



## **Gli aiuti di Stato nella Costituzione Italiana e nell'ordinamento Europeo\***

DI MASSIMO LUCIANI<sup>1</sup>

Sommario: 1. Fra Costituzione e norme UE. – 2. La questione degli aiuti di Stato in Costituzione. – 3. Le leggi di incentivazione.

### **1. Fra Costituzione e norme UE**

Emergono, solo a tratti, certo, ma non eccezionalmente e comunque in tutti i settori dell'ordinamento, significativi punti di acuta frizione tra le norme costituzionali e quelle dell'ordinamento eurounitario. Faccio quattro esempi di arresti della Corte di giustizia, intervenuti in settori assai sensibili, che lo dimostrano.

*i) I contratti collettivi. La Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale per sapere “se l'art. 49 CE osti [...] ad un provvedimento legislativo, emanato da un'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di aggiudicare gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, perlomeno la retribuzione minima prevista dal contratto collettivo nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione”<sup>2</sup>, ha risposto che il diritto europeo non consente “allo Stato membro ospitante di*

---

\* Relazione presentata al Convegno AIDEN “Gli aiuti di Stato. Profili generali e problematiche energetiche”, Milano, 1° luglio 2019.

<sup>1</sup> Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Roma-La Sapienza – Facoltà di Giurisprudenza.

<sup>2</sup> Sent. 3 aprile 2008, Causa C-346/06, *Rüffert*, § 17.

*subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima*<sup>3</sup>. Una posizione, questa, che stride con i principi di garanzia della libertà sindacale e di tutela del lavoro che la giurisprudenza comune italiana ha da tempo elaborato.

ii) Il diritto di sciopero. Sempre la Corte di giustizia ha affermato che:

a) *“se è vero che, nei settori che non rientrano nella competenza comunitaria, gli Stati membri restano in linea di principio liberi di fissare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e le modalità di esercizio degli stessi, rimane tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, detti Stati sono comunque obbligati a rispettare il diritto comunitario”*<sup>4</sup>;

b) conseguentemente, *“il fatto che l'art. 137 CE non si applichi né al diritto di sciopero né a quello di serrata non fa sì che un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale sia esclusa dal settore della libera prestazione dei servizi”*<sup>5</sup>;

c) per qualificare come legittima un'azione di sciopero occorre verificare ch'essa sia *“adeguata per garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo”*<sup>6</sup>. Anche qui, la subordinazione della garanzia dello sciopero a un controllo sostanziale di proporzionalità tra mezzo e fine era sconosciuta alla nostra pregressa giurisprudenza.

iii) La prostituzione. Nel 2001 la Corte di giustizia si pronunciò su una controversia che opponeva alcune prostitute polacche e ceche alle autorità olandesi. Le prostitute avevano chiesto alla polizia di Amsterdam-Amstelland un permesso di soggiorno per esercitare la loro attività (nella specie, come “prostitute in vetrina”) invocando gli Accordi di associazione tra Comunità e Polonia e tra Comunità e Repubblica ceca, ma le autorità olandesi avevano respinto la domanda, opponendo - fra l'altro - ragioni di ordine pubblico. La Corte di giustizia<sup>7</sup>, dopo un'articolata argomentazione, rispose che *“la prostituzione costituisce una prestazione di servizi retribuita la quale [...] rientra nella nozione di «attività economiche»”* (punto 49), sicché meritava sia la protezione assicurata dagli Accordi di associazione tra Comunità e Polonia e tra Comunità e Repubblica ceca alle attività economiche, intese quali *“attività di tipo industriale, commerciale, artigianale e professionale”*, sia quella assicurata dalle norme eurounitarie che stabiliscono il principio di non discriminazione. Se uno Stato membro consente l'esercizio della prostituzione come attività economica, insomma, non può impedire la libera circolazione nel suo territorio delle prostitute aventi cittadinanza dell'Unione o di uno Stato ad essa legato da specifici accordi<sup>8</sup>.

Anche qui l'atteggiamento della giurisprudenza nazionale è assai diverso. Certo, nella recentissima sent. n. 141 del 2019, la nostra Corte costituzionale ha preferito negare ogni contrasto con la Corte di Lussemburgo, osservando che quest'ultima *“ha qualificato, bensì, la prostituzione come attività economica svolta in qualità di lavoratore autonomo: ma ciò al solo fine di escludere che l'esercizio di tale attività possa essere considerato un comportamento abbastanza grave da legittimare restrizioni all'accesso o al soggiorno, nel territorio di uno Stato membro, di un cittadino di altro Stato membro [...]”*, ma non mi sembra dubbia la netta diversità di approccio. Anche per la

---

<sup>3</sup> *Ivi*, § 33.

<sup>4</sup> Sent. 18 dicembre 2007, Causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd.*, § 87.

<sup>5</sup> *Ivi*, § 88.

<sup>6</sup> Sent. 11 dicembre 2007, Causa C-438/05, *Viking* (in realtà, la Viking era, in quel giudizio, convenuta, e la sentenza dovrebbe essere correttamente citata come *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union*, ma tutti la menzionano come qui si fa), § 84.

<sup>7</sup> Sent. 20 novembre 2001, Causa 268/99, *Jani e altri*.

<sup>8</sup> Su questa vicenda, mi permetto di rinviare al mio *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.*, n. 2 del 2002.

Consulta “*l’offerta di prestazioni sessuali verso corrispettivo non rappresenta affatto uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana, ma costituisce – molto più semplicemente – una particolare forma di attività economica*”, tuttavia tale attività economica può essere oggetto di limitazioni perché, “*in base all’art. 41, secondo comma, Cost. la libertà di iniziativa economica è tutelata a condizione che non comprometta altri valori che la Costituzione considera preminenti: essa non può, infatti, svolgersi «in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»*”, dignità umana che va “*intes[a] in senso oggettivo: non si tratta, di certo, della «dignità soggettiva», quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore. È, dunque, il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l’individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente*”.

iv) Le norme penali. Quanto alle norme penali, la mente non può non andare al recente caso *Taricco*, sul quale si è scritto così tanto che ci si può limitare a ricordare, in estrema sintesi, che a un primo indirizzo della Corte di giustizia inteso a far prevalere senza condizioni le esigenze della repressione penale dell’evasione fiscale rilevante per il diritto dell’Unione, la Corte costituzionale ha opposto la concreta minaccia di far valere i c.d. controlimiti se non fosse stato rispettato il principio costituzionale fondamentale della legalità delle pene. Minaccia davanti alla quale la Corte di Lussemburgo ha fatto evidente - ancorché apparentemente non confessato - esercizio di *ius poenitendi*.

Se, fino ad oggi, queste frizioni non hanno portato a scontri irrimediabili tra Corte di giustizia delle comunità europee e Corti costituzionali degli Stati membri è stato solo perché il conflitto è stato faticosamente composto, vuoi perché la Corte di giustizia si è ispirata a un opportuno *self restraint* o - come nel caso *Taricco* - ha fatto un passo indietro, vuoi perché gli Stati si sono rassegnati a cedere, anche escogitando apposite revisioni costituzionali per tener conto delle sue decisioni (è quanto è avvenuto dopo la sent. 11 gennaio 2000, C-285/98, *Kreil c. Bundesrepublik Deutschland*, nella quale, pur ben consapevole dell’art. 12a del *Grundgesetz*, che andava in tutt’altra direzione, la Corte di giustizia affermò che la direttiva 76/207/CEE del Consiglio del 9 febbraio 1976 metteva le donne in posizione di eguaglianza con gli uomini quanto all’accesso all’impiego militare).

