

NUOVI PROBLEMI DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Studi diretti da
Franco Gaetano Scoca

GIULIANO FONDERICO

L'amministrazione razionalizzata

Disciplina degli aiuti di Stato
e attività amministrativa



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

Introduzione

1. Il Trattato sulla Comunità economica europea conteneva, sin dalla sua prima stesura, un corpo di disposizioni sugli aiuti di Stato alle imprese. Le norme erano poste nel capo I della parte III sulle “regole di concorrenza”, insieme alle “regole applicabili alle imprese” – contenenti i divieti di abuso di posizione dominante e di intese restrittive – e alle “misure antidumping”. La collocazione nel Trattato poteva quindi suggerire che le norme sugli aiuti costituissero un complemento alle regole di concorrenza, essendo diversi i soggetti destinatari – gli Stati, anziché le imprese – ma non l’obiettivo perseguito.

La prima concezione delle norme ebbe in realtà un percorso più complesso. La dichiarazione di Schuman del 1950 non conteneva riferimenti agli aiuti, anzi, per vari aspetti prefigurava il ricorso ai sussidi per accompagnare l’unificazione dei mercati. Il Trattato sulla Comunità europea del carbone e dell’acciaio esordiva con l’abolizione e il divieto, apparentemente incondizionati, di “sovvenzioni” o di «aiuti accordati dagli Stati», associandoli ad altre misure per la formazione del mercato interno (come l’abolizione dei dazi, delle tasse di effetto equivalente e delle restrizioni quantitative, v. l’art. 4). L’Alta Autorità poteva però accordare direttamente prestiti e garanzie per facilitare gli investimenti (art. 54), talché sembrava prefigurarsi uno schema in cui gli aiuti, vietati agli Stati, fossero accentrati presso l’Autorità¹. Il Trattato, inoltre, poneva le regole di concorrenza applicabili alle imprese in un capitolo distinto (art. 65 ss.). Il rapporto Spaak, che costituì la base per le negoziazioni del Trattato di Roma, legava strettamente le regole di concorrenza applicabili alle imprese con le regole sugli aiuti. Entrambe erano necessarie per formare il mercato interno, le prime per evitare che uno scarso livello di concorrenza consentisse “discriminazioni” su base nazionale, le seconde per impedire che il “gioco” di mercato fosse falsato da “vantaggi artificiali” (v. il titolo II, cap. I). D’altra parte, il rapporto prefigurava in più punti strumenti pubblici di sviluppo e di sostegno, sia per accompagnare la formazione del mercato sia per strategie di lungo termine in settori nevralgici (come quelli energetici).

Già i primi testi, in definitiva, facevano emergere un equilibrio non lineare

¹ C.D. EHLERMANN, *State Aids under European Community Competition Law*, in *Fordham International Law Journal*, 1994, vol. 18, pp. 410-436, 411-412.

tra le diverse componenti normative del mercato interno, così come l'assenza di una netta ripartizione nei compiti attribuiti a ciascuna di esse. In effetti, la disciplina degli aiuti di Stato nasceva in una condizione di sostanziale vuoto giuridico. Essa non aveva antecedenti storici nell'ambito delle normative applicate nel continente europeo, se non in occasioni tutto sommato eccezionali². Al contempo, il divieto di aiuti di Stato non aveva un corrispondente neppure nell'ordinamento giuridico statunitense, il quale anzi considerava pressoché naturale che i singoli Stati della federazione si facessero reciprocamente concorrenza creando condizioni economiche più favorevoli per singole imprese o categorie di imprese³.

2. Ad ogni modo, a differenza di quanto accaduto per l'esperimento tentato nel Trattato CECA, la disciplina degli aiuti di Stato, dopo essere entrata a far parte del Trattato di Roma, è restata pressoché invariata in ogni sua successiva riscrittura.

La sua applicazione concreta, tuttavia, ha vissuto a lungo in condizioni di sostanziale stasi. Ciò è avvenuto in parte per la mancata adozione del regolamento procedurale previsto dall'attuale art. 109 TFUE, che doveva precisare le modalità di esercizio dei poteri della Commissione. L'adozione del regolamento è rimasta a lungo sospesa: inizialmente per l'inerzia del Consiglio, pur a fronte dell'impulso dato dalla Commissione; successivamente, a parti invertite, per l'inerzia della Commissione che aveva ormai sviluppato una pratica attuativa soddisfacente, pur senza disporre di regole procedurali specifiche. Il regolamento procedurale CE n. 659/1999 è stato adottato solo una volta raggiunto un nuovo punto di equilibrio tra la Commissione e il Consiglio⁴.

² Si fa riferimento alla convenzione di Bruxelles del 1902 sul commercio dello zucchero, che proibiva i "premi" alla produzione e all'esportazione di tale composto. L'episodio è ricordato in J. J. PIERNAS LÓPEZ, *The Concept of State Aid Under EU Law: From internal market to competition and beyond*, Oxford, 2015, 28 ss. Per un commento dell'epoca, cfr. B. TAYLOR, *The Brussels Sugar Convention*, in *The North American Review*, 1909, vol. 190, 347-358.

³ In mancanza di una disciplina federale degli aiuti, la giurisprudenza U.S.A., in base alla *dormant commerce clause*, vietava le misure come le "tariffe" doganali o altre di effetto equivalente che proteggono le produzioni interne, non quelle che, come i sussidi, le promuovono. Cfr. C.R. DRAHOZAL, *On Tariffs v. Subsidies in Interstate Trade: A Legal and Economic Analysis*, in *Washington University Law Review*, 1996, Vol. 74, 1127-1192. Anche in tempi più recenti, il problema principale è come garantire che gli impegni presi in cambio degli aiuti siano rispettati. V. D.P. WOOD, *State Aid Management in the United States*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, 2013, 40-45, 41 ss.

⁴ Il regolamento ha formalizzato sia il potere della Commissione di ordinare il recupero degli aiuti sia il termine di prescrizione decennale entro cui farlo. La Commissione aveva altresì interesse a una maggiore precisione delle disposizioni procedurali, per contenere la giurisprudenza espansiva che il Tribunale UE sviluppava in quegli anni. Cfr. M. CINI, *The soft law approach: Commission rule-making in the EU's state aid regime*, in *Journal of European Public Policy*, 2001, vol. 8, 192-207, 201 ss. V. anche M.P. SMITH, *How Adaptable is the European Commission? The Case of State Aid Regulation*, in *Journal of Public Policy*, 2001, vol. 21, 219-238, 234-235, ove si osserva che «whereas in 1990 the Commission was concerned primarily to safeguard its nascent autonomy from the Council of Ministers of member state governments, by 1996 it was sufficiently concerned about the threat to its autonomy from private interests to risk Council interference to help protect its control over the state aid agenda».

I tempi di elaborazione delle fonti secondarie non costituiscono l'unica ragione dell'iniziale timidezza con la quale la Commissione ha applicato la disciplina sugli aiuti di Stato.

