANCHINI, *Natura e limiti del controllo del Parlamento e della Corte dei Conti sugli enti sovvenzionati dallo Stato*, in *Annali fac. Giur. Univ. Camerino*, 1952, 107 e ss.;
- FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di comunicazioni scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1003 e ss.;
- FRENI E., *Le privatizzazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, Milano, II ed., 2003, 3947 e ss.;
- FRENI E., *L'incompatibilità con le norme comunitarie della disciplina sulla golden share: il commento*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, 1145 e ss.;
- FRIGNANI G., *Presentazione (p. XXVI)*, in *Il sistema valutario italiano*, a cura di CAPRIGLIONE, MEZZACAPO, Milano, 1981;
- GAFFURI, *I ripensamenti giurisprudenziali in merito alla questione relativa alla natura della denuncia di inizio attività e alla tutela del controinteressato dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241/1990*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 244 e ss.;
- GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, Milano, 1968;
- GALASSO, voce *Finanziamenti pubblici*, in *Nov.ss.mo Dig. It.*, Appendice, vol. III, Torino, 1982, 774 e ss.;
- GALASSO, *Gli anni della grande espansione e la crisi del sistema*, in ZANGHERI, GALASSO, CASTRONOVO, *Storia del movimento cooperativo in Italia*, Torino, 1987;
- GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo*, Milano, 2002;
- GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della l. 241/90*, in www.giustamm.it;
- GALGANO, *Recensione a Verrucoli*, in *Dir. civ.*, 1964, 368 e ss.;
- GALGANO, *Pubblico' e 'privato' nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, 279 e ss.;

- GALLETTO, *Convenzioni urbanistiche*, in *Digesto priv.*, IV, Torino, 1989;
- GALLO, *L'articolo 6 della manovra economica d'estate e l'adunanza plenaria n. 15 del 2011*, in *www.giustamm.it*;
- GAMBARDELLA, *Le fondazioni bancarie e l'organismo di diritto pubblico dopo i recenti interventi della Corte Costituzionale*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 1912 e ss.;
- GANDINO, *La nuova d.i.a.: a proposito di semplificazione e autotutela*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 3805 e ss.;
- GANGI, *Debito e responsabilità. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, in *Studi sassaresi*, 1921, 178 e ss.;
- GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi dei giudici comunitari e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, 133 e ss.;
- GAROFOLI, *Privatizzazioni degli enti pubblici dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998;
- GAROFOLI, *La pregiudizialità: per un superamento "regolato"*, in *www.giustamm.it*;
- GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, in *www.giustamm.it*;
- GAROFOLI, FERRARI Gi., *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Roma-Molfetta, 2010, 1263;
- GASPARRI, *La causa dei provvedimenti amministrativi*, Pisa, 1942;
- GASPERONI, *Collegamento e connessione tra i negozi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1955, I, 357 e ss.;
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2009, 736;
- GERBINO, *Garanzie dello Stato per il commercio con l'estero*, in *Enc. Dir., ad vocem*;
- GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art. 11 l. n. 241/1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 518 e ss.;

GIAMPAOLINO, *Prime considerazioni sulle nuove norme in materia di procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, in *Riv. Corte Conti*, 1991, 3, 326 e ss.;

GIAMPICCOLO, *Mutuo (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1964, 444 e ss.;

GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e società*, 2004, 439 e ss.;

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939;

GIANNINI M.S., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro It.*, 1952, IV, 175 e ss.;

GIANNINI M.S., *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1956, VI, 157 e ss.;

GIANNINI M.S., *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1959, 322 e ss.;

GIANNINI M.S., *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964;

GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, II, in *Riv. Dir. Proc.*, 1964, 36;

GIANNINI M.S., *Economia (disciplina della)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 276 e ss.;

GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1967;

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988;

GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, spec. 20 e ss.;

GIANNINI M.S., *Il potere pubblico*, Bologna, 1996;

GIANNONCELLI, *Gli incentivi fiscali alla riforma del sistema bancario italiano al vaglio della Corte di Giustizia europea*, in *Rass. Trib.*, 2006, 752 e ss.;

- GIERKE, *Schuld und Haftung im alteren deutschen Recht – insbesondere die Form der Schuld –und Haftungs –geschafte*, Breslau, 1910;
- GIOFFRÈ, *Le garanzie prestate dallo Stato*, Padova, 1983;
- GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, vol. III, Firenze, 1900;
- GIORGIANNI, *Sugli effetti dell'obbligazione naturale*, in *Annali Seminario giur. Università di Catania*, 1946-47, 147 e ss.;
- GIOVAGNOLI, A., *Art. 41 e libertà di impresa*, in *La Repubblica*, 19 giugno 2010;
- GIOVAGNOLI R., *I silenzi della pubblica amministrazione dopo la l. 80 del 2005*, Milano, 2005;
- GIULIETTI, *Articolo 19. Dichiarazione di inizio attività*, 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, 369 e ss.;
- GIULIETTI, *Il controverso impatto della L. n. 122 del 2010 sulla dia edilizia*, in www.giustamm.it;
- GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008;
- GRASSO B., *Eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Camerino-Napoli, 1973;
- GRASSO G., *Spunti di riflessione sull'art. 21-octies, 2° comma, l. n. 241/90*, in www.lexitalia.it;
- GRECO P., *I rapporti economici nella Costituzione italiana*, in *Atti dell'Accademia delle scienze di Torino*, vol. 84, tomo II, 1949-50, 230 e ss.;
- GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1981;
- GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986;

GRECO G., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del Giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 481;

GRECO G., *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1998, 725 e ss.;

GRECO G., *Organismo di diritto pubblico: atto secondo*, *ivi*, 1999, 184 e ss.;

GRECO G., *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. Amm.*, 1999, 381 e ss.;

GRECO G., *Le concessioni di lavori e servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2000, 993 e ss.;

GRECO G., *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 375 e ss.;

GRECO G., *Accordi e contratti della Pubblica Amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002, 413

GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003;

GRECO G., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, in *Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione*, Atti del Convegno di Bergamo del 15 novembre 2002, a cura di ANDREIS, Milano, 2004, 35 e ss

GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008;

GRECO G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in www.giustamm.it;

GRECO G., *Che fine ha fatto la pregiudiziale amministrativa?*, in www.giustamm.it;

GRECO G., *La SCLA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in www.giustamm.it;

GRUNER, *Note minime intorno alla pretesa autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in www.giustamm.it;

- GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 143 e ss.;
- GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo* (a cura di GUARINO), I, Milano, 1983;
- GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Economia e diritto del terziario*, 1992, 7 e ss.;
- GUARINO, *Eurosistema Eurosistema. Analisi e prospettive*, Milano, 2006;
- GUCCIONE, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003, 1067 e ss.;
- GUELI, *Libertà e socialità nella carta costituzionale e nella costituzione sociale del Paese*, in *Scritti giur. in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1955, 5 e ss.;
- GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1937, 51 e ss.;
- GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957;
- GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965;
- IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009;
- IANNOTTA L., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. Amm.*, 1999, 72 e ss.;
- IANNOTTA L., *Economia, diritto e politica nell'Amministrazione di risultato*, Torino, 2003;
- IANNOTTA L., *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 935 e ss.;
- ICHINO, *La fine del regime italiano di monopolio statale dei servizi di collocamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, 22 e ss.;
- IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratto di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, 1997, 103 e ss.;

IMMORDINO, CONTIERI, *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 2783 e ss.;

IPSEN, *Offentiliche Subventionierung Privater*, Berlino-Colonia, 1956;

IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, I, 347 e ss.;

JANNARELLI, *Il credito agrario e peschereccio nel testo unico della legge bancaria: atto terzo*, in *Riv. Dir. Agr.*, 2000, 123 e ss.;

KLITSCHÉ LA GRANGE (*La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1961;

LAMBERTI, *L'Adunanza Plenaria si pronuncia sulla DLA*, in *Urb. e app.*, 2011, 1185 e ss.;

LARICCIA, *I provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2010, 572 e ss.;

LAVAGNA, *Autorità (diritto pubblico)*, in *Enc. Giur.*, Milano, 1958, 858;

LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Milano, 1973, 1573 e ss.;

LAZZARA, *Libera circolazione di capitali e 'golden share'*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 1607 e ss.;

LEANZA, *Legislazione per il Mezzogiorno e Mercato Comune Europeo*, Roma, 1964;

LEANZA, *Il procedimento di controllo in materia di aiuti e l'art. 93 del Tr. Cee*, in *Dir. econ.*, 1964, 917 e ss.;

LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1962;

LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, 376 e ss.;

LEDDA, *La legalità nell'amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di crisi*, in *Democrazia ed Amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, a cura di MARONGIU e DE MARTIN, Roma, 1992;

- LEDDA, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. Amm.*, 1996, 391 e ss.;
- LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1273 e ss.;
- LEDDA, *Nuove note sugli accordi "di diritto pubblico" e su alcuni temi contigui*, in *Giur. It.*, 1998, I, 394 e ss.;
- LEOZAPPA, *Le partecipazioni a scopo di finanziamento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1998, 263 e ss.;
- LESSONA, *Concetto di persona giuridica pubblica e la competenza esclusiva della giurisdizione ordinaria in materia di impiego*, in *Riv. di Dir. processuale*, 1926, 1 e ss.;
- LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, 2005, 1429;
- LIBERTINI, *Gli aiuti pubblici alle imprese e il diritto comunitario della concorrenza*, in LIBERTINI, COSTI (a cura di), *Il finanziamento agevolato alle imprese*, Milano, 1987;
- LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, V ed., Milano, 227;
- LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1995;
- LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000;
- LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002;
- LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007;
- LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio dell'attività*, in www.giustamm.it;
- LIGUORI, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1-bis*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, vol. II, 637 e ss.