La materia degli aiuti di Stato è sede di frizioni analoghe a quelle prima descritte? E, se sì, quali sono i margini di composizione degli eventuali conflitti? Vediamo.

## **2. La questione degli aiuti di Stato in Costituzione**

A mia conoscenza, è solo nella sent. n. 134 del 1996 che la nozione di “aiuto di Stato” si affaccia nella giurisprudenza costituzionale, quindi a ben quarant’anni di distanza dalla prima pronuncia della nostra Corte. Non è un caso che prima non se ne fosse mai parlato, perché alla Costituzione l’idea stessa di aiuto di Stato, quale misura pubblica di sostegno capace di alterare la libera concorrenza fra operatori economici<sup>9</sup>, non poteva essere, in origine, familiare. Bisogna comprendere bene, tuttavia, perché, visto che su questo punto è facile cadere in un pericoloso equivoco.

---

<sup>9</sup> La connessione fra disciplina degli aiuti e tutela della concorrenza è così stretta che si è scritto che “in materia di aiuti, il trattato non pone un divieto (come per le intese). Dunque, gli aiuti sono legittimi se rispettano la concorrenza (ciò che va accertato)”: così S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 5<sup>a</sup> ed., Roma-Bari, Laterza, 2012, 56.

Sarebbe sbagliato, infatti, giungere a questa conclusione facendo leva sul mancato riconoscimento costituzionale della libertà di concorrenza, sostenendo ch'essa sarebbe entrata in Costituzione solo con la l. cost. n. 3 del 2001, che ha modificato l'art. 117, comma 2, lett. e), riservando allo Stato - appunto - la “*tutela della concorrenza*”. Che ciò sia esattamente quanto è accaduto sul piano della successione delle fonti è indubbio, ma osservarlo non basta. Se, invero, il testo originario della Costituzione fosse stato inidoneo a ospitare il principio della libera concorrenza, sarebbe ben difficile ritenere che, introducendolo, la l. cost. n. 3 del 2001 non abbia violato un principio costituzionale fondamentale, in quanto tale sottratto alla revisione costituzionale, secondo l'indirizzo che la nostra Corte inaugurò già nel 1988<sup>10</sup>: troppo forte sarebbe stato il suo impatto sulla forma di Stato, infatti, per considerarla legittima. La realtà è che, sebbene della concorrenza non facesse esplicita menzione, per la Costituzione del 1948 essa non era un corpo estraneo.

A lungo, per la verità, molti costituzionalisti l'avevano negato, ma le cose cambiarono con quella che a me pare la vera e propria “svolta” del Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti del 1991, quando le relazioni di Amato, di Guarino e di Bogneri<sup>11</sup>, pur muovendo da prospettive assai diverse, giunsero alla conclusione che la concorrenza fosse presente in Costituzione sin dall'inizio, o dovesse comunque esservi ospitata dopo l'avvio del processo di integrazione europeo.

Per quanto mi riguarda, che la libertà di concorrenza fosse quanto meno implicata dalle originarie previsioni costituzionali era ed è evidente, se sol si pensa che l'art. 41, comma 1, della Costituzione riconosce e tutela la libertà di iniziativa economica privata<sup>12</sup>. Con la libertà economica la concorrenza, tuttavia, intrattiene una relazione complessa. Per un verso ne costituisce un *profilo*, nel senso che ogni singolo operatore ha interesse a entrare, per competere, in un mercato; per l'altro ne costituisce un *limite*, nel senso che si contrappone all'interesse a escludere gli altri competitori che è vantato da chi su quel mercato è un *incumbent*. Ora, nella misura in cui la concorrenza viene riguardata in questo suo secondo aspetto, è evidente che la sua tutelabilità passa per il riconoscimento della sua connessione con l'utilità sociale, che costituisce il generale limite dell'attività economica privata previsto dal secondo comma dello stesso art. 41. Questa connessione, però, come dimostra l'art. 43 Cost., non è predicabile *a priori*, ma deve essere di volta in volta dimostrata, ben potendo essere socialmente utile, per la Costituzione, la limitazione (o addirittura l'esclusione), piuttosto che la garanzia della libera concorrenza. Un problema di rapporto fra concorrenza e utilità sociale, pertanto, neppure si pone, dovendosi apprezzare la prima, se e quando del caso, come uno strumento per la realizzazione della seconda. Tutto questo incide, però, anche sulla posizione della concorrenza come profilo della libertà economica. Come tale, infatti, in tanto la libera concorrenza può avere protezione, in quanto sia stato preventivamente compiuto il giudizio di meritevolezza della sua tutela come strumento dell'utilità sociale. Conseguentemente, il principio dell'utilità sociale non può

---

<sup>10</sup> Come si sa, questi principi supremi o fondamentali sono “*tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana*” (così Corte cost., sent. n. 1146 del 1988, cui *adde* sentt. nn. 203 del 1989 e 115 del 2018).

<sup>11</sup> Sono tutte in AA. VV., *La Costituzione economica*, Padova, Cedam, 1997, ove sono raccolti - appunto - gli Atti di quel Convegno.

<sup>12</sup> Riprendo, qui di seguito, le considerazioni svolte in M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2011 (accessibile *online*), nonché (quanto alla versione cartacea) in *Dir. soc.*, 686 sgg. e in AA. VV., *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Annuario AIC 2011, Napoli, Jovene, 2014, 3 sgg.

nemmeno dirsi *esterno* alla libertà di concorrenza, ma le è *interno*, perché questa non può stare senza quella.

Se questa prospettiva è corretta, la conclusione è che l'esistenza di una tutela costituzionale della concorrenza è da ritenere evidente sin dall'inizio, ma non è meno evidente ch'essa è condizionata, nel senso che il suo concreto riconoscimento dipende dalla sua non meno concreta connessione, di volta in volta, con l'utilità sociale. Un'utilità sociale che, data la riserva di legge prevista dal secondo comma dell'art. 41 Cost., spetta al legislatore definire, sia pure sotto il controllo di ragionevolezza e di proporzionalità spettante alla Corte costituzionale<sup>13</sup>.

Stando così le cose, la novella costituzionale del 2001 può aver avuto effetti sul piano dei rapporti Stato-Regioni, ma non su quello dei principi fondamentali regolatori dei rapporti fra operatori economici e istituzioni pubbliche, nella misura in cui tali principi sono appunto fondamentali (e quindi irriducibili). Per la medesima ragione, poiché anche alle fonti eurounitarie quei medesimi principi s'impongono quali "controlimiti", lo stesso processo d'integrazione europea non può aver modificato il quadro nel suo contenuto essenziale: una volta che la strutturazione profonda dei rapporti tra politica ed economia sia ascritta - e non comprendo come sarebbe possibile fare altrimenti - al novero dei principi fondamentali, non ha nemmeno senso chiedersi se la concorrenza abbia nell'ordinamento comunitario una posizione diversa da quella occupata in quello italiano e se sì quale sia<sup>14</sup>. Nemmeno la valvola dell'art. 11 Cost., infatti, consente di immettere nel nostro ordinamento valori che aspirino a collocarsi nell'inalterabile dimensione della fundamentalità<sup>15</sup>. Per quanto la libera concorrenza possa avere un posto centrale nel diritto dell'Unione, pertanto, analoga centralità non le spetta al livello della nostra disciplina costituzionale.