Lo sviluppo della disciplina ha richiesto la messa a punto di alcune nozioni e di istituti peculiari, il che è avvenuto in un dialogo, talvolta conflittuale, tra la Commissione e la Corte di giustizia. La rilevanza degli effetti nella nozione di aiuto, ad esempio, è stata affermata dalla Corte in tempi risalenti e ha influenzato profondamente i successivi sviluppi nell'applicazione della disciplina⁵, con particolare riferimento alla tipologia delle misure nazionali che ne sono l'oggetto. L'elaborazione del criterio dell'investitore privato, che avrebbe aperto all'applicazione dell'art. 107 TFUE l'intero ambito delle attività economiche degli Stati, ha avuto un primo riconoscimento giurisprudenziale solo con le sentenze *Belgio c. Commissione*, le quali confortavano le soluzioni che la Commissione aveva iniziato a prospettare nell'ambito di talune discipline settoriali⁶. Si vedrà che questo dialogo è proseguito nel tempo, alle volte con smentite nette della posizione della Commissione da parte della Corte.

La disciplina degli aiuti di Stato, in secondo luogo, ha risentito del grado di priorità ad essa attribuito dalla Commissione nell'ambito più generale delle politiche della concorrenza⁷. Già sul piano istituzionale, la Commissione è il principale motore nell'applicazione degli artt. 107-108 TFUE. Essa, ai sensi dell'art. 108 TFUE, ha il compito di procedere, insieme agli Stati membri, a un "esame permanente" degli aiuti esistenti. Spetta unicamente alla Commissione valutare la compatibilità dei nuovi aiuti, dovendo lo Stato sospendere l'esecuzione della misura in attesa della decisione. Nella pratica, l'idea dell'applicazione diretta dell'art. 107 TFUE, e dunque della possibilità di invocare il divieto di aiuti nei rapporti tra privati o tra privati e pubbliche amministrazioni, è stata elaborata solo in tempi relativamente recenti⁸.

L'impulso della Commissione era dunque necessario per attivare in modo estensivo gli artt. 107-108 TFUE ed esso vi è stato solo a partire dalla fine degli anni '70 del secolo scorso. La Commissione si è via via focalizzata su uno o più ambiti di rilevanza dell'art. 107 TFUE. Negli anni '80, ad esempio, la Commissione ha affrontato estensivamente il sostegno pubblico ai settori produttivi in crisi, spesso con problemi di sovrapproduzione, come le industrie siderurgiche⁹. Lo ha fatto sia con decisioni individuali sia con atti atipici di orientamento e de-

⁵ V. C. giust., 23 febbraio 1961, causa 30/59, *Steenkolenmijnen c. Alta Autorità*.

⁶ C. giust., 10 luglio 1986, causa 40/85, *Belgio c. Commissione/Boch II*, punti 12-13, e 10 luglio 1986, causa 234/84, *Belgio c. Commissione*, punto 14.

⁷ Cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, 569-573.

⁸ L'effetto diretto dell'art. 108, par. 3, TFUE era stato già riconosciuto, sia pure incidentalmente, da C. giust., 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*. La Commissione ha cercato di stimolare l'applicazione privata con la *Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato*, 95/C 312/07.

⁹ J.J. PIERNAS LÓPEZ, *The Concept of State Aid Under EU Law*, cit., 50 ss.

finizione preventiva dei criteri della propria azione, che sono divenuti un tratto caratterizzante della disciplina anche dopo che essa ha avuto una “codificazione” attraverso regolamenti.

3. Pur divenuta nel tempo una disciplina compiuta, con numerose diramazioni in settori nevralgici dell’economia, la normativa sugli aiuti di Stato ha incontrato difficoltà a vedersi attribuire una collocazione sistematica e un fondamento economico sufficientemente certi.

Ancora oggi, si possono incontrare almeno tre diverse letture del ruolo degli artt. 107-108 TFUE¹⁰. La prima è legata principalmente a fattori istituzionali. Non è in contestazione che gli aiuti pubblici alle imprese possano avere effetti benefici, si dubita però che gli Stati siano in grado di indirizzarli in modo ottimale. Vi è, ad esempio, il rischio che il regolatore sia “catturato” e che gli aiuti siano orientati verso interessi privati, anziché pubblici, o che le misure siano concesse dai singoli Stati con benefici inferiori ai pregiudizi arrecati alle economie degli altri Stati. Spostare le decisioni a livello sovranazionale non elimina tali rischi ma può attenuarli. L’obiettivo della disciplina, in questa prospettiva, sarebbe quello di correggere le distorsioni del processo decisionale che si possono verificare a livello statale. Una seconda lettura è legata alla formazione del mercato interno. Così come sosteneva il rapporto Spaak, gli aiuti possono falsare la concorrenza in un modo simile a quanto potrebbe accadere con gli ostacoli alle libertà di circolazione e le violazioni delle regole *antitrust*. Il divieto degli aiuti, perciò, dovrebbe essere indirizzato verso le misure capaci di riprodurre ostacoli del genere. Una terza lettura considera invece gli aiuti come fonti di possibili inefficienze. Essi consentono alle imprese sub-ottimali di restare sul mercato peggiorando in tal modo le condizioni di offerta. Il controllo sugli aiuti, dunque, servirebbe per evitare che gli aiuti siano impiegati con effetti dannosi per i consumatori finali.

La pluralità delle interpretazioni sulla funzione della disciplina sugli aiuti risente delle accennate incertezze dell’analisi economica in materia di sussidi. È difficile rinvenire una teoria economica solida e di applicazione generalizzata che ricollegli sempre e comunque agli aiuti di Stato effetti deteriori per l’economia¹¹. I modelli che portano a tali conclusioni dipendono spesso dal ricorrere di precise circostanze. Non è agevole, poi, scindere il profilo economico da quello istituzionale, dalle regole cioè che disciplinano non solo gli aiuti e i loro limiti, ma anche ogni genere di politica che può avere effetti simili, come ad esempio quella fiscale¹².

¹⁰ V, in sintesi, con richiami agli studi in materia, F. PASTOR-MERCHANTE, *The Roles of Competitors in the Enforcement of State Aid Law*, Oxford, 2019, 17 ss.

¹¹ C. OSTI, *Di alcuni problemi degli aiuti di Stato*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 429-454, 435 ss.

¹² Cfr. D. SPECTOR, *State aids: Economic Analysis and Practice in the European Union*, in X. VIVES (a cura di), *Competition Policy in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome*, Oxford, 2009, 176-202, 117 ss., ove si osserva che la mancanza di armonizzazione delle politiche fiscali è difficile da conciliare con i rischi di “corsa ai sussidi” come fondamento del controllo UE sugli

Verosimilmente, si potrebbe giungere a una conclusione del genere solo enfatizzando il valore conoscitivo della concorrenza e con esso l'impossibilità per un decisore centralizzato di allocare le risorse in modo da migliorare gli esiti del processo di mercato¹³. Una lettura così netta sarebbe però difficilmente conciliabile con l'impianto degli artt. 107-108 TFUE. Questi ultimi, se è vero che contengono un divieto di massima degli aiuti statali, consentono nondimeno che alcune loro categorie siano autorizzate. In ambiti settoriali, come l'agricoltura, gli ausili sono previsti strutturalmente. Inoltre, gli aiuti concessi direttamente dall'Unione non sono considerati "di Stato" e non sono sottoposti al divieto di cui all'art. 107 TFUE.

Più in generale, è discusso se i Trattati contengano una "costituzione economica", vale a dire una scelta fondamentale in merito alla disciplina e al tipo dei rapporti economici¹⁴. In verità, la natura dei Trattati è tale che la scelta fondamentale può essere intesa anzitutto come una meta-disciplina dei rapporti tra l'Unione e gli Stati, in ordine ai limiti che questi ultimi incontrano nel regolare i rapporti economici¹⁵. La scelta dell'ordinamento dell'Unione in quanto tale andrebbe ricostruita sulla base della normazione complessivamente considerata e dovrebbe tenere conto delle evoluzioni che ci sono state nei Trattati e della notevole estensione delle politiche dell'Unione e del diritto derivato. La stessa giurisprudenza della Corte non abbraccia un modello univoco di disciplina dei rapporti economici. Quando affronta gli atti delle istituzioni UE, in primo luogo, essa applica con minore rigore il test di proporzionalità, concentrandosi sull'idoneità della misura¹⁶. Anche nei casi in cui esami misure nazionali, la Corte

aiuti. V. anche J.G. MORENO CAIADO, *Commitments and Flexibilities in the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, Cambridge, 2019, 61-98, che riassume gli argomenti sui possibili effetti positivi degli aiuti, che richiedono però la cooperazione internazionale per evitare inefficienze.

¹³ Secondo la nota tesi di F.A. HAYEK, *Competition as a Discovery Procedure*, in F.A. HAYEK, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, London, 1978, 179-190, ora anche in *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, 2002, vol. 5, 9-23.

¹⁴ Nel senso della neutralità dei Trattati rispetto a uno specifico modello di analisi socio-economica, v. C. KAUPA, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, Oxford, 2019. Sostiene invece, sulla base di un'analisi normativa, l'esistenza di una scelta di sistema per una «open market economy with free competition», A. HATJE, *The Economic Constitution within the Internal Market*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford/München, 2011, 589-622, 594 ss.

¹⁵ V. M. POIARES MADURO, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998, in particolare alle 110 ss., ove si distinguono i modelli – rispettivamente centralizzati, competitivi e decentralizzati – di coordinamento tra le competenze regolatorie dell'Unione e quelle degli Stati.

¹⁶ Cfr. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2007, 193 ss., che spiega come il principio di proporzionalità presenti accentuazioni differenti a seconda che protegga i diritti individuali dall'azione delle istituzioni UE o l'integrazione del mercato dalle misure statali che interferiscono con le libertà fondamentali e le altre regole sul mercato interno.

non ha escluso in termini di principio l'idoneità di strumenti come i prezzi minimi o le programmazioni quantitative dell'offerta, purché siano rispettati taluni standard procedurali e i fini perseguiti non siano direttamente economici¹⁷.

Ne discende che la corretta collocazione sistematica della disciplina degli aiuti di Stato dovrebbe risiedere in una qualche sede posta tra le letture sopra illustrate. Essa dovrebbe costituire più il punto di arrivo di un'analisi di diritto positivo che quello di partenza a sua volta definito da premesse economiche. Non è detto, peraltro, che sia una collocazione stabile. Anzi, come si vedrà, essa può oscillare nel tempo in reazione ad altri fattori istituzionali e normativi oltre che derivanti dalle vicende dell'economia reale.

4. L'assenza di riferimenti storici e comparativi, nonché il carattere non pienamente determinato degli obiettivi perseguiti, hanno fatto sì che, come oggetto di studio, la disciplina degli aiuti di Stato sia rimasta a lungo confinata a un ruolo minore.

La disciplina, in primo luogo, è stata vista come meramente ancillare a quelle sulla concorrenza e sulle libertà di circolazione, ritenute munite di un apparato teorico più solido e di fini propri che si sorreggevano da sé. In tale contesto, le norme sugli aiuti di Stato rappresentavano il "parente povero"¹⁸. L'analisi della disciplina degli aiuti di Stato costituiva in genere un'appendice di studi e trattazioni manualistiche dedicate alla concorrenza o alle libertà di circolazione.

In modo apparentemente speculare, un altro filone di ricerca si è invece indirizzato verso una specializzazione sempre più accentuata. Questa tendenza è stata in parte il riflesso della prima. La collocazione incerta della disciplina ha spinto gli studiosi a percorrere strade autonome, senza condizionamenti legati all'esigenza di accomunare le finalità e le tecniche applicative con altri corpi normativi. A questa ragione iniziale, nel tempo se ne sono aggiunte altre discendenti dal progressivo espandersi dell'applicazione delle norme sugli aiuti e dalla formazione di un notevole corpo di regole, orientamenti e casi, questi ultimi non interamente pubblici (anche perché in parte rimessi a negoziazioni informali tra gli Stati e la Commissione). Sul piano pratico, è nata così l'esigenza di una conoscenza accurata e "interna" della casistica, che ha trovato un riflesso in trattazioni sistematiche e minuziose, bisognose di costanti aggiornamenti, e in studi di approfondimento su specifici profili della disciplina.

L'estensione applicativa della disciplina è avvenuta, oltre che per la quantità complessiva delle norme rilevanti, anche per la progressiva attrazione di materie

¹⁷ C. giust., 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, *Cipolla et al.*, in tema di tariffe professionali minime, e C. giust., 26 settembre 2013, causa C-539/11, *Ottica New Line c. Comune di Campobello di Mazara*, relativo a una restrizione all'apertura di nuovi esercizi di ottica legata al rapporto esercizi/abitanti e alla distanza dagli esercizi già esistenti.

¹⁸ M. HANSEN, A. VAN YSENDYCK, S. ZUHLKE, *The Coming of Age of EC State Aid Law: A Review of the Principal Developments in 2002 and 2003*, in *European Competition Law Review*, 2004, vol. 25, 202-233, 202.

e settori produttivi nelle regole sugli aiuti di Stato. Il fenomeno ha richiamato l'attenzione degli studiosi delle singole discipline via via interessate, anche in ambito nazionale. Si pensi all'inclusione delle politiche fiscali nell'ambito applicativo dell'art. 107 TFUE¹⁹, o ancora al collegamento esistente tra i sostegni all'occupazione e l'aiuto alle imprese coinvolte²⁰. È così che sia il diritto tributario sia quello del lavoro hanno dovuto riorganizzare le proprie categorie per fare spazio alla disciplina degli aiuti di Stato, aprendo nuovi spazi di ricerca²¹.

