

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO
TRA ORDINE SISTEMATICO
E REALTÀ ECONOMICO-SOCIALE
SCRITTI IN RICORDO DI GIUSEPPE PERICU

a cura di

EUGENIO BRUTI LIBERATI, MAURIZIO CAFAGNO,
LUIGI PISCITELLI, MARGHERITA RAMAJOLI, MARCO SICA



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0593-3

ISBN/EAN 979-12-211-5592-1 (ebook - pdf)

Volume pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Milano.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Studi di diritto pubblico

114

La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.

Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

INDICE

	<i>pag.</i>
PRESENTAZIONE	
GIUSEPPE PERICU, UN VERO MAESTRO	XI
<i>Margherita Ramajoli</i>	

RICORDI

INTRODUZIONE	XIX
<i>Daria de Pretis</i>	
FU VERA AMICIZIA	XXIII
<i>Fabio Alberto Roversi Monaco</i>	
RICORDANDO GIUSEPPE PERICU. UN ULTIMO CONVEGNO IN COPPIA ...	XXVII
<i>Fabio Merusi</i>	

RELAZIONI

<p>ACCORDI PUBBLICISTICI, DOGMATICA GIURIDICA E GIURISPRUDENZA DEGLI INTERESSI: LA RIFLESSIONE DI GIUSEPPE PERICU</p> <p><i>Eugenio Bruti Liberati</i></p> <p>1. Premessa. Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sugli accordi inerenti all'esercizio di poteri amministrativi e il contributo di Giuseppe Pericu</p> <p>2. La svolta dottrinale della fine degli anni Settanta del Novecento e la legge n. 241/1990</p> <p>3. La riflessione sugli accordi di Giuseppe Pericu</p> <p>4. La giurisprudenza oggi prevalente e il rilievo che nella disciplina degli accordi assumono i principi pubblicistici sulla funzione am- ministrativa</p>	<p>3</p> <p>3</p> <p>6</p> <p>9</p> <p>12</p>
<p>IL PENSIERO DI GIUSEPPE PERICU SULL'AMBIENTE</p> <p><i>Maurizio Cafagno</i></p> <p>I. Introduzione</p> <p>II. Sulla nozione di ambiente</p> <p>1. La voce del Digesto</p> <p>2. L'ambiente come sistema</p> <p>III. Il gioco degli interessi</p> <p>1. I riflessi della complessità nello specchio degli interessi: "Energia e ambiente. Emersione e composizione dei vari interessi concor- renti"</p> <p>2. I suggerimenti</p> <p>3. L'esperienza di Genova</p>	<p>17</p> <p>17</p> <p>21</p> <p>21</p> <p>24</p> <p>28</p> <p>28</p> <p>30</p> <p>40</p>

pag.

L'AMMINISTRARE PUBBLICO PER FINANZIAMENTI NELL'OPERA DI GIUSEPPE PERICU: SU ALCUNE QUESTIONI DI TEORIA GENERALE IN UNA DISAMINA DI SETTORE	49
---	----

Roberto Cavallo Perin

1. La sovvenzione come provvedimento amministrativo	49
2. Le sovvenzioni come provvedimenti amministrativi	51
3. Le sovvenzioni amministrative e gli atti di liberalità di diritto privato	55
4. Differenze tra sovvenzioni, concessioni, accertamenti, abilitazioni	59
5. Il controlimito delle norme sui diritti costituzionali aventi ad oggetto le sovvenzioni	61

PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE	63
--	----

Marcello Clarich

1. Premessa	63
2. Principio di eguaglianza e azione amministrativa	66
3. Il momento partecipativo	67

LE AUTONOMIE TERRITORIALI	69
---------------------------	----

Erminio Ferrari

1. Alla ricerca delle autonomie territoriali	70
2. Sindaco e conferenza strategica	73
3. Giurista ed amministratore	76

L'ATTIVITÀ DI DIRITTO PRIVATO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. (NEL PENSIERO DI GIUSEPPE PERICU)	79
--	----

Guido Greco

1. Capacità giuridica di diritto privato e pubblica amministrazione	79
---	----

	<i>pag.</i>
2. L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato	81
3. I contratti ad evidenza pubblica	84
 GIUSEPPE PERICU E L'URBANISTICA	 87
<i>Giuseppe Morbidelli</i>	
1. Premessa	87
2. I criteri informativi	88
3. I principali temi affrontati: a) Le carenze e le incongruenze della disciplina urbanistica	89
4. (<i>Segue</i>): b) I rapporti Stato-Regioni	93
5. (<i>Segue</i>): c) La partecipazione alla formazione delle decisioni urbanistiche	95
6. Conclusioni in punto di metodo	97
 L'INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA NELL'OPERA DI BEPPE PERICU	 101
<i>Giulio Napolitano</i>	
1. Premessa	101
2. La programmazione economica e le sovvenzioni amministrative	101
3. Le trasformazioni dei servizi pubblici e la nascita dello Stato regolatore	103
4. Conclusioni	107
 PROCEDIMENTO E PROCESSO	 109
<i>Aldo Travi</i>	
1. Premessa	109
2. I procedimenti per le autorizzazioni farmaceutiche e il confronto fra cittadini e amministrazione sul piano tecnico	112

INDICE

IX

pag.