Non per questo, è evidente, le vicende europee sono rimaste aproblematiche. Ma di questo faremo cenno in chiusura.

Se sul piano del riconoscimento del principio della libera concorrenza non c'è stato bisogno di attendere il diritto europeo, quel che è cambiato davvero e spiega perché la nozione di aiuto di Stato

---

<sup>13</sup> Ho sostenuto che questo è il rapporto fra legislatore e giudice costituzionale già nel mio *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 156 sgg.

<sup>14</sup> Anche la giurisprudenza costituzionale è costante nell'affermare che il concetto nazionale di concorrenza coincide con quello comunitario. Cfr., ad es., le sentt. nn. 14 del 2004; 401 del 2007; 45 del 2010; 83 del 2018.

<sup>15</sup> Che sia così lo dimostrano la semplice logica (ché, se fosse altrimenti, i controlimiti non avrebbero senso, potendo essere aggirati dalle stesse fonti nei cui confronti dovrebbero valere). Se si vuole, si può anche richiamare la più convincente (per quanto ormai remota) giurisprudenza costituzionale sull'art. 10 Cost. La sent. n. 48 del 1979, come è noto, aveva distinto le norme del diritto internazionale generale venute a esistenza *prima* e quelle prodotesi *dopo* la Costituzione. Secondo la ricostruzione allora proposta, le seconde hanno, in definitiva, lo stesso rango delle leggi costituzionali o di revisione costituzionale. Infatti: "*il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione*". Le norme anteriori, invece, sono con quelle costituzionali in rapporto di norma speciale a norma generale (in quanto si suppone che gli stessi costituenti avessero vagliato – positivamente – la loro conformità a Costituzione). Il che contribuiva a dimostrare che il *cerchio della fundamentalità*, se non può essere alterato passando per la porta dell'art. 10, non può esserlo nemmeno passando per quella dell'art. 11 Cost.

Questo indirizzo, come è noto, è stato abbandonato dalla sent. n. 238 del 2014. Essa, pur ponendosi in apparente rapporto di continuità con la pronuncia ora citata, demolisce la distinzione che quella aveva prospettato e lo fa invocando la sent. n. 1 del 1956 e il principio dell'estensione del controllo di costituzionalità delle leggi anche a quelle anteriori alla Costituzione. Senonché, allora l'assunzione della Costituzione a paradigma delle leggi anteriori non era ostacolata da un qualsivoglia "recepimento" delle fonti primarie anteriori da parte della Costituzione, mentre qui (stando alla ricostruzione della sent. n. 48 del 1979) è proprio il recepimento delle norme consuetudinarie anteriori da parte dell'art. 10 Cost. che ne preclude il sindacato.



fosse inizialmente sconosciuta alla Costituzione è la *dimensione storica* della concorrenza, in una con la sua mutata *dimensione spaziale*.

Quanto alla *dimensione storica*, la Costituzione nasce in un momento affatto particolare, nel quale l'imperativo, sul piano delle scelte economiche, era uno e uno solo: ricostruire. È illuminante, a questo proposito, la lettura degli atti della Commissione De Maria, che era stata istituita dal Ministero per la Costituente allo scopo di analizzare la struttura economica italiana, per dare alla Costituente una solida base di lavoro<sup>16</sup>. Dai lavori della Commissione emerse un quadro sconcertante, che escludeva la capacità del mercato di provvedere alle esigenze della ricostruzione senza il sostegno dello Stato. Per quanto riguarda in particolare il settore industriale, la Commissione accertò una grave arretratezza rispetto ai Paesi più progrediti<sup>17</sup>, con notevoli squilibri territoriali<sup>18</sup> e tendenze alla formazione di monopoli "di fatto". Fu per questo che essa fu praticamente costretta a sollecitare appositi controlli pubblici<sup>19</sup>, aprendo anche alla soluzione, in casi particolari, della nazionalizzazione<sup>20</sup>. E, quel che è più interessante notare, le stesse grandi imprese (Edison, FIAT, Ansaldo, etc.), se furono unanimi nel sottolineare i meriti del libero mercato, non mancarono quasi mai di reclamare l'esigenza di una protezione da parte dello Stato, almeno nella fase della ricostruzione<sup>21</sup>. Insomma: l'idea di una preclusione degli aiuti da parte dello Stato al fine di tutelare la concorrenza non era davvero all'ordine del giorno<sup>22</sup>.

Quanto alla *dimensione spaziale*, il divieto degli aiuti di Stato mira ad assicurare la pari concorrenza fra operatori di tutti gli Stati membri, ma questa tutela non è desumibile direttamente dalla Costituzione. In Costituzione il principio di eguaglianza impone la parità di trattamento fra gli operatori economici *nazionali*, ma non sembra affatto escludere misure discriminatorie nei confronti degli operatori *stranieri*. L'estensione agli operatori stranieri del principio di non discriminazione poteva essere imposta, dunque, solo da norme internazionali o sovranazionali, ed è quanto in concreto è avvenuto o per effetto di accordi commerciali bi o multilaterali, o per effetto della normativa comunitaria prima ed eurolunitaria poi.

Come accennato, peraltro, la nostra Costituzione non consente che l'immissione nell'ordinamento interno delle norme internazionali o la diretta operatività di quelle sovranazionali intervengano senza alcun limite. In particolare le norme internazionali incontrano il limite generale della conformità alla Costituzione, mentre quelle sovranazionali

---

<sup>16</sup> Ne fecero parte studiosi già molto noti o di successivo avvenire come Caffè, Di Nardi, Saraceno, Stammati, Steve (nominati dal Ministro), Rossi Doria (indicato dal Partito d'Azione), Grifone (indicato dal PCI), Campilli, Vanoni (indicati dalla DC), Micheli (indicato dal PSI), Papi (indicato dal PLI), etc.

<sup>17</sup> V. il quadro sintetico fornito in *Rapporto della Commissione economica. Presentato all'Assemblea Costituente*, II, vol. I, 263 sgg.

<sup>18</sup> V. i dati sulla distribuzione territoriale del capitale investito in *Rapporto*, cit., II, vol. I, 299 sg.

<sup>19</sup> *Rapporto*, cit., II, vol. I, 337.

<sup>20</sup> *Rapporto*, cit., II, vol. II, 239 sgg.

<sup>21</sup> *Rapporto*, cit., II, Appendice alla Relazione (Questionari e Monografie), 2 sgg.; 21 sgg. Nelle fasi di transizione e di ricostruzione dopo una guerra il ruolo dello Stato è più facilmente accettato e - anzi - è invocato. V., ad es., il classico W. RATHENAU, *Die Neue Wirtschaft*, Berlin, Fisher, 1921, trad. it. di G. Luzzatto, *L'economia nuova*, Bari, Laterza, 1922, 21 sgg. e 67 sgg.

La politica degli aiuti statali è sovente oggetto di critica (v., ad es., S. MICOSSI - P. PARASCANDOLO, *Impresa privata*, in AA. VV., *La costituzione economica: Italia, Europa*, a cura di C. Pinelli e T. Treu, Bologna, Il Mulino, 2010, 198), ma la critica si dovrebbe sempre articolare per fasi storiche distinte.

