

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il riparto di giurisdizione per l'applicazione degli artt. 107 e 108 § 3 TFUE

Sommario: I. LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SECONDO LA RIFORMA. – II. LE CONTROVERSIE DEVOLUTE ALLA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA. – 1. Le controversie su atti e provvedimenti di recupero, adottati in esecuzione di una decisione della commissione, ai sensi dell'art. 14 Reg. 659/99 – 2. L'oggetto proprio della giurisdizione esclusiva: le situazioni giuridiche configurabili a proposito del recupero. – 3. In particolare, la formula *“a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso”*. – 4. Riepilogo: il limite della giurisdizione esclusiva sugli atti di recupero emessi in esecuzione di una decisione della commissione – III. LE CONTROVERSIE RELATIVE AD ATTI E PROVVEDIMENTI DI CONCESSIONE DELL'AUTO, IN VIOLAZIONE DELL'ART. 108 § 3 TFUE. – IV. LA GIURISDIZIONE *“ESCLUSIVA”* E I RAPPORTI CON LA GIURISDIZIONE ORDINARIA E TRIBUTARIA. – V. (*Segue*) DUBBI SULLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA NORMA E IPOTESI SULLA GIURISDIZIONE ORDINARIA.

I. LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SECONDO LA RIFORMA

La legge 24 dicembre 2012 n. 234 – *Norme sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle Politiche dell'Unione europea* – dedica un apposito capo alla disciplina degli aiuti di Stato (artt. 44 ss.) e, in particolare, introduce una novità, l'art. 49, intitolato «giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo». Questa norma istituisce la giurisdizione esclusiva sopra un duplice oggetto: gli atti di concessione degli aiuti di Stato, non comunicati alla Commissione, in violazione dell'art. 103 § 3 TFUE; e gli atti e i provvedimenti di recupero dell'aiuto, adottati dalle pubbliche amministrazioni italiane in esecuzione dell'art. 107 TFUE e dell'art. 14 Reg. (Ce) 1999 n. 659. L'art. 49 l. 234/2012 inserisce questa ipotesi di giurisdizione esclusiva nel co-

dice del processo amministrativo, nell'art. 133 – lettera *z-sexies*, nell'elenco dei casi di giurisdizione esclusiva ivi contemplati. Però la norma dell'art. 49 aggiunge una precisazione essenziale: questa giurisdizione esclusiva vale «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso». In questo modo la norma raggiunge un effetto fondamentale: la “concessione” di aiuti non notificati e il “recupero” di aiuti incompatibili diventano materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Soprattutto, secondo la formula «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso», il recupero di «qualsiasi» aiuto finisce per appartenere alla giurisdizione amministrativa. Di conseguenza, tutta la materia è sottratta alla giurisdizione ordinaria e tributaria; e la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo diventa la giurisdizione unica di questa materia¹. Su questo risultato potrebbero nascere alcuni dubbi di costituzionalità, assieme ai noti limiti della giurisdizione esclusiva, donde la possibilità di tornare, in parte, alla giurisdizione ordinaria (v. *infra* § V). In ogni caso, stando al testo dell'art. 49 l. 234/2012, la giurisdizione esclusiva sembra sovrapporsi alla giurisdizione ordinaria. Questo effetto è confermato dall'art. 61 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, rubricato «abrogazioni e modificazioni»: abrogando l'art. 1 del decreto-legge 8 aprile 2008 n. 59², l'art. 61 l. 234/2012 elimina la giurisdizione ordinaria; mentre, abrogando l'art. 47-*bis* del decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546, l'art. 61 elimina la giurisdizione tributaria (v. *infra* § IV). Siffatta abrogazione, in fondo, corrisponde alla natura della nuova giurisdizione: l'art. 49 istituisce una giurisdizione

¹ Quindi la materia è sottomessa alla disciplina generale del codice del processo amministrativo e all'art. 7, comma 5: «nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'art. 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie

nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi».

² Articolo convertito, con modificazioni, dalla legge 6 giugno 2008 n. 101, come modificato dall'art. 34, comma 8, del decreto legislativo 1 settembre 2011 n. 150.