- LIGUORI, “Politica” e “amministrazione” nelle aziende sanitarie, in *Diritti, lavori, mercati*, 2009, 49 e ss.;
- LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2010;
- LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010*, in *www.giustamm.it*;
- LIGUORI, *I modelli settoriali: d.i.a. edilizia e procedure semplificate in materia di rifiuti*, in *Codice dell’azione amministrativa*, a cura di SANDULLI M.A., Milano, 2010, 773 e ss.;
- LIGUORI, *Libertà economiche e poteri amministrativi*, Intervento al Convegno tenutosi presso la Facoltà di giurisprudenza della Facoltà degli Studi di Napoli Federico II nel settembre 2011, ancora inedito;
- LIGUORI, ACOCELLA, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 756;
- LIGUORI, AULETTA, *La Plenaria, il ‘dialogo’ tra le giurisdizioni e la motivazione che non c’è*, in *www.giustamm.it*;
- LIGUORI, TUCCILLO, *Commento all’art. 23*, in *Testo Unico dell’edilizia*, cit., spec. 424-425, *Testo Unico dell’edilizia*, a cura di SANDULLI M.A., II ed., Milano, 2009, 378;
- LISENA, *Legalità vs. consensualità: il caso dell’annullamento del P.R.G. di Roma*, in *Giur. merito*, 2010, 3143;
- LOLLI, *L’atto amministrativo nell’ordinamento democratico*, Milano, 2000;
- LOLLI, *L’amministrazione attraverso strumenti economici. Nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna, 2009;
- LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo*, Torino, 2008;
- LUCE, *Gli organismi di diritto pubblico*, ivi, 2000, 287; MAMELI, *L’organismo di diritto pubblico*, Milano, 2003;
- LUCHENA, *Welfare State e compatibilità comunitaria degli aiuti di Stato: l’esperienza delle istituzioni europee nel vaglio delle misure ‘interne’ tra finalità*

- 'sociali', in *Unione Europea e limiti sociali del mercato*, a cura di S. PRISCO, Torino, 2002, 106 e ss.;
- LUCIANI, *Libertà di impresa (di assicurazione) e garanzia dei livelli occupazionali. Prime osservazioni alla sentenza n. 316 del 1990 della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1990, 2025 e ss.;
- LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stoccarda, 1974;
- MAC CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theorie*, Oxford, 1978;
- MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di CHITI e GRECO G., Milano, 2007, 65 e ss.;
- MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001;
- MANNORI, "Droit Administratif" e "administrative law". Rivisitando un'antica dicotomia, in *Quad. Fior.*, 26, 1997, 591;
- 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.;
- MANZELLA, *La promozione del capitale di rischio in Europa e sue implicazioni per il Mezzogiorno*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 2000, 335 e ss.;
- MANZELLA, *Gli ausili finanziari*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, Milano, II ed., 2003, 3729 e ss.;
- MANZINI, *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE*, in *Riv. Dir. Int.*, 1995, 379 e ss.;
- MANZINI, *Note sulle "relazioni pericolose" tra Stato e imprese nel quadro del diritto comunitario*, in *Dir. UE*, 2002, 487 e ss.;
- MARENGHI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 961 e ss.;
- MARI, *Natura giuridica della Rai: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico?*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 2335 e ss.;

- MARRAMA D., *Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, 2000, 585 e ss.;
- MARTINELLI, *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2007, 113 e ss.;
- MARUOTTI, *Introduzione al Libro I*, in LEONE, MARUOTTI, SALTELLI (a cura di) *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010;
- MARZARO GAMBA, *La nuova disciplina della dichiarazione di inizio attività*, in www.giustamm.it;
- MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982;
- MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 420;
- MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 222 e ss.;
- MASSA PINTO, *Norma generale esclusiva e antropologia positiva (o perversa?): le implicazioni giuridico-costituzionali del ddl di revisione dell'art. 41 Cost.*, in www.costituzionalismo.it;
- MASSA PINTO, *L'innocenza della Costituzione e la sua difesa minima: in margine al dibattito sulla proposta di modifica dell'art. 41 della Costituzione*, in www.costituzionalismo.it;
- MASUCCI (a cura di), *L'Accordo nell'azione amministrativa*, in *Quaderni del Formez*, Roma, 1988;
- MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Napoli, 1988;
- MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000;
- MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 979 e ss.;
- MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1328 e ss.;

- MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento pubblico alla imprese*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1983, I, n. 3, 619 e ss.;
- MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000;
- MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 896 e ss.;
- MAZZARELLI, *L'urbanistica e la pianificazione*, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di CASSESE, IV, Milano, II ed., 2003, 3335 e ss.
- MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Roma, 1956;
- MAZZONI, *Il principio corporativo nell'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1940;
- MENEGAZZI, *Osservazioni in tema di trasparenza nei finanziamenti statali alle imprese pubbliche*, in *Dir. Corn. Scambi Int.*, 1988, 99 e ss.;
- MENGONI, *La Costituzione economica, oggi*, Relazione al Convegno dell'Università Bocconi del 12 maggio 1993;
- MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in AA. VV., *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, Regole, metodi, modelli, a cura di BESSONE, Torino, 1999, 179 e ss.;
- MERLONI, PIOGGIA, SEGATORI, *L'amministrazione sta cambiando?. Una verifica dell'effettività nella innovazione della pubblica amministrazione*, Milano, 2007;
- MERLONI, *Gli incarichi dirigenziali nelle ASL tra fiduciarietà politica e competenze professionali*, in PIOGGIA, DUGATO, RACCA, CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano 2008, 100 e ss.;
- MERUSI, *Disciplina e organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il Mezzogiorno*, Roma, 1968;
- MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970;
- MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. Amm.*, 1993, 32 e ss.;

- MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo “quasi” giallo*, Bologna, 2000;
- MERUSI, *La Corte di giustizia condanna la golden share all’italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed europeo*, 2000, 1236 e ss.;
- MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all’alternanza*, Milano, 2001;
- MERUSI, *Annullamento dell’atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 574;
- MERUSI, *Il diritto privato della p.a. alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004, 652 e ss.;
- MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna 2007;
- MERUSI, *In viaggio con Laband ...*, in *www.giustamm.it*;
- MICARI, *Il preavviso di rigetto provvedimento, la “partecipazione nella partecipazione” e l’art. 21-octies della l. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 2006, 1542 e ss.;
- MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 202;
- MIELE, *In tema di liberalità degli enti pubblici*, in *Foro amm.*, 1958, c. 500;
- MINERVINI, *Contro la “funzionalizzazione dell’impresa privata (1958)*, ora in *Scritti giuridici. Impresa e concorrenza*, Napoli, 1996;
- MOAVERO MILANESI, *Imprese pubbliche e trasparenza delle relazioni finanziarie con gli Stati della Comunità Economica Europea*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1982, 265;
- MOAVERO MILANESI, *Partecipazione dello Stato nelle imprese e disciplina comunitaria degli aiuti pubblici*, in *Riv. dir. europeo*, 1990, 212 e ss.;
- MODICA, *Aiuti di Stato a finalità regionale e salvaguardia della libera concorrenza e dell’economia di mercato nell’ordinamento comunitario: spunti di riflessione*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 1992, 731 e ss.;

- MOLTENI, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti sovvenzionati dallo Stato*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1957, 86 e ss.;
- MOMOGLIANO, *Ristrutturazione e riconversione industriale, politica industriale e programmazione*, in *Riv. Ec. Pol. Ind.*, 1979, 1 e ss.;
- MONTEDORO, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza 294 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 75 e ss.;
- MORANA, *Nuova imprenditorialità giovanile: l'estensione del modello della legge n. 44/1986*, in *L'intervento pubblico per lo sviluppo dell'imprenditorialità*, Documenti del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche V. Bachelet, n. 3, Milano, 1997, 25 e ss.;
- MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001;
- MORBIDELLI, *La tutela dei diritti tra Corte del Lussemburgo e Corte Costituzionale*, in MORBIDELLI, DONATI (a cura di), *Una Costituzione per L'Unione Europea*, Torino, 1996;
- MORBIDELLI, *In tema di art. 29 della l. 241/90 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *www.giustamm.it*;
- MORELLI, *Sull'ammissibilità del preliminare e su altri aspetti della problematica attuale del contratto di mutuo*, in *Giust. Civ.*, 1982, I, 205 e ss.;
- MORONE, VECCHIONE, voce *Mezzogiorno (legislazione sul)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, 1 e ss.;
- MORPURGO, *Alcune osservazioni sulla direttiva CEE 80/723*, in *Economia Pubbl.*, 1986, 311 e ss.;
- MORRONE, *Libertà d'impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale*, in *Giur. Cost.*, 2001, 1462 e ss.;
- MORTARA, *Commentario del codice civile e delle leggi di procedura civile*, vol. IV, Milano, 1922;
- MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976;
- MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, 1935;

NANNI, COSTANZA, CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento*, in Commentario al Codice civile, fondato da SCIALOJA e BRANCA e diretto da GALGANO, Bologna, 2007, *ad vocem*;

NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2000, 49 e ss.;

NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; Id., *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. Amm.*, 2003, 601 e ss.;

NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, Messina, 1932;

NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1972;

NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazione dell'amministrazione*, Atti del Convegno di Messina-Taormina del febbraio 1988, Milano, 1990;

NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali*, in COSTANTINO (a cura di) *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1990, 55 e ss.

NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994;

NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1051 ss.;

NIZZO, *Definizione di impresa pubblica, libertà nel mercato e libertà di mercato privato*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1998, 635;

OCCHIENA, *Commento all'art. 31*, in *Il nuovo Codice del processo amministrativo*, a cura di GAROFOLI, FERRARI Gi., Roma-Molfetta, 2010;

ONIDA, *Meno lacci, che c'entra la Carta?*, in *Il Sole 24ore*, 8 giugno 2010;

ORLANDI, *Gli aiuti di Stato alla ricerca e allo sviluppo della normativa CEE*, in *Riv. Amm. Della Repubblica italiana*, 1993, 767 e ss.;

ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995;

- ORLANDI, *La disciplina delle sovvenzioni concesse dagli Stati nella normativa dell'OMC*, in *Quaderni di studi europei: i sussidi e gli aiuti di Stato*, a cura di ORLANDI, TUCCI, PINCHERA, BRIAMONTE, FEDELI, MURANO, LUZZI CONTI;
- ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987, *ad vocem*;
- ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 52 e ss.;
- ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 639 e ss.;
- ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005;
- OSTI, *Compatibilità di alcune norme nazionali in materia di imprese pubbliche con la disciplina comunitaria*, in *Foro amm.*, 1983, I, 263 e ss.;
- OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959;
- OTTAVIANO, *Argomenti a favore di una configurazione pubblicistica del credito agevolato*, in LIBERTINI, COSTI (a cura di), *Il finanziamento agevolato alle imprese*, Milano, 1987;
- OTTAVIANO, *Alcune considerazioni in tema di c.d. liberalità di enti pubblici*, ora in *Scritti giuridici*, vol. VI, Milano, 1992;
- PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Giur. Cost.*, 1979, I, 1219 e ss.;
- PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in AA. VV., *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, a cura dell'Associazione Nazionale dei Costituzionalisti, Padova, 1997;
- PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di 'tutela' della concorrenza?*, in *Giur. Cost.*, 2004, 259 e ss.;
- PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile italiano*, Torino, 1927;
- PAJNO, *Il riparto della giurisdizione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, Milano, II ed., 2003, 4270 e ss.;

PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. Amm.*, 1996, 413;

PAOLANTONIO, *Autoregolazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, in *Cons. St.*, 2000, II, 793 e ss.;

PAOLANTONIO, *La RAI è impresa pubblica*, in *www.giustamm.it*;

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.;

PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n.3)*, in *www.giustamm.it*;

PAOLANTONIO, GIULIETTI, *Art. 19 Segnalazione certificata di inizio attività – S.c.i.a.*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di SANDULLI M.A., Milano, 2010, 750 e ss.;

PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, Roma, 1929;

PARISI, *Associazioni di tutela dei consumatori, diritto di informazione e presupposti per le sovvenzioni pubbliche alle attività editoriali*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, 2055;

PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attuali e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla legge 14 maggio 2005, n. 80*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 2811 e ss.;

PASTORI, *I pubblici servizi tra efficienza e fini sociali*, in *Dir. Amm.*, 1996, 171 e ss.;

PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Rassegna Astrid*, 2005;

PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità*, in *www.giustamm.it*;

PELLIZER, *Le opere di urbanizzazione tra concorrenza e organizzazione del territorio*, in *www.giustamm.it*;

PELLIZER-ZANETTI, *La Programmazione negoziata nell'ambito della pianificazione urbanistica e dei lavori pubblici*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1999, 284 e ss.;

PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, I, Milano, 1967;

PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, II, Milano, 1970;

PERICU, *La politica dei concorsi, contributi e finanziamenti quali incentivi economici nel quadro normativo vigente*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2009, 491 e ss.;

PERICU, *Note in tema di diritto privato*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2009, 101 e ss.;

PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2009, 704 e ss.;

PERICU, CROCI, *Le sovvenzioni*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1990, XLIII, 245 e ss.;

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006;

PERNA, *L'Italia ha bisogno di una nuova Costituzione Economica*, in www.astrid-online.it;

PETRILLI, *Lo stato imprenditore*, Bologna, 1967;

PEVERINI, *La nozione di impresa*, in AA.VV., *Aiuti di Stato in materia fiscale*, a cura di SALVINI, Padova, 2007, 157 e ss.;

PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli, 2009;

PIERANDREI, *Le decisioni della Corte costituzionale in materia economica*, in *Dir. econ.*, 1958, 419 e ss.;

PINI, *I giorni dell'IRI*, Milano, 2004;

PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.* Milano, 1964, XIII, 65 e ss.;

- PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004;
- PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Interessi pubblici nella disciplina public compagnie enti privatizzati e controlli*, Padova, 2004;
- PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli*, Milano, 2007;
- POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 1996, 697 e ss.;
- POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997;
- POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, voll. 1 e 2, Padova, 2000 e 2001;
- POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2006;
- POLICE, GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Serv. Pubbl. e app.*, 2004, 824 e ss.;
- PORCHIA, *La liberalizzazione dei trasporti aerei*, in *Servizi essenziali e diritto comunitario*, a cura di RADICATI DI BROZOLO, Torino, 2001;
- POTOTSCHINIG, *Atti amministrativi e 'affievolimento' di diritti soggettivi*, in *Jus*, 1953, 220 e ss.;
- POTOTCHINIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964;
- PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare e i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, 1899;
- PROIETTI, *Preavviso di rigetto: conquista di civiltà*, in *Dir. e giust.*, 2005, 34, 105 e ss.;
- PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 369;
- PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto Civile. Saggi*. Milano, 1975;

PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, *Diritto Civile. Saggi*. Milano, 1975;

PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1971, 1469 e ss.;

PUGLIESE, *Il contraddittorio nel procedimento*, in *Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazione dell'amministrazione*, Atti del Convegno di Messina-Taormina del febbraio 1988, Milano, 1990;

PUGLIESE, *Interessi individuali – interessi della collettività: ragioni e conseguenze di una formula che supera la dialettica interesse pubblico interesse privato*, Napoli, 1996;

PUGLIESE, *Risorse finanziarie, consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in *Dir. Amm.*, 1999, 15;

PUGLIESE, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 615 e ss.;

PUTZOU, *Natura giuridica del rapporto tra l'Ente naz. Risi e gli industriali incaricati della lavorazione e distribuzione del riso*, in *Foro It.*, 1953, I, 1273 e ss.;

RAGUSA, *Servizio postale, servizio universale e ripartizione degli oneri*, in *Nuove autonomie*, 2003, 133 e ss.;

RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, 198 e ss.;

RALLO, *Comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10-bis l. 241/90 e partecipazione post-decisionale: dal contraddittorio oppositivo al dialogo sul possibile*, in *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, a cura di LIGUORI, Bologna 2007, 31 e ss.;

RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998;

RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. Amm.*, 2008, 121 e ss.;

RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, IV, 7 e ss.;

RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche amministrative*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1916, I, 340 e ss.;

RANELLETTI, *Guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, VI ed., Milano, 1945;

RAUTI, *L'interpretazione adeguatrice come criterio logico tra rilevanza e non manifesta infondatezza*, in *Le Regioni*, 2002, 382 e ss.;

RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome speciali*, Torino, 1997;

RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 557 e ss.;

RESCIGNO P., *Sul principio di uguaglianza nel diritto privato*, in *Foro It.*, 1960, I, 666 e ss.;

RESCIGNO P., *Il principio di uguaglianza nel diritto privato*, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, Padova, 1960;

RESCIGNO P., *Sovvenzioni statali e parità di trattamento*, in *Dir. econ.*, 1964, 20 e ss.;

RESCIGNO P., *Delegazione (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1965, 960 e ss.;

RESCIGNO P., *Novazione (diritto civile)*, in *Nov.ss.mo Dig. It.*, XI, Torino, 1968, *ad vocem*;

RESCIGNO P., *Se il centrodestra gioca con la Costituzione*, in *La Repubblica*, 18 febbraio 2011;

RIVIERO, *Droit administratif*, Parigi, 1975;

ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, 1997;

RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969;

- RODOTÀ, *Chi svuota la Costituzione*, in *La Repubblica*, in 21 giugno 2010;
- ROMANO Sa., *Norme giuridiche (destinatari delle)*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947;
- ROMANO Sa., *Decadenza*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 48 e ss.;
- ROMANO, Alb., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975;
- ROMANO Alb., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, 23;
- ROMANO Alb., *Sono risarcibili; ma perché devono essere considerati interessi legittimi*, in *Foro it.*, 1999, I, 3222 e ss.;
- ROMANO TASSONE, *Monopoli pubblici e abuso di posizione dominante*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1992, 601;
- ROMANO TASSONE, *Così non serve a nulla*, in *www.giustamm.it*;
- ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977;
- ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottant'anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di AMOROSINO, Milano, 1995, 223;
- ROVERSI MONACO M.G., *Le figure di organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 387 e ss.;
- ROVERSI MONACO, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in *AA. VV., Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI, Bologna 2005, 78;
- RUSSO, RUSSETTI, *Le agevolazioni alle imprese*, Milano (IPSOA), 2010;
- SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile (diretto da SACCO)*, Torino, 1993;

SAITTA F., *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ult., e 21-octies, comma 2, l. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm. T.A.R.*, Supplemento al n. 6/05, 2295 e ss.;

SAITTA F., *Preavviso di rigetto ed atti di conferma: l'errore sta nella premessa*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 3235 e ss.;

SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, 1985;

SALMONI, *Quando la concorrenza diventa il limite della libertà di impresa. Riflessioni a partire da una sentenza della Corte Costituzionale*, in *Foro It.*, 1999, I, 42 e ss.;

SANDULLI A.M., *Stato di diritto e Stato sociale*, in *Nord e Sud*, 1963, 23 e ss.;

SANDULLI A.M., *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della p.a.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, 1 e ss.;

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984;

SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998;

SANDULLI A., *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2001, 1363 e ss.;

SANDULLI A., *La tutela giurisdizionale nelle 'controversie in materia di pubblici servizi'*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2001, 789;

SANDULLI A., *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2005, 859;

SANDULLI, M.A., *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in SANDULLI M.A., DE NICTOLIS, GAROFOLI (diretto da), *Trattato dei contratti pubblici*, Milano, 2008, vol. V, 3150 e ss.;

SANDULLI M.A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in www.giustamm.it;

SANDULLI M.A., *Brevi considerazioni a prima lettura della Adunanza Plenaria n. 15 del 2011*, in *www.giustamm.it*;

SANTA MARIA, *La liberalizzazione dei servizi postali*, in *Dir. UE*, 2001, 119 e ss.;

SANTONASTASO POSTILLA, *La saga della 'golden share' tra libertà di movimento di capitale e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, 302 e ss.;

SANTORO-PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 2002;

SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969;

SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1903 e ss.;

SATTA, *Annullamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, in *www.giustamm.it*;

SBISÀ, *Promessa al pubblico*, in *Dig. disc. privatistiche*, Torino, 1997, *ad vocem*;

SCARPA, *Trasparenza dei rapporti tra autorità pubbliche ed imprese pubbliche nell'ordinamento. Una garanzia per le libertà nella vita economica* (nota a Corte di Giustizia, 6 luglio 1982, in causa C-188/80), in *Giust. Civ.*, 1983, I, 1085 e ss.;

SCHINAIA, *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation di attività soggette a procedimenti autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1991, 184 e ss.;

SCHMITT C., *Stato, movimento, popolo*, ora in C. Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, trad. it. di CANTIMORI, Vicenza, 2005, 255-312;

SCHMITT C., *Lo Stato borghese*, trad. it. A cura di NOCILLA, in *Diritto e Cultura*, 1998, 2, 12 e ss.;

SCIALOJA, *L'Istituto Nazionale delle Assicurazioni ed il progetto giolittiano di un monopolio di Stato delle assicurazioni sulla vita*, in *Quaderni storici*, 1971, 971;

SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 67;

- SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, 1 e ss.;
- SCOCA F.G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *www.giustamm.it*;
- SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 239;
- SCOCA F.G., *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 2002, 431;
- SCOCA F.G., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Nuovi poteri e dialettica degli interessi*. Atti del LV Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione tenutosi a Varenna il 24-26 settembre 2009, Napoli, 2010, nonché in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 379 e ss.;
- SCOCA F.G. e DEGNI, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela*, in *www.giustamm.it*;
- SCOCA S.S., *La Cassazione "mette le mani" sugli appalti pubblici. Nota a Cass. SS.UU. civ., sentenza 28 dicembre 2007, n. 27169* in *www.giustamm.it*;
- SCOCA S.S., *Aggiudicazione e contratto: la posizione dell'Adunanza Plenaria*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 3286 e ss.;
- SCOCA S.S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008;
- SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato Grosso, Santoro-Passarelli*, Milano, 1972;
- SCOTTI, *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 3219 e ss.;
- SCOTTI, *Denuncia di inizio attività e processo amministrativo: verso nuovi modelli di tutela?*, *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 1245 e ss.;
- SERRANI, *Recensione a CARABBA, Spesa pubblica e iniziativa imprenditoriale, le erogazioni pecuniarie dello Stato a favore dell'attività economica*, Torino, 1968 e PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, I, Milano, 1967, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1969, 349 e ss.;

- SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Milano (Franco Angeli Editore), 1971;
- SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in Commentario SCHLESINGER, diretto da BUSNELLI, Milano, 2007, 1709 e ss.;
- SORACE, *Promemoria per una voce 'atto amministrativo'*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 745 e ss.;
- SORACE, *In tema di politica, amministrazione, discrezionalità, autorità*, in *Democrazia e amministrazione - in ricordo di Vittorio Bachelet*, a cura di MARONGIU e DE MARTIN, Milano, 1992, 185 e ss.;
- SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, 915 e ss.;
- SORACE, *La riforma del diritto costituzionale delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, 791 e ss.;
- SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, IV ed., Bologna, 2007;
- SORACE, MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III, Torino, 1989;
- SORRENTINO, *Spunti di riflessione per un'applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21-octies della legge n. 241/90*, in *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, a cura di LIGUORI, Bologna 2007, 147 e ss.;
- SOTGIA, *Il diritto commerciale nell'ordinamento corporativo*, Padova, 1942;
- SOTTILI, *Revoca di aiuti di Stato e tutela dell'affidamento*, in *Diz. Unione Europea*, 1998, 196 e ss.;
- SPAGNA, *Il Consiglio di Stato riduce di 270 milioni di euro la sanzione per l'abuso di posizione dominante attuato dall'Eni sul gasdotto tunisino*, in *Rivista NelDiritto*, 2011, 617 e ss.;
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Aspetti giuridici della disciplina dell'iniziativa privata: forme attuali e loro legittimità costituzionale*, in *Dir. econ.*, 1955, 982 e ss., ora in *Opere giuridiche*, II, Napoli, 2001, 285 e ss.;

- SPAGNUOLO VIGORITA V., *A proposito di una "Introduzione al diritto amministrativo dell'economia"*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1956, III, 3, ora in *Opere giuridiche*, II, Napoli, 2001, 319 e ss.;
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Considerazioni in tema di forme, finalità ed organi della disciplina pubblica dell'economia. A proposito della legge 31 luglio 1956, n. 1002*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, 386 e ss, ora in *Opere giuridiche*, II, Napoli, 2001, 331 e ss.;
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Rilevanza degli elementi extratestuali ai fini della interpretazione e della validità dei contratti privati della pubblica amministrazione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1961, 512 e ss.;
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Dir. Pubbl.*, 1962, 348, ora in *Opere giuridiche*, II, Napoli, 2001, 449 e ss.;
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 2001, 119 e ss.;
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico ai privati*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 2001, 348 e ss.;
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata e potere amministrativo*, ora in *Opere giuridiche*, II, Napoli, 2001, 1 e ss.;
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Gli enti pubblici come momento giuridico della pianificazione economica*, in *Atti del Convegno di Studi su riordinamento degli Enti Pubblici e sulle loro funzioni delle loro Avvocature*, Napoli, 1973;
- SPAGNUOLO VIGORITA R., *Politiche pubbliche del servizio sanitario. Profili giuridici*, Napoli, 2003;
- SPAGNUOLO VIGORITA R., *La revoca tra antichi privilegi e nuove codificazioni*, in *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, a cura di LIGUORI, Bologna 2007, 117 e ss.;
- SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003;
- SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino, 2006;

SPATTINI *Ascesa e declino (eventuale) della nozione di "Costituzione economica" (nell'ordinamento italiano e in quello comunitario)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, 1465;

SPATTINI, *'Vere' e 'false' golden shares nella giurisprudenza comunitaria e la 'deriva sostanzialista' della Corte di Giustizia, ovvero il 'formalismo' del principio della 'natura della cosa': il caso Volkswagen e altro*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2008, 303 e ss.;

STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992;

STICCHI DAMIANI E., *L'accertamento della fondatezza dell'istanza nel giudizio sul silenzio*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 3365 e ss.;

STICCHI DAMIANI E., *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2010, 1 e ss.;

STIPO M., *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 924 e ss.;

TARDIVO, *Il credito agrario*, in *Riv. Amm.*, 2001, 51 e ss.;

TESAURO A., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II – *Diritto amministrativo*, Terni, 1961;

TESAURO G., *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, Trattato CE*, in *Dir. UE*, 1996, 719;

TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2003, 727;

TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di CASSESE, FRANCHINI, Bologna, 1996;

TORCHIA, *Privatizzazioni ed azione amministrativa*, in CAMMELLI, SCIULLO (a cura di) *Pubblica amministrazione e privatizzazione dopo gli anni '90, un primo bilancio*, Santarcangelo di Romagna, 2004;

TRAVI, *Piani di lottizzazione e comparti edificatori*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1987, *ad vocem*;

- TREBASTONI, *La sanatoria dell'invalidità dei provvedimenti nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 1308 e ss.;
- TREMONTI, *Liberalizzare: le troppe leggi sono la tirannia da abbattere. Risposta a Piero Ostellino*, in *Corriere della Sera* 11 gennaio 2011;
- TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1992, 1 e ss.;
- TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui "nuovi servizi pubblici"*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2002, 945 e ss.;
- TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, 667;
- TRIMARCHI BANFI, *L'articolo 1, comma 1 bis della legge n. 241 del 1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 947 e ss.;
- TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2007;
- TUCCILLO, *L'invalidità degli accordi tra p.a. e privato dopo la legge di riforma dell'azione amministrativa in AA. VV., Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, a cura di LIGUORI, cit., 173 e ss.;
- UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963;
- URBANI, *Sistemi di pianificazione urbanistica perequativa e principio di legalità dell'azione amministrativa. A proposito delle sentenze del Tar Lazio sul PRG di Roma*, in www.giustamm.it;
- VACCARELLA M., *Il potere di ordinanza sindacale ex art. 54 TUEL n. 267/2000 come modificato dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 7 aprile 2011, n. 115*, in www.giustamm.it;
- VAIANO, *Preavviso di rigetto*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2010, 549 e ss.;
- VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di 'golden share' e principio di legalità*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 2752;

VALAGUZZA, *La DLA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 1245 e ss.;

VERDE, *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alla tutela e ai poteri del giudice*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 795 e ss.;

VESPERINI, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, 1990, 415 e ss.;

VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005;

VIALE, *I contratti autonomi di garanzia*, in *I contratti in genere. I contratti atipici*, a cura di ALPA e BESSONE;

VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2001;

VILLATA, *Leggendo la sentenza 204 della Corte Costituzionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 832 e ss.;

VILLATA, *L'atto amministrativo*, in Aa. Vv., *Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI, Bologna, 2005, 767 e ss.;

VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2006;

VINTI, *Mutuo di scopo: rapporto di credito e rapporto di agevolazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1987, 962 e ss.;

VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008;

VIOLA, *Ancora sul danno esistenziale innanzi al Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it;

VIOLA, *Il danno non patrimoniale da illegittima prestazione del servizio di leva*, in www.giustamm.it;

VIPIANA, *L'autolimito della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, 519;

VIRGA P., *Eccesso di potere per mancata prefissione dei parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di Giannini*, vol. I, Milano, 1988, 589 e ss.;

VIRGA P., *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione dell'imparzialità amministrativa*, in *Scritti in onore di G. Scaduto. Diritto pubblico e scritti vari*, vol. I, Padova, 1970, 170 e ss.;

VITALE, *Gli interventi in materia di costrizioni private e trasformazione del territorio*, in *Il "decreto sviluppo"*, *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 1067 e ss.;

VITTA, *Le persone giuridiche pubbliche in Italia e in Francia*, Modena, 1928;

VOLPE C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23-bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in www.giustamm.it;

VOLPE F., *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 319 e ss.;

VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, 1973-1979, trad. it. *Legge, legislazione e libertà, Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, a cura di PETRONI e MONTI BRAGADIN, Milano, 1986;

WEBER A., *Sviluppi del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1998, 589 e ss.;

WEBER M., *Economia e società*, vol. II, trad. it. PALMA M., Roma, 514;

WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. di Fadda e Bensa, Torino, 1925;

ZACCARIA, *Radiotelevisione*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da SANTANIELLO), vol. XV, tomo II, Padova, 1996;

ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988;

ZIMATORE, *Mutuo di scopo*, in *Dizionario del diritto privato*, 1, I, *Diritto civile*, a cura di IRTI, Milano, 1980;

ZITO, *Profili funzionali del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 159;

ZITO, *La legge istitutiva dell'Enel nella sentenza della Corte Costituzionale n. 14 del 1964: considerazioni inattuali sulla sua attualità*, DI RAIMO, RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007;

ZUPPETTA, *I poteri discrezionali della pubblica amministrazione nel procedimento di finanziamento agevolato della legge n. 44/1986 sull'imprenditorialità giovanile*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 1994, 721 e ss.;