<sup>22</sup> Se oggi "la disciplina degli aiuti di Stato [...] consente alla Commissione di contribuire alla definizione di vere e proprie linee di politica industriale" (G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, 6ª ed., Padova, Cedam, 800), a più forte ragione quella disciplina, quando era solo nazionale, si collegava direttamente alle esigenze di ripresa e di sviluppo dopo le distruzioni della guerra.

sono tenute al rispetto dei soli principi costituzionali fondamentali, esattamente come accade - lo si è visto - per le leggi di revisione costituzionale. Sono cose ovvie ed elementari, ma mi permetto di ricordarle perché in materia di aiuti di Stato la questione probabilmente più interessante è proprio quella dell'impatto dell'azione dell'Unione sui principi costituzionali fondamentali. Per esaminarla, assumo la prospettiva delle leggi di incentivazione, che sono sempre a rischio d'essere intese come aiuti di Stato incompatibili.

### 3. Le leggi di incentivazione

Il fondamento delle leggi di incentivazione sta nel potere di governo dell'economia che l'art. 41 Cost. conferisce in via generale allo Stato<sup>23</sup>. Proprio l'ampia formulazione letterale dell'art. 41 sta a indicare la latitudine degli strumenti a disposizione dello Stato e di tutti i pubblici poteri affinché l'attività economica del privato sia opportunamente "indirizzata" e "coordinata". La triste vicenda della programmazione nel nostro Paese, spesso segnata dall'improvvisazione, non deve trarre in inganno: la politica delle incentivazioni si radica pur sempre nel potere statale di controllare e programmare (e proprio nella forma della "programmazione indicativa o per incentivi", per riprendere la felice formula di Luigi Mengoni)<sup>24</sup> l'attività economica. Un potere che non deve essere esercitato solo allo scopo di garantire al meglio l'iniziativa privata con interventi proconcorrenziali<sup>25</sup>, ma anche e forse soprattutto allo scopo di conseguire risultati socialmente apprezzabili non garantiti dal mercato. In questa prospettiva, le leggi di incentivazione non sono chiamate a ripristinare tanto l'eguaglianza sostanziale *tra operatori economici*, quanto l'eguaglianza sostanziale *tra cittadini*. Non si tratta semplicemente (o, almeno, non solo) di sostenere una certa impresa perché situata in una zona disagiata o colpita da una calamità naturale, ma di stimolare l'azione di *qualsivoglia* impresa allo scopo di garantire la parità di *chances* di sviluppo di tutto il Paese e di tutti i suoi cittadini.

**3.1.** Se le cose stanno così, i limiti *costituzionali* delle leggi di incentivazione sono, né più né meno, quelli generali che incontra qualunque legge che sia adottata usando i poteri riconosciuti dall'art. 41 Cost. Sono specifici, invece, i limiti *eurounitari* che le investono.

Come si sa, l'amplessima formulazione dell'art. 107 TFUE ("Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza"), cui si aggiunge l'interpretazione "largheggiante" della Commissione<sup>26</sup>, rende l'intera materia assai incerta<sup>27</sup>. A loro volta, gli artt. 93, 106, § 2, e 108, §§ 2 e 4, del TFUE, nei quali, come si legge nel

---

<sup>23</sup> Riprendo, qui, alcune osservazioni sviluppate nel mio *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. It.*, 2007, 28 dell'estr.

<sup>24</sup> L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in AA. VV., *Studi in onore di A. Asquini*, Padova, Cedam, 1963, III, ora in ID., *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, 1969.

<sup>25</sup> È quanto invece sostengono F. MERUSI - G.C. SPATTINI, *Economia (Intervento pubblico nell')*, in AA. VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, Vol. III, 2099.

<sup>26</sup> Per questa corretta osservazione, tra i molti, da ultimo, E. BRUTI LIBERATI, *Conclusioni*, in AA. VV., *Gli aiuti di Stato. La tutela del consumatore*, a cura di E. Bruti Liberati - M. De Focatiis - A. Travi, Milano, Wolters Kluwer, 2019, 59.

<sup>27</sup> Del resto, l'esperienza aveva insegnato che gli strumenti di cui gli Stati si erano serviti per sostenere le imprese erano del tipo più vario (v., ad es., le tipologie elencate da M. GIUSTI, *Fondamenti di diritto dell'economia*, 2<sup>a</sup> ed, Padova, Cedam, 2007, 73 sgg.), sicché "l'intento di dare al divieto la più ampia portata" (così R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale*

recentissimo “Progetto di comunicazione della Commissione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili” (*hinc inde*: “Progetto di comunicazione”), si “*precisano [...] le condizioni alle quali un aiuto di Stato è o può essere considerato compatibile con il mercato interno*” (punto 8), non contengono disposizioni di assoluta precisione. Per quanto poi qui più specificamente interessa, il medesimo ragionamento sembra valere per la Comunicazione della Commissione recante “Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell’ambiente e dell’energia 2014-2020”, sulla base della quale, come è noto, è stata resa la decisione del 7 febbraio 2018, “Aiuto di Stato SA.42011 (2017/N) - Italia - Meccanismo di regolazione delle capacità”, che ha ritenuto compatibile con il mercato interno l’aiuto allora notificato dall’Italia.

Anche la giurisprudenza della Corte di giustizia ha da tempo riconosciuto la competenza esclusiva della Commissione<sup>28</sup> e, pur avendo delimitato il campo, ha lasciato larghi margini di apprezzamento. Come ribadito in una recente pronuncia, invero, “*secondo una giurisprudenza costante della Corte, la qualificazione di una misura nazionale come aiuto di Stato richiede che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni. In primo luogo, deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali. In secondo luogo, tale intervento deve essere idoneo ad incidere sugli scambi fra Stati membri. In terzo luogo, esso deve concedere un vantaggio selettivo al suo beneficiario. In quarto luogo, esso deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza.* (v. sentenza del 21 dicembre 2016, Commissione/World Duty Free Group SA e a., C 20/15 P e C 21/15 P, EU:C:2016:981, punto 53)”<sup>29</sup>. Formule, come si vede, assai ampie e non precisamente determinate.

È necessario sottolineare che la Commissione gode di un’amplissima discrezionalità nella determinazione di ciò che costituisce aiuto di Stato vietato dal Trattato<sup>30</sup>, come dimostra il fatto che sia giunta a sindacare la “razionalità economica” delle misure scrutinate<sup>31</sup>. Del resto, un significativo margine di apprezzamento è implicato dalle stesse caratteristiche essenziali degli aiuti di Stato, che per un verso mettono a rischio la parità delle condizioni concorrenziali e la libertà di circolazione delle merci e dei capitali nel mercato unico, ma per l’altro costituiscono uno strumento irrinunciabile della politica economica e sociale dell’Unione<sup>32</sup>. Questo, però, è un tema che spetta ad altri affrontare.

---

*di diritto dell’Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2014, 634) finiva per essere inevitabile e inevitabile anche l’indifferenza alle forme di volta in volta assunte dalle misure di sostegno (analogamente, G. TESAURO, *Diritto dell’Unione Europea*, cit., 808).

<sup>28</sup> CGUE, sent. 12 luglio 1973, causa C-70/72, Commissione/Germania (“Kohlegesetz”), punto 13.

<sup>29</sup> CGUE, Sez. I, sent. 23 gennaio 2019, causa C-387/17, Presidenza del Consiglio dei Ministri c. Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA, § 36.

<sup>30</sup> Così, ad es., G. LUCHENA, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, Bari, Cacucci, 2006, 22; 47. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia v., ad es., la sent. 6 settembre 2006, Causa C-88/03, Repubblica portoghese c. Commissione, punto 99, “*la Commissione, ai fini dell’applicazione dell’art. 87, n. 3, CE, dispone di un ampio potere discrezionale il cui esercizio implica valutazioni di ordine economico e sociale che devono essere effettuate in un contesto comunitario. La Corte, nell’effettuare il controllo di legittimità sull’esercizio di tale libertà, non può sostituire la propria valutazione in materia a quella dell’autorità competente, ma deve limitarsi a stabilire se quest’ultima non sia viziata da errore manifesto o da sviamento di potere*”. Giurisprudenza, comunque, costante.

<sup>31</sup> Cfr., ad es., Decisione 96/369/CE del 13 marzo 1996, concernente un aiuto fiscale sotto forma di ammortamento a favore delle compagnie aeree tedesche, in GUCE L 146 del 20 giugno 1996, 42 (“[...] la Commissione è del parere che non rientrino fra gli aiuti di Stato quelle misure la cui diversa natura comporta una deroga alla regola generale, a condizione che la loro razionalità economica le renda necessarie o funzionali per l’efficienza del sistema”); Decisione 2015/1225/UE, in GUUE L 201 del 30 luglio 2015, 1 (“[...] Occorre altresì ricordare che, «per stabilire se lo Stato abbia adottato o no il comportamento di un investitore avveduto in un’economia di mercato, occorre porsi nel contesto dell’epoca in cui sono state adottate le misure di sostegno finanziario al fine di valutare la razionalità economica del comportamento dello Stato e occorre quindi astenersi da qualsiasi valutazione fondata su una situazione successiva»”).

<sup>32</sup> G.M. ROBERTI, *Le contrôle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales*, in AJDA, 1993, n. 6, 398.



Visto che la mia relazione dovrebbe fare da cerniera fra la dimensione costituzionale e quella europea, mi limito a mettere in evidenza un profilo problematico dell'interrelazione fra le due.

**3.2.** Premesso che la concessione di un incentivo rientra fatalmente nel perimetro concettuale dell'aiuto di Stato<sup>33</sup>, c'è un aspetto delle leggi di incentivazione che merita attenzione particolare. Si tratta del loro rapporto strettissimo con il principio dell'affidamento.

In un noto saggio del 1962 Giuseppe Guarino sostenne che esisterebbe “un particolare regime costituzionale per le leggi di incentivo che consiste nel divieto di abrogare retroattivamente le leggi stesse e nel divieto di assoggettare i destinatari delle leggi di incentivo ad oneri di carattere speciale; tale regime è garantito dall'art. 41 Cost.” (ma si desumerebbe anche dagli artt. 3 e 25)<sup>34</sup>.

Questa tesi, a lungo discussa in dottrina<sup>35</sup>, postula che le leggi di incentivazione abbiano un regime *tipico*, che le differenzierebbe da tutte le altre, imputabile alla natura stessa di tali leggi. Esse non sono altro che una manifestazione del c.d. diritto premiale, cioè di quel diritto che sceglie di assistere i propri precetti non con sanzioni negativo/afflittive, ma con provvidenze positivo/accretive. Entro la famiglia delle leggi premiali, però, le leggi di incentivazione si distinguono dalle altre perché il beneficio che prevedono non è concesso *ex post*, quale *ricompensa riconosciuta* di un'azione compiuta (positivamente *valutata in concreto* dal legislatore), bensì *ex ante*, quale *ricompensa promessa* di un'azione da compiere (positivamente *apprezzata in astratto* dal legislatore). Esse, dunque, hanno una funzione propulsiva di un comportamento umano desiderato e sono strumenti di stimolo all'esercizio dell'iniziativa o dell'attività economica privata<sup>36</sup>.

Ora, quel che è peculiare di simili leggi è ch'esse comportano una vera e propria *promessa*, un vero e proprio *impegno* dello Stato a concedere in concreto il beneficio previsto in astratto nel momento in cui l'operatore economico tiene il comportamento o realizza il fine previsto dalla legge. Esse, pertanto, generano nei destinatari uno specifico *affidamento* nell'ottenimento del beneficio *x* al realizzarsi della condizione *y*. Questo affidamento deve essere tutelato.

Che l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica sia meritevole di protezione è riconosciuto sia dalla nostra Corte costituzionale che dalla Corte di giustizia e dalla Corte EDU<sup>37</sup>. Né

---

<sup>33</sup> Sull'ampiezza di tale perimetro v. già, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la sent. 23 febbraio 1961, C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg*: “nella terminologia corrente una sovvenzione è una prestazione in danaro o in natura concessa per sostenere un'impresa indipendentemente da quanto i clienti pagano per i beni o servizi da essa prodotti; il concetto di aiuto è molto vicino al precedente e ne accentua la natura teleologica: l'aiuto sarebbe caratterizzato dal fatto di essere destinato al conseguimento di un determinato fine il quale non potrebbe essere raggiunto senza un impulso esterno. Il concetto di aiuto è tuttavia più comprensivo di quello di sovvenzione dato che esso vale a designare non soltanto delle prestazioni positive del genere delle sovvenzioni stesse, ma anche degli interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono identici effetti”.

<sup>34</sup> G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo (A proposito della questione della legittimità costituzionale della L. 27 dicembre 1953 n. 959 e della L. 30 dicembre 1959 n. 1254 sui sovracanonici elettrici)*, ora in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962 (già pubblicato l'anno precedente in *Atomo, Petrolio, Elettricità*, 3 sgg.), 174.

<sup>35</sup> Per una ripresa adesiva, tra gli altri, A. LOIODICE, *Revoca di incentivi economici ed eccesso di potere legislativo*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauo*, Milano, Giuffrè, 1968, II, 785 sgg.; per una critica, V. BACHELET, *Leggi o super-leggi di incentivazione?*, in *Giur. cost.*, 1965, 587 sgg.; per una riconsiderazione, A. PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, *ivi*, 1983, I, 2341 sgg.

<sup>36</sup> Per la distinzione fra iniziativa e attività economica, v., in particolare, M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, Giuffrè, 1956, 151; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 582 sgg.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 10 sgg.

<sup>37</sup> Senza pretesa d'eshaustività, è possibile ricordare Corte cost., sentt. nn. 206 del 2009, 103 del 2013, 216 del 2015 e 108 del 2019.

ciò può sorprendere: è sotto l'idea stessa dello Stato di diritto che giace una sovente inconfessata premessa contrattualista, perché lo Stato è inteso come il risultato di un patto fondativo tra i cittadini, interessati a darsi uno strumento di garanzia della reciproca sicurezza. L'affidamento non è che la conseguenza, in termini di situazione soggettiva, di questa premessa e la sua protezione è consustanziale allo Stato di diritto. Più ancora: poiché lo Stato moderno nasce come rimedio alla violenza distruttiva delle guerre civili e di religione e ha lo scopo di garantire ai cittadini la loro sicurezza *fisica*, non è difficile intendere che la certezza del diritto è la proiezione *giuridica* di quella sicurezza e che l'affidamento ne è a sua volta la proiezione *soggettiva*. La tutela dell'affidamento, pertanto, si connette direttamente alla parabola politica della statualità, nel cuore stesso della modernità.

Il regime specifico delle leggi di incentivazione, pertanto, non può consistere semplicemente in una loro peculiare forza passiva. Se così fosse, il legislatore potrebbe aggirarlo facilmente, non già abrogando la legge di incentivazione, ma imponendo nuovi gravami ai beneficiari degli incentivi, tali da compensarli<sup>38</sup>: non a caso, lo stesso Guarino affermava che oltre al limite dell'inabrogabilità retroattiva v'è anche quello del divieto di imporre al destinatario di una legge di incentivazione “nuovi oneri speciali”<sup>39</sup>. La specificità delle leggi di incentivazione, pertanto, sta proprio nella loro tendenziale irretrattabilità. Tendenziale, è bene precisare, perché la giurisprudenza costituzionale non sempre ha fatto valere il principio con la dovuta rigidità.

In particolare, va ricordata la sent. n. 16 del 2017, nella quale la Corte ebbe a pronunciarsi sulla costituzionalità della rimodulazione delle tariffe incentivanti gli impianti fotovoltaici (previste da specifiche convenzioni fra i produttori e il GSE) imposta dall'art. 26, comma 3, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116. In quella occasione, la Corte (limitandoci a ciò che qui specificamente interessa) ha detto che:

a) “*In linea di principio, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce un «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto»*”;

b) tuttavia, “*la tutela dell'affidamento non comporta che, nel nostro sistema costituzionale, sia assolutamente interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata*”;

c) le modificazioni, comunque, “*«al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza pubblica [recte: giuridica]» (sentenza n. 822 del 1988 [...])*”;

d) dette modificazioni, in particolare, sono legittime se, in ragione del contesto di fatto e di diritto, potevano essere prevedibili;

e) “*una mutazione ex lege dei rapporti di durata deve ritenersi illegittima quando incide sugli stessi in modo, appunto, «improvviso e imprevedibile» (sentenze n. 64 del 2014 e n. 302 del 2010)*”;

---

Quanto alla Corte di giustizia, sia sufficiente richiamare almeno le sentt. CGUE 14 maggio 1975, *CNTA c. Commissione* (Causa C-74/74; ECLI:EU:C:1975:59), CGUE 21 settembre 1983, *Deutsche Milchkontor GmbH e altri c. Repubblica federale di Germania* (Cause riunite da 205/82 a 215/82; ECLI:EU:C:1983:233) e CGUE .8 novembre 2018, *Cartrans Spedition SRL c. Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Ploiești e altri* (causa C-495/17; ECLI:EU:C:2018:887).

Per la Corte EDU si veda, *ex multis*, sent. 15 aprile 2014, *Stefanetti e altri c. Italia* (resa sui ricorsi nn. 21838/10 *et al.*).

<sup>38</sup> Per questa esatta osservazione, già F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, 18 sg.

<sup>39</sup> G. GUARINO, *Sul regime costituzionale*, cit., 174.

f) la “*rimodulazione dell’incentivo*” è meno sospetta di illegittimità se “*non incide radicalmente sugli investimenti effettuati [...], ma appare viceversa declinata in modo da tener conto della loro sostenibilità*” e se è “*accompagnata da benefici compensativi*”, sicché gli investimenti “*restano [...] salvaguardati dalla gradualità della rimodulazione, dalle varietà delle opzioni previste dalla legge e dalle misure compensative (che consentono di attenuare l’incidenza economica della riduzione dell’incentivazione), restandone, pertanto, assicurata l’equa remunerazione*”.

Sulla base di queste premesse la Corte ha “assolto” la normativa censurata, ma non si può fare a meno di notare che indirizzo opposto è stato seguito in sede internazionale. Per fare un solo esempio, il Tribunale arbitrale, nella decisione del 23 dicembre 2018 sul procedimento n. 2015/095, *Greentech Energy Systems A/S e altri c. Repubblica Italiana*, ha affermato che l’art. 26, comma 3, del d.l. n. 91 del 2014 viola l’art. 10(1) dell’Energy Charter Treaty (ECT), che impone di “*encourage «stable, equitable, favourable and transparent» conditions for investors to make investments*” (§ 446), perché “*At the time of investing, Claimants had been led to believe, reasonably, that the incentive tariffs would remain the same as promised in the Conto Energia decrees, GSE letters and GSE Agreements throughout a twenty-year period*” (§ 447). In effetti, “*Host states certainly retain the sovereign prerogative to amend their laws. However, if the state gives an investor express assurances that no amendment would occur, the investor must be fairly compensated if those assurances are violated*” (§ 452). E, nella specie, “*Respondent failed to accord fair and equitable treatment (FET) to Claimants, impaired Claimants’ investments by unreasonable measures*”. La stessa premessa maggiore da cui ha preso le mosse la nostra Corte, come si vede, ma una diversa premessa minore e - conseguentemente - una diversa chiusura del sillogismo.

**3.3.** Ora, se questi sono i principi da osservare in tema di rapporto fra scorrere del tempo e leggi di incentivazione, appare evidente che la questione si pone in modo affatto particolare quando un’incentivazione prevista dalla legge sia revocata a causa della pronuncia della Commissione europea sulla sua natura di indebito aiuto di Stato. In questo caso, infatti: a) la revoca<sup>40</sup> ha effetto *ex tunc* e - come da tempo ha stabilito la Corte di giustizia -<sup>41</sup> obbliga al recupero degli aiuti incompatibili ai sensi del regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio (Regolamento “recante modalità di applicazione dell’articolo 108 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea”, in genere citato come “Regolamento di procedura”), che ha sostituito il regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio; b) lo Stato non ha alcuna possibilità di modulare o compensare il pregiudizio, perché l’aiuto va rimosso in radice, senza alcuna salvaguardia accessoria per il beneficiario. In questa prospettiva, a mio avviso, si pone un delicato problema di diritto costituzionale, che esibisce sia un risvolto processuale che uno sostanziale.

**3.3.1.** Sul piano processuale, la questione riguarda il diritto di difesa in giudizio di chi è pregiudicato dalla decisione della Commissione. La questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale in una recente pronuncia, nella quale essa si è occupata dell’analoga questione della posizione di chi aveva subito la revoca di un indennizzo (per l’abbattimento di bestiame), dichiarato aiuto di Stato da parte della Commissione<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Che si tratti tecnicamente di “revoca” può essere oggetto di discussione. Il lemma, dunque, è impiegato in senso generico.

<sup>41</sup> CGUE, sent. 11 dicembre 1973, causa C-120/73, *Lorenz GmbH/Repubblica federale tedesca e altri*, punti 3 e 4.

<sup>42</sup> Corte cost., sent. n. 142 del 2018.

Il giudice remittente dubitava della costituzionalità di varie norme di legge (ivi compresa una della l. n. 130 del 2008, recante ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona), dolendosi, *“nella sostanza, del fatto che, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, il giudice nazionale sia vincolato dalle decisioni della Commissione europea (e, in particolare, dalle decisioni in materia di aiuti di Stato) [...] In questo modo, il giudice finirebbe per essere assoggettato alle determinazioni assunte da autorità amministrative europee [...] in violazione dei principi supremi di soggezione del giudice soltanto alla legge e di indipendenza della magistratura (artt. 101 e 104 Cost.), e con compromissione, altresì, del diritto di accesso del cittadino a un giudice indipendente e imparziale, desumibile dall’art. 24 Cost. e qualificabile anch’esso come principio supremo dell’ordine costituzionale”*<sup>43</sup>.