che, per definizione costituzionale (art. 103 Cost.), è «esclusiva» e che, inoltre, può avere ad oggetto sia diritti soggettivi che interessi. Non deve quindi meravigliare che istituendo una giurisdizione esclusiva l'art. 49 si accompagni – e vada letto assieme – alla volontà dell'art. 61 di abrogare le giurisdizioni diverse (ma su i dubbi di costituzionalità v. *infra* § V). Questo permette di vedere la *ratio* profonda della norma: considerare la concessione e il recupero dell'aiuto come una materia, donde una giurisdizione sola, una *reductio ad unum*, escludendo le altre giurisdizioni nazionali, superando le molteplici discipline sostanziali. Il che diventa visibile anche nella formula propria dell'art. 49, davvero caratterizzante: «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso». Questo segna il *proprium* della norma di riforma, la sua peculiare efficacia (v. *infra* § II), ma anche il sorgere di alcuni dubbi di costituzionalità (v. *infra* § V). In ogni caso, questo carattere va oltre il piano processuale. Difatti la norma ha un preciso riflesso sostanziale: si vedrà che l'art. 49 l. 234/2012, devolvendo alla giurisdizione esclusiva «atti e provvedimenti di recupero», ne esige l'identificazione e la disciplina: atti e provvedimenti di recupero si individuano secondo l'art. 48 l. 234/2012 e sono il decreto di recupero adottato dal Ministro competente per materia, o dall'ente territoriale competente; e, poi, le procedure di riscossione, che l'art. 48 affida alla società Equitalia; inoltre, sempre la previsione dell'art. 48 identifica sia il contenuto sia il valore del provvedimento di recupero: l'atto accerta i destinatari, determina quanto sia dovuto e vale come titolo esecutivo (v. *infra* § II).

Per questi caratteri, si può dire che l'art. 49, assieme all'art. 48 ed all'art. 61 l. 234/2012, stabilisca un piccolo sistema. Segna una disciplina sostanziale e processuale del recupero e ne fa una materia. Si presenta come la norma della materia. Per questo sostituisce le discipline previgenti, elimina le giurisdizioni diverse e così i problemi del passato: i conflitti di competenza tra amministrazioni nazionali titolari dell'azione di recupero, le difficoltà nel distinguere le controversie su diritti, interessi e poteri connessi al recu-

pero, le conseguenti difficoltà nel riparto tra giurisdizione ordinaria, amministrativa, tributaria. In questa prospettiva l'art. 49 appare come norma generale, sopravvenuta, sistematica. E in questa luce il suo oggetto va inquadrato, assieme ai dubbi di costituzionalità (v. *infra* § V).

II. LE CONTROVERSIE DEVOLUTE ALLA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA

Secondo l'art. 49 l. 234/2012, le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sono di due tipi:

i) quelle relative agli «atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di stato in violazione dell'art. 108, paragrafo 3, del Trattato»;

ii) quelle relative agli «atti e ai provvedimenti» di recupero, adottati «in esecuzione di una decisione della Commissione, ai sensi dell'art. 14 del regolamento (Ce) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso».

Si tratta di due categorie profondamente diverse. L'una riguarda la concessione dell'aiuto, l'altra il recupero dell'aiuto di Stato. Quindi se ne scinde la trattazione. Per un primato logico, conviene iniziare dal recupero sugli aiuti dichiarati incompatibili ai sensi dell'art. 107 TFUE e dell'art. 14 Reg. 659/1999, rinviando ad un momento successivo l'esame degli atti di concessione di aiuti in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE; tuttavia, si avverte subito che è su quest'ultima categoria di controversie che potrebbe affacciarsi l'ipotesi della giurisdizione ordinaria (v. *infra* § V).

1. *Le controversie su atti e provvedimenti di recupero, adottati in esecuzione di una decisione della commissione, ai sensi dell'art. 14 reg. 659/99.* – Secondo l'art. 49 l. 234/2012, ovvero secondo l'art. 133, lett. *z-sexies* - c.p.a, sono devolute alla giurisdizione esclusiva le controversie relative agli «atti e provvedimenti», adottati «in esecuzione di una decisione di recupero» fondata sull'art. 14 Reg. 1999/659. Questi atti e provvedimenti sono quelli dell'art. 48 della legge stessa, rubricato «Proce-

di recupero»: precisamente, sono il «decreto» di «recupero» adottato dal «ministro competente per materia», avente valore di «titolo esecutivo» (comma 2, art. 48), e la conseguente «riscossione», affidata alla società Equitalia (comma 1, art. 48)³. In particolare, leggendo l'art. 49 assieme all'art. 48, il termine «provvedimenti» dell'art. 49 corrisponde al «decreto» di recupero dell'art. 48, mentre il termine «atti» corrisponde alla procedura di «riscossione» affidata alla società Equitalia dalla norma dell'art. 48. Quindi, a oggetto della giurisdizione vi sono il provvedimento di recupero e la procedura di riscossione. Si deve aggiungere, considerando la prassi amministrativa, che il provvedimento di recupero suole essere preparato da provvedimenti di annullamento o di revoca dell'atto amministrativo che concedeva l'aiuto, sicché anche questi atti di autotutela saranno parte intrinseca del recupero e quindi oggetto della giurisdizione esclusiva.