- 3. I procedimenti di massa e i diversi volti della partecipazione 115
- 4. La dimensione processuale 118

LA GESTIONE DEI PUBBLICI SERVIZI LOCALI 123

Francesca Trimarchi Banfi

CONCLUSIONI

GIUSEPPE PERICU (TRA PRINCIPI SECOLARI E
L'ORDINAMENTO CHE CAMBIA) 131

Giuliano Amato

L'AMMINISTRARE PUBBLICO PER FINANZIAMENTI
NELL'OPERA DI GIUSEPPE PERICU:
SU ALCUNE QUESTIONI DI TEORIA GENERALE
IN UNA DISAMINA DI SETTORE

Roberto Cavallo Perin

SOMMARIO: 1. La sovvenzione come provvedimento amministrativo. – 2. Le sovvenzioni come provvedimenti amministrativi. – 3. Le sovvenzioni amministrative e gli atti di liberalità di diritto privato. – 4. Differenze tra sovvenzioni, concessioni, accertamenti, abilitazioni. – 5. Il controlimito delle norme sui diritti costituzionali aventi ad oggetto le sovvenzioni.

1. *La sovvenzione come provvedimento amministrativo.*

Nell'attività finanziaria disciplinata da norme nazionali, sovranazionali e internazionali si possono ritrovare una quantità rilevante di atti giuridici la cui efficacia ed effetti definiscono vicende giuridiche finanziarie¹. Molti atti sono disciplinati dal diritto: dal mutuo, al conto corrente, agli altri contratti bancari o assicurativi, all'ormai non più recente *leasing*, sino agli *swap* e ai c.d. prodotti derivati, per non trattare dell'utilizzazione atipica di altri contratti, che in particolari circostanze possono realizzare effetti di finanziamento di una o più attività.

¹ Per i finanziamenti alle attività produttive si veda: G. BOTTINO, *Il finanziamento pubblico dell'economia: possibilità, condizioni e limiti*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, Firenze, 2016, L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana Studi*, Firenze University Press, Firenze, 2017, 217 s.; nonché G. CORSO, *Splendori e miserie dell'intervento pubblico nell'economia italiana*, *ivi*, 593 s.

Di non minore rilievo sono gli atti disciplinati dal diritto pubblico a cominciare dai titoli annuali o poliennali rappresentativi del debito pubblico dell'Ue, degli Stati membri, o di parti di esso, tra cui in Italia hanno avuto una certa notorietà quelli dei comuni (b.o.c.), le varie forme di bancoposta che finanziano la nostra Cassa Depositi e Prestiti², il credito agevolato, o alle riduzioni o esenzioni tributarie o tariffarie, ai "prestiti" dell'Ue agli Stati membri, in genere ogni tipo di finanziamento con restituzione o a fondo perduto.

In questa molteplicità di atti un giovane Giuseppe Pericu (poi mio professore nel collegio di dottorato 2° ciclo) indica con estrema precisione le sovvenzioni, distinguendole dagli atti di diritto privato, da quelli a prestazioni corrispettive, da quelli che sono riduzioni o esenzioni tributarie e indicandole come una categoria a sé di provvedimento amministrativo, che perciò si differenziano dagli atti di accertamento (che negozi non sono), ma che come provvedimenti si distinguono del pari dalle concessioni di beni o di servizi, o dalle abilitazioni.

L'intuizione e l'argomentazione sono state di grande interesse. Basti pensare che l'amministrare pubblico per finanziamenti è stata l'oggetto dei vari sistemi keynesiani nazionali e delle relazioni internazionali del secondo dopoguerra³, uno dei principali strumenti non solo delle politiche economiche – agricole e industriali - con premazia della politica sull'economia, ma in genere come strumento principe delle politiche di promozione dei diritti sociali, che ha retto – come strumento a largo spettro – le politiche di riequilibrio dei territori (prima il mezzogiorno, poi le aree svantaggiate; art. 119 Cost.; art. 106 TFUE), il pluralismo dei prestatori di servizi sociali (art. 34 e 33, art. 38, ecc. Cost.; art. 118, u.c., Cost.), che non ultimo è stato oggetto della disciplina costitutiva del Mercato comune e poi dell'Unione europea, di cui solo la più nota è quella sul divieto di aiuti alle imprese (art. 106 TFUE).