La Corte ha dichiarato la questione (oltre che in parte inammissibile) infondata. È vero, infatti, che in materia di qualificazione e ammissibilità degli aiuti di Stato vi è una *“competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice dell’Unione, con la conseguenza che ai giudici nazionali non è consentito pronunciarsi sul punto”*, ma non è meno vero che *“i giudici nazionali possono interpretare e applicare la nozione di «aiuto di Stato» per valutare se un provvedimento adottato senza seguire il procedimento di controllo preventivo debba esservi o meno soggetto, salva restando, in caso di dubbio, la possibilità di chiedere chiarimenti alla Commissione o, in alternativa, di sottoporre la questione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia”* (§ 4.1.). Ciò significa che la violazione dei parametri costituzionali invocati va esclusa perché:

a) *“L’art. 263 TFUE consente, in effetti, di proporre il ricorso di annullamento non solo agli Stati membri e alle istituzioni europee (paragrafo 2), ma anche ai privati («[q]ualsiasi persona fisica o giuridica»), quando si tratti di atti adottati nei loro confronti, o che li riguardino «direttamente e individualmente» (paragrafo 4)”* (§ 4.3.);

b) qualora il privato interessato non sia individualmente attinto dalla decisione della Commissione, ma faccia semplicemente parte di una più vasta categoria che ne risulta pregiudicata, egli *“può contestare, comunque sia – indipendentemente dal termine per il ricorso di annullamento – la sua validità davanti ai giudici nazionali, affinché chiedano alla Corte di pronunciarsi al riguardo con domanda pregiudiziale”* (§ 4.4.).

In sostanza: nel contesto di un *“sistema di tutela giurisdizionale dell’Unione, fondato su due livelli – europeo e nazionale – tra loro comunicanti”*, che deve considerarsi *“completo e coerente”*, si deve riconoscere che *“il privato che vi abbia interesse beneficia, comunque sia, (almeno) di un rimedio processuale per far valere l’illegittimità delle decisioni della Commissione”* (§ 4.4.).

**3.3.2.** Assai più delicate le questioni che si pongono sul piano sostanziale. Qui, come si è detto, il pregiudizio subito dal privato non può essere evitato o ridotto con indennizzi o misure compensative, perché adottandole si finirebbe per reintrodurre dalla finestra l’aiuto di Stato cacciato dalla porta. Purtuttavia, si deve ricordare che l’art. 16, §1, del ricordato “Regolamento di procedura” non dispone solo che *“Nel caso di decisioni negative relative a casi di aiuti illegali la Commissione adotta una decisione con la quale impone allo Stato membro interessato di adottare tutte le misure necessarie per recuperare l’aiuto dal beneficiario («decisione di recupero»)”*, ma aggiunge anche che *“La Commissione non impone il recupero dell’aiuto qualora ciò sia in contrasto con un principio*

---

<sup>43</sup> Così la sintesi delle censure fatta dalla stessa sent. n. 142 del 2018 al § 2 del *Considerato in diritto*.



*generale del diritto dell'Unione*". Un margine per temperare l'obbligo di recupero, dunque, c'è. Ci sono anche però, tre problemi, che emergono dalla lettura del già citato Progetto di comunicazione.

Il primo è che *"Né il TUE né il TFUE identificano o elencano i principi generali del diritto dell'Unione che invece gli organi giurisdizionali dell'Unione hanno ricavato dai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri"* (punto 29), sicché i margini di incertezza sono notevoli<sup>44</sup>. Il secondo è che *"Gli organi giurisdizionali dell'Unione hanno formulato un'interpretazione restrittiva del principio della certezza del diritto, accettando che il recupero possa essere limitato solo in circostanze eccezionali che devono essere valutate caso per caso"* (punto 32), con la conseguenza che i margini di deroga all'obbligo di recupero sono limitati. Il terzo è che *"in caso di violazione dell'obbligo di sospensione il beneficiario dell'aiuto non può nutrire un legittimo affidamento sulla legalità della concessione dell'aiuto salvo in circostanze eccezionali. Infatti, un operatore economico diligente deve normalmente essere in grado di accertarsi che l'aiuto sia stato debitamente autorizzato dalla Commissione. Questo principio si applica anche alle piccole imprese"* (punto 38). Un'affermazione, questa, che sembra non considerare il livello di complicazione, se non di confusione, del diritto (anche eurounitario) vigente e altresì sopravvalutare le capacità di orientamento, in questo ginepraio, delle piccole imprese (ma anche le più grandi, come si sa bene, hanno grandissime difficoltà di ricostruzione del quadro normativo)<sup>45</sup>. Se poi si aggiunge che nemmeno una precedente decisione della Commissione è in grado di generare affidamento meritevole di tutela, che - almeno in presenza di certe specifiche condizioni -<sup>46</sup> nemmeno il giudicato può opporsi all'applicazione della decisione di recupero e che la stessa condizione di insolvenza del beneficiario non lo "salva" dal recupero, la questione si fa davvero preoccupante.

Cosa fare, dunque, quando questa interpretazione restrittiva della tutela della certezza del diritto e dell'affidamento, che, nonostante alcuni sbandamenti del giudice nazionale, non sembra in armonia con l'indirizzo prevalente nel nostro ordinamento<sup>47</sup>, impedisce di dare una qualche soddisfazione ai destinatari della decisione di recupero? A me sembra che in questa ipotesi la sola strada praticabile (sebbene - come vedremo - non risolutiva) possa essere quella dell'azione di responsabilità nei confronti dello Stato per aver ingenerato un affidamento poi non onorato.

Si sa bene che la responsabilità dello Stato per violazione della normativa europea è stata riconosciuta dalla giurisprudenza comunitaria a partire dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Francovich*, quando si affermò che *"sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme*

---

<sup>44</sup> Questo, peraltro, è un problema generale della disciplina degli aiuti di Stato. Come è stato recentemente osservato, infatti, essa, di per sé, "introduce anche elementi di incertezza per le imprese" (A. TRAVI, *Note introduttive al tema degli aiuti di Stato*, in AA. VV., *Gli aiuti di Stato. La tutela del consumatore*, cit., 4).

<sup>45</sup> Sulla particolare posizione delle piccole imprese, C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, Torino, Giappichelli, 2012, 274.

<sup>46</sup> Sul punto, v. le indicazioni di C. SCHEPISI, *L'autonomia del giudice nazionale e il principio del giudicato nella materia degli aiuti di Stato: un tentativo di approccio coerente e sistematico*, in *dUE*, n. 4/2014, spec. 756 sgg. sui profili di differenza tra la sentenza *Lucchini* (CGUE, sent. 18 luglio 2007, Causa C-119/05, *Ministero dell'Industria c. Lucchini*) e le altre pronunce della Corte di giustizia in materia (ma già prima, della stessa A., *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, cit. 348 sgg.). *Ivi*, 766, l'osservazione che dalla giurisprudenza del giudice dell'Unione emerge "un approccio di tipo casistico".

<sup>47</sup> Osserva che "la valutazione [...] di circostanze eccezionali che possano ostare al recupero dell'aiuto - tra le quali, *in primis*, il legittimo affidamento delle imprese - non potrà essere condotta sulla base dei parametri interni ma alla luce delle indicazioni degli organi dell'Unione europea" C. SCHEPISI, *Gli effetti delle decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato sui poteri del giudice nazionale*, in AA. VV., *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, a cura di G. Tesaurò, Napoli, ES, 2013, 395.



comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro”<sup>48</sup>. Successivamente, nella sentenza *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, la Corte ha affermato che “la circostanza che, per effetto delle norme interne, l’inadempimento contestato sia imputabile al legislatore nazionale non può compromettere le esigenze relative alla tutela dei diritti dei singoli che fanno valere il diritto comunitario e, nel caso di specie, il diritto di ottenere dinanzi ai giudici nazionali la riparazione del danno originato dal detto inadempimento” (§§ 35 sg.)<sup>49</sup>.

Ora, è evidente che un simile indirizzo non potrebbe essere esteso *sic et simpliciter* alla questione che ho posto, perché nella specie la responsabilità insorgerebbe, in realtà, per la sopravvenuta e coatta *osservanza*, dopo l’iniziale *violazione*, del diritto eurounitario. Ci troviamo, dunque, in una situazione speculare.

Non basta. Un ulteriore ostacolo deriva dal fatto che, mentre la nostra giurisprudenza nazionale ha seguito pienamente quella della Corte di giustizia nell’ipotesi di responsabilità da attività legislativa violativa del diritto eurounitario<sup>50</sup>, ha escluso la responsabilità statale da esercizio di attività legislativa nell’ipotesi di violazione del diritto interno (cioè della Costituzione)<sup>51</sup>. Qui, come abbiamo visto, il diritto eurounitario non sarebbe inciso e vi sarebbe solo violazione del diritto interno per il profilo della lesione dell’affidamento, violazione inidonea a legittimare la responsabilità da attività legislativa.

In realtà, una delle sentenze appena ricordate in nota indica implicitamente la strada da percorrere<sup>52</sup>. Come allora si era esclusa la responsabilità di un Consiglio regionale e dei suoi componenti per l’attività legislativa, ma la si era prospettata per quella amministrativa, lo stesso dovrebbe valere qui. La responsabilità dello Stato, infatti, non sorgerebbe dall’adozione della legge incentivante poi dichiarata contraria al diritto dell’Unione, bensì dall’inosservanza dell’obbligo di notificazione (e quindi di *standstill*) imposto dall’art. 93, par. 3, del Trattato CE, poi divenuto art. 88, par. 3, CE, e ora art. 108, par. 3, TFUE. L’interessato, dunque, potrebbe far valere una comune responsabilità da (omissione di) atto amministrativo, senza alcun problema di interferenza con l’attività legislativa<sup>53</sup>. Né lo Stato potrebbe - paradossalmente - opporre il suo proprio affidamento, perché, come la Corte di giustizia ha recentemente osservato, il principio della tutela del legittimo affidamento non può essere invocato da “un soggetto che abbia commesso una violazione del diritto vigente” e “nel caso in cui siano state concesse sovvenzioni in violazione dell’obbligo di previa notifica di cui all’articolo 93, paragrafo 3, del Trattato CEE, gli enti statali non possono avvalersi

---

<sup>48</sup> CGUE, sent. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e 9/90, *Francovich e altri*.

<sup>49</sup> CGUE, sent. 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*.

<sup>50</sup> Cfr., ad es., sentt. Cass. civ., Sez. Un., 17 aprile 2009, n. 9147; Cass. civ., Sez. III, sentt. 22 marzo 2012, n. 4538 e 5 aprile 2012, n. 5533; nella giurisprudenza di merito, *ex plurimis*, Trib. Roma, Sez. II, sentt., 16 maggio 2018 e 7 novembre 2018; nella giurisprudenza amministrativa, TAR Campania, Sez. II, sent. 7 giugno 2013, n. 3027.

<sup>51</sup> Cfr., ad es., le sentt. Cass. civ., Sez. Un., 14 maggio 2014, n. 10416; Cass. civ., Sez. Un., 19 maggio 2016, n. 10319; Cass. civ., Sez. III, 22 novembre 2016, n. 23730.

<sup>52</sup> Cass. civ., Sez. Un., 14 maggio 2014, n. 10416, cit.

<sup>53</sup> Non si può comunque negare che fra l’attività legislativa e quella amministrativa vi sia una sostanziale continuità. Non a caso, la Corte costituzionale, con le sentt. nn. 299 del 2013 e 179 del 2015 ha dichiarato costituzionalmente illegittime due leggi regionali (della Regione Abruzzo e della Regione Marche) anche perché non si era provveduto alla comunicazione del progetto di legge alla Commissione. Questo indirizzo, peraltro, apre un ulteriore e delicato problema, visto che il progetto non è la legge e ch’esso può sempre subire emendamenti, con la conseguenza che, nel caso di misura legislativa, l’eventuale assenso della Commissione al progetto non sembra poter comportare un inammissibile vincolo alla facoltà di emendamento in capo alle assemblee rappresentative.

*del principio della tutela del legittimo affidamento*<sup>54</sup>. Certo, la fattispecie allora scrutinata era quella - inversa e “tipica” nella prospettiva del diritto eurounitario - dell’azione risarcitoria proposta dall’operatore economico danneggiato dall’attribuzione di un incentivo erogato all’operatore concorrente, ma la logica dell’affermazione dovrebbe valere anche nel caso che stiamo esaminando.

Il problema più delicato, tuttavia, sta in ciò che, riconoscendo all’interessato il diritto al risarcimento del danno, si finisce per raggiungere proprio quel risultato che, come abbiamo detto, non può essere perseguito, cioè la reintroduzione dalla finestra dell’aiuto di Stato cacciato dalla porta. La conseguenza è che il risarcimento non potrà mai equivalere al pregiudizio economico *diretto* conseguente alla revoca dell’incentivo, ma solo al pregiudizio *indirettamente* derivatone. Quali debbano esserne i confini, peraltro, è incerto. Se, infatti, potrebbero rientrare nel suo perimetro la perdita di avviamento, la perdita di clientela e altre voci similari<sup>55</sup>, è legittimo chiedersi se possa esservi ricompresa la mancata remunerazione degli investimenti fatti unicamente in ragione dell’ottenimento o della prospettiva dell’indennizzo, visto che qui ci si potrebbe chiedere se non si finisca per reintrodurre, nella sostanza, il revocato aiuto di Stato. Sul piano dei principi del diritto interno, dunque, il problema resta tutto, perché non sembrano esservi strumenti adeguati di risarcimento del danno patito da un soggetto incolpevole.

Una volta di più, diritto interno e diritto eurounitario si dimostrano sistemi capaci di armonica coesistenza, che tuttavia conoscono non poche e non marginali fattispecie di pericolosa divergenza, di tutt’altro che semplice composizione.

---

<sup>54</sup> CGUE, Sez. I, sent. 23 gennaio 2019, causa C-387/17, *Presidenza del Consiglio dei Ministri c. Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA*, cit. §§ 68 e 70.

<sup>55</sup> È già stato correttamente osservato che “Il danno eventualmente risarcibile dovrebbe, dunque, essere un danno diverso ed ulteriore rispetto alla mera restituzione dell’aiuto” (così C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, cit. 273, la quale prospetta l’ipotesi ch’esso derivi “dalla perdita di chances per non aver, ad esempio, accettato un contratto o partecipato a gare o aver rinunciato ad altre agevolazioni fiscali, invece lecite”).