In sintesi, in un solo quadro, i provvedimenti di recupero e gli atti della riscossione diventano un oggetto solo, «materia» di giurisdizione amministrativa esclusiva.

2. *L'oggetto proprio della giurisdizione esclusiva: le situazioni giuridiche configurabili a proposito del recupero.* – Per principio costituzionale (art. 103 Cost.), la giurisdizione esclusiva suppone una «materia» identificata dalla legge. Questa «materia» consiste di situazioni giuridiche soggettive e di rapporti (che poi sono la ragion d'essere della giurisdizione esclusiva). Precisamente, in questo caso, nel soggetto privato si configura un diritto soggettivo all'aiuto, fondato sulla legge italiana e sugli atti amministrativi che l'avevano concesso; di contro, nell'Amministrazione pubblica italiana, si configura il dovere giuridico di recuperare. Su questo dovere servono alcune precisazioni, per identificare l'oggetto e il limite di questa

giurisdizione esclusiva (sul limite della giurisdizione v. 4).

Il dovere di recupero ha fonte nel diritto dell'Unione: è imposto dall'art. 107 TFUE, dall'art. 14 Reg. 1999/659 e dalla decisione della Commissione, «obbligatoria in tutti i suoi elementi» (art. 249 TFUE). Così da queste norme si trae che non la discrezionalità dello Stato bensì la necessità determina il recupero: l'aiuto è vietato dal diritto dell'Unione e quindi dev'essere recuperato. Pertanto il dovere di recupero è il riflesso immediato del divieto comunitario di aiuti statali.

Questo divieto-dovere configura, *ab origine*, l'indebito: l'aiuto percepito non è dovuto, l'atto nazionale che istituisce l'aiuto è illegittimo, mentre la situazione giuridica del beneficiario non è meritevole di tutela⁴.

Da questa situazione giuridica nascono le situazioni giuridiche conseguenziali: il dovere di recupero dell'Amministrazione nazionale, il conseguente potere amministrativo di recupero in via di autotutela, sotto forma di provvedimento amministrativo di ripetizione; e, d'altro lato, l'obbligazione di restituzione che sorge in capo al beneficiario dell'aiuto.

Questa configurazione si riflette con precisione nelle norme dell'art. 49 e dell'art. 48 l. 234/2012: dal dovere giuridico di recupero nascono atti e provvedimenti di recupero definiti in «esecuzione». Per questo, nell'art. 48 e nell'art. 49, gli atti di recupero e di riscossione, in «esecuzione», sono volti a soddisfare il divieto di aiuto ed il connesso dovere di recupero; e soprattutto, per la forza giuridica primaria ad essi derivante dal diritto dell'Unione, possono operare un affievolimento del diritto soggettivo del beneficiario e un superamento degli atti giuridici dello Stato nazionale che quel diritto fondavano. In fondo, è un esempio di primato del diritto dell'Unione e di relativa disapplicazione del diritto nazionale (v. *amplius* n. 4). Ed è spiegabile per l'interesse

³ La norma dell'art. 48, comma 2, precisa inoltre che «Nei casi in cui l'ente competente è diverso dallo Stato, il provvedimento di cui al comma 2 è adottato dalla regione, dalla provincia autonoma o dall'ente territoriale competente. Le

attività di cui al comma 1 sono effettuate dal concessionario per la riscossione delle entrate dell'ente territoriale interessato».

⁴ *Ex multis*, Corte di giustizia 8-11-2001 - C-143/99, *Adria Wien Pipeline*.

comunitario superiore, che può affievolire quel diritto soggettivo che, invece, è protetto da una norma nazionale e che ha ad oggetto il beneficio ricevuto, in contrasto con il divieto comunitario di aiuto statale.

Così, affievolimento e disapplicazione sono i fenomeni propri di questo particolare caso del recupero sottoposto a giurisdizione esclusiva. Difatti, configurano quel tipico intreccio di interessi, pubblici e privati, nonché di poteri, dell'Amministrazione e del soggetto privato, che nel diritto amministrativo italiano giustifica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sì da configurare una «materia» che per natura ha ad oggetto sia diritti che interessi (art. 103 Cost.). Questo carattere è destinato ad influenzare il processo che si svolgerà in giurisdizione esclusiva e soprattutto l'ampiezza del sindacato di legittimità e delle forme di tutela che il privato potrà ottenere (v. n. 3).

3. *In particolare, la formula* “a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso”. – Della giurisdizione esclusiva sul recupero, la formula dell'art. 49 l. 234/2012 «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso» costituisce il carattere essenziale: sottopone qualsiasi recupero controverso al giudice amministrativo. In questo modo configura la giurisdizione esclusiva come giurisdizione generale della materia «recupero». In particolare, questa formula ha due significati giuridici, da leggere assieme, ai fini della giurisdizione:

i) Anzitutto la formula «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso» richiama la formula dell'art. 107 TFUE, che vieta aiuti «sotto qualsiasi forma». Denota la molteplicità delle forme di aiuto sottoponibili a recupero e, ora, alla giurisdizione esclusiva. In questo la giurisprudenza della Corte di giustizia è chiara: l'aiuto può manifestarsi sotto forma di agevolazione, di riduzione di costi, di sgravio; può avere natura fi-

scale, sociale, di finanziamento pubblico, di agevolazione creditizia; può essere prestabilita in una legge, in un regolamento amministrativo, in un provvedimento amministrativo generale; usualmente, nel diritto italiano, l'aiuto è reso fruibile al destinatario – ed entra nella sua sfera giuridica – attraverso un provvedimento amministrativo di concessione, basato su norme legislative o regolamentari⁵.

Ne discende che tale formula ribadisce un fondamentale effetto: il recupero colpisce aiuti che si manifestano in «qualsiasi forma». E dunque la formula porta a configurare una controversia tipica di questa giurisdizione: un'amministrazione pubblica italiana – quella che provvede al recupero – che si contrappone al beneficiario e ad un'altra amministrazione italiana – quella che l'aiuto aveva concesso – e porta, altresì, a configurare la possibilità di un provvedimento amministrativo – quello di recupero – che supera e disapplica una norma legislativa e i relativi atti amministrativi – quelli che l'aiuto avevano istituito ed elargito.

ii) Inoltre la formula, nella parte in cui vuol prescindere dalla «forma» dell'aiuto, corrisponde al principio comunitario dell'irrilevanza dello scopo e della massima rilevanza dell'effetto. In questo senso, in luce comunitaria, la formula «a prescindere dalla forma» indica che è irrilevante lo scopo o la causa che lo Stato nazionale perseguiva con l'atto giuridico che istituiva l'aiuto; e, d'altro lato, la formula significa che è rilevante solo l'effetto che l'aiuto crea: quello di favorire i destinatari e di sfavorire i concorrenti, falsando la competizione nel mercato⁶. Questo principio è apprezzato anche dal giudice amministrativo italiano, che, riconducendolo all'esigenza espressa nel XIII considerando del regolamento 1999/659, per cui «occorre ripristinare la concorrenza effettiva», lo mette a fondamento delle sue decisioni: il recupero e l'esecuzione sono «coessenziali all'effettività della concorrenza»⁷.

⁵ Inoltre, la formula «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso» si ritrova anche nell'art. 48, a rafforzare l'idea che il recupero prescinde dal “soggetto”.

⁶ V. ad es., Corte di giustizia 5-10-1999 - C-251/1997, *Francia c. Commissione*

⁷ Tar Lazio, sez. II, 11 gennaio 2005 n. 167 - su cui v. *amplius* § VI.

In sintesi, la formula, nei due significati appena messi in luce *sub i)* e *sub ii)*, sta a designare che il recupero è sottoposto alla giurisdizione amministrativa, quale che sia la forma dell'aiuto sottostante, a prescindere dalla molteplicità dei soggetti, degli atti, delle forme e dei rapporti di aiuto, e a designare il fatto che tutti quei vari e diversi aspetti si compongono in un oggetto solo, una materia, mentre la controversia si concentra su di un punto solo, il provvedimento di recupero, sottoposto ad una giurisdizione unica, quella amministrativa esclusiva.

4. *Riepilogo: il limite della giurisdizione esclusiva sugli atti di recupero emessi in esecuzione di una decisione della commissione.* – La giurisdizione esclusiva prefigurata nell'art. 49 l. 234/2012 va dunque inquadrata alla luce della sua formula caratterizzante: «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso». Nella sostanza, la varietà delle forme di aiuto e l'intreccio appena visto, di norme, di ordinamenti e di situazioni giuridiche, spiega, in termini costituzionali (art. 103 Cost.), la scelta della giurisdizione esclusiva ma, soprattutto, denota il limite della giurisdizione amministrativa. Difatti la giurisdizione esclusiva italiana si restringe entro un ambito preciso. Questo accade perché gli atti ed i provvedimenti nazionali di recupero sono, per definizione dell'art. 48 e dell'art. 49 l. 234/2012, in «esecuzione» di una decisione di recupero della Commissione europea. Quindi suppongono come già decisa e come legittima la necessità del recupero, dando adito solo al modo dell'esecuzione. E difatti secondo l'art. 48 l. 234/2012, l'atto statale di recupero può definire solo aspetti modali: «individua i destinatari», accerta quanto sia dovuto, determina i modi del pagamento, costituisce il «titolo esecutivo» della riscossione affidata alla società Equitalia.

Dunque questa giurisdizione ammini-

strativa riguarda un ambito limitato. Questo aspetto era già ben chiaro alla giurisprudenza. La Corte di giustizia ha stabilito che il giudice nazionale non è competente a sindacare nel merito la compatibilità dell'aiuto di Stato con il diritto comunitario; la valutazione è riservata alla Commissione e poi alla Corte di giustizia⁸.

Ne consegue un limite ben percepito anche dal giudice amministrativo italiano⁹, che ne fa un principio, che conviene riportare per esteso: ove s'impugni un provvedimento amministrativo di recupero adottato da un'Amministrazione italiana, esso rappresenta la «mera esecuzione, nell'ordinamento interno, di una decisione della Commissione europea che ha dichiarato gli aiuti in esame incompatibili con il mercato comune, disponendo altresì il recupero degli aiuti già versati». In proposito, una volta intervenuta una decisione della Commissione di incompatibilità di un aiuto con il Trattato, «il solo strumento per rimuovere quello che è un atto amministrativo comunitario dotato di esecutività è il ricorso alla Corte di giustizia». Ed è pacifico che «il divieto, imposto allo Stato membro interessato, di dare attuazione ai progetti d'aiuto non notificati alla Commissione o ritenuti incompatibili dalla Commissione stessa, ha carattere generale ed obbliga a far rispettare il divieto ivi contenuto»¹⁰. Ne consegue «il dovere di eseguire le decisioni dell'Esecutivo comunitario da parte delle amministrazioni nazionali, in via diretta e senza necessità di recepimento della decisione nell'ordinamento interno, nonché l'imposizione degli obblighi previsti dalla decisione anche ai privati»¹¹.

Il risultato finale è che in questi casi lo Stato italiano «non ha alcuna possibilità di operare una valutazione difforme da quella operata in sede comunitaria poiché l'interesse da bilanciare con le aspettative delle imprese destinatarie degli aiuti, ha carattere sovranazionale e riguarda l'at-

⁸ Corte di giustizia 5-10-2006 - C-368/2006, punto 38.

⁹ Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2002 n. 465, Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2002 n. 4658; Tar Lazio, sez. II, 11 gennaio 2005 n. 167.

¹⁰ Così Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2002 n. 465, Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2002 n. 4658, cit.

¹¹ Così Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2002 n. 465, Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2002 n. 4658, cit.

tuaione di vincoli di matrice comunitaria»¹².

Dunque si comprende perché la giurisdizione amministrativa italiana sul recupero abbia ad oggetto un ambito ben delimitato; mentre la vera questione, la compatibilità o meno dell'aiuto di Stato, si consuma tutta nella giurisdizione e nel diritto dell'Unione. In questa luce la giurisdizione amministrativa italiana è concorrente ma subordinata alla giurisdizione della Corte di giustizia.

III. LE CONTROVERSIE RELATIVE AD ATTI E PROVVEDIMENTI DI CONCESSIONE DELL'AUTO, IN VIOLAZIONE DELL'ART. 108 § 3 TFUE

In questa luce si spiega anche l'altra categoria di controversie devoluta alla giurisdizione esclusiva: quella relativa agli «atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di stato in violazione dell'art. 108, paragrafo 3, del Trattato».

Si tratta di atti che concedono l'aiuto, omettendo la comunicazione preliminare alla Commissione, in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE. Quindi si tratta di una fattispecie profondamente diversa da quella del recupero: qui si tratta di concessione dell'aiuto, lì si trattava di recupero dell'aiuto; qui il vizio è formale ed è costituito dall'omissione della comunicazione preventiva, ma la questione sostanziale – la compatibilità o meno dell'aiuto –, resta aperta. Perciò la giurisdizione esclusiva che si configura in questo caso assume un aspetto e un oggetto assai diversi. Non è più una giurisdizione di limite, “chiusa” da un dovere di recupero già costituito e rispetto ad un'illegittimità comunitaria già definita dalla decisione della Commissione, ma riguarda una situazione “aperta”; la sostanza della situazione giuridica da decidere è la valutazione di compati-

lità dell'aiuto con il diritto dell'Unione ed è tutta da vedere. Questo aspetto, in termini di giurisdizione esclusiva, ha un riflesso immediato, perché porta ad una maggiore rilevanza del diritto soggettivo all'aiuto di cui è titolare il beneficiario. Porta quindi alla possibilità di una sua maggior tutela, specie sotto il profilo della tutela dell'affidamento, dell'azione risarcitoria, della tutela cautelare. La questione dipende dall'uso che il giudice amministrativo italiano farà del principio dell'affidamento, argomento tipico della violazione dell'art. 108 § 3 TFUE.

Inoltre, la presenza di un diritto soggettivo e l'assenza di comunicazione, dunque l'assenza apparente di esercizio del potere amministrativo, lasciano affacciare l'ipotesi che le azioni di risarcimento relative a questa categoria possano appartenere alla giurisdizione ordinaria (*v. infra* § V).

IV. LA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA “ESCLUSIVA” E I RAPPORTI CON LA GIURISDIZIONE ORDINARIA E TRIBUTARIA

La giurisdizione configurata dall'art. 49 l. 234/2012 è «esclusiva» e quindi, per definizione costituzionale (art. 103 Cost.), esclude la giurisdizione ordinaria¹³. Questo effetto di esclusione è confermato dall'art. 61 l. 234/2012, rubricato «Abrogazioni e modificazioni»¹⁴. Ne consegue che l'art. 61, comma 4, abrogando l'art. 1 del decreto legge 8 aprile 2008 n. 59, elimina la giurisdizione civile sul recupero ivi configurata.

In questo senso, la lettura combinata dell'art. 49 e dell'art. 61, comma 4, elimina la dualità delle giurisdizioni e risolve il problema del riparto.

Allo stesso risultato di abrogazione si arriva per la giurisdizione tributaria. Difatti sempre la norma dell'art. 61, comma

¹² Così Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2002 n. 465, Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2002 n. 4658, cit.

¹³ Ma *v.* § V per i dubbi di costituzionalità della norma.

¹⁴ In particolare, l'art. 61, comma 4, dispone: «L'art. 1 del decreto-legge 8 aprile 2008 n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 giugno 2008, n. 101, come modificato dall'art. 34, comma 8, del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150,

continua ad applicarsi ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente legge». Il testo dell'art. 1, abrogato, è il seguente: «I giudizi civili concernenti gli atti e le procedure volti al recupero di aiuti di Stato in esecuzione di una decisione di recupero adottata dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999 sono regolati dall'articolo 9 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150».

5, dispone: «L'art. 47-bis del decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546 continua ad applicarsi ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente legge». L'art. 47-bis prevedeva un giudizio, cautelare e di merito, di fronte alla giurisdizione tributaria, per controversie sul recupero di aiuti fiscali. In specie, per le controversie relative al provvedimento emesso per recuperare agevolazioni fiscali contrarie al divieto di aiuti di stato. Su questo tipo di controversie, in passato, in dottrina e negli orientamenti prevalenti della Cassazione, si configurava la giurisdizione tributaria, supponendo questa equivalenza: l'agevolazione fiscale non dovuta equivale ad un'imposta non pagata e quindi configura un'obbligazione tributaria e, dunque, la giurisdizione tributaria; in senso inverso, un altro orientamento riconosceva che nel recupero l'amministrazione non agisce come ente impositore, bensì come ente preposto al recupero, organo dell'amministrazione comunitaria, con la conseguenza di sottrarre la controversia alla giurisdizione tributaria¹⁵. Ora, anche in questo caso, il problema sembra risolto, giacché la disposizione di abrogazione dell'art. 61, comma 5, l. 234/2012 sembra cancellare il giudizio tributario sulla questione del recupero fiscale, consentendo l'affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

V. DUBBI SULLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA NORMA E IPOTESI SULLA GIURISDIZIONE ORDINARIA

Si può immaginare una giurisdizione amministrativa esclusiva che sia del tutto avulsa dall'esercizio del potere amministrativo?

La domanda si pone per gli aiuti di Stato non comunicati alla Commissione, in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE (v. § III). È un caso di pura omissione: nella mancata comunicazione non vi è nulla che ricordi l'esercizio del potere amministrativo. O meglio, nulla che ricordi quella valutazione di pubblico interesse

insita nell'uso del potere, nel provvedimento, da parte di una pubblica Amministrazione. Viceversa, in questo caso, molti ritengono che vi sia un diritto soggettivo e quindi un'azione di risarcimento contro lo Stato. Così, l'assenza del potere amministrativo e la presenza di puri diritti soggettivi sembrano convenire alla giurisdizione ordinaria, almeno secondo una certa visione, e pur di fronte alla volontà testuale dell'art. 49 della legge 234/2012.

Qui si entra in un campo di ipotesi e di letture opposte, che vengono dalla giurisprudenza costituzionale. In particolare, l'interrogativo di fondo che si è posto – «può una giurisdizione esclusiva essere avulsa dall'esercizio del potere amministrativo?» – trae origine dalla nota decisione 6 luglio 2004 n. 204 della Corte costituzionale (in G.U. 14.7.2004). Nel caso si dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 7 l. 205/2000: la norma devolveva alla giurisdizione amministrativa esclusiva «tutte» le controversie relative alla materia «pubblici servizi», ivi comprese le azioni di risarcimento del danno. Così, secondo la sentenza 6 luglio 2004 n. 204, è incostituzionale una materia «dai confini non compiutamente delimitati», estesa a «tutte le controversie» ricadenti in quella materia, prescindendo dalla natura delle situazioni giuridiche soggettive ivi configurabili. In positivo, e in sintesi, l'insegnamento della Corte è il seguente: la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo deve limitarsi ai soli casi in cui l'amministrazione «agisce come autorità», esercitando il suo «potere autoritativo». È l'esercizio del potere autoritativo che permette di configurare quella «particolare materia» prefigurata nell'art. 103 Cost., ove figura un intreccio tra diritti del cittadino e amministrazione pubblica, con i suoi poteri e i suoi interessi, sì da giustificare la giurisdizione esclusiva, la sua estensione «anche ai diritti soggettivi», come eccezione alla giurisdizione ordinaria (art. 103 Cost.)¹⁶. In linea logica, ne segue che tutto quel che è avulso dall'esercizio del potere autoritativo non è «particolare materia». Quindi fuoriesce

¹⁵ Così M. AULENTA, *Il recupero degli aiuti di Stato*, Bari, 2007, 48-54.

¹⁶ Cfr. sentenza n. 204/2004, punto 3.2 della motivazione nella parte in diritto.

dalla giurisdizione esclusiva, tornando alla giurisdizione ordinaria.

Se quest'insegnamento della sentenza 204/2004 avesse valore generale, ogni legge che sottopone una materia alla giurisdizione esclusiva dovrebbe conformarsi. Nel caso negativo, ogni nuova materia sottoposta *ex lege* alla «giurisdizione esclusiva» che non abbia la cura di osservare quel principio si potrebbe sdoppiare: la parte che attiene all'esercizio del potere amministrativo resterebbe alla giurisdizione amministrativa, mentre quella che non riguarda l'esercizio del potere finirebbe alla giurisdizione ordinaria. Dunque, questo insegnamento potrebbe valere anche per l'art. 49, per la parte relativa agli aiuti di Stato non comunicati (v. *supra* § III). E vi corrisponderebbe con una certa precisione, giacché nella pura omissione della comunicazione non vi è provvedimento, non vi è esercizio del potere amministrativo, e, viceversa, ci sono diritti soggettivi. Questi diritti, si sa, possono trovare tutela in un'azione di risarcimento del danno contro lo Stato, fondata sul piano della responsabilità per violazione del diritto dell'UE, secondo una tradizione consolidata. In particolare, in materia di aiuti di Stato non comunicati, la dottrina fa tre ipotesi: 1. azione di risarcimento proposta dal concorrente del beneficiario; 2. azione di risarcimento proposta dal «terzo»; 3. azione di risarcimento proposta dallo stesso beneficiario, per violazione dell'affidamento. Le tre azioni hanno tratti particolari, ma hanno un carattere comune, riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue: l'art. 108 § 3 TFUE è rivolto non solo agli Stati ma anche agli individui e così è matrice di un diritto soggettivo. Questo diritto è considerato tutelabile. Genera l'azione di risarcimento contro lo Stato, nella giurisdizione ordinaria. Dunque, in conclusione, l'insegnamento della Corte costituzionale reso nella sent. 204/2004, teso a limitare la giurisdizione esclusiva all'ipotesi di esercizio del potere amministrativo, letto in combinazione con il principio comunitario della respon-

sabilità statale, può riportare alla giurisdizione ordinaria le azioni di risarcimento contro lo Stato per aiuti non comunicati, in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE. In sostanza, per un'omissione che non è esercizio del potere amministrativo e dunque non giustifica la giurisdizione amministrativa.

Però, come si anticipava, esistono anche argomenti contrari a favore della giurisdizione esclusiva; e sono da considerare, stante la novità della norma e il suo calarsi in un sistema nazionale di riparto della giurisdizione, che non sempre è limpidamente praticabile. È bene dunque segnalarli in via di ipotesi. Anzitutto, si deve considerare la volontà testuale dell'art. 61 l. 234/2012 (v. § IV): la norma abroga esplicitamente la giurisdizione ordinaria. Quindi, anche leggendo l'art. 49 nel sottinteso costituzionale dell'esercizio del potere amministrativo e immaginando che una parte della «materia» si stacchi e torni alla giurisdizione ordinaria, bisogna osservare che la giurisdizione ordinaria non può sussistere per volontà espressa dell'art. 61: la disposizione abroga la giurisdizione ordinaria in modo esplicito (v. § IV). Questa volontà abrogatrice non sembra facilmente superabile per l'interprete comune e, inoltre, si accompagna all'esigenza di concentrare le controversie davanti ad un giudice unico. Di più, nella sostanza, si accompagna all'idea di «materia». La materia «incostituzionale» della sent. 204/2004 era ben diversa e riguardava «pubblici servizi». Si trattava di una materia molto estesa, priva di «confini», quasi una non materia, una sfera così generale da essere «qualitativamente diversa», e quindi «incompatibile» con il dettato costituzionale¹⁷.