Le conseguenze diffuse della disciplina degli aiuti di Stato hanno, in tempi più recenti, indotto un salto di livello negli studi di diritto UE. Si è osservato che la materia ha raggiunto la maturità e si è resa autonoma dal diritto della concorrenza, sollevando questioni di rilevanza “costituzionale” sul bilanciamento tra valori economici e sociali²². Le regole sugli aiuti di Stato sono state viste come una chiave di lettura della costituzione economica europea²³, una clausola “giurisdizionale” che definisce il confine tra il potere di regolazione dell'Unione e quello degli Stati²⁴. Esse sono state studiate per la loro attitudine a incorporare le istanze di “legittimazione sociale” nell'ordinamento dell'Unione²⁵ o, all'opposto, come determinanti del carattere neutrale o competitivo dei sistemi di regolazione²⁶.

5. Qual è la posizione del diritto amministrativo rispetto alla disciplina degli aiuti di Stato? In linea generale, gli studi di diritto amministrativo hanno da tempo esaminato come il diritto UE influisca sulla loro disciplina²⁷. La stessa

¹⁹ C. giust., 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher*, punto 36.

²⁰ V. C. giust., 26 settembre 1996, causa C-241/94, *Francia c. Commissione/Kimberly Clark*, punti 19 ss.

²¹ V., ad esempio, per il diritto tributario, A. QUATTROCCHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto tributario*, Padova, 2020, e, per il diritto del lavoro, L. TEBANO, *Sostegno all'occupazione e aiuti di stato «compatibili»*, Padova, 2012.

²² Cfr. M. ROSS, *State Aids: Maturing into a Constitutional Problem*, in *Yearbook of European Law*, 1995, Vol. 15, 79-105.

²³ F. DE CECCO, *State Aid and the European Economic Constitution*, Oxford, 2013.

²⁴ Cfr. S. WEATHERILL, *The internal market as a legal concept*, Oxford, 2017, 89-90.

²⁵ J. MULDER, *Social Legitimacy in the Internal Market. A Dialogue of Mutual Responsiveness*, Oxford, 2020, 171 ss. e 234 ss.

²⁶ A. SAYDÉ, *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Oxford, 315 ss., secondo cui la disciplina degli aiuti riduce gli spazi per il “regulatory adjustment” da parte degli Stati membri, con un ruolo speculare a quello del divieto di abuso del diritto. Sul rapporto tra la “scelta” e l'«abuso» del diritto nell'ordinamento UE, v. già M. GNES, *La scelta del diritto*, Milano, 2004, 369 ss.

²⁷ La letteratura è molto vasta, ci si limita a E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003, specie 49 ss. e 133 ss.; G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011; P. CHIRULLI, *Amministrazioni nazionali ed esecuzione del diritto europeo*, e S. TORRICELLI, *L'europeizzazione del diritto amministrativo nazionale*, entrambi in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, rispettivamente 145-170 e 247-272; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, M. MACCHIA, *i principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017, 357 ss.

normazione amministrativa, nelle sue regole fondamentali, ha incorporato i principi del diritto UE, che hanno influito profondamente anche sulla disciplina del processo dinanzi al giudice amministrativo. Esiste poi uno specifico corpo degli studi amministrativi – di c.d. diritto amministrativo europeo – che si occupa dell’Unione come “pubblica amministrazione”, della quale analizzare l’organizzazione, i processi, le funzioni ecc. In tale contesto, la disciplina degli aiuti di Stato ha avuto una certa attenzione come caso tipico di amministrazione diretta, in particolare sotto il profilo dei procedimenti che la Commissione conduce sulle misure nazionali²⁸.

Quanto alla specifica interferenza delle norme sugli aiuti di Stato sull’ordinamento nazionale, essa è stata senz’altro percepita in alcuni ambiti di immediata rilevanza per il diritto dell’Unione europea. Si pensi ai servizi di interesse generale di cui all’art. 106 TFUE e alle questioni connesse al loro finanziamento da parte degli Stati membri. O ancora, ai rapporti tra lo Stato e le sue imprese pubbliche, ai fini dell’applicazione del criterio dell’investitore privato. Man mano che le competenze dell’Unione si sono allargate a nuove materie – si pensi all’ambiente – anche tali interferenze si sono moltiplicate. La disciplina degli aiuti di Stato, ad esempio, costituisce oggi una componente materiale ineludibile delle regole con finalità ambientale, ma ambito applicativo energetico, sugli incentivi alla produzione da fonti rinnovabili.

Se però si astrae dalle ricadute puntuali di tali corpi disciplinari, si osserva che le norme sugli aiuti di Stato raramente si trovano esaminate per le loro implicazioni più generali sull’azione amministrativa e sulle sue regole. Le pubbliche amministrazioni nazionali sono viste essenzialmente come destinatarie passive di obblighi e divieti. La materia è classificata a partire dalla visuale del diritto UE – ad esempio, distinguendo secondo gli elementi costitutivi della nozione di aiuto, o in relazione agli obblighi procedurali nei confronti della Commissione – senza sviluppare le conseguenze per l’organizzazione e il funzionamento delle amministrazioni nazionali. Questo schema è seguito anche negli studi più propriamente rivolti alla disciplina pubblica dei rapporti economici²⁹. La nozione di aiuto di Stato, come si vedrà, ha tuttavia dimostrato una notevole capacità espansiva. Essa copre ambiti di azione amministrativa che vanno molto al di là del tradizionale campo degli ausili pubblici all’impresa. Investe funzioni di regolazione, di benessere, di produzione, influisce sui fini pubblici perseguibili, sull’organizzazione amministrativa e sui procedimenti che ivi si applicano. Chia-

²⁸ Cfr. C. MICHEAU, *Control of State Aid: A policy specific area of EU administrative law*, in H.C.H. HOFMANN, G.C. ROWE, A.H. TÜRK (a cura di), *Specialized Administrative Law of the European Union*, Oxford, 2018, 451-475. Sul “controllo” come forma tipica del rapporto tra Unione e Stati membri nell’applicazione degli artt. 107-108 TFUE, v. M. MACCHIA, *I rapporti tra burocrazia italiana e burocrazia europea*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2020, 27-49, 45-46.

²⁹ Cfr. I. BORRELLO, E. CASSESE, E. CHITI, *Il mercato interno e le politiche dell’Unione europea*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari, 2020, 56 ss.

ma in gioco le principali politiche pubbliche e i valori “identitari” che esse possono includere. Come si avrà modo di osservare, la disciplina UE sugli aiuti di Stato ha una certa influenza anche sul rapporto tra le fonti e sulla sfera di azione destinata prioritariamente alle pubbliche amministrazioni.

