

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il *private enforcement* dell'art.108 § 3 del TFUE e le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi al giudice amministrativo

Sommario: I. LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NELLE CONTROVERSIE IN TEMA DI AIUTI DI STATO. – II. LA TUTELA DINANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN CASO DI VIOLAZIONE DELL'ART. 108, § 3 TFUE. – III. PROFILI PROCESSUALI: IL GIUDICE COMPETENTE E LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA. – IV. (*Segue*) IL CONTENUTO IMPUGNATORIO DEL RICORSO, IL TERMINE DI PROPOSIZIONE DELL'AZIONE E LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA. – V. (*Segue*) ULTERIORI AZIONI ESPERIBILI. L'AZIONE DI RECUPERO DELL'AUTO ILLEGALE; L'AZIONE DI RECUPERO DEGLI INTERESSI DOVUTI PER LA DURATA DELL'AUTO ILLEGALE; L'AZIONE RISARCITORIA. – VI. LA TUTELA CAUTELARE. – VII. L'AMBITO COGNITORIO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO E I PROVVEDIMENTI EROGABILI. – VIII. I MEZZI DI IMPUGNAZIONE E L'OTTEMPERANZA. – IX. LA TUTELA DINANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN CASO DI RECUPERO DI AIUTI INCOMPATIBILI. – X. PROFILI PROCESSUALI: L'OGGETTO DEL GIUDIZIO, IL RITO, LA FASE CAUTELARE. – XI. AZIONI ESPERIBILI IN CASO DI INERZIA NELL'ESECUZIONE DELLA DECISIONE DI RECUPERO DELLA COMMISSIONE.

I. LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NELLE CONTROVERSIE IN TEMA DI AIUTI DI STATO

È noto che, nell'ambito del sistema di controllo sugli aiuti di Stato, al giudice nazionale compete il fondamentale ruolo di tutelare i diritti dei singoli lesi dalla concessione di aiuti in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE (cc.dd. aiuti illegali). È parimenti noto che il giudice nazionale svolge un ruolo importante anche nell'ambito delle controversie relative all'esecuzione delle decisioni della Commissione di recupero dell'aiuto illegale e incompatibile adottate in forza dell'art. 14 Reg. 659/1999/CE del Consiglio del 22 marzo 1999 recante modalità di applicazione dell'art. 108 del TFUE¹.

¹ In G.U.C.E. L 83, 27 marzo 1999, p. 1 ss.

² In G.U.R.I. 3 del 4 gennaio 2013.

³ Negli ultimi anni si registra, infatti, la scelta, sempre più consapevole, del legislatore di attribuire al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva il compito di giudice naturale della regolamentazione economica (di "giudice dell'economia" secondo un'espressione largamente condivisa). In tal senso, si veda, ad esempio, la nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva del

La presente voce si prefigge di analizzare i procedimenti dinanzi al giudice amministrativo per ambedue i tipi di controversie «domestiche» sopra indicate. È appena il caso di evidenziare che l'intervento del giudice amministrativo in siffatte ipotesi è destinato, come si è anticipato, ad acquistare nuova linfa in virtù della devoluzione delle predette controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 49 comma 2, l. 24 dicembre 2012, n. 234² (che ha, a tal fine, novellato l'art. 133 c.p.a., recante le "materie di giurisdizione esclusiva", aggiungendovi la lett. *z-sexies*). Si conferma così la vocazione del giudice amministrativo quale giudice naturale degli interventi pubblici nel campo dell'economia³.

II. LA TUTELA DINANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN CASO DI VIOLAZIONE DELL'ART. 108 § 3 TFUE

L'art. 108 § 3 TFUE impone, come è noto, agli Stati membri un duplice obbligo: da un lato, d'informare previamente la Commissione dei progetti diretti a istituire nuovi aiuti ovvero a modificare aiuti esistenti (c.d. obbligo di notifica); dall'altro, di non dare corso alla loro esecuzione prima che la Commissione abbia adottato una decisione finale sulla loro compatibilità con il mercato interno in forza dei criteri enunciati all'art. 107, §§ 2 e 3, TFUE (c.d. obbligo di *standstill* definito "clausola di sospensione" dall'art. 3 del Reg. 659/1999).

In particolare, per giurisprudenza pacifica la clausola di sospensione gode di

giudice amministrativo introdotta dal legislatore in sede di riforma della disciplina della *golden share* con il d.l. 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 maggio 2012, n. 56, sulle controversie relative all'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

efficacia diretta nell'ordinamento giuridico interno, facendo sorgere, in caso di sua violazione, diritti individuali azionabili innanzi al giudice nazionale⁴.

Uno dei compiti più importanti del giudice nazionale nel campo degli aiuti di Stato è, quindi, proprio quello di far osservare, in attesa della decisione della Commissione, le regole procedurali tutelando i diritti dei singoli lesi dalla prematura concessione dell'aiuto.

Di regola, dunque, prima della decisione della Commissione, la tutela dei singoli è sostanzialmente demandata al giudice nazionale al quale compete l'*enforcement* dell'obbligo di *standstill*⁵.

Va da sé che, in assenza di un'apposita disciplina del diritto dell'UE, spetta all'ordinamento di ciascuno Stato membro, in virtù del principio di autonomia procedurale, stabilire le regole applicabili alle azioni di *private enforcement* nel rispetto dei noti vincoli dell'equivalenza e dell'effettività⁶.

In questo contesto, si inserisce il ricorso dinanzi al giudice amministrativo avverso «gli atti e i provvedimenti che concedono aiuti di Stato» in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE.

Come si è detto, il legislatore ha di recente previsto un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie in questione (art. 49 comma 2 l. 234/2012).

È appena il caso di precisare che il nostro sistema di giustizia amministrativa non prevede un rito *ad hoc* per le controversie in parola con la conseguenza che si applicheranno le regole processuali interne modulandole conformemente all'ef-

ficacia diretta dell'obbligo di *standstill* e all'obiettivo di garantirne adeguata effettività.

A tal proposito, un utile strumento su come conformare gli schemi processuali interni al diritto dell'UE è costituito dalla Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (di seguito, la "Comunicazione")⁷.

Si avverte fin da ora che la Comunicazione, pur costituendo un prezioso strumento orientativo, deve comunque essere interpretata, per non ingenerare false aspettative, nel rispetto dei principi basilari del processo amministrativo come quello di giurisdizione di tipo soggettivo e non oggettivo⁸, del principio della domanda e della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato, del principio probatorio dispositivo (seppur temperato dal metodo acquisitivo tipico del giudizio impugnatorio), del principio del contraddittorio⁹.

Giova, infine, rammentare che, come è noto, nelle particolari materie espressamente devolute dalla legge alla sua giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo non limita la propria cognizione agli interessi legittimi ma la estende anche ai diritti soggettivi (v. artt. 103 Cost. e 7 c.p.a.)¹⁰. Tuttavia, nell'ambito della giurisdizione esclusiva la distinzione fra le due tipologie di posizioni giuridiche soggettive, se non rileva al fine di individuare il giudice munito di giurisdizione, continua a rivestire importanza per determinare il regime processuale da seguire e, soprattutto, per stabilire la tipologia di azioni da

⁴ TAR Liguria, sez. II, 11 aprile 2008, n. 528, in *Foro amm. TAR*, 2008, 4, p. 980.

⁵ Da mera forma di tutela l'azione giurisdizionale si configura così come una leva per l'*enforcement* della disciplina degli aiuti di Stato. In tal modo, il giudice nazionale si erge a custode delle regole procedurali in materia e, segnatamente, dell'obbligo di *standstill*.

⁶ *Ex multis*, C. giust. UE, 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate c. Fallimento Olimpiclub Srl - "Olimpiclub"*, in *Racc.* 2009, p. I-07501, punto 24.

⁷ In G.U.U.E. C85, 9 aprile 2009, p. 1 ss.

⁸ Nel senso che la verifica della legittimità dei

provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta a tutela di un astratto interesse generale alla legalità, ma è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dal ricorrente, cfr. Cons. St. ad. plen. 7 aprile 2011, n. 4, in *Foro it.*, 2011, III, c. 306 ss.

⁹ Si tratta di principi desumibili dal c.p.c. applicabili anche al giudizio amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a.

¹⁰ Si tratta di una deroga al tradizionale criterio di riparto basato sulla natura della situazione giuridica soggettiva in favore di quello della "particolare materia". Sul punto, v. C. cost. 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2594 ss.

esperire e il relativo termine entro cui agire. In particolare, nell'ipotesi in cui la posizione giuridica soggettiva lesa abbia natura di interesse legittimo, la tipica azione è quella demolitoria di annullamento, da proporre nel rispetto del termine decadenziale previsto dall'art. 29 c.p.a. Nel caso in cui, invece, si tratti di diritti soggettivi si può agire in giudizio nel termine di prescrizione sollecitando una pronuncia non di mera demolizione dell'atto ma di accertamento circa la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta¹¹.

Al di fuori di ciò, lo strumentario giuridico a disposizione del ricorrente all'interno delle controversie incluse nella giurisdizione esclusiva è, a seguito delle innovazioni introdotte dal legislatore nel corso del tempo, ora riprese e sviluppate nel c.p.a., sostanzialmente omogeneo sia se si verta nell'ambito di questioni di diritti soggettivi sia in quello di situazioni di interesse legittimo¹².

Tenendo, pertanto, a mente le suddette differenze, per comodità espositiva nel prosieguo si farà principalmente riferimento all'ipotesi in cui la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio abbia i connotati dell'interesse legittimo.

III. PROFILI PROCESSUALI: IL GIUDICE COMPETENTE E LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA

Per l'individuazione del TAR presso cui incardinare le controversie in esame

valgono le regole ordinarie in tema di competenza.

L'art. 50 della l. n. 234/2012 dispone, infatti, con norma dal carattere meramente ricognitivo, che i provvedimenti volti a concedere aiuti illegali possono essere impugnati «davanti al tribunale amministrativo regionale competente per territorio».

Come è noto, il criterio ordinario di riparto della competenza per territorio è, ai sensi dell'art. 13 comma 1 c.p.a., quello della sede dell'autorità che ha emesso il provvedimento. Tale criterio è, tuttavia, sostituito da quello inerente gli "effetti diretti" dell'atto, qualora essi si esplichino in un luogo compreso in una diversa circoscrizione territoriale di TAR¹³.

A seguito delle innovazioni introdotte dal c.p.a., la competenza territoriale è ormai inderogabile anche in ordine alle misure cautelari (art. 13 comma 4 c.p.a.).

Nell'ipotesi in cui, tuttavia, oltre al provvedimento concedente un aiuto illegale si impugni congiuntamente anche un atto amministrativo normativo o generale (ad es., rispettivamente, un regolamento ovvero un bando), la competenza territoriale di questi ultimi, di regola, attrae a sé anche quella dell'atto applicativo impugnato, seppur avente efficacia territoriale circoscritta (art. 13 comma 4-bis c.p.a.)¹⁴.

Legittimati ad agire sono tutti i soggetti interessati che si ritengono pregiudici-

¹¹ In altre parole, in sede di giurisdizione esclusiva il problema della qualificazione della situazione giuridica lesa, risolto a livello di giurisdizione (e, cioè, di individuazione del giudice al quale chiedere tutela), si ripresenta al momento di stabilire se è necessario agire, in caso di interessi legittimi, entro il termine di decadenza con l'azione di annullamento del provvedimento lesivo o, in caso di diritti soggettivi, in quello di prescrizione del diritto con un'azione di accertamento sostanziale della pretesa dedotta. Ciò in quanto, in presenza di diritti soggettivi, per i quali se la materia non fosse stata attribuita al giudice amministrativo si sarebbe dovuto agire innanzi al giudice ordinario, si può continuare ad azionare la pretesa nei medesimi termini (di prescrizione) entro i quali si poteva agire in via ordinaria; il cambiamento del giudice viene effettuato dalla legge a fini di concentrazione e di effettività della tutela e non ammette restrizioni della tutela stessa a detrimento di chi agisce in giudizio (sebbene il criterio secondo cui la tutela dei diritti

soggettivi assegnati alla giurisdizione esclusiva non debba essere qualitativamente inferiore a quella offerta dal giudice civile non può dirsi ancora oggi pienamente raggiunto). Se, invece, si verte in ambito di interessi legittimi, ossia di posizioni che si incontrano (in maniera statica, di conservazione, o dinamica, di pretesa) con l'esercizio del potere amministrativo, vige il normale regime impugnatorio con il rispetto del termine decadenziale o eventualmente quello del silenzio, in relazione alla mancata adozione dell'atto amministrativo invocato. In proposito, v. Cons. St. ad. plen. 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, p. 877; Id., ordinanza 24 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, III, c. 305; Id., sez. VI, 10 marzo 2004, n. 1196, inedita.

¹² Così Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3261, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 5, p. 1200.

¹³ Cons. St. ad. plen. 19 novembre 2012, n. 34, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 11, p. 2779.

¹⁴ Cons. St. ad. plen. 14 novembre 2011, n. 19, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 11, p. 3353.

cati dal mancato rispetto degli obblighi procedurali posti dall'art. 108 § 3 TFUE.

Secondo la Corte di Giustizia, infatti, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti di matrice europea, le norme nazionali non possono limitare la legittimazione attiva a far valere l'inosservanza dell'art. 108 § 3 TFUE soltanto ai concorrenti del beneficiario dell'aiuto illegale; di tal ch , anche i terzi, seppur non lesi sotto il profilo concorrenziale dall'aiuto *contra ius*, possono del pari vantare una posizione meritevole di tutela¹⁵.

La cerchia dei soggetti legittimati ad agire dinanzi al giudice amministrativo per far valere la violazione dell'art. 108 § 3 TFUE risulta essere, quindi, molto ampia e non circoscritta al solo concorrente del beneficiario dell'aiuto illegale, fermo restando il rispetto dell'imprescindibile limite interno di una posizione giuridica qualificata in capo al terzo che si assume leso (seppur non su un piano strettamente concorrenziale) dall'aiuto illegale. In tal senso si   posta la giurisprudenza amministrativa riconoscendo la legittimazione a invocare l'illegalit  dell'aiuto anche in capo a soggetti non annoverabili

fra i concorrenti del beneficiario dell'aiuto illegale¹⁶. In questa prospettiva, appare, quindi, plausibile includere fra i soggetti legittimati a invocare la violazione dell'art. 108 § 3 TFUE l'AGCM, anche in virt  della speciale legittimazione ad essa conferita dall'art. 21-*bis* comma 1 l. 287/90.

IV. (Segue) IL CONTENUTO IMPUGNATORIO DEL RICORSO, IL TERMINE DI PROPOSIZIONE DELL'AZIONE E LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA

In linea generale, lo schema classico di iniziativa dinanzi al giudice amministrativo prevede l'impugnazione del provvedimento amministrativo concedente l'aiuto illegale al fine di ottenerne, anzitutto, l'annullamento.

Un atto amministrativo che disponesse un aiuto in spregio all'art. 108 § 3 TFUE sarebbe senza dubbio colpito da un'illegittimit  per violazione di legge¹⁷.

Del resto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia   costante nel ritenere illegittima una misura di aiuto attuata in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE¹⁸, demandando, in tal caso, al giudice nazionale il compito di trarne tutte le conseguenze,

risprudenza amministrativa secondo cui il provvedimento contrastante con il diritto dell'UE non   radicalmente nullo n  disapplicabile ma   colpito da un vizio di violazione di legge che lo rende annullabile e soggetto, pertanto, all'onere della tempestiva impugnazione, pena la sua inoppugnabilit . *Ex multis*, Cons. St., sez. VI, 15 febbraio 2012, n. 750, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 2, p. 400; TAR Puglia Bari, sez. II, 11 aprile 2012, n. 712, inedita. Secondo Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 3, p. 1000, la nullit  del provvedimento amministrativo   configurabile nella sola ipotesi in cui esso sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere) incompatibile con il diritto dell'UE (e quindi disapplicabile). Nell'ipotesi, dunque, in cui il mancato rispetto degli obblighi procedurali in tema di aiuti di Stato si configuri come "difetto assoluto di attribuzione" in relazione alla norma disponente l'ausilio ovvero come carenza degli "elementi essenziali" della fattispecie di cui all'art. 21-*septies* della l. 7 agosto 1990, n. 241, si dovrebbe proporre un'azione di nullit  ai sensi dell'art. 31 comma 4 c.p.a. entro il pi  lungo termine di decadenza di centottanta giorni.

¹⁸ *Ex multis*, C. giust. UE, 8 dicembre 2011, causa C-275/10, *Residex Capital IV CV c. Gemeente Rotterdam - "Residex Capital IV CV"*, non ancora pubblicata, punto 28.

¹⁵ C. giust. UE, 13 gennaio 2005, causa C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant c. Staatssecretaris van Financi n - "Streekgewest"*, in *Racc.* 2005, p. I-00085. Nello stesso senso, v. § 72 della Comunicazione.

¹⁶ TAR Lombardia Brescia ord. 21 marzo 2006, n. 577, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3, p. 906, che ha ravvisato la legittimazione di una societ  di gestione aeroportuale a fronte di aiuti illegali consistenti nella rideterminazione, in ribasso e, quindi, in danno degli enti gestori aeroportuali, dei diritti d'uso dovuti dalle compagnie aeree, beneficiarie delle misure in parola. Per contro, non appare correttamente calibrata la motivazione con cui il TAR Lazio Roma, sez. II, 31 maggio 2010, n. 14109, inedita, non ha ravvisato l'interesse dei concessionari di un bene pubblico a censurare, tra l'altro, per violazione dell'art. 108 § 3 TFUE, la complessa operazione costituita dal conferimento, previa sua sdemanializzazione, del bene immobile su cui essi operavano in favore di una societ  in mano pubblica in quanto incentrata proprio sul difetto di una lesione in termini di concorrenza in capo ai ricorrenti «operatori del settore delle carni all'interno del compendio de quo e, dunque, attivi in un mercato relativo *prima facie* non assimilabile a quello» della societ  beneficiaria.

¹⁷   noto il prevalente orientamento della giu-

conformemente al diritto nazionale, in punto di validità della misura¹⁹. Illegittimità che non è sanata *ex post* dalla sopravvenuta decisione di compatibilità della Commissione della medesima misura²⁰.

La tipica azione da proporsi in tal caso è, quindi, quella di annullamento con cui il ricorrente prospetta una ben precisa categoria di vizio-motivo consistente nella violazione dell'art. 108 § 3 TFUE²¹.

Sotto il profilo strutturale, a fondamento della propria domanda, il ricorrente ha l'onere di dimostrare, in primo luogo, la riconducibilità della misura contestata nel paradigma della nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107 TFUE, dando atto della contestuale presenza di tutti i requisiti costitutivi di tale nozione e, in secondo luogo, il mancato rispetto degli obblighi procedurali di cui all'art. 108 § 3 TFUE.

La qualificazione della misura impugnata come aiuto di Stato è, infatti, funzionale alla deduzione della sua illegittimità per violazione dell'art. 108 § 3 TFUE.

Qualora la dimostrazione della natura di aiuto di Stato della misura controversa richieda mezzi di prova che non siano nella disponibilità del ricorrente (ad esempio, implichi l'esame di documenti ignoti), è sufficiente, ai sensi dell'art. 64 c.p.a., fornire almeno un indizio di prova affin-

ché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori. Ciò in quanto, come è noto, il sistema probatorio del giudizio amministrativo impugnatorio è fondamentalmente retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice.

Non è, invece, richiesto al ricorrente di spingersi fino a provare l'incompatibilità con il mercato interno della misura contestata, trattandosi, come è noto, di valutazione di esclusiva spettanza della Commissione.

L'azione di annullamento deve essere proposta nell'ordinario termine decadenziale di sessanta giorni (art. 29 c.p.a.) decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto impugnato ovvero dal giorno di scadenza del suo termine di pubblicazione imposto *ex lege* (art. 41 comma 2 c.p.a.)²².

Quanto alla legittimazione passiva, il ricorrente deve, a pena di decadenza, evocare in giudizio l'autorità amministrativa concedente l'aiuto illegale in qualità di parte resistente nonché almeno uno dei beneficiari della misura contestata, ove evincibile dall'atto impugnato, in veste di controinteressato (art. 41 comma 2 c.p.a.), con successiva integrazione del contraddittorio per gli eventuali altri (art. 49 c.p.a.).

¹⁹ Ritiene il controllo preventivo della Commissione una condizione legale di efficacia, con effetti costitutivi, del provvedimento nazionale (legislativo o amministrativo) mediante il quale l'aiuto è stato adottato e posto in essere TAR Liguria, sez. II, 11 aprile 2008, n. 528, cit. La procedura di autorizzazione dinanzi alla Commissione costituisce, quindi, un subprocedimento incidentale, in funzione di presupposto e condizione di validità, del procedimento di diritto interno che conduce alla concessione degli aiuti.

²⁰ *Ex multis*, C. giust. UE, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *Centre d'exportation du livre français (CELF) e Ministre de la Culture et de la Communication c. Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE) - "CELF I"*, in *Racc.* 2008, p. I-00469, punto 40.

²¹ In sostanza, il ricorso avverso aiuti *contra ius* appare limitato, in punto di invalidità, a uno dei tre generali vizi di legittimità, vale a dire quello di violazione di legge, non residuando spazi per far valere l'eccesso di potere né l'incompetenza (v. artt. 29 c.p.a. e 21-*octies* comma 1, l. 241/1990).

²² È dubbia l'incidenza, ai fini della decor-

renza del *dies a quo* per impugnare, dell'art. 18 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, in l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha imposto «a tutte le pubbliche amministrazioni centrali, regionali e locali, le aziende speciali e le società *in house* delle pubbliche amministrazioni» la «pubblicità sulla rete internet» della concessione «di vantaggi economici di qualunque genere di cui all'articolo 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ad enti pubblici e privati» (articolo abrogato a far data dal 20 aprile 2013 dall'art. 53, comma 1, lett. *t*), d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e sostituito dall'art. 26 del medesimo d.lgs. n. 33/2013 con l'unica differenza di aver limitato l'obbligo di pubblicazione sulla rete internet solo per i vantaggi economici di importo superiore a mille euro). Peraltro, ai sensi dell'art. 32, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69, a far data dal 1° gennaio 2010, gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati. In proposito, v. TAR Toscana, sez. I, 21 marzo 2013, n. 445, inedita.

È dubbio, non constando precedenti giurisprudenziali sul punto, se, nell'ipotesi in cui l'aiuto illegale fosse concesso da un ente diverso dallo Stato (ad es., un ente territoriale oppure un'impresa pubblica), il ricorso debba comunque essere notificato, a pena di inammissibilità, anche allo Stato. Una piana applicazione delle regole processuali interne porterebbe a fornire risposta negativa al quesito. Per contro, si potrebbe ritenere che, indipendentemente dall'autorità che istituisce ed eroga l'aiuto, per il diritto dell'UE è pur sempre lo Stato il soggetto direttamente responsabile in caso di aiuti illegali con conseguente necessità di intamarlo in giudizio anche in ambito interno.

V. (*Segue*) ULTERIORI AZIONI ESPERIBILI. L'AZIONE DI RECUPERO DELL'AUTO ILLEGALE; L'AZIONE DI RECUPERO DEGLI INTERESSI DOVUTI PER LA DURATA DELL'AUTO ILLEGALE; L'AZIONE RISARCITORIA

Oltre all'azione di annullamento, avverso un aiuto illegale il ricorrente può esperire innanzi al giudice amministrativo ulteriori rimedi sfruttando il sistema aperto di domande attualmente previsto dal c.p.a.²³.

Va preliminarmente chiarito che la tipologia di azioni esperibili dipende dalla circostanza se l'aiuto illegale sia stato o meno già versato al beneficiario.

Ove, infatti, l'aiuto illegale, benché istituito, non sia stato ancora concreta-

mente percepito dal beneficiario, appare sufficiente, al fine di impedirne l'erogazione, l'esercizio dell'azione di annullamento con il relativo effetto demolitorio, verosimilmente affiancata dalla richiesta di una misura cautelare di sospensione del pagamento (su cui v. *infra* VI).

Lo scenario, invece, è destinato a mutare nell'ipotesi in cui l'aiuto illegale sia già stato corrisposto, in tutto o in parte.

In tal caso, infatti, oltre all'azione di annullamento, appare opportuno, al fine di conseguire un effetto utile, esperire anche una domanda volta a imporre all'amministrazione interessata il recupero dell'aiuto illegale²⁴. Tale domanda appare inquadabile nella categoria dell'azione di condanna codificata dall'art. 30 c.p.a. senza, tuttavia, che la disposizione ne tipizzi i contenuti²⁵.

Del resto, la suddetta norma va letta in combinato disposto con il successivo art. 34 comma 1 c.p.a. che, nell'elencare i tipi di sentenze di merito del giudice amministrativo, prevede, alla lett. c), la «condanna (...) all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio», dando così la stura alla possibilità di proporre azioni di condanna atipiche²⁶.

A tal proposito, occorre rammentare il consolidato orientamento della Corte di Giustizia secondo cui il giudice nazionale è tenuto, in linea di principio, a ordinare il recupero integrale dell'aiuto illegale proprio per tutelare i diritti individuali

²³ Per il principio di ordinaria atipicità delle tecniche di tutela azionabili per l'interesse legittimo dinanzi al giudice amministrativo, in quanto corollario indefettibile dell'effettività della tutela, v. Cons. St. ad. plen. 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro it.*, 2012, III, c. 31 ss.; Id., 29 luglio 2011, n. 15, in *Foro it.*, 2011, III, c. 501 ss.; Id., sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, in *Guida al diritto*, 2013, 2, p. 96 ss.

²⁴ Nell'ipotesi in cui la posizione giuridica sia di diritto soggettivo, l'azione di condanna al recupero dell'aiuto illegale può proporsi in aggiunta a quella di accertamento.

²⁵ Potrebbe ritenersi non necessario esperire, oltre all'azione di annullamento, anche quella di condanna. Ciò in quanto l'annullamento della concessione dell'aiuto illegale comporterebbe comunque un effetto conformativo che imporrebbe all'amministrazione concedente di procedere al recupero (tutelabile poi, in caso di inadempimento,

con il ricorso per ottemperanza). Tale posizione, tuttavia, oltre a non sfruttare appieno le attuali potenzialità del c.p.a., non sembra la più coerente con il principio dell'efficacia diretta dell'art. 108 § 3 TFUE e con l'esigenza comunitaria di assicurare un'accelerazione, in sede nazionale, della tutela relativa al recupero dell'aiuto illegale.

²⁶ Secondo TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 4 settembre 2012, n. 2220, in *Foro amm.* TAR, 2012, 9, p. 2669, l'art. 34 c.p.a. non è da considerare una disposizione eccezionale, ma un'esemplificazione di un'azione ammessa in via generale.

²⁷ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, "CELF I", cit., punti 39-41. V., anche, § 30 ss. della Comunicazione.

²⁸ Nell'ambito della giurisdizione esclusiva, l'azione di condanna può, quindi, esperirsi in via autonoma sia nell'ipotesi in cui si versi al cospetto di una situazione giuridica di interesse legittimo sia di diritto soggettivo.

del ricorrente lesi dalla violazione dell'art. 108 § 3 TFUE²⁷.

Quello che, quindi, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia viene definito «potere del giudice nazionale di ordinare la restituzione», sul versante del processo amministrativo si atteggia, in ossequio al principio della domanda, come richiesta, da parte del ricorrente, di condanna dell'amministrazione al recupero dell'aiuto illegale dal beneficiario.

L'azione in parola potrà essere proposta contestualmente a quella di annullamento o, trattandosi di controversie rientranti nei casi di giurisdizione esclusiva, anche in via autonoma (art. 30 comma 1 c.p.a.)²⁸.

Il ricorrente può, inoltre, chiedere che la condanna dell'amministrazione al recupero dell'aiuto illegale includa, oltre all'importo nominale, anche gli interessi dovuti per tutta la durata della violazione²⁹. Quanto al metodo di calcolo degli interessi che il giudice dovrà indicare all'amministrazione nella pronuncia di condanna, in assenza di specifiche indicazioni a livello del diritto dell'Unione europea, la valutazione andrà fatta sulla base delle pertinenti norme nazionali, tenendo conto, caso per caso, delle concrete circostanze della fattispecie³⁰.

²⁹ Secondo C. giust. UE, 12 febbraio 2008, "CELF I", cit., punti 50-52 e 55, il vantaggio economico dell'aiuto illegale non si limita, infatti, al suo importo nominale. Il beneficiario trae un vantaggio finanziario anche dall'esecuzione prematura dell'aiuto. Ciò è dovuto al fatto che se l'aiuto fosse stato notificato alla Commissione, la corresponsione sarebbe stata comunque effettuata più tardi, ragione per cui, per reperire i fondi in questione, il beneficiario sarebbe stato costretto a contrarre un prestito sul mercato dei capitali pagando interessi al tasso di mercato. L'esecuzione prematura dell'aiuto costringerà i concorrenti a subire, a seconda delle circostanze, prima di quando avrebbero dovuto, in termini di concorrenza, gli effetti dell'aiuto. Il beneficiario ha quindi ottenuto un indebito vantaggio. In questo contesto, «in forza del diritto comunitario il giudice nazionale è dunque tenuto ad ordinare al beneficiario dell'aiuto il pagamento degli interessi per il periodo d'illegalità».

³⁰ In proposito, utili indicazioni possono trarsi al § 41 della Comunicazione.

³¹ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, "CELF I", cit., punto 55.

³² Non constando precedenti giurisprudenziali,

Si noti che, secondo la Corte di Giustizia, il recupero degli interessi può essere chiesto anche nell'ipotesi in cui, eccezionalmente, non ricorrano i presupposti per accogliere la domanda di recupero integrale dell'aiuto illegale (come, ad esempio, qualora la Commissione abbia adottato, sia prima che nelle more del giudizio dinanzi al giudice nazionale, una decisione di compatibilità dell'aiuto illegale)³¹.

Ulteriore azione esperibile innanzi al giudice amministrativo è la condanna dell'autorità concedente³² al risarcimento del danno ingiusto cagionato al ricorrente dall'aiuto illegale³³.

Si tratta, ovviamente, di un'iniziativa molto importante per il ricorrente in quanto, a differenza dell'azione volta al mero recupero dell'aiuto illegale e, quindi, al ripristino dello *status quo ante*, consente, ove accolta, di reintegrare direttamente la sfera patrimoniale del soggetto leso.

La violazione della clausola sospensiva di cui all'art. 108 § 3 TFUE, in quanto avente efficacia diretta, è idonea, infatti, a far sorgere domande di risarcimento dei danni conformemente alla nota giurisprudenza *Francovich*³⁴ e *Brasserie du Pêcheur*³⁵ della Corte di Giustizia in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'UE³⁶.

ziali, è dubbio se l'azione risarcitoria debba essere proposta unicamente, o anche, contro lo Stato membro, unico soggetto responsabile in base al diritto dell'UE per la violazione *de qua*.

³³ Ai sensi dell'art. 7 comma 5 c.p.a., nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva la cognizione del giudice amministrativo si estende anche alle controversie risarcitorie per lesione di diritti soggettivi. Si rammenta che, ai sensi dell'art. 7 comma 2 c.p.a. «per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo». Esula, invece, dalla giurisdizione del giudice amministrativo l'azione risarcitoria contro il beneficiario dell'aiuto illegale.

³⁴ C. giust. UE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Andrea Francovich e Danila Bonifazi e altri c. Repubblica italiana - "Francovich"*, in *Racc.* 1992, p. I-3547.

³⁵ C. giust. UE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri - "Brasserie du Pêcheur"*, in *Racc.* 1996, p. I-1029.

³⁶ C. giust. UE, 13 giugno 2006, causa C-

I ricorrenti possono, quindi, agire in conformità alle regole di diritto interno per ottenere nei confronti dell'autorità concedente il risarcimento dei danni patiti per violazione dell'art. 108 § 3 TFUE.

Sotto il profilo processuale, ai sensi dell'art. 30 comma 1 c.p.a., la domanda risarcitoria può essere introdotta anche in via autonoma ed indipendentemente dalla preventiva impugnazione dell'atto amministrativo concedente l'aiuto illegale. In caso di lesione di interessi legittimi, la domanda risarcitoria deve essere proposta nel termine di decadenza di centoventi giorni «decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo» (art. 30 comma 3 c.p.a.)³⁷ oppure, se è stata formulata azione di annullamento, può essere promossa «nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza» (art. 30 comma 5 c.p.a.). Se, invece, la natura giuridica della situazione soggettiva dedotta in giudizio è di diritto soggettivo, per la domanda risarcitoria vale il termine prescrizione.

Sul piano dei principi sostanziali, il ricorrente ha l'onere di dimostrare le tre note condizioni cumulativamente necessarie elaborate a tal fine dalla Corte di Giustizia: *i*) che la norma dell'Unione europea violata sia subordinata a conferire diritti in capo ai singoli; *ii*) che tale violazione sia manifesta e grave; *iii*) che esista un nesso di causalità diretto fra la violazione invocata e il danno subito dall'interessato.

173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana* - "Traghetti del Mediterraneo", in *Racc.* 2006, p. I-05177, punto 41, ha confermato che la violazione delle norme in materia di aiuti di Stato determini la responsabilità diretta degli Stati membri. In tal senso, v. nota 75 della Comunicazione.

³⁷ Il secondo periodo del comma 3 dell'art. 30 precisa che «Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperienza degli strumenti di tutela previsti». Sull'interpretazione di tale disposto e sulla complessa tematica della c.d. pregiudizialità amministrativa, v. Cons. St. ad. plen. 23 marzo

In caso di aiuti illegali, non sembra revocabile in dubbio che l'art. 108 § 3 TFUE sia una norma tributaria di diritti individuali, tanto cogente e precisa nel prescrivere un obbligo di risultato (come quello di *non facere* posto dalla clausola di *standstill*)³⁸ che ogni sua violazione ben può, in linea di principio, ritenersi *ex se* manifesta e grave³⁹.

A tal proposito, pare opportuno precisare che fra i presupposti costitutivi della responsabilità dello Stato da violazione del diritto dell'Unione europea, per come costantemente individuati dalla Corte di Giustizia, non vi è un elemento di natura soggettiva relativo alla natura dolosa o colposa della condotta illecita posta in essere dagli organi statuali.

Per converso, fin da quando nel nostro ordinamento interno è stata per la prima volta affermata la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi da attività provvedimentale⁴⁰, detta responsabilità è stata prevalentemente inquadrata nello schema della responsabilità aquiliana con la conseguente necessità di individuare tutti gli elementi dell'illecito extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*, ivi incluso quello soggettivo.

Tuttavia, come rilevato dalla giurisprudenza⁴¹, si tratta di un'apparente dicotomia: gli indici rivelatori, individuati dalla Corte di Giustizia, del carattere "grave e manifesto" della violazione del diritto dell'Unione europea (e, quindi, di quella natura particolarmente qualificata della violazione che costituisce presupposto per l'affermazione della responsabilità dello Stato)⁴² si pongono in linea, in al-

2011, n. 3, cit.; Id., sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 11, p. 3442.

³⁸ Concl. Tesauro, 28 novembre 1995, cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri* - "Brasserie du Pêcheur", in *Racc.* 1996, p. I-1029, punto 80.

³⁹ Cfr. i §§ 46-47 della Comunicazione.

⁴⁰ Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, c. 2261 ss.

⁴¹ Cons. St., sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 1, p. 104, che fa il punto sui principali approdi della Corte di Giustizia in materia.

⁴² C. giust. UE, 5 marzo 1996, "Brasserie du Pêcheur", cit., punto 56.

cuni casi coincidendo letteralmente, con i parametri e i criteri individuati dal giudice amministrativo per definire i contorni dell'elemento soggettivo dell'illecito che, come è noto, ruotano intorno al concetto di «errore scusabile» ovvero di inesigibilità di una condotta alternativa lecita⁴³.

In sostanza, facendo ricorso al meccanismo delle presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., l'accertata illegittimità dell'atto amministrativo rappresenta, nella generalità dei casi, indice presuntivo della colpa della p.a., sulla quale, quindi, incombe l'onere di provare la scriminante dell'errore scusabile⁴⁴.

In quest'ottica, appare sufficiente per il ricorrente dimostrare la violazione dell'art. 108 § 3 TFUE come indice presuntivo della colpa dell'amministrazione concedente l'aiuto illegale alla quale spetterà di provare la scusabilità dell'errore.

Degli elementi costitutivi dell'illecito restano, dunque, essenzialmente il danno (nelle sue componenti di danno emergente e lucro cessante) e il nesso che causalmente lo collega alla violazione dell'obbligo di *standstill*⁴⁵.

Il ricorrente dovrà soddisfare il proprio onere probatorio in modo pieno⁴⁶ con riguardo a questi aspetti della pretesa risarcitoria azionata che, ovviamente, dipen-

dono dalle concrete circostanze fattuali dedotte in giudizio (differente è, ad esempio, il caso, anche in termini di quantificazione, del ricorrente-concorrente del beneficiario da quello del ricorrente-terzo pregiudicato dall'aiuto illegale)⁴⁷.

Infine, la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni per violazione della clausola di *standstill* è, in linea di principio, indipendente da qualsiasi indagine parallela della Commissione concernente l'aiuto illegale, considerato che un esame in corso, come è noto, non esime il giudice nazionale dall'obbligo di tutelare i diritti individuali in materia. Se il ricorrente è, infatti, in grado di dimostrare di aver subito uno specifico danno a causa dell'esecuzione prematura (e per ciò solo illegittima) dell'aiuto illegale e, più specificamente, in conseguenza del vantaggio temporale goduto dal beneficiario, non può escludersi la ricevibilità di azioni risarcitorie quand'anche la Commissione abbia già approvato l'aiuto nel momento in cui il giudice amministrativo si deve pronunciare.

VI. LA TUTELA CAUTELARE

Nell'ambito dei rimedi esperibili dinanzi al giudice amministrativo, la richiesta di misure cautelari si rivela particolar-

⁴³ In altre parole, secondo Cons. St., sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482, cit., ricorre una sostanziale equivalenza fra il concetto nazionale di "errore scusabile" per accertare l'elemento soggettivo della colpa della p.a. e il concetto europeo di "violazione grave e manifesta".

⁴⁴ In questo modo, se non a una vera e propria sua inversione, si è pervenuti a un sostanziale alleggerimento dell'onere probatorio incombente al privato in forza del quale – e in ciò consiste l'elemento di "atipicità" di tale regime rispetto a quello generale *ex art.* 2043 c.c. – una volta accertata l'illegittimità dell'azione della p.a., è a quest'ultima che spetta di provare l'assenza di colpa, attraverso la deduzione di circostanze integranti gli estremi del c.d. errore scusabile Cons. St., sez. V, 18 novembre 2010, n. 8091, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 11, p. 2374; Id., 11 gennaio 2010, n. 14, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1, p. 140.

⁴⁵ Anche ad ammettere che l'esistenza di un danno sia effettivamente provata (il che è, senz'altro, più agevole qualora alla violazione dello *standstill* si affianchi la decisione di incompatibilità della Commissione), resterebbe il non meno arduo compito di provare che esso sia stato causato proprio dall'erogazione dell'aiuto illegale, in

base a un nesso di causalità diretto difficile da stabilire se non forse in via presuntiva. Peraltro, il nesso di causalità potrebbe essere finanche del tutto interrotto dal comportamento negligente del danneggiato che ha, in ipotesi, determinato o contribuito con la sua condotta alla realizzazione del danno (principio generale comune agli ordinamenti degli Stati membri; in tal senso, C. giust. UE, 5 marzo 1996, "Brasserie du Pêcheur", cit., punto 84). Potrebbe, quindi, assumere rilievo la mancata tempestiva proposizione dell'azione di annullamento avverso l'atto concedente l'aiuto illegale. A riguardo, C. giust. UE, 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier c. Bundesrepublik Deutschland* - "Danske", in *Racc.* 2009, p. I-02119, punti 60-62.

⁴⁶ Trattandosi di azione risarcitoria, l'onere probatorio in capo al ricorrente è pieno *ex art.* 64 c.p.a. in quanto i fatti costitutivi sono comprovabili mediante fonti di prova nella sua disponibilità, non trovando applicazione il temperamento del principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova. *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 11 febbraio 2011, n. 924, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 2, p. 425.

⁴⁷ V. §§ 48-49 della Comunicazione.

mente efficace anche alla luce dell'armamentario previsto dal c.p.a.

È nota, infatti, l'attuale tripartizione di misure cautelari distinte in relazione alle diverse fasi di trattazione: misure cautelari monocratiche provvisorie *ante causam* (art. 61 c.p.a.); misure cautelari monocratiche provvisorie *intra causam* (art. 56 c.p.a.) e misure cautelari collegiali in corso di causa (art. 55 c.p.a.)⁴⁸.

È altresì noto che la tutela cautelare nel processo amministrativo ha ormai carattere innominato (nel rispetto, ovviamente, del principio della domanda)⁴⁹.

Lo spettro di domande cautelari proponibili sia *ante causam* che in seno al ricorso consente, quindi, di ritenere la tutela cautelare dinanzi al giudice amministrativo certamente idonea a salvaguardare le posizioni giuridiche vantate e a preservare l'efficacia dell'art. 108 § 3 TFUE.

Quanto ai presupposti dell'azione cautelare e al rito, trovano applicazione le regole ordinarie (v. artt. 55-62 c.p.a.).

Quanto al contenuto dei provvedimenti cautelari da richiedere, esso dipenderà dalla circostanza se l'aiuto illegale sia o meno già stato erogato.

L'ipotesi più semplice è, ovviamente,

quella dell'aiuto illegale non ancora percepito dal beneficiario.

In tal caso, la misura cautelare più idonea è quella della sospensione dell'esecutività del provvedimento amministrativo concedente l'aiuto illegale in modo da impedirne il versamento in attesa della decisione della controversia (in caso di imminente erogazione, la sospensione potrà richiedersi in via interinale *ante causam*).

Qualora, invece, l'aiuto illegale sia già stato corrisposto, facendo leva sul carattere atipico dei provvedimenti cautelari, la misura più idonea a tutelare nelle more la posizione del ricorrente (soprattutto se concorrente del beneficiario) appare essere quella di ingiungere all'amministrazione il recupero provvisorio dell'aiuto illegale, comprensivo degli interessi dovuti per la durata della violazione, in modo da privare il beneficiario della relativa disponibilità in attesa della decisione⁵⁰. In tal caso, si potrebbe ipotizzare di disporre il deposito dei fondi su un conto bloccato.

La circostanza che, in parallelo al giudizio, si svolga l'indagine presso la Commissione non sembra poter esentare il giudice amministrativo dall'adottare le richieste misure cautelari, pena il venir meno all'obbligo di tutelare i diritti indivi-

⁴⁸ A differenza della terza che è la misura cautelare ordinaria del processo amministrativo che permane fino alla decisione del merito della causa, le prime due sono forme di tutela cautelare meramente provvisorie con la funzione di garantire il ricorrente solo per il tempo necessario a ottenere rispettivamente la misura cautelare in corso di causa o la misura cautelare collegiale. Inoltre, mentre la prima tipologia è esperibile soltanto in ipotesi ben circoscritte («in caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie»), le altre due presuppongono l'avvenuta notificazione del ricorso e sono ordinariamente ad esso incidentali (oppure proposte successivamente in modo separato).

⁴⁹ L'art. 55 comma 1 c.p.a., parla, infatti, di «misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso». L'atipicità della tutela cautelare vale, ovviamente, anche nell'ipotesi in cui la posizione dell'interessato sia qualificabile in termini di diritto soggettivo.

⁵⁰ Al § 61 della Comunicazione, la Commis-

sione ipotizza, nel rispetto del diritto procedurale nazionale, come rimedio più rapido, ove il giudice nazionale abbia *prima facie* la ragionevole convinzione che la misura in questione comporti un aiuto illegale, l'ordine del deposito dell'aiuto illegale e degli interessi dovuti su «un conto bloccato fino a quando non sia deciso il merito della controversia». Si dubita della percorribilità in sede giurisdizionale di tale rimedio in assenza di una specifica previsione normativa interna. Tuttavia, C. giust. UE, 11 marzo 2010, causa C-1/09, *Centre d'exportation du livre français (CELF) e Ministère de la Culture et de la Communication c. Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)* - «CELF II», in *Racc.* 2010, p. I-2099, punto 37, sembra aver avallato il suggerimento della Commissione del versamento dei fondi su un conto bloccato per evitarne la disponibilità in capo al beneficiario. Peraltro, si fa presente che il deposito in un conto bloccato è stato introdotto nel nostro ordinamento non come misura cautelare a disposizione del giudice ma come strumento che l'amministrazione competente può porre in essere nelle ipotesi rientranti nel c.d. «impegno *Deggendorf*» (artt. 1 comma 1223, della l. 27 dicembre 2007, n. 296, e 46 della l. 234/2012).

duali discendenti dall'art. 108 § 3 TFUE. In siffatta ipotesi, qualora il giudice amministrativo preferisse attendere l'esito della valutazione di compatibilità della Commissione, un'ideale misura cautelare potrebbe pur sempre individuarsi nell'ordine del versamento dei fondi su un conto bloccato in modo da congelare nelle more la situazione.

Giova infine, rilevare che il nostro sistema di giustizia amministrativa conosce un rimedio molto rapido per poter porre termine alla violazione dell'art. 108 § 3 TFUE: quello cioè di definire l'intera controversia con sentenza in forma semplificata da adottarsi, in presenza di tutti i presupposti previsti dall'art. 60 c.p.a., in occasione della camera di consiglio prevista per la trattazione della domanda cautelare.

VII. L'AMBITO COGNITORIO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO E I PROVVEDIMENTI EROGABILI

Una volta investito di una controversia in tema di aiuti illegali, il giudice amministrativo deve anzitutto stabilire se, in base alla prospettazione del ricorrente, la misura di ausilio contestata rientri effettivamente nel paradigma della nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE e, in caso positivo, verificare se la stessa sia stata debitamente notificata alla Commissione e non attuata prima del suo *placet*.

Il giudice amministrativo può, quindi, qualificare in via interpretativa, in conformità alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, alla prassi decisionale della Commissione e ai suoi orientamenti o comunicazioni, la misura concessa come aiuto di Stato al solo scopo di accertare l'osservanza dell'art. 108 § 3 TFUE⁵¹.

L'area della cognizione del giudice amministrativo è, dunque, funzionale alla verifica del rispetto degli obblighi procedurali in materia di aiuti, restandogli assolu-

tamente preclusa qualsiasi valutazione in punto di compatibilità dell'aiuto, riservata esclusivamente alla Commissione.

La qualificazione della misura controversa come aiuto di Stato può, in alcuni casi, rivelarsi assai problematica poiché – specie se la destinataria del presunto aiuto è un'impresa pubblica – spesso presuppone la disponibilità di approfonditi studi di carattere economico su scala europea (ad esempio, quando occorre capire se l'aiuto pregiudica o meno gli scambi fra gli Stati membri) che le parti non sempre sono in grado di fornire e il giudice di ponderare adeguatamente. Per ovviare a simili difficoltà, il giudice amministrativo può chiedere il parere della Commissione (ad esempio, sul se una determinata misura configuri un aiuto di Stato ovvero se sia soddisfatto uno dei requisiti costitutivi di tale nozione)⁵² oppure può (*rectius* in caso di giudice di ultima istanza, deve) utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, investendola del quesito se la misura sottoposta al suo vaglio sia o meno suscettibile nella nozione di aiuto di Stato.

Il giudice amministrativo ha l'obbligo di tutelare in modo pieno e definitivo i diritti individuali in caso di violazione dell'art. 108 § 3 TFUE indipendentemente da qualsiasi indagine parallela della Commissione concernente la stessa misura. Anche in pendenza del procedimento innanzi alla Commissione, il giudice amministrativo deve pronunciarsi sulla violazione dell'art. 108 § 3 TFUE, non essendo tenuto né a declinare la propria competenza né a sospendere il giudizio in attesa della decisione della Commissione.

I provvedimenti giurisdizionali concretamente erogabili dal giudice amministrativo dipendono, in ossequio al principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, dalla domanda fatta valere in giudizio dal ricorrente⁵³.

⁵¹ C. cost. 10 giugno 2011, n. 185, in *Giur. cost.*, 2011, 3, p. 2398 ss.

⁵² V. § 89 ss. della Comunicazione. Il giudice amministrativo può, inoltre, chiedere alla Commissione di trasmettergli le informazioni procedurali e i documenti pertinenti in suo possesso (v. § 82 ss. della Comunicazione). Per una recente ri-

chiesta di parere alla Commissione v. Cons. St., sez. VI, ord. 12 giugno 2012, n. 3425.

⁵³ A sua volta, la domanda proposta in giudizio dal ricorrente varia in funzione, come si è detto, della situazione giuridica dedotta in giudizio, del tipo di misura contestata (ad esempio, se sovvenzione o esenzione da una prestazione im-

In linea di principio, il giudice amministrativo, ove riscontri l'effettiva violazione dell'art. 108 § 3 TFUE, deve accogliere una domanda di recupero degli aiuti illegali⁵⁴, a meno che non sussistano circostanze eccezionali ostative alla ripetizione. Il criterio giuridico da applicare in tal caso dovrebbe, quindi, essere analogo a quello di cui all'art. 14 Reg. 659/1999 che inibisce il recupero qualora esso «sia in contrasto con un principio generale del diritto comunitario»⁵⁵. In quest'ottica, possono rilevare in senso ostativo al recupero soltanto le circostanze che impedirebbero alla Commissione di provvedere in tal senso con la decisione di incompatibilità.

In proposito, sono note le limitate possibilità per il beneficiario di invocare il proprio legittimo affidamento contro un ordine di recupero della Commissione stante la nozione di "operatore economico diligente" elaborata dalla Corte di Giustizia (su cui *infra* X).

Per non condannare l'amministrazione al recupero occorre, quindi, che il giudice amministrativo accerti la sussistenza di circostanze eccezionali che abbiano suscitato legittime aspettative in capo al beneficiario, come, esemplificativamente, quando la Commissione abbia fornito precise assicurazioni sulla non riconducibilità della misura in questione alla nozione di aiuto di Stato oppure sulla

sua non assoggettabilità alla clausola di *standstill*⁵⁶.

Peraltro, secondo il più recente orientamento della Corte di Giustizia, qualora la Commissione abbia adottato, prima o in pendenza del giudizio, una decisione positiva sulla compatibilità della misura con il mercato unico, il giudice nazionale, ove richiesto, non è tenuto, in base al diritto dell'UE, a ordinare il recupero integrale dell'aiuto illegale⁵⁷.

Tuttavia, il giudice amministrativo, ove richiesto dal ricorrente, deve comunque pronunciarsi sulla condanna dell'amministrazione a richiedere al beneficiario il pagamento degli interessi per il periodo di illegalità in modo da eliminare l'indebito vantaggio derivante dalla concessione prematura dell'aiuto illegale⁵⁸.

Resta altresì fermo che il giudice amministrativo, pur dopo l'adozione di una decisione positiva della Commissione, debba comunque statuire sulla validità della misura. La successiva decisione positiva della Commissione non produce, infatti, l'effetto di sanare *ex post* l'invalidità dell'aiuto illegale⁵⁹.

In quest'ottica, la giurisprudenza amministrativa ha comunque annullato il provvedimento amministrativo concedente l'aiuto illegale benché fosse sopraggiunta nella more del giudizio una decisione di compatibilità da parte della Commissione⁶⁰.

posta), della posizione del medesimo ricorrente (se concorrente del beneficiario o altro terzo interessato), dell'essere stato l'aiuto già implementato o meno.

⁵⁴ In caso di difficoltà per la quantificazione dell'importo dell'aiuto illegale da recuperare, il giudice amministrativo può chiedere assistenza alla Commissione (v. § 36 della Comunicazione) così come per il calcolo degli interessi e per il tasso di interesse da applicare (v. §§ 42 e 91).

⁵⁵ V. § 32 della Comunicazione. Sull'analisi di situazione nell'ordinare il recupero fra la Commissione in sede di scrutinio di compatibilità e il giudice nazionale adito per violazione dell'art. 108 § 3 TFUE, cfr. Concl. Jacobs, 14 dicembre 1995, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e altri c. La Poste e altri - "SFEI"*, in *Racc.* 1996, p. I-03547, punto 75.

⁵⁶ In caso di dubbio sulla sussistenza di circostanze eccezionali impeditive del recupero, il giudice amministrativo può ricorrere all'assistenza della Commissione (§ 91 della Comunicazione).

⁵⁷ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, "CELF I", cit., punti 45-49.

⁵⁸ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, "CELF I", cit., punti 50-52. Tuttavia, se questo è l'obiettivo del pagamento degli interessi, ci si chiede se non sia più corretto che lo ordini la Commissione nelle sue decisioni di compatibilità dell'aiuto illegale. Il che, peraltro, sarebbe anche maggiormente aderente al carattere di giurisdizione soggettiva del nostro processo amministrativo.

⁵⁹ C. giust. UE, 21 novembre 1991, causa C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c. Repubblica francese - "FNCE"*, in *Racc.* 1991, p. I-5505, punti 16-17.

⁶⁰ TAR Sardegna, sez. I, 14 marzo 2009, n. 306, in *Foro amm. TAR*, 2009, 3, p. 918 ss., secondo cui «la valutazione di compatibilità espressa a sanatoria in un periodo successivo (nel caso di specie molti anni dopo l'adozione delle misure)

VIII. I MEZZI DI IMPUGNAZIONE E L'OTTEMPERANZA

Quanto alle impugnazioni, non distinguendosi le sentenze in tema di controversie concernenti gli aiuti illegali dalla generalità delle pronunce del giudice amministrativo, trovano applicazione gli ordinari mezzi previsti dall'art. 91 c.p.a. con applicazione delle relative regole.

L'amministrazione erogante è tenuta a ottemperare al *dictum* giudiziale, anche cautelare, adottando, ove necessario, tutti gli atti amministrativi volti al recupero dell'aiuto illegale con la maggiorazione degli interessi.

In caso di inadempimento, la parte interessata può agire con lo strumento dell'azione di ottemperanza, ai sensi dell'art. 112 c.p.a., al fine di ottenere l'attuazione del *decisum* giurisdizionale ineseguito in tutto o in parte⁶¹. Il giudizio seguirà le comuni regole del procedimento di ottemperanza (artt. 113 ss. c.p.a.).

IX. LA TUTELA DINANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN CASO DI RECUPERO DI AIUTI INCOMPATIBILI

Ai sensi dell'art. 49 comma 2 l. 234/2012, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione della Commissione di recupero di aiuti di Stato illegali e incompatibili di cui all'art. 14 Reg. 659/1999 «a pre-

scindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso».

Tutte le controversie relative all'implementazione nell'ordinamento interno della decisione di recupero della Commissione, indipendentemente dalla tipologia della misura di ausilio in questione e dal soggetto erogante, rientrano, quindi, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In linea generale, è plausibile ritenere che si tratti di giudizi promossi dai beneficiari per contestare il recupero a loro carico.

X. PROFILI PROCESSUALI: L'OGGETTO DEL GIUDIZIO, IL RITO, LA FASE CAUTELARE

Oggetto di contestazione è la pretesa di recupero avanzata dall'amministrazione⁶² nei cui confronti il beneficiario può dedurre, in via esemplificativa, motivi di illegittimità⁶³ ovvero l'errore nell'individuazione del soggetto tenuto alla restituzione oppure nel calcolo della somma da recuperare nonché eccepirne l'intervenuta prescrizione ai sensi dell'art. 51 l. 234/2012.

Soltanto raramente tale contestazione potrà estendersi a porre in dubbio la legittimità della decisione della Commissione sulla quale si fonda il provvedimento impugnato.

Per giurisprudenza pacifica, infatti, qualora il beneficiario, pur essendone legittimato ai sensi dell'art. 263 TFUE, non abbia tempestivamente impugnato la decisione della Commissione, lo stesso non

può comportare effetti nei rapporti fra lo Stato e la Comunità europea, la quale eventualmente rinuncia a ulteriori sanzioni, ma non fa venir meno l'illegittimità del beneficio attribuito in base a una normativa non preventivamente notificata alla Commissione».

⁶¹ Per quanto qui rileva, oltre che per le sentenze passate in giudicato, l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione anche delle sentenze di primo grado e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo. Per l'esecuzione delle misure cautelari inattuate in tutto o in parte v. art. 59 c.p.a.

⁶² Ai sensi dell'art. 48 comma 2 l. 234/2012, il decreto ministeriale di recupero individua, ove necessario, i soggetti tenuti alla restituzione dell'aiuto, accerta gli importi dovuti, determina le modalità e i termini del pagamento e costituisce titolo esecutivo nei confronti degli obbligati. Lo

stesso vale per il provvedimento di recupero dell'ente territoriale competente. Appare plausibile ritenere che siano questi i provvedimenti di recupero da contestare, ove comunicati al beneficiario. Avverso la riscossione effettuata da Equitalia S.p.A. o dal concessionario per la riscossione delle entrate dell'ente territoriale interessato sembrano, invece, potersi dedurre soltanto eventuali vizi formali/procedurali. Se si volesse operare un parallelismo, si potrebbe far riferimento alla nota distinzione del c.p.c. fra opposizione all'esecuzione (ove si contesta l'*an* della pretesa esecutiva) e agli atti esecutivi (ove si contesta il *quomodo* dell'azione esecutiva attraverso il processo).

⁶³ Sui limiti del sindacato di legittimità del giudice nazionale sull'atto interno esecutivo della decisione di recupero della Commissione c. C. giust. UE, 5 maggio 2001, causa C-305/09, *Com-*

può più metterne in discussione la validità dinanzi al giudice nazionale nell'ambito di una controversia concernente i provvedimenti adottati dall'amministrazione in esecuzione della medesima decisione (pena, altrimenti, una facile elusione del termine decadenziale per ricorrere previsto dall'art. 263 TFUE)⁶⁴.

In tal caso, quindi, il giudice amministrativo non potrà annullare gli atti esecutivi interni della decisione di recupero della Commissione per motivi attinenti alla sua validità, essendo ad essa vincolato, ma soltanto per profili strettamente inerenti all'attività esecutiva posta in essere.

Viceversa, nei casi in cui la legittimazione del beneficiario a impugnare la decisione della Commissione non sia così manifesta⁶⁵, quest'ultimo può contestare il provvedimento interno di recupero facendo valere dinanzi al giudice amministrativo l'illegittimità della decisione della Commissione. In tal caso, il giudice amministrativo, non potendosi pronunciare sulla validità degli atti della Commissione, deve sollevare la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE⁶⁶.

Per converso, non sembra che il giudice amministrativo incontri le suddette limitazioni per il rinvio pregiudiziale qualora sollevi *ex officio*, e non su richiesta di parte, la questione della legittimità della decisione della Commissione⁶⁷.

missione europea c. Repubblica italiana, in *Racc.* 2011, p. I-03225, punti 45-48.

⁶⁴ C. giust. UE, 5 ottobre 2006, causa C-232/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese - "Scott"*, in *Racc.* 2006, p. I-10071, punti 59-60.

⁶⁵ Ad esempio perché la misura era un regime di aiuti di ampia portata (riguardante cioè una categoria di soggetti non individuabili a priori) per cui il ricorrente può non essere in grado di dimostrare un interesse individuale. In tal caso, spetta al giudice amministrativo valutare se il ricorrente avrebbe potuto impugnare la decisione della Commissione in quanto indiscutibilmente legittimato.

⁶⁶ C. giust. UE, 23 febbraio 2006, cause riunite C-346 e C-529/03, *Giuseppe Atzeni e a., Marco Scalas e Renato Lilliu c. Regione autonoma della Sardegna - "Atzeni"*, in *Racc.* 2006, p. I-01875, punti 30-34.

⁶⁷ C. giust. UE, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione*

Fra i motivi di asserita illegittimità del provvedimento di recupero il beneficiario difficilmente potrà invocare la lesione del proprio legittimo affidamento sulla regolarità dell'aiuto.

Salve specifiche ed eccezionali circostanze da comprovare adeguatamente⁶⁸, la giurisprudenza è unanime nel ritenere che il suddetto principio possa essere favorevolmente addotto soltanto qualora l'aiuto sia stato concesso nel rispetto degli obblighi procedurali di previa notifica e *standstill* atteso che un «operatore economico diligente» deve essere normalmente in grado di accertarsi del loro rispetto, essendo altrimenti prevedibile la precarietà della misura⁶⁹. Di conseguenza, fino a quando la Commissione non abbia assunto una decisione positiva che sia divenuta definitiva perché non tempestivamente impugnata dinanzi agli organi giurisdizionali dell'Unione europea ovvero perché confermata con sentenza passata in giudicato⁷⁰, il beneficiario non ha alcuna certezza in ordine alla legittimità dell'aiuto, unico elemento che può far sorgere in lui un legittimo affidamento.

Per le medesime ragioni non sembra che il beneficiario possa utilmente proporre un'azione risarcitoria nei confronti dell'amministrazione erogante sostenendo di aver percepito l'aiuto in buona fede⁷¹.

Parimenti consolidata è la giurisprudenza nel ritenere che non può conte-

Cassa di Risparmio di San Miniato e Cassa di Risparmio di San Miniato SpA - "Fondazioni Bancarie", in *Racc.* 2006, p. I-289, punti 72-73.

⁶⁸ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, "CELF I", cit., punti 43-44.

⁶⁹ Cons. St., sez. VI, 4 luglio 2012 n. 3898, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 7-8, p. 2044; TAR Sardegna, sez. I, 19 gennaio 2011 n. 41, in *Giur. merito*, 2011, 4, c. 1120 e 29 novembre 2010 n. 2632, in *Foro amm. TAR*, 2010, 11, p. 3726; TAR Lombardia Milano, sez. III, 12 novembre 2009 n. 5059, in *Foro amm. TAR*, 2009, 11, p. 3062; TAR Marche, sez. I, 15 aprile 2009, n. 216, in *Foro amm. TAR*, 2009, 4, p. 1085; TAR Lazio, sez. II-ter, 11 gennaio 2005, nn. 164, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1, p. 120 e 167, in *Foro amm. TAR*, 2005, 2, p. 552 e 3 marzo 2005, n. 1644, inedita.

⁷⁰ C. giust. UE, 11 marzo 2010, "CELF II", cit., punto 45.

⁷¹ Il ragionamento appare essere il seguente: non rileva la buona fede del beneficiario di un aiuto qualora l'aiuto fosse fin da principio illegit-

starsi il provvedimento di recupero per mancata formale abrogazione della normativa istitutiva dell'aiuto in quanto la decisione negativa della Commissione ha efficacia diretta e immediata nell'ordinamento nazionale, prevalendo sulla contrastante disciplina interna suscettibile di disapplicazione⁷².

Quanto al procedimento, considerata l'importanza delle questioni e l'esigenza di una loro definizione in tempi rapidi, l'art. 49 comma 1 l. 234/2012 ha annoverato le controversie in parola fra quelle cui si applica il rito abbreviato previsto dall'art. 119 c.p.a.⁷³.

Tale rito si caratterizza, in particolare, per la netta riduzione dei termini processuali ordinari ed è stato introdotto per consentire una rapida definizione dei giudizi in determinati settori che, per la delicatezza delle materie considerate e la complessità dei contrapposti interessi giuridici coinvolti, necessitano di una drastica riduzione dei tempi del processo e di una significativa semplificazione dello svolgimento di determinate fasi⁷⁴.

Si tratta, quindi, di un procedimento speciale che manifesta soprattutto nella fase cautelare la sua peculiarità.

Si prevede, infatti, che il giudice amministrativo chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare, ove ritenga, a un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile, non conceda la misura cautelare *ad hoc* ma si li-

miti a fissare la data di discussione del merito a breve termine⁷⁵ in un'ottica accelerativa (lo stesso avviene qualora, a fronte del rigetto dell'istanza cautelare da parte del TAR, il Consiglio di Stato dovesse accogliere l'appello).

Soltanto laddove ravvisi una situazione di «estrema gravità e urgenza» il giudice amministrativo può disporre le opportune misure cautelari, ferma restando la fissazione a breve del merito della causa.

In sostanza, la scelta del legislatore è stata quella di garantire alla categoria di controversie previste dall'art. 119 c.p.a. una sorta di corsia processuale preferenziale. A tal fine, si è limitata a situazioni eccezionali di estrema gravità e urgenza la concessione, da parte del giudice amministrativo, di concrete misure cautelari, ritenendo di poter conciliare i contrapposti interessi in gioco (la necessità di non ostacolare, con provvedimenti giurisdizionali provvisori adottati sulla base di una sommaria deliberazione, l'attività amministrativa in tali settori di rilevanza strategica, da un lato, e la tutela cautelare del ricorrente, dall'altro) mediante una celere trattazione del merito della controversia in vista di una sua rapida definizione con una pronuncia definitiva.

Tale sistema, nella misura in cui prevede presupposti più stringenti per la concessione della misura cautelare nonché una procedura accelerata di definizione della controversia, sembra, quindi, coe-

timo; in quanto illegittimo non doveva essere erogato e, pertanto, il beneficiario non può reclamare di aver subito un danno posto che non avrebbe avuto diritto a queste somme. Peraltro, facendo leva sul concetto di "operatore economico diligente", si potrebbe ritenere che il beneficiario che non abbia previamente verificato il rispetto degli obblighi procedurali non possa utilmente dolersi nei confronti dell'amministrazione erogante del danno subito, poiché la sua condotta negligente lo ha reso corresponsabile della violazione accettando un aiuto illegale ovvero ha inciso sul nesso causale tra atto illecito ed evento dannoso (art. 1227 c.c.).

⁷² Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2002, n. 465, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 126; Id., 16 settembre 2002, n. 4658, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, p. 2143; Id., 16 settembre 2003, n. 5250, in *Cons. Stato*, 2003, I, p. 1944; TAR Sardegna, sez. I, 23 maggio 2007, n. 1204, in *Foro amm. TAR*, 2007, 6, p. 2234.

⁷³ L'art. 49 comma 1 l. 234/2012 ha, infatti, novellato l'art. 119 comma 1 c.p.a. aggiungendovi la lettera *m-quinquies* che contiene la tipologia di controversie in esame.

⁷⁴ In estrema sintesi, il rito abbreviato si caratterizza per i seguenti aspetti: *i*) tutti i termini processuali del rito ordinario sono dimezzati ad eccezione, nei giudizi di primo grado, di quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti, nonché quelli relativi all'appello cautelare previsti dall'art. 62 c.p.a.; *ii*) vigono regole particolari per la fase cautelare (v. testo); *iii*) è prevista la pubblicazione del dispositivo di sentenza su richiesta di parte; *iv*) si consente l'appello avverso il dispositivo con riserva dei motivi da proporre successivamente.

⁷⁵ Il comma 3 dell'art. 119 c.p.a. parla di «prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza».

rente con l'esigenza, prevista dall'art. 14 comma 3 Reg. – 659/1999, di effettuare il recupero «senza indugio» sottostante all'intervento dell'autorità nazionale.

Occorre aggiungere che, nei limiti in cui al beneficiario, come si è anticipato, sia consentito contestare il provvedimento di recupero invocando l'illegittimità della decisione della Commissione, il giudice amministrativo può sospendere la misura interna se, oltre ai predetti requisiti, ricorrono anche le condizioni previste dalla giurisprudenza «*Zuckerfabrik*»⁷⁶ e «*Atlanta*»⁷⁷, vale a dire: *i*) si nutrano «gravi riserve» sulla validità della decisione della Commissione; *ii*) ricorrono gli «estremi dell'urgenza nel senso che i provvedimenti provvisori sono necessari per evitare che la parte che li richiede subisca un danno grave e irreparabile»; *iii*) si tenga pienamente conto dell'interesse dell'Unione europea; e *iv*) si rispettino le pronunce del giudice dell'Unione europea in ordine alla legittimità della decisione della Commissione o a un'ordinanza rivolta alla Commissione «in sede di procedimento sommario diretta alla concessione, sul piano comunitario, di provvedimenti provvisori analoghi».

In caso di accoglimento dell'istanza cautelare per motivi attinenti all'illegittimità della decisione della Commissione, il giudice amministrativo sospende l'esecutività del provvedimento impugnato non-

ché il giudizio *ex art.* 79 c.p.a. provvendo all'immediato rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia⁷⁸. Qualora fosse già pendente analoga questione, il giudice amministrativo, nel sospendere il giudizio in attesa del pronunciamento della Corte di Giustizia, può disporre le più opportune misure provvisorie per la salvaguardia nelle more degli interessi delle parti⁷⁹.

Per il resto, il giudizio non si distingue dalla generalità delle controversie amministrative.

XI. AZIONI ESPERIBILI IN CASO DI INERZIA NELL'ESECUZIONE DELLA DECISIONE DI RECUPERO DELLA COMMISSIONE

Qualora nel termine di due mesi dalla notifica della decisione di recupero della Commissione previsto dall'art. 48 comma 2 l. – 234/2012 non sia stato adottato il provvedimento di recupero, il terzo interessato (verosimilmente il concorrente del beneficiario) può, mediante la tipica azione avverso il silenzio di cui all'art. 31 c.p.a.⁸⁰, contestare l'inerzia dell'amministrazione al fine di far accertare, in capo ad essa, l'obbligo di provvedere⁸¹. Peraltro, trattandosi di attività vincolata, il ricorrente può anche chiedere, ai sensi dell'art. 31 comma 3 c.p.a., la condanna dell'amministrazione all'adozione dell'atto di recupero entro un termine congruo (non superiore, di norma, a trenta giorni)⁸².

scadenza del termine di conclusione del procedimento.

⁸¹ A differenza dei classici casi in cui l'amministrazione esercita un potere ampliativo della sfera giuridica del richiedente, nell'ipotesi in esame siamo in presenza di un potere restrittivo, da esercitarsi *ex officio* nel termine di due mesi dalla notifica della decisione di recupero della Commissione, che si estrinseca in un provvedimento diretto a produrre effetti sfavorevoli verso terzi, qual è il provvedimento di recupero a carico del beneficiario. Nei confronti di tale potere il terzo concorrente appare titolare di un interesse strumentale a richiedere l'emanazione del provvedimento restrittivo, a tal fine legittimato per la propria posizione differenziata e qualificata in quanto il suo interesse è direttamente tutelato dalle norme comunitarie in materia di concorrenza (per una fattispecie simile, v. Cons. St., sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 5, p. 1568).

⁸² In siffatta ipotesi, il ricorrente è tenuto a esercitare l'azione di condanna al rilascio del

⁷⁶ C. giust. UE, 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e 92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe e Zuckerfabrik Soest GmbH contro Hauptzollamt Paderborn - "Zuckerfabrik"*, in *Racc.* 1991, p. I-00415, punto 33.

⁷⁷ C. giust. UE, 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e altre c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft - "Atlanta"*, in *Racc.* 1995, p. I-03761, punto 51.

⁷⁸ È dubbio se la suddetta tutela cautelare possa essere accordata anche qualora il ricorrente, pur avendo impugnato dinanzi all'autorità giurisdizionale dell'Unione europea la decisione della Commissione di recupero, non ne abbia richiesto la sospensione ai sensi dell'art. 278 TFUE ovvero non gli sia stata concessa.

⁷⁹ C. giust. UE, 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd - "Masterfoods"*, in *Racc.* 2000, p. I-11369, punto 58.

⁸⁰ Ai sensi dell'art. 31 comma 2 c.p.a. l'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla

In tal caso, trova applicazione lo speciale rito avverso l'inertza dell'amministrazione di cui all'art. 117 c.p.a. che può portare altresì alla nomina di un commissario *ad acta* il quale, in caso di persistente inadempimento dell'amministrazione, provvede in luogo di questa.

Il ricorrente può anche esperire l'azione risarcitoria, congiuntamente⁸³ a quella avverso il silenzio o disgiuntamente⁸⁴ da essa, per il danno ingiusto derivante dal mancato esercizio di attività amministrativa obbligatoria (art. 30 comma 2 c.p.a.), come quella in esame⁸⁵.

Rispetto alla violazione degli obblighi procedurali di notifica e di *standstill*, la tardiva esecuzione, da parte delle autorità nazionali, di una decisione di recupero appare ancora più grave in quanto finalizzata non solo a garantire il rispetto delle regole ma anche a ripristinare quel *level*

playing field necessario per il corretto funzionamento di un sistema di concorrenza non falsata⁸⁶.

MARCO MARTINELLI

Bibliografia

L. DANIELE, «Private enforcement in materia di aiuti di Stato e ruolo dei giudici nazionali: la nuova Comunicazione della Commissione europea», in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, (a cura di) C. SCHEPISI, Torino, 2011, p. 159 ss.; E. FONTANA, *Aiuti di Stato e diretta efficacia*, Napoli, 2006, spec. p. 189 ss.; A. PISAPIA, *Aiuti di Stato: profili sostanziali e rimedi giurisdizionali*, Padova, 2012, spec. p. 93 ss.; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012; A. TEDOLDI, «La tutela dinanzi ai giudici nazionali in caso di aiuti illegali», in *Concorrenza e aiuti di Stato*, (a cura di) A. SANTA MARIA, Torino, 2006, p. 295 ss.

provvedimento richiesto contestualmente all'azione avverso il silenzio (art. 34 comma 1, lett. c), ult. per. c.p.a.).

⁸³ In tale prima ipotesi, il giudice amministrativo definisce con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e tratta con il rito ordinario la domanda risarcitoria (art. 117 comma 6 c.p.a.).

⁸⁴ In tale seconda ipotesi, il termine per proporre autonomamente l'azione risarcitoria è quello di decadenza previsto dall'art. 30 comma 4 c.p.a. Tuttavia, la mancata attivazione del rito sul silenzio può rilevare ai fini dell'art. 1227 c.c. in ordine all'accertamento della spettanza del risarcimento nonché alla quantificazione del danno risarcibile. In tal senso, v. TAR Calabria Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2012 n. 450, in *Foro amm. TAR*, 2012, 5, p. 1769.

⁸⁵ Particolarmente difficile è la prova del nesso eziologico atteso che grava sul ricorrente l'onere di dimostrare che il danno subito sia una conseguenza diretta del recupero tardivo. Peraltro, si discute se il mero ritardo procedimentale nell'adozione del provvedimento (come quello di recupero) possa costituire di per sé causa di risarcimento del danno soprattutto nell'ipotesi in cui si tratti, come nella specie, di tardiva emanazione di provvedimenti sfavorevoli per terzi soggetti. Per l'orientamento favorevole a riconoscere la risarcibilità del danno per mera perdita di tempo v. TAR Campania Napoli, sez. VII, 9 novembre 2012 n. 4538, in *Foro amm. TAR*, 2012, 11, p. 3608; in senso contrario, v. TAR Calabria Catanzaro, sez. I, 20 novembre 2012 n. 1120.

⁸⁶ V. § 69 della Comunicazione.