Essa è forse eguale alla materia dell'aiuto di Stato non comunicato? È, questa dell'aiuto di Stato, una materia anch'essa senza confini, non particolare e generale? Sembra questo il vero interrogativo da affrontare. Sembrerebbe di sì, per gli argomenti enunciati all'inizio di questo paragrafo. Ma può anche sembrare di no, per le cose dette da ultimo, sì

¹⁷ Cfr. § 3.1 della motivazione in diritto di C. cost., 6 luglio 2004 n. 204.

da vedere l'aiuto di Stato come una materia particolare, delimitata, unitaria, grazie alla formula dell'art. 49 «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso». Qui l'unità della materia potrebbe venire da un fattore unico: esiste un'unica norma di riferimento, l'art. 108 § 3 TFUE, che è matrice di un unico diritto soggettivo, secondo la tradizione sopra riportata. Si può quindi ipotizzare che esista un'unica situazione soggettiva: e che sempre si tratti di tutela della concorrenza e che sempre vi sia protezione dello stesso diritto soggettivo, quello ad avere rapporti di mercato effettivi e non lesivi del diritto d'impresa, almeno nel limite del pubblico interesse. Al riguardo, si deve far notare che questo diritto soggettivo potrebbe essere affievolito da un'omessa comunicazione che non è neutra, ma significativa di una valutazione amministrativa di apprezzamento del pubblico interesse, espressiva d'un uso del potere in via implicita, ravvisando l'Amministrazione italiana, per esempio, che la misura in questione non sia «aiuto di Stato» e che risponda ad un pubblico interesse nazionale, di esclusivo apprezzamento, in eccezionali circostanze.

I suddetti argomenti potrebbero anch'essi, in ipotesi, consentire di "tener ferma" la giurisdizione esclusiva a discapito di quella ordinaria, superando gli argomenti addotti in suo favore all'inizio di questo paragrafo. Se invece, ragionando all'inverso, si pensa che l'art. 108 § 3 abbia una pluralità di destinatari e protegga

molteplici diritti soggettivi, ma di natura diversa, allora la materia non è più particolare ma è qualcosa di generale. Dunque è incompatibile con l'art. 103 Cost. e deve "tornare" alla giurisdizione ordinaria.

In questa sede non si vuole privilegiare l'una o l'altra ipotesi, ma solo evidenziare la possibilità di ragionare attorno a tutt'e due. In fondo, in ambedue le ipotesi, si tratta di definire cosa sia la «materia» e, inoltre, di considerarla in un collegamento che per la Corte costituzionale è «necessario»: quello con la «natura» della situazione giuridica soggettiva, ovvero con il potere autoritativo dell'Amministrazione¹⁸. Si tratterà quindi di classiche questioni: di definire cosa sia il potere autoritativo dell'Amministrazione italiana, cosa sia la giurisdizione amministrativa esclusiva. Vi si aggiunge la complicazione che le norme e i diritti soggettivi in questione derivano da una matrice comunitaria. Lettura, questa dell'art. 49 l. 234/2012 e della giurisdizione esclusiva, che va calata nel discorso generale sulla giustizia amministrativa, sulla giurisdizione ordinaria, nelle sedi di definizione della giurisdizione e della legittimità costituzionale.

ALESSANDRO CIOFFI

Bibliografia

O. PORCHIA, «Aiuti di Stato», in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2010, vol. aggiorn., IV, 1 ss.; M. AULENTA, *Il recupero degli aiuti di Stato*, Bari, 2007.

¹⁸ Cfr. § 3.2 della motivazione in diritto di Corte cost. sen. n. 204 del 2004. Sul concetto di potere amministrativo e di "autorità" v. gli studi che di recente tentano di identificare il concetto: *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti. Atti del convegno annuale, in Annuario 2011 dell'Associazione italiana dei professori di di-*

ritto amministrativo, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012. In particolare, sulla ricostruzione del potere autoritativo come potere di scelta unilaterale, caratterizzato dall'unilateralità e dall'assenza di consenso privato, v. ALBERTO ROMANO, *Riflessioni dal Convegno: autoritarità, consenso e ordinamento generale*, *ibidem*, 363 ss.