Una fortuna dell'intuizione e dell'argomentazione che pare ritornare

² Su cui CGCE, 3 marzo 2021, C-434/19 e C-435/19; Cass. civ., sez. III, 23 maggio 2019, n. 14080; da ultimo G. MULAZZANI, *La Cassa depositi e prestiti e la riforma amministrativa dell'economia*, Bologna University Press, Bologna, 2023.

³ *European Recovery Program*, 1948, ("Piano Marshall"), con finanziamenti di circa 17 miliardi di dollari.

d'interesse proprio in questi due ultimi anni che vedono – come in tutte le vicende storiche – il venire meno della forza propulsiva di quelle politiche economiche che erano state avviate nei primi anni '80 con la *Reaganomics*⁴, poi irraggiate in tutto il mondo (seppure anticipate dal governo di M. Thatcher per il Regno Unito, in Cile da quello di A. Pinochet) e ispirate ai modelli teorici di Friedrich A. von Hayek e Milton Friedman.

Le recenti vicende pandemiche e di guerra alle porte dell'Unione europea hanno in questi anni visto ritornare l'amministrare pubblico per finanziamenti come strumento di attualità, con una spinta potente che chiede di riscrivere i limiti divenuti angusti del divieto di aiuti alle imprese degli Stati membri, aprendo spazi che si ritenevano ormai conclusi per le sovvenzioni e gli altri strumenti che rientrano nella più ampia nozione di aiuto⁵.

Si tratta di larga parte della storia d'Italia che ha definito un modello di intervento pubblico dell'economia per finanziamenti, ove per scelta politica si è inteso favorire alcuni, alterando l'andamento o la risultanza delle forze sociali in campo, sia in ambito nazionale sia nei rapporti internazionali, allo scopo di promuovere o realizzare rilevanti trasformazioni.

2. *Le sovvenzioni come provvedimenti amministrativi.*

L'intuizione e l'elaborazione che si ricava dalla monografia⁶ – se ho compreso il pensiero dell'autore a distanza di 50 anni – chiarisce che le sovvenzioni sono provvedimenti di manifestazione di volontà pubblica, con le quali (il legislatore o) le pubbliche amministrazioni per “ragione politica” – senza corrispettivo o contropartita, né spirito di liberalità – trasferiscono ai beneficiari beni del patrimonio disponibile (denaro o al-

⁴ C. FED BERGSTEN, *The International Implications of Reaganomics*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1982.

⁵ Per tutti da ultimo: A. TRAVI, E.B. LIBERATI, M. De FOCATIIS, *Gli aiuti di Stato*, Cedam, Padova, 2021, 11 s.

⁶ G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, vol. I, 1967; vol. II, 1971.

tro), assegnando a quest'ultimi un diritto soggettivo a tale bene. Ai finanziamenti si può provvedere con scelte operate in forma di legge, sia con scelte della pubblica amministrazione contenute in atti amministrativi anche normativi.

Si tratta di una definizione essenziale, cui la monografia perviene per gradi, liberando il pezzo grezzo da ogni confusione con altri strumenti giuridici, delimitando gli elementi essenziali o gli effetti giuridici, senza dogmatismi, a partire da questi e procedendo a ritroso, in una dovizia di particolari che può rendere impaziente il lettore per quella precisione che contraddistingue molte opere giovani di un tempo, in cui la ragione giuridica è parte delle scienze, di quel positivismo scientifico che deve la verità a se medesimo, al proprio argomentare, utilizzando la dimostrazione come *ragione* di quel particolare ramo del sapere.

La sovvenzione è un atto amministrativo che ricava la sua definizione dall'effetto giuridico prevalente (efficacia secondo altri), o causa giuridica, dell'atto, che è – si è detto - l'attribuzione gratuita, senz'obbligo di restituzione, di una somma di danaro o altro bene economicamente valutabile⁷. Atto amministrativo provvedimentale che non trova fonte in una convenzione⁸, anche se accordi preliminari lo possano precedere ma che non incidono sulla natura della sovvenzione⁹.

Gli esempi riportati dall'autore sono ancora di attualità, oltre al naviglio militare o mercantile, questi tratta di leggi autorizzative sull'agricol-

⁷ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. 1, p. 108, ove cita i seguenti autori: G. FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1960, 220 ss.: diversamