

## 4.

### GLI AIUTI DI STATO NEL PRISMA DEGLI INTERESSI PUBBLICI

#### PER UN RINNOVATO APPROCCIO

Sommario: 1. Introduzione. 2. I limiti della nozione tradizionale. 2.1. La lettera dei Trattati e l'interpretazione estensiva della Commissione. 2.2. Una nozione funzionale a tutto spettro. 3. Aiuti di Stato e Costituzione. 3.1. Il principio del primato nella recente giurisprudenza costituzionale. 4. Le atipiche fonti della disciplina degli aiuti di Stato. 4.1. Uso ed abuso delle comunicazioni. 5. La tutela giurisdizionale degli interessati. Questioni aperte. 5.1. Il caso *Tercas*. 5.2. Il ruolo dei giudici nazionali. 5.3. La limitata aspettività dell'azione di danno. 6. Lo straripante ruolo della Commissione. 7. Cenni ad altre problematiche connesse. 8. Conclusioni

#### 1. *Introduzione*

La nozione di aiuti di Stato, così come elaborata in decenni di norme e giurisprudenza comunitaria, merita una profonda revisione; tanto prendendo occasione dalle vicende bancarie che sono esaminate in questo volume, quanto riconsiderando in generale la sua portata oggettiva e soggettiva.

Le considerazioni di seguito svolte sull'attuale nozione di aiuti di Stato prendono dunque le mosse dalle crisi di alcune banche italiane nell'ultimo decennio; ma vanno oltre la materia bancaria. In particolare, esaminando l'inatteso intersecarsi tra la ricaduta economica della pandemia da Covid 19 e la tematica degli aiuti di Stato. Nei limiti del presente saggio si tenterà di configurare una nuova accezione di aiuti di

Stato capace, da un lato, di coprire unitariamente le materie interessate da sovvenzioni e misure varie di incentivazioni «statali»; dall'altro, riportata ad una delimitata valenza come previsto in modo inequivoco dalla lettera dei Trattati europei; sin dal Trattato CEE di Roma del 1957.

Si è consapevoli che appare improbo mettere in discussione una (apparente) granitica giurisprudenza dei giudici dell'Unione sugli aiuti di Stato; ma ad un'attenta analisi la medesima giurisprudenza appare più variegata ed aperta di quanto risulta dalla vulgata dominante, come si esemplificherà con sentenze di particolare importanza, anche nel settore bancario. Inoltre, la circostanza che la scienza giuridica torni continuamente in modo problematico su questi temi non è solo una scontata conferma dell'importanza del tema aiuti di Stato, ma anche di una parziale insoddisfazione per la nozione dominante.

I temi qua esaminati nella prospettiva delle crisi bancarie sono principalmente cinque, con alcuni temi connessi cui faremo sintetici cenni: a) la "opacità" della nozione di aiuti di Stato; b) la perdurante tensione della tematica degli aiuti di Stato con la nostra Costituzione; c) le criticità del sistema delle fonti europei degli aiuti di Stato; d) i limiti della tutela giurisdizionale degli interessati nell'attuale contesto; anche per quanto riguarda il risarcimento del danno; e) lo straripante ruolo della Commissione europea in relazione alle altre istituzioni (specie il Consiglio e la Banca centrale europea) ed alle autorità nazionali.

## *2. I limiti della nozione tradizionale*

Iniziando dal modo in cui vengono intesi gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione, con effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri, va rilevato che la nozione generica di aiuti di Stato – tale da coprire ogni

misura pubblica capace di alterare la concorrenza – mal si addice a quanto previsto nei Trattati; ponendo in discussione il primo criterio di interpretazione della “legge”, che anche nel diritto dell’Unione è quello letterale. Tale criterio interpretativo è volto a comprendere il significato di una disposizione sulla base delle parole e delle formule linguistiche utilizzate; dando atto che, come rilevato dalla Corte di giustizia, il diritto dell’Unione può impiegare una terminologia che gli è propria e che può anche avere un significato diverso da quello dei medesimi termini nel diritto interno.

Il vigente Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) prevede disposizioni sugli aiuti di Stato (artt. 107-109) che sono pressoché identiche a quelle contenute nel Trattato del 1957 (artt. 92-94) istitutivo della Comunità economica europea. Caso tra i pochissimi di continuità nella disciplina di una materia nei decenni del progresso di integrazione europea.

Leggendo tali disposizioni, emergono sin dal Trattato CEE le quattro condizioni che la giurisprudenza ha poi affinato per definire quali tra gli aiuti pubblici debbono considerarsi “aiuti di Stato”. Esse sono, come ben noto: l’imputabilità della risorsa allo Stato, anche indirettamente; l’esistenza di un vantaggio economico per il beneficiario, incluso del tema della selettività degli aiuti; il pregiudizio che le risorse possano apportare alla concorrenza; l’ulteriore pregiudizio che tali risorse possano determinare al commercio tra gli Stati membri. Non è mai inutile ricordare che, per poter parlare di aiuti di Stato, tali condizioni devono esistere cumulativamente.