Lo studio vuole dunque approfondire questa prospettiva e verificare se, dal confronto tra la disciplina degli aiuti di Stato e l’ordinamento nazionale, emerge un modello di azione amministrativa con contorni sufficientemente precisi, nonché attraverso quali meccanismi esso acquisti rilevanza per le amministrazioni dello Stato. Occorrerà evidenziare i contorni di tale modello, verificare in che modo interagisca con l’amministrazione nazionale e quali conseguenze possano discendere dagli eventuali scostamenti tra i due elementi del confronto.

6. A questi scopi, il lavoro è diviso in tre parti.

La prima affronta la nozione di aiuto di Stato e le implicazioni della linea di confine che essa traccia rispetto alla competenza UE sulle misure nazionali. La nozione di aiuto viene esaminata per alcune sue proprietà peculiari, che ne spieghino taluni meccanismi di incidenza sull’azione amministrativa. La rilevanza della competenza UE sugli aiuti è poi affrontata distinguendo a seconda che lo Stato agisca come regolatore o come operatore economico. Nel primo caso, prevale il criterio della *selettività*, ossia la definizione del sistema di riferimento entro cui valutare le differenze di trattamento tra soggetti in condizioni comparabili. Questo rende rilevante altresì la natura discrezionale dei poteri amministrativi e il tipo di *legalità* ai quali essi sono sottoposti dall’ordinamento nazionale. Nel secondo, acquista rilievo il criterio del *vantaggio* e diviene ugualmente decisivo stabilire il termine di riferimento rispetto al quale apprezzare la sussistenza di un trattamento più favorevole. L’analisi si concentra così sul modello dell’operatore economico, come idealtipo dell’azione economica strumentale, che la disciplina UE applica per far risaltare le azioni pubbliche che attribuiscono alle imprese vantaggi non di mercato.

La seconda parte del lavoro è dedicata ad alcuni fenomeni che si osservano quando la misura statale sia qualificata come aiuto di Stato e sia dunque attratta nella relativa disciplina. Vanno così esaminati anzitutto i rapporti organizzativi che si instaurano tra l’Unione, in particolare la Commissione, e le amministrazioni degli Stati membri. La “modernizzazione” degli aiuti di Stato ha enfatizzato il decentramento presso gli Stati membri dell’applicazione della disciplina, generando un modello di amministrazione peculiare, basato su meccanismi informali e non coercitivi di coordinamento, nel quale l’interesse all’esservi delle misure e quindi all’esercizio della funzione resta in capo allo Stato. Il secondo tema di analisi consiste nel rilevare l’influenza della disciplina UE sulla selezione dei fini pubblici. Si distingue tra i fini mediati, legati a obiettivi pubblici generali come la tutela dell’ambiente o la promozione della ricerca, e i fini interposti della correzione dei fallimenti “di mercato” e “non di mercato”. I fini interposti divengono l’elemento che filtra le azioni pubbliche di sostegno ammissibili rispetto agli obiettivi generali di interesse pubblico. Infine, l’attrazione nella compe-

tenza UE ha conseguenze sulla disciplina dell'attività amministrativa. Lo studio esamina i vincoli nella progettazione delle misure, gli obblighi di trasparenza, le forme di selezione dei beneficiari, gli oneri istruttori, i controlli preventivi di legittimità e quelli successivi di risultato.

La terza parte del lavoro illustra le implicazioni per le amministrazioni nazionali. Il primo aspetto da chiarire attiene alla dinamica di attrazione e allontanamento delle misure statali rispetto alla nozione di aiuto. Lo studio cerca di evidenziare le conseguenze giuridiche della qualificazione come aiuto e le ragioni che possono spingere gli Stati ad evitarla. Dall'altro lato, vi sono anche condizioni nelle quali gli Stati possono "cercare" di qualificare le loro misure come aiuto. Il lavoro esamina tali dinamiche e le conseguenti strategie di differenziazione e adattamento. Si passa poi a considerare l'incidenza della disciplina degli aiuti di Stato sulla posizione dell'amministrazione rispetto alla legislazione. Ciò avviene in due prospettive. La prima attiene all'esistenza di un'area di "riserva" di disciplina all'amministrazione, nella quale le condizioni di applicazione degli artt. 107-108 TFUE rendono pressoché impossibile che il legislatore possa vincolare le decisioni ultime e disciplinare la materia andando oltre un programma di massima. La seconda prospettiva è quella del tipo di legalità che si ricava dalla disciplina degli aiuti di Stato, se orientata all'assetto istituzionale ovvero alla disciplina della discrezionalità in sé considerata. Lo studio del modello di diritto UE prosegue rispetto alla proceduralizzazione delle scelte pubbliche che esso comporta. Anche le componenti più propriamente politiche di queste scelte sono sottoposte ad oneri procedurali. I processi decisionali sono, a vario titolo, aperti ai privati. Infine, sono affrontate le conseguenze sulle strutture organizzative e decisionali dell'amministrazione. Si evidenziano i vincoli intertemporali che nascono tra decisioni passate e presenti, gli effetti allocativi inattesi delle misure di regolazione, quand'anche idealmente neutrali sotto il profilo economico, lo standard di "capacità amministrativa" che incombe sugli apparati pubblici.

Le osservazioni finali riassumono i tratti essenziali del modello ma evidenziano anche i fattori di resistenza da parte delle amministrazioni nazionali e gli snodi della disciplina che possono costituire le sedi del cambiamento.

Parte I

Il confine della nozione di aiuto e le sue conseguenze

Capitolo Primo

La nozione di aiuto

SOMMARIO: 1. La nozione di aiuto di Stato. – 2. L'aiuto come nozione “di diritto”. – 3. La qualificazione dell'aiuto secondo il criterio degli effetti. – 4. L'aiuto come nozione relazionale. – 5. L'aiuto come nozione evolutiva.

1. La nozione di aiuto di Stato

La nozione di aiuto statale non è definita come tale dal TFUE. Si può ricavare dagli elementi che l'art. 107 considera per individuare le misure “incompatibili”, salvo deroghe, con il Trattato. L'enumerazione di tali elementi, che può vedere qualche variante secondo i singoli interpreti, comprende l'imputabilità allo Stato, l'uso di risorse statali, l'attribuzione di un vantaggio al beneficiario, l'essere quest'ultimo un'impresa, il carattere selettivo del vantaggio, la produzione di una distorsione della concorrenza e l'incidenza sugli scambi fra gli Stati membri.

Alla nozione viene riconosciuta una funzione “giurisdizionale”, nel senso che dalla qualificazione di un determinato fenomeno dell'ordinamento nazionale quale aiuto discende la sua attrazione nei procedimenti e nei poteri previsti dall'art. 108 TFUE e nelle competenze normative attribuite al Consiglio dall'art. 109 TFUE. Qualcosa di analogo a quanto accade per le misure nazionali che costituiscono “ostacoli” alle libertà di circolazione. Una volta che sia attribuita tale qualificazione, la misura entra nell'orbita del diritto europeo e ciò influisce sia sui fini perseguibili sia sui mezzi che lo Stato può approntare¹.

Rispetto agli ostacoli alle libertà di circolazione, le conseguenze della qualificazione di una misura come aiuto sono tuttavia più vaste e intense. Sorgono oneri procedurali, il cui adempimento rallenta le attività esecutive e il cui inadempimento può avere conseguenze sostanziali sulla tenuta della misura. Il potere di controllo della Commissione ha natura discrezionale, per cui gli apprezzamenti degli Stati membri e delle loro amministrazioni, a loro volta espressione

¹ Su entrambi i profili, v. S. WEATHERILL, *The internal market as a legal concept*, Oxford, 2017, 60 ss. e 89-90.

di scelte politiche e discrezionali, sono sottoposti a una discrezionalità di livello superiore. La competenza normativa del Consiglio si esprime in regolamenti, ed è perciò interamente vincolante per gli Stati.

Specie quando siano coinvolti interessi pubblici di particolare rilievo, il tema di fondo può così divenire se lasciare i medesimi interessi, per così dire, all'esterno della nozione di aiuto e dunque all'autonomia dei poteri pubblici nazionali, ovvero ricondurli al suo interno imponendo un certo grado di proceduralizzazione e di uniformità². Spesso quest'alternativa dipende da condizioni minute – nel senso che la misura è qualificabile come aiuto se *non* sono rispettati taluni parametri – per cui i poteri pubblici nazionali per conservare la loro autonomia di azione devono in realtà rinunciare in parte³. Si è sostenuto che il passaggio dal processo nazionale di regolazione alla politica UE sugli aiuti di Stato non avverrebbe senza conseguenze sostanziali. Anche quando lo stesso si svolga in modo apparentemente non conflittuale, possono perdersi alcune scelte “genuine” che l'ordinamento nazionale avrebbe compiuto in condizioni “normali”⁴.

Il rilievo “giurisdizionale” della nozione di aiuto, nel senso sopra indicato, fa sì che la ricorrenza delle sue componenti sia oggetto di una giurisprudenza e di una letteratura molto estese⁵. Tale prospettiva di ricerca non rientra direttamente nell'oggetto di questo lavoro. La possibile qualificazione di aiuto, con le conseguenze che porta con sé, stimola tuttavia riflessi ambivalenti nelle amministrazioni nazionali. Essa, come si vedrà, definisce anzitutto in modo originale il perimetro dei soggetti pubblici rilevanti ai fini dell'art. 107 TFUE. Per tali soggetti, la qualificazione come aiuto può condurre a un tentativo di “allontanamento”, attraverso tecniche di differenziazione e di adattamento nel disegno e nell'attuazione delle misure. Ovvero, può offrire soluzioni predefinite, pressoché pronte per l'uso, per una vasta serie di interventi e divenire così il percorso preferibile. È dunque utile soffermarsi preliminarmente sulle proprietà della nozione di aiuto statale che maggiormente spiegano tali forme di incidenza sulle amministrazioni nazionali e che consentono di ricostruirne le possibili dinamiche.

² Il problema si è posto, tra l'altro, nel valutare la rilevanza degli interessi pubblici perseguiti (es., in tema ambientale), per verificare se una misura nazionale fosse o meno *selettiva*. V. le conclusioni dell'Avvocato generale del 17 luglio 2008 nel caso C-487/06 P, *British Aggregates c. Commissione*, punto 102. Di ciò si dirà *infra*, cap. IV, par. 3.

³ Si veda il caso delle compensazioni per i servizi economici di interesse generale, *infra*, cap. V, par. 10.

⁴ Cfr. J. MULDER, *Social legitimacy in the internal market*, Oxford, 2018, 174 ss. Su tale aspetto v. *infra*, cap. IV, par. 3.4.

⁵ *Ex multis*, v. M. ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995, specie 129 ss.; K. BACON, *State Aids and General Measures*, in *Yearbook of European Law*, vol. 17, 1997, n. 1, 269-321; J.Y. CHÉROT, *Les aides d'État dans les communautés Européennes*, Paris, 1998, 19 ss.; L. RUBINI, *The Definition of Subsidy and State Aid*, Oxford, 2009; J.J. PIERNAS LÓPEZ, *The Concept of State Aid Under EU Law: From Internal Market to Competition and Beyond*, Oxford, 2015.

2. L'aiuto come nozione "di diritto"

Il primo aspetto da esaminare riguarda la natura "giuridica" della nozione di aiuto di Stato. La giurisprudenza UE è costante nell'affermare che la nozione sia oggettiva o, in un senso più puntuale, che essa abbia carattere "giuridico" e colga una situazione "obiettiva". L'argomentazione che giustifica una data decisione sulla sussistenza di un aiuto è costruita come se la qualificazione debba essere calata su un fenomeno che abbia già in sé determinate caratteristiche, che vadano colte per come sono⁶.

Tale aspetto, come si vedrà, si lega anche a un'altra proprietà della nozione, quella di dipendere dagli effetti della misura, non dagli obiettivi perseguiti⁷. La natura giuridica si trova tuttavia affermata anzitutto per tracciare la linea di confine tra il controllo giurisdizionale e il potere di decisione della Commissione. La giurisprudenza UE si riserva il controllo "completo" sulle qualificazioni date dalla Commissione: «spetta alla Corte verificare», si legge nella sentenza *Chronopost*, «se i fatti invocati dalla Commissione siano esatti sotto il profilo sostanziale e se siano atti a dimostrare che ricorrono tutte le condizioni [...] che consentono la qualificazione in termini di "aiuto"»⁸. La Commissione, per contro, vede tendenzialmente svalutati gli obblighi procedurali e di motivazione, anche rispetto a eventuali incoerenze interne nei propri orientamenti decisionali⁹. Più in generale, le istituzioni dell'Unione non possono incidere sulla qualità di aiuto, neppure attraverso l'esercizio del potere normativo¹⁰.

In questo, i giudici operano una netta distinzione rispetto all'ampia discrezionalità che alla stessa Commissione riconoscono nella valutazione sulla compatibilità di un aiuto statale. Il controllo dei giudici può esercitarsi sia negando che fosse aiuto una misura qualificata dalla Commissione come tale, sia mettendo in discussione la valutazione della Commissione sulla non sussistenza di un aiuto. In questo secondo caso, il giudice può ad esempio annullare una decisione che dichiari l'insussistenza di un aiuto a seguito di un esame preliminare, im-

⁶ C. giust., 1° luglio 2008, cause riunite C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost*, punti 141-142, e 6 maggio 2000, causa C-83/98 P, *Ladbroke Racing*, punto 25; Trib. UE, 12 dicembre 2000, causa T-296/97, *Alitalia c. Commissione*, punto 95, e 17 ottobre 2002, causa T-98/00, *Linde AG c. Commissione*, punto 40.

⁷ Per questo collegamento, v. ad esempio Trib. UE, 6 marzo 2003, cause riunite T-228/99 e T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen c. Commissione*, punto 180.

⁸ C. giust., *Chronopost*, cit., punto 142.

⁹ C. giust., *Chronopost*, cit., punto 95, e 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Belgio/Forum 187 ASBL c. Commissione*, punto 137.

¹⁰ C. giust., 10 dicembre 2013, causa C-272/12 P, *Commissione c. Irlanda*, punto 53. Anche i regolamenti del Consiglio ex art. 109 TFUE precisano di non potere incidere sulla natura di aiuto ma solo sull'obbligo di notificare le misure alla Commissione. V. il regolamento UE n. 2015/1588, considerando 6.

ponendo alla Commissione di avviare un procedimento di indagine formale¹¹.

La soluzione data dai giudici è logicamente derivabile dal carattere “oggettivo” della nozione. Quest’ultimo sembra però dipendere, più che da specifiche qualità distintive della nozione, proprio dalla sua già richiamata rilevanza “giurisdizionale”. Alla Commissione, in altri termini, si riconosce il potere di esercitare discrezionalmente il controllo sugli aiuti di Stato, non quello di stabilire quando sussistano le condizioni per esercitare tale potere. Nel secondo caso sono in discussione le sfere di autonomia degli Stati membri rispetto al sistema di competenze ripartite dell’Unione.

La natura giuridica della nozione e il riconoscimento di un controllo giurisdizionale non implicano però che le componenti della valutazione abbiano carattere elementare e conducano a esiti prevedibili con certezza.

La conoscenza di qualunque fatto, in primo luogo, richiede la selezione degli elementi rilevanti. Anche le teorie della conoscenza che assumono la conoscibilità del reale, e dunque la verità “come corrispondenza”, convengono che conoscere non significa ricevere i fenomeni empirici in modo passivo, bensì distinguere specifici aspetti che, come tali, possono mutare in un diverso processo conoscitivo¹². L’affermazione di un controllo completo sta così a indicare che la Corte si riserva l’ultima parola sull’attribuzione di significato agli elementi della nozione e sulla loro applicazione al caso concreto. La casistica dei giudici UE è in effetti ricca di controversie nelle quali si discute propriamente su quali fossero gli elementi rilevanti per il giudizio.

Il quadro delle conoscenze nel quale si concretizza la nozione è delimitato, in secondo luogo, dalle informazioni raccolte o doverosamente assumibili nel corso del procedimento di valutazione da parte della Commissione. La legittimità di una decisione in materia di aiuti di Stato deve essere valutata alla luce delle informazioni di cui poteva disporre la Commissione quando l’ha adottata. La Commissione può assumere una decisione definitiva quando ritiene di disporre di tutte le informazioni necessarie, avendo l’onere, ove invece le ritenga ancora insufficienti, di ingiungere allo stato di fornirgliel¹³.

L’esame “completo” del giudice UE è quindi filtrato attraverso le maglie co-

¹¹ Le due possibili fasi del controllo sono regolate, rispettivamente, dagli artt. 4 e 6 del regolamento UE n. 2015/1589.

¹² R. FERBER, *Concetti fondamentali della filosofia*, I, Torino, 2009, 91 ss., a proposito del carattere necessariamente “ipotetico” del realismo, quale conoscenza dei fenomeni per come ci appaiono.

¹³ V. C. giust., *Chronopost*, cit., punto 89, nonché 22 marzo 2001, causa C-17/99, *Francia c. Commissione*, punto 28, e 13 aprile 1994, cause riunite C-324/90 e C-342/90, *Germania e Pleuger Worthington c. Commissione*, punti 28-29; Trib. UE, 16 settembre 2004, causa T-274/01, *Valmont Nederland BV c. Commissione*, punti 57 ss. Spetta dunque alla Commissione esercitare formalmente i suoi poteri di informazione nei confronti dello Stato, ove lo stesso non fornisca spontaneamente i dati necessari.

nositive del procedimento dinanzi alla Commissione, le quali possono essere a loro volta dilatare dal giudice quando non siano state raccolte informazioni sufficienti. Il quadro è parzialmente differente per le controversie che si svolgono dinanzi al giudice nazionale o quando questi rimetta alla Corte questioni pregiudiziali sull'art. 107 TFUE. Il giudice nazionale può conoscere direttamente e in modo altrettanto "pieno" la qualificazione come aiuto di stato – in virtù dell'effetto diretto dell'art. 107, par. 2, TFUE – ma non sempre dispone già di un accertamento da parte della Commissione. Il giudice nazionale può chiedere la cooperazione della Commissione – attraverso informazioni e pareri¹⁴ – per il resto il processo si svolge con la normale distribuzione dell'onere probatorio tra le parti. Se la Corte viene chiamata a conoscere del caso in via pregiudiziale, essa lo esamina in base alle informazioni ricavabili dal fascicolo.

Pressoché tutte le componenti della nozione di aiuto, inoltre, possono essere oggetto di apprezzamenti complessi. La provenienza statale delle risorse può dipendere dall'*effettiva* imputabilità di una decisione a un'amministrazione pubblica, con analisi dettagliate dei processi di formazione delle volontà, dei rapporti azionari e dei flussi finanziari. La qualificazione del beneficiario di un aiuto come impresa – anziché, ad esempio, come potere pubblico estraneo all'ambito applicativo dell'art. 107 TFUE – può richiedere accertamenti sulla composizione e sul peso economico reciproco delle attività svolte. Nel valutare l'esistenza di un vantaggio, entra spesso in gioco il confronto tra contropartite di quantificazione incerta, ad esempio quando si verifica se un'operazione con lo Stato di qualsiasi genere – contrattuale, societario ecc. – sia avvenuta secondo normali criteri di mercato, o quando occorre ricostruire il comportamento puntuale che terrebbe un ipotetico operatore privato che si trovasse in condizioni analoghe¹⁵. La selettività può chiamare in causa apprezzamenti tecnici e tecnico-giuridici, per verificare se la previsione di un trattamento differenziato sia o meno coerente con la logica del sistema di regolazione nazionale¹⁶. Gli elementi dell'incidenza sulla concorrenza e sui flussi di commercio transfrontalieri – per quanto prevalentemente tipizzati e verificati con un tecnicismo attenuato rispetto a quanto accade per le regole di concorrenza – possono coinvolgere indagini economiche.

I giudici UE, pur rammentando la pienezza del controllo giurisdizionale, riconoscono in casi simili che la Commissione abbia un margine di apprezzamen-

¹⁴V. l'art. 29 del regolamento UE n. 2015/1589, ai sensi del quale la Commissione può anche presentare osservazioni come *amicus curiae*. Per l'illustrazione delle modalità in cui avviene la cooperazione, v. Commissione, *Comunicazione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, 2021/C-305/01, par. 5.

¹⁵Trib. UE, 12 settembre 2007, causa T-68/03, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE c. Commissione*, punti 409 ss., ove si esaminava a quali condizioni un creditore privato avrebbe accettato un accordo di compensazione.

¹⁶C. giust., 22 dicembre 2008, C 487/06 P, *British Aggregates c. Commissione*, punti 108 ss.

to per scegliere il metodo più adatto alle verifiche da compiere. Su tali scelte, le pronunce si limitano a un controllo che è dichiaratamente esterno, verificando l'osservanza delle norme relative alla procedura e alla motivazione, l'esattezza materiale dei fatti considerati nell'operare la scelta contestata, l'insussistenza di un errore manifesto di valutazione di tali fatti o l'insussistenza di uno sviamento di potere¹⁷.

La scelta del "metodo più adatto" non è ovviamente un'operazione neutrale rispetto agli interessi coinvolti. L'ideale operatore privato preso a raffronto o la tipologia di costi considerati per valutare la congruità di un prezzo o di una compensazione sono valutabili dal giudice nella loro attendibilità tecnica ma, tra le varie soluzioni plausibili, ciascuna può avere implicazioni differenti nell'estendere o restringere la nozione di aiuto e, indirettamente, nel conformare l'azione degli Stati membri.

La circostanza che i giudici UE riconoscano la discrezionalità della Commissione su tali valutazioni non indica tuttavia che essi traccino un confine rigido tra la valutazione amministrativa e il controllo giurisdizionale, rimettendo esclusivamente alla Commissione determinati apprezzamenti. Il confine tra le due sfere può muoversi proprio in dipendenza dell'azione dei giudici. Ove questi ultimi abbiano già affermato quale sia il metodo da seguire, occupando così possibili spazi di discrezionalità, ciò limita di conseguenza i margini di scelta della Commissione¹⁸.

3. La qualificazione dell'aiuto secondo il criterio degli effetti

Un secondo aspetto distintivo della nozione riguarda l'identificazione in base agli effetti. La giurisprudenza UE ha accolto tale soluzione da tempi risalenti. La prima pronuncia sul tema fu adottata in un ricorso per annullamento del rifiuto dell'Alta Autorità CECA di accertare l'inadempimento della Germania al divieto di aiuti di Stato, sancito dall'art. 4, lett. c), del Trattato CECA¹⁹. Come si è accennato nelle pagine introduttive, tale disposizione vietava tutte le «sovven-

¹⁷ V. C. giust., 29 febbraio 1996, causa C 56/93, *Belgio c. Commissione*, punto 11, 16 maggio 2000. *Francia c. Ladbroke*, causa C-83/98 P, punto 25. Trib. UE, 6 marzo 2003, cause riunite T-228/99 e T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen c. Commissione*, punto 282.

¹⁸ V. Trib. UE, 1° luglio 2008, causa T-666/02, 2008, *Deutsche Post AG c. Commissione*, punti 90 ss., in relazione al confronto tra l'ammontare delle risorse statali trasferite e i costi aggiuntivi netti sopportati per un servizio economico di interesse generale, secondo i parametri della giurisprudenza *Altmark*. In dottrina, cfr. M. PREK, S. LEFÈVRE, "Administrative Discretion", "Power of Appraisal" and "Margin of Appraisal" in *Judicial Review Proceedings Before the General Court*, in *Common Market Law Review*, 2019, vol. 56, 339-380, 368 ss., a proposito del "margin of appraisal" sui fatti complessi «as a "precarious" form of discretion».

¹⁹ C. giust., 23 febbraio 1961, causa 30/59, *Steenkolenmijnen c. Alta Autorità*.

zioni o gli aiuti accordati dagli Stati o gli oneri speciali da essi imposti sotto qualsiasi forma».

Il Trattato CECA prevedeva che gli aiuti fossero definiti solo a livello sovranazionale, dalle istituzioni della Comunità. La formulazione del divieto affiancava la nozione di aiuto a quella di sovvenzione. La Corte poté così dare agevolmente un'interpretazione dell'aiuto più ampia delle sovvenzioni monetarie, legata per l'appunto alla produzione di un "effetto equivalente" di beneficio per i destinatari: «il concetto di aiuto è tuttavia più comprensivo di quello di sovvenzione dato che esso vale a designare non soltanto delle prestazioni positive del genere delle sovvenzioni stesse, ma anche degli interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono identici effetti».

È stato osservato²⁰ come il caso abbia anticipato il criterio in tema di ostacoli alla libertà di circolazione poi impiegato dalla sentenza *Dassonville*, considerata una delle pronunce fondative del diritto sostanziale del mercato interno²¹. L'interpretazione della nozione secondo gli effetti è divenuta poi costante anche per gli aiuti disciplinati dal Trattato CEE e, oggi, dall'art. 107 del TFUE²². La possibilità di mutuare la soluzione dal Trattato CECA a quello CEE non era però scontata, considerate le diversità strutturali esistenti tra le rispettive discipline: l'una accentrava gli aiuti a livello sovranazionale, vietandoli senza eccezioni agli Stati membri; l'altra ammetteva deroghe al divieto, riservando solo queste alla disciplina sovranazionale e lasciando gli aiuti in quanto tali agli Stati membri. La consapevolezza della molteplicità delle forme di sostegno pubblico potenzialmente distorsive della concorrenza era tuttavia un tema già affrontato nei lavori preparatori del Trattato di Roma²³ e in sede di GATT²⁴, del quale si può assu-

²⁰ V., tra gli altri, A. BIONDI, *Some Reflections on the Notion of "State Resources" in European Community State Aid Law*, in *Fordham International Law Journal*, 2006, vol. 30, 1426-1448, 1429 ss.

²¹ C. giust., 11 luglio 1974, causa 8/74, *Dassonville*. Tra gli autori che più hanno sostenuto la rilevanza della pronuncia, come superamento delle logiche tradizionali del diritto internazionale e limitazione dei poteri di regolazione degli Stati membri, v. J. WEILER, *The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods*, in P. CRAIG-G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution of European Law*, Oxford, 1999, 349-376. Lo stesso autore richiama la pronuncia come apripista di un filone giurisprudenziale anche in *The transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, vol. 100, 2403-2483, 2457. V. anche M. POIARES MADURO, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998, 49 ss. Sostiene invece che la sentenza *Dassonville* debba essere "de-mitizzata" e ricondotta, attraverso un'analisi del contesto in cui fu adottata, a parametri omogenei a quelli già accolti nell'ambito del GATT, R. SCHÜTZE, 'Re-reading' *Dassonville: Meaning and understanding in the history of European law*, in *European Law Journal*, 2018, vol. 24, 376-407.

²² V. già C. giust., 2 luglio 1974, causa 173/73, *Italia c. Commissione*, punto 27.

²³ Il rapporto Spaak del 1956, ad esempio, sosteneva che gli aiuti dovessero essere sottoposti a controllo indipendentemente dalla "forma" in base alla quale erano accordati, sulla base di un criterio di equivalenza degli effetti con una "sovvenzione": «Les aides accordées par les Etats doi-