## 2.1. *La lettera dei Trattati e l'interpretazione estensiva della Commissione.*

2.1. Il richiamo al dato letterale dei Trattati – come detto, sostanzialmente inalterato dal 1957 – non è superfluo perché ove quelle disposizioni fossero oggi esaminate dal “Venerdì” di Robinson Crusoe, ignaro delle vicende comunitarie, sarebbero inevitabilmente da lui lette quali disposizioni applicabili a limitati casi di risorse erogate dallo Stato, che corrispondono alle quattro condizioni di cui sopra; vista la loro rigorosa definizione e la necessaria cumulatività. Sostanzialmente, “Venerdì” avrebbe la fondata impressione che gli aiuti di Stato, per come previsti nei Trattati, rappresentano solo una parte degli aiuti pubblici, che in generale rimangono soggetti alla regola della libera concedibilità dei sussidi pubblici, alle condizioni previste dalle norme nazionali. L'interpretazione di “Venerdì” entrerebbe perciò in collisione con quella di Crusoe, suo mentore, che invece ha sviluppato il suo sapere nel contesto culturale della CEE, prima, e dell'Unione, poi; ove è sempre stata disattesa l'interpretazione letterale di questa parte del Trattato.

Fuor di metafora, la formulazione letterale della griglia delle condizioni previste dai Trattati per poter qualificare i sussidi pubblici come aiuti di Stato lascia intendere (*rectius* dovrebbe, considerata qual è poi stata la lettura dominante) che i sussidi pubblici non sono di per sé vietati; specie quando sono rivolti a salvaguardare la stabilità dei mercati. In ogni caso, i possibili aiuti di Stato devono essere accertati di volta in volta, con valutazione soggetta al controllo giurisdizionale dei giudici europei.

Una chiara conferma, di nuovo basata sul dato letterale dei Trattati, è la disciplina nel campo della concorrenza delle intese tra imprese. Le intese sono sempre vietate; i sussidi pubblici solo quando sono configurabili quali aiuti di Stato al verificarsi delle quattro condizioni sono richiamate.

E' accaduto invece che la Commissione ha assunto un'interpretazione largheggiante degli aiuti di Stato sin dalla prima esperienza successiva al Trattato di Roma del 1957. Le maggiori misure assunte dalla Commissione hanno infatti sempre dato per acquisito implicitamente, senza dimostrazione specifica, che le misure pubbliche fossero aiuti di Stato; così da estendere l'ambito oggettivo della nozione a quasi ogni tipo di sussidio (con l'eccezione, qua non rilevante, della loro dimensione quantitativa). Lo stesso è avvenuto per l'ambito soggettivo, facendo risalire allo Stato" pressoché tutte le misure pubbliche di sussidio; anche quando erogate da soggetti "eccentrici" rispetto allo Stato.

Si è in tal modo dispersa la precisa perimetrazione soggettiva ed oggettiva della nozione. Esempio in materia bancaria per la delimitazione dell'ambito soggettivo il caso *Tercas* (cfr. i capitoli che precedono), nel quale la Commissione ha – illegittimamente, come accertato dai giudici dell'Unione – imputato allo Stato la misura di salvataggio decisa dal Fondo interbancario tutela depositi. Esempio poi, per la delimitazione dell'ambito oggettivo, le molteplici misure assunte dalla Commissione per disciplinare i sussidi statali alle imprese per contrastare le conseguenze economiche della pandemia da Covid 19; immediatamente (la Comunicazione del 13 marzo 2020, Com 2020-112 final, è di pochi giorni dopo l'inizio conclamato della pandemia)

considerati aiuti di Stato, quando una lettura di ogni persona assennata avrebbe riportato la vicenda pandemica al novero degli "eventi eccezionali" (art. 107, para. 2, lett. b) che, come tali, consentono l'erogazione di sussidi che rimangono estranei al perimetro degli aiuti di Stato.

## *2.2. Una nozione funzionale a tutto spettro.*

2.2. La prassi estensiva della Commissione nel configurare gli aiuti di Stato è stata sostanzialmente subita dagli Stati membri e non contrastata con efficacia dalla Corte di giustizia, per quanto attiene sia al ambito degli aiuti che all'esercizio della discrezionalità da parte della Commissione. È infatti costante l'affermazione secondo cui la Commissione dispone di un ampio potere discrezionale il cui esercizio implica valutazioni di ordine economico e sociale che devono essere fatte in un contesto comunitario. La Corte, nell'effettuare il controllo di legittimità sull'esercizio di tale libertà, non può sostituire la propria valutazione in materia a quella dell'autorità competente, ma deve limitarsi a stabilire se quest'ultima non sia viziata da un errore manifesto o da sviamento di potere" (causa C-88/03). La valutazione della compatibilità di misure di aiuto con il mercato interno, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, TFUE, rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo dei giudici dell'Unione (cfr. sentenza 21 novembre 2013, *Deutsche Lufthansa*, C-284/12, punto 28; ed altre analoghe, tra cui le sentenze 11 settembre 2008, *Kronofrance*, C-75/05 P e C-80/05 P, punto 59; 8 marzo 2016; *Grecia/Commissione*, C-431/14, punto 68).

Rimane il solo limite di una verifica specifica, caso per caso. Infatti anche nella materia qua considerata, l'adozione di una comunicazione quale quella sul settore bancario del 2013 non dispensa la Commissione dall'obbligo di esaminare le circostanze eccezionali che uno Stato membro invoca al fine di chiedere l'applicazione diretta dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE e di motivare eventualmente il proprio rifiuto di accogliere una richiesta del genere (sentenza citata 8 marzo 2016, *Grecia/Commissione*, C-431/14 P, punto 72).

Ne esce, in sostanza, una nozione di aiuti di Stato buona a tutto fare e funzionale agli interessi della Commissione che in tal modo estende il suo ruolo anche ad un controllo preventivo sulle politiche nazionali di supporto alle imprese; senza neanche attendere il pieno dispiegarsi delle misure nazionali. Ma funzionale anche, è il caso di rilevarlo, all'interesse della Corte di giustizia – istituzione "comunitaria per eccellenza, insieme alla Commissione – per garantire l'"effetto utile" del diritto dell'Unione anche in questo campo.

La situazione consolidate sta comunque mostrando progressive criticità. Il caso più eclatante è quello, già ricordato, delle politiche di contrasto agli effetti economici negativi della pandemia da Covid 19. La ragione assorbente è che la pandemia è di per sé, senza equivoci, un "evento eccezionale" che fa rimanere i sussidi pubblici al di fuori della disciplina degli aiuti di Stato, per previsione espressa dei Trattati (il citato art. 107, para. 2, lett. b). Nello stesso senso, vale inoltre il rilievo che la pandemia è fenomeno generale per definizione, che riguarda tutta Europa e non solo; a fronte della pandemia gli Stati hanno cercato di sostenere le imprese messe ovunque in crisi. Non si è trattato di misure per alterare la concorrenza, ma finalizzate alla preservazione - per

quanto possibile - della situazione precedente alla pandemia, stabilizzando i mercati.

Tuttavia, contrariamente a quanto previsto dai Trattati, anche nel caso rilevantissimo della pandemia la Commissione si è mossa (cfr. la Comunicazione del 19 marzo 2020) prima ancora che gli Stati decidessero le prime misure; dando così vita ad un controllo *ex ante* sulle politiche economiche nazionali, sostanzialmente per condizionarle (ma in modo inammissibile) anche quando volessero implicare misure redistributive del tutto estranee al perimetro degli aiuti di Stato.

Per casi del genere, con grande saggezza metagiuridica e parole di stampo manzoniane, Natalino Irti ha osservato: “E’ l’ora delle crisi storiche, che siano finanziarie o sociali o sanitarie, quando gli individui si accorgono di essere soli, e guardano in alto con occhi umidi e imploranti (...). I singoli e le imprese cercano scampo nelle strutture unitarie della convivenza (...). Che cosa mai può fare lo Stato se non porgere aiuto?”.

### *3. Aiuti di Stato e Costituzione*

Il secondo tema di riflessione riguarda la perdurante tensione tra i principi della nostra Costituzione e la tematica degli aiuti di Stato; nonché la rilevanza della recente giurisprudenza costituzionale che riequilibra il rapporto tra il nostro ordinamento e quello dell’Unione.

E’ pacifico che al tempo dell’Assemblea costituente il tema dei sussidi non fosse direttamente trattato per inespressa, ma da tutti condivisa, idea che i sussidi pubblici fossero parte necessaria delle politiche di ricostruzione e di modernizzazione del Paese. Del resto, l’intervento pubblico in quel periodo fu comune a tutti gli Stati europei,



vincitori e vinti; recepito con formule sostanzialmente simili nelle nuove Costituzioni (come il GG tedesco).

Considerato che solo dieci anni dopo venne approvato il Trattato istitutivo della CEE con originali norme, come in tema di concorrenza, è lecito considerare che le novità comunitarie dovessero confrontarsi e dimensionarsi con il modello di Stato sociale interventista di alcuni Paesi fondatori della CEE, come Italia e Germania.

Non stupisce dunque che i temi degli aiuti di Stato e della concorrenza siano entrati con molta lentezza nel dibattito costituzionale italiano e nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Si tratta di un fenomeno non di arretratezza culturale ed istituzionale, ma di presa progressiva di coscienza dei diversi sviluppi dell'Unione europea e della originale giurisprudenza della Corte di giustizia, sui principi generali tra i quali il primato del diritto europeo, cui con qualche ritrosia la Corte costituzionale dovette dare spazio a partire dalla sentenza *Granital* (n. 170/1984). La spinta decisiva è finalmente giunta dalla riforma costituzionale del 2001 (legge cost. n. 3/2001) con il riferimento specifico alla nozione di concorrenza. I temi degli aiuti di Stato e della concorrenza sono stati riportati dalla Corte costituzionale principalmente all'art. 41 della Costituzione, combinando la libertà di impresa con il governo pubblico dell'economia e con "l'utilità sociale", sotto il vigilante controllo della Corte costituzionale.

E' seguito un decennio, all'incirca, in cui la giurisprudenza costituzionale e delle corti di ultima istanza ha seguito senza particolari specificità le posizioni dei giudici dell'Unione (in questa fase non solo

della Corte di giustizia, viste le sempre più frequenti controversie per ricorso diretto al Tribunale ex art. 263 del TFUE).

*3.1. Il principio del primato nella recente giurisprudenza costituzionale.*

3.1. Questa situazione di “bonaccia” giurisprudenziale e scientifica ha ceduto progressivamente alla configurazione di un più articolato rapporto tra i due plessi ordinamentali, per due ragioni principali: un ripensamento sui caratteri e la portata del principio del primato del diritto dell'Unione; gli sconvolgimenti determinati dalla grande crisi finanziaria ed economica apertasi nel 2008.

Il principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati, posto da risalente giurisprudenza della Corte di giustizia (a partire dal caso *Costa*, C-6/64), ancorché non sia consolidato nei Trattati, è uno dei principi generali più importanti per l'ordinamento europeo; anzi, ne rappresenta l'architrave. Nella Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona, si richiama il parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22.7. 2007, secondo cui “dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (*Costa contro Enel*, 15 luglio 1964, causa 6/64) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel Trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia”.

La Corte costituzionale si era – come detto - progressivamente adeguata al principio del primato ed a tutte le sue varie implicazioni; dopo iniziali resistenze. Era stata però sensibile alla teoria dei “controlimiti”; secondo cui il primato non vale quando il diritto dell’Unione pone a rischio principi fondamentali della nostra Costituzione o i diritti dei singoli. Ipotesi eccezionali, ma pur sempre possibili come dimostrato anche da recenti casi (la c.d. giurisprudenza *Taricco*: ord. Corte costituzionale n. 24/2017; sentenza della Corte di giustizia del 5.12.2017, C-42/17; sentenza della Corte costituzionale n. 115/2018).

Di recente, il riferimento alla teoria dei controlimiti – che riguarda specifiche situazioni, non mettendo in dubbio in via generale il principio del primato – è stato però integrato nella giurisprudenza della Corte costituzionale da un più articolato approccio al diritto dell’Unione. Tale orientamento appare del tutto condivisibile in quanto la teoria dei controlimiti appare datata rispetto all’evoluzione dei rapporti tra ordinamento dell’Unione europea e ordinamenti degli Stati membri. Nella direzione di meglio definire la portata del principio del primato del diritto UE, a valere solo per le norme europee di carattere costituzionale in senso formale od oggettivo. Perché non tutto quello che è previsto nei Trattati può semplicisticamente essere considerato diritto costituzionale dell’Unione.

Come ha fatto notare il giurista tedesco Dieter Grimm, il diritto dell’UE “soffre” di un eccesso di costituzionalismo (*overconstitutionalism*). Quando mai una Costituzione può definirsi tale quando è formata, come nel diritto UE, da tre atti (TUE, TFUE e Carta dei diritti fondamentali), un complesso di ben 466 articoli (il solo TFUE ha

ben 358 articoli)? Per non parlare dei molti Protocolli, che pure hanno rango primario.

Il principio del primato deve dunque valere solo per le norme europee di carattere oggettivamente costituzionale (una parte delle norme primarie) e per quelle discipline che ne sono diretta attuazione; ma non per tutto quello che è stato regolato su questa base.

L'effetto principale di questa giurisprudenza è – parlando schiettamente – che la Corte costituzionale ha ridimensionato la portata del principio del primato perché, andando oltre la teoria dei controlimiti. Infatti intende costantemente verificare l'assolutezza del principio europeo in riferimento ai nostri principi costituzionali rilevanti nel caso al suo esame. Pertanto, nell'esame congiunto degli interessi in gioco, dell'Unione e del nostro sistema costituzionale, la prevalenza dei primi non è un dato scontato ed inevitabile.

3.2. Il richiamo di questi sviluppi generali non è una parentesi eccentrica rispetto alla tematica in esame, perché comporta una conseguenza diretta, da molti inaspettata: il tema degli aiuti di Stato non è giuridicamente da risolvere solo nel diritto dell'Unione.

Le recenti crisi di questi due primi difficili decenni del nuovo secolo hanno posto in evidenza dei nodi problematici nel rapporto diritto nazionale/diritto UE che devono essere considerati secondo il nuovo approccio seguito dalla Corte costituzionale. Basti pensare, per il diritto bancario, agli effetti che la nuova disciplina posta con l'unione bancaria europea ha determinato per principi e diritti di primaria rilevanza costituzionale, come il diritto di proprietà. Altrettanto, per le misure di contrasto alle conseguenze economiche della pandemia a causa della

tensione tra i limiti posti dalla Commissione con le comunicazioni che limitano gli aiuti di Stato ed i principi di solidarietà sociale e di eguaglianza.

Anche da questo punto di vista si aprono dunque nuovi scenari per gli aiuti di Stato, da considerare non solo nella prospettiva del diritto dell'Unione bensì in quella della combinazione non strettamente gerarchica con gli interessi pubblici nazionali costituzionalmente rilevanti.

#### *4. Le atipiche fonti della disciplina degli aiuti di Stato*

Un terzo tema esemplare per confermare la necessità di una revisione della nozione e della portata degli aiuti di Stato è rappresentato dalle fonti della materia.

Esaminando l'esperienza pluridecennale della disciplina degli aiuti di Stato, emerge un dato apparentemente sorprendente: la netta prevalenza degli atti atipici, in particolare delle "comunicazioni", rispetto agli atti legislativi primari e agli altri atti tipici (ovviamente il parametro della tipicità sono le previsioni di Trattati, specie il TFUE: art. 288 e segg.).

Una spiegazione sta nelle caratteristiche strutturali degli atti giuridici dell'Unione, ove calati nel contesto delle misure sugli aiuti di Stato. Regolamenti e direttive sono atti legislativi per i quali i Trattati prevedono complesse procedure di approvazione, di norma alquanto lente. Risultano poco adatti, dunque, per disciplinare problemi che esigono misure rapide ed aperte ad altrettanto rapide modifiche. Anche gli altri atti tipici (raccomandazioni e pareri) hanno, pur in modo ridotto, le stesse problematiche procedurali; soprattutto non sono quasi mai

appropriati per regolare la materia. Gli atti atipici sono invece i più adatti, perché scaturiscono di regola da procedimenti semplici e veloci (quasi tutti svolti internamente alla Commissione); per tale motivo possono essere facilmente emendati o sostituiti. Sono spesso configurati come atti ad effetti vincolanti, anche se questo è il tema più discutibile come ora si vedrà.

Tra gli atti atipici le “comunicazioni” della Commissione risultano le più comunemente usate anche in tema di aiuti di Stato. Le comunicazioni sono un *genus* solo nel nome, dato che, come da tempo dimostrato (M. Antonioli), possono avere un contenuto diversissimo: interpretativo, ricognitivo, additivo, regolatorio, autolimitavo dei poteri della Commissione, vincolante o meno, ecc. In particolare si avverte una diversità di finalità – che si traduce in un ambito oggettivo diverso – tra comunicazioni che prevedono misure premiali di incentivazione *ex ante*, con “ricompense” per azioni da compiere (quindi carattere propulsivo) e comunicazioni per verifiche *ex post*, di carattere compensativo a fronte, per esempio, di calamità naturali o di altri eventi eccezionali (come ora la pandemia).

L'esperienza mostra che per le comunicazioni la qualifica di atti di *soft law* non vale per distinguerle quali atti non vincolanti dagli atti vincolanti, ma per ribadire solo il carattere atipico. Gran parte delle comunicazioni, come configurate dalla Commissione, risultano di carattere vincolante perché direttamente prescrittive per i destinatari o perché pongono rilevanti vincoli procedurali e motivazionali.

#### 4.1. *Uso ed abuso delle comunicazioni.*

4.1. Proprio la materia bancaria dimostra questi caratteri di gran parte delle comunicazioni della Commissione, con taluni casi di comunicazioni di vera e propria disciplina organica della materia; molto usate per gli aiuti di Stato, in quanto consentono interventi rapidissimi; come dimostrato dalla più volte citata Comunicazione della Commissione del 19 marzo 2020 relativa alle misure di contrasto per le prevedibili conseguenze economiche della pandemia da Covid 19. Non mancano poi comunicazioni a valenza generale che in modo assai preciso dettagliano la nozione di aiuti di Stato (ad es. Comunicazione 2016/C-262/01) e le condizioni alle quali un aiuto di Stato può essere considerato compatibile con il mercato interno (ad es. Comunicazione 2019/C-247/01).

Un uso delle comunicazioni così continuo ed incisivo da parte della Commissione, specie in tema di aiuti di Stato, mette però in discussione essenziali principi del diritto europeo e del patrimonio costituzionale comune degli Stati membri; quali lo Stato di diritto, nelle sue implicazioni sulle fonti del diritto (art. 2 TUE), l'effettività della tutela giurisdizionale (art. 19 TUE e art. 47 Carta dei diritti fondamentali), lo stesso principi di democraticità (art. 2 TUE), perché nel procedimento di elaborazione delle comunicazioni si esclude normalmente ogni intervento del Parlamento europeo e delle altre istituzioni. Si tratta dunque di un abuso dello strumento delle comunicazioni, che non si può accettare supinamente.

Gli Stati membri non hanno sinora reagito in modo significativo a questa prassi; la circostanza non trova una convincente spiegazione. I singoli, persone fisiche e giuridiche, hanno invece utilizzato gli strumenti

di tutela offerti dall'ordinamento dell'Unione per la tutela dei loro diritti, vuoi con i ricorsi diretti ex art. 263 TFUE che con la procedura di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

La Corte di giustizia è intervenuta con significative sentenze, che hanno puntualizzato le caratteristiche delle comunicazioni compatibili con il sistema del diritto dell'Unione. Per la materia esaminata in questo libro, esemplare è la sentenza *Kotnik* (19 luglio 2016, C-526/14) secondo la quale: "l'adozione delle norme di comportamento contenute nella citata comunicazione ha avuto un effetto circoscritto all'autolimitazione della Commissione nell'esercizio del proprio potere discrezionale, nel senso che, se uno Stato membro notifica alla Commissione un progetto di aiuto di Stato che è conforme a dette norme, quest'ultima, in linea di principio, deve autorizzare tale progetto. Dall'altro lato, gli Stati membri conservano la facoltà di notificare alla Commissione progetti di aiuto di Stato che non soddisfano i criteri previsti da detta comunicazione e la Commissione può autorizzare progetti siffatti in circostanze eccezionali".

"Ne consegue – prosegue la Corte – che la comunicazione sul settore bancario non è idonea a creare obblighi autonomi in capo agli Stati membri, ma si limita a stabilire condizioni che mirano a garantire la compatibilità con il mercato interno di aiuti di Stato accordati alle banche nel contesto della crisi finanziaria, di cui la Commissione deve tener conto nell'esercizio dell'ampio margine di discrezionalità di cui essa dispone ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE.

Tenuto conto delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla prima questione dichiarando che la comunicazione sul settore bancario dev'essere interpretata nel senso che essa non ha effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri". La conclusione ha carattere



generale sul tema del possibile valore vincolante delle comunicazioni, al di là della materia bancaria.

Malgrado questi chiari principi, la Commissione ha continuato ad emanare comunicazioni del tipo regolatorio e vincolante, violando le prerogative della Corte di giustizia cui, per l'art. 19 TUE, compete assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati; nonché il principio di leale cooperazione tra le istituzioni.

Si attende un intervento finalmente decisivo della Corte che riporti la Commissione entro il recinto suo proprio, configurando le comunicazioni quali atti primariamente indirizzati ad autolimitare i poteri discrezionali della Commissione stessa, anziché rivolti agli Stati membri ed ai soggetti interessati.

Anche nella prospettiva delle fonti della disciplina degli aiuti di Stato la vulgata tradizionale appare dunque meritevole di riconsiderazione.

##### *5. La tutela giurisdizionale degli interessati. Questioni aperte*

Dopo lo spunto occasionato dal tema delle "comunicazioni" della Commissione, vale ulteriore riflessione la questione della tutela degli interessati a fonte delle decisioni su gli aiuti di Stato.

In principio, tutti gli atti delle istituzioni e degli organismi dell'Unione sono soggetti al controllo giurisdizionale dei giudici europei. La relativa disciplina è, come ben noto, prevista nei Trattati, nei relativi protocolli e in vari atti regolamentari. Il modello della tutela giurisdizionale previsto nell'Unione è particolarmente articolato; perciò giustamente considerato con piena positività dalle Corti costituzionali

nazionali, tra cui la nostra Corte (cfr. sentenza n. 142/2018): “sistema di tutela giurisdizionale dell’Unione, fondato su due livelli – europeo e nazionale – tra loro comunicanti, che deve considerarsi completo e coerente, ove si deve riconoscere che il privato che vi abbia interesse beneficia, comunque sia, (almeno) di un rimedio processuale per far valere l’illegittimità delle decisioni della Commissione”.

Circa l’effettività della tutela, l’esperienza mostra però serie problematicità. La legittimazione a ricorrere è sottoposta a notevoli limitazioni, malgrado la positiva modifica dell’art. 263 TFUE intervenuta con il Trattato di Lisbona e la maggiore flessibilità nella gestione della “giurisprudenza *Plaumann*” (dall’omonima sentenza C-25/62). I tempi del giudizio sono un serio problema, considerato che la media di una sentenza su ricorso pregiudiziale è di un anno e mezzo (ma inserendosi in procedimenti nazionali nel frattempo sospesi) e che lo stesso tempo è quello medio di un ricorso diretto (al Tribunale, se presentato da persone fisiche e giuridiche). Le misure cautelari sono assunte dai giudici dell’Unione con estrema selettività.

Tali caratteristiche sono di per sé fonti di preoccupazione nella prospettiva del diritto ad una tutela giurisdizionale *effettiva* assicurato in principio dalla Carta all’art. 47; ancora di già sono negative nella materia qua considerata.

#### 5.1. *Il caso Tercas.*

5.1. Il caso *Tercas* è esemplare. I ricorsi in primo grado di fronte al Tribunale ex art. 263 TFUE (T-98/16, 196/16 e 198/16) avverso la decisione della Commissione 2016/1208 del 23 dicembre 2016 hanno impiegato più di due anni per giungere a sentenza (19 marzo 2019) e

nelle more della decisione non vi erano state le condizioni per misure cautelari. La Commissione ha poi interposto appello e il secondo giudizio (C-425/19) è giunto a conclusione (2 marzo 2021) a distanza di quasi cinque anni dalla decisione contestata; quando ormai la vicenda era giunta ad un punto irreversibile.

Si è detto da molti commentatori che la Commissione ha deciso il destino di un pezzo rilevante del nostro sistema bancario con una decisione che i giudici comunitari hanno giuridicamente demolito. Molto vero, anche perché nel frattempo il Fondo interbancario non ha potuto essere utilizzato come avrebbe potuto (e dovuto) essere e le crisi bancarie hanno assunto procedure di risoluzione diverse da quella che con saggezza il "modello Fondo" poteva assicurare. Inoltre, nella prospettiva del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva sono emersi con tutta evidenza i limiti dell'attuale sistema processuale dell'Unione, che non appaiono adeguati all'importanza ed all'urgenza delle situazioni che si possono determinare nella materia bancaria. Lo stesso Tribunale ha riconosciuto il problema nella sentenza citata Tercas, quando (punto 55) ha osservato che il blocco al sostegno da parte del Fondo ha impedito altri simili interventi (come sarebbe stato possibile, ad esempio per "le quattro banche", per Carige ed altre). Circostanza tanto più grave perché, come si vedrà tra breve, sono molto limitati i margini per ottenere il risarcimento dell'ingiusto danno patito per responsabilità extracontrattuale della Commissione anche in caso di esito positivo dei ricorsi.

Il tema degli aiuti di Stato, per come oggi concretamente gestito dalla Commissione e scarsamente condizionato dai giudici dell'Unione, rappresenta dunque un'importante occasione per avviare una riforma

delle norme processuali dell'Unione, specie con riti speciali, accelerati e super accelerati. Il modello riformatore si può trovare proprio nel nostro sistema di giustizia amministrativa che, specialmente a partire dal codice del processo amministrativo del 2010, ha con qualche successo adeguato il modello generale alle necessità emergenti nel settore dell'economia (contratti pubblici ed altre tematiche), con procedure assai rapide, sentenze in forma semplificate, ecc. Assicurando tempi appropriati a situazioni pressanti ed in divenire; proprio quello che il sistema processuale dell'Unione non assicura.

Oltre che per gli aspetti ora considerati, la tutela giurisdizionale è condizionata dal grado limitato delle valutazioni compiute dai giudici dell'Unione.

E' infatti criterio costantemente affermato dalla giurisprudenza comunitaria che in tema di aiuti di Stato la Commissione dispone di un ampio potere discrezionale tecnico, dinanzi al quale il giudice deve limitarsi a stabilire se la valutazione della Commissione sia viziata da errore manifesto e da sviamento di potere.

Malgrado alcune recenti sentenze che mostrano una più incisiva valutazione da parte dei giudici europei, alla Commissione permane tuttora un ampio potere discrezionale tecnico.

### *5.2. Il ruolo dei giudici nazionali.*

5.2. Per ottime ragioni sostanziali (assicurare una tutela effettiva per gli interessati) è stato proposto (tra gli altri, da R. Caranta e C. Schepisi) che i giudici nazionali assumano un ruolo maggiore dell'attuale; che principalmente si incentra sulla verifica degli obblighi di notifica dei

progetti di aiuti da parte degli Stati membri e sul rispetto dell'obbligo di non erogare gli aiuti sino alla pronuncia della Commissione. In particolare, sulla scorta di recenti sentenze della Corte costituzionale, come la n. 142/2018, è stato messo in luce che i giudici nazionali potrebbero in modo esplicito identificare gli aiuti di Stato interpretando l'art. 107, c. 1, TFUE; se del caso rivolgendosi alla Commissione per chiarimenti o sollevando questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia. Andando oltre a quanto previsto nella Comunicazione del 2009 della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (2009/C-85/01).

Ancora, per giurisprudenza consolidata, l'attuazione del sistema di controllo degli aiuti di Stato [...] incombe, da un lato, alla Commissione e, dall'altro, ai giudici nazionali, con ruoli distinti ma complementari. Se la Commissione ha la competenza in via esclusiva a valutare la compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato, i giudici nazionali invece provvedono alla salvaguardia dei diritti dei singoli in caso di inadempimento dell'obbligo di previa notifica degli aiuti di Stato alla Commissione. L'art. 107 TFUE non gode, infatti di efficacia diretta, sicché "i singoli non possono [...] in forza del solo art. 92 (TCE, adesso art. 107 TFUE) contestare la compatibilità di un aiuto con il diritto comunitario avanti ai giudici nazionali, né chiedere a questi ultimi di pronunciarsi, in via principale od incidentale, su un'eventuale incompatibilità".

E' vero, come riconosciuto nella più volte citata sentenza n. 142/1968 della Corte costituzionale, che in materia di qualificazione e ammissibilità degli aiuti di Stato vi è una "competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice dell'Unione, con la conseguenza che ai giudici nazionali non è consentito pronunciarsi sul

punto”, ma non è meno vero che “i giudici nazionali possono interpretare e applicare la nozione di aiuto di Stato per valutare se un provvedimento adottato senza seguire il procedimento di controllo preventivo debba esservi o meno soggetto, salva restando, in caso di dubbio, la possibilità di chiedere chiarimenti alla Commissione o, in alternativa, di sottoporre la questione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia”. Ciò significa che la violazione dei parametri costituzionali invocati va esclusa qualora il privato interessato non sia individualmente attentato dalla decisione della Commissione, ma faccia semplicemente parte di una più vasta categoria che ne risulta pregiudicata. Tale soggetto può contestare comunque, indipendentemente dal termine per il ricorso di annullamento, la sua validità davanti ai giudici nazionali affinché chiedano alla Corte di pronunciarsi al riguardo con domanda pregiudiziale”.

Malgrado tutto, un più ampio ruolo dei giudici nazionali in materia di aiuti di Stato rimane condizionato dalla concentrazione delle competenze nella Commissione; quindi a livello europeo. Laddove nella vicina tematica della concorrenza vi è un più articolato rapporto tra le competenze della Commissione e delle autorità nazionali. L’allocazione dei poteri decisionali riverbera direttamente sulla giurisdizione, europea o nazionale.

Vero è che i giudici italiani, specie i giudici amministrativi, stanno esercitando appieno il proprio ruolo, come dimostrato da casi di particolare rilievo come per il consorzio Cineca (Cons. St., VI, n. 6009/2018) e per le banche popolari (Cons. St., VI, n. 6120/2018).

### 5.3. *La limitata aspettività dell'azione di danno.*

5.3. Un ulteriore aspetto di problematicità dell'attuale disciplina degli aiuti di Stato è dato dalle limitate possibilità di risarcimento del danno ingiustamente subito dagli interessati, davanti ai giudici dell'Unione o nazionali.

Fermo e ribadito costantemente dalla Corte di giustizia che gli interessati hanno titolo di agire per ottenere il risarcimento del danno, l'esame della giurisprudenza europea mostra che sono assai rari i casi in cui l'interesse degli attori è stato in concreto soddisfatto. Tanto per ragioni processuali che per l'atteggiamento restrittivo dei giudicanti; specie riguardo al riconoscimento del legittimo affidamento da parte dei beneficiari degli aiuti. Egualmente nella giurisprudenza nazionale.

Per quanto riguarda le azioni di danno nei confronti dell'UE, i risultati sinora deludenti sono principalmente dovute, come detto, ad una posizione restrittiva dei giudici europei; malgrado che l'art. 340, para. 3, TFUE sia di per sé ineccepibile e richiami i principi generali comuni al diritto degli Stati membri (che non pongono particolari ostacoli all'azione risarcitoria). A loro volta, le azioni di danno contro lo Stato – abbastanza frequenti relativamente a misure pubbliche erogate in conseguenza di calamità naturali – si sono scontrate con una visione assai rigida dei giudici a proposito del legittimo affidamento degli interessati; quasi sempre negato.

Nel settore bancario, il caso *Tercas* esemplifica compiutamente queste criticità. I due giudici dell'Unione hanno sanzionato la citata decisione del 2016 della Commissione come illegittima perché la Commissione non è stato in grado di dimostrare in modo certo la

riportabilità delle misure del Fondo allo Stato. Come già accennato, tale decisione è stata la diretta causa dell'irreversibilità della crisi di quella Banca e non solo; i due processi davanti ai giudici dell'Unione non sono giunti a termine prima dell'avverarsi della situazione di irreversibilità della crisi. Si tratta di condizioni "di scuola" per ipotizzare un'azione di danno nei confronti dell'Unione (la Commissione), vista l'accertata grave e manifesta violazione del diritto dell'Unione. In realtà, a fronte di un'insoddisfacente giurisprudenza dei giudici europei appare poco realistico che un'eventuale azione di danno possa avere esito positivo.

#### *6. Alcuni problemi collaterali*

Altri temi relativi agli aiuti di Stato meriterebbero essere esaminati in quanto concorrenti alla rimessa in discussione della nozione tradizionale; ma ne possiamo qua dar cenno solo sinteticamente.

Così, l'irrisolta – almeno per ora – relazione tra Commissione e Banca centrale europea in tema di aiuti di Stato; considerando quanto meno che la BCE, pur istituzione tecnica per eccellenza, non sembra avere una diretta influenza sulle decisioni della Commissione. Egualmente, non appare congrua la relazione tra Commissione e Stati membri; in questo caso con sbilanciamento assoluto a favore della prima, laddove sembrerebbe necessario un nuovo modello articolato non molto diverso da quello previsto per la concorrenza.

Anche a tale proposito è il caso di rimettere in discussione il criterio che la disciplina degli aiuti di Stato è rivolta agli Stati membri e non alle imprese, come nella concorrenza. Ciò infatti è vero solo formalmente, dato che nella sostanza gli Stati risultano il tramite rispetto alla posizione delle imprese interessate, vere destinatarie delle norme.



Altro tema sinora poco approfondito, sul quale conviene invece riflettere é quello dei rapporti tra Commissione e Consiglio in tema di disciplina dell'intervento statale in materia bancaria. La soluzione proposta (L. Scipione) potrebbe essere quella di seguire la procedura ex art. 118, para. 4, e art. 109 che rimette alla delibera al Consiglio la decisione sulle categorie di aiuti di Stato che possono essere dispensate dalle procedure previste al para. 3 dell'art. 108.

Di poi, tema meritevole di approfondimento è l'anomala tensione per l'avvenuto sviluppo della unione bancaria europea, con le sue articolate forme organizzative e procedurali, e il perdurante "monopolio" della Commissione in tema di aiuti di Stato. Questione in parte simile a quella già ricordata sui rapporti Commissione/BCE, ma che va anche oltre investendo il ruolo degli altri soggetti dell'unione bancaria europea, compreso le "autorità nazionali competenti". Uno dei profili più critici di questo irrisolto rapporto è la disciplina delle "risoluzioni" bancarie, ove le decisioni della BCE e del SRB paiono non avere influenza su quelle della Commissione in tema di aiuti di Stato.

## *7. Conclusioni*

Dalla carrellata dei maggiori problemi dell'attuale disciplina degli aiuti di Stato si può trarre conferma che la nozione di aiuti da tempo consolidata vada necessariamente rivista.

Ciò vale in particolare per i seguenti punti: una migliore definizione della nozione di aiuti di Stato, tale da superare la sua attuale "opacità"; un uso più corretto delle fonti della materia, specie in riferimento alle "comunicazioni" della Commissione; un procedimento decisionale per gli aiuti di Stato in cui, ferma la centralità della Commissione, vi sia

un'interlocuzione con la BCE e con le autorità nazionali; perfezionamento delle forme di tutela degli interessati, specie nei profili processuali; una più incisiva giurisprudenza dei giudici dell'Unione sia per far rispettare i principi che hanno posto in materia sia per allargare le condizioni della risarcibilità del danno ingiusto.

## BIBLIOGRAFIA CITATA

Antonioli M., *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Giuffrè, Milano, 2000.

Caranta R., *Il controllo da parte del giudice amministrativo sul rispetto dell'obbligo di notifica preventiva e di standstill*, in E. Bruti Liberati, M. De Focatis, A. Travi (a cura di), *Gli aiuti di Stato, profili generali e problematiche energetiche*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, XVII.

Grimm D., *La conquista del costituzionalismo e le sue prospettive in un mondo trasformato*, in *Scienza & Politica*, 2018, 131.

Irti N., *Prefazione*, in E. Bruti Liberati e altri, cit., XVII.

Luciani M., *Gli aiuti di Stato nella Costituzione italiana e nell'ordinamento europeo*, in E. Bruti Liberati e altri (a cura di), *Gli aiuti di Stato*, cit., 1.

Schepisi C., *La valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato. Alcune riflessioni sulla compatibilità e sui limiti della Commissione*, in *Riv. reg. mercati*, 2019, 319.

Scipione L., *Aiuti di Stato e crisi bancarie*, Giappichelli, Torino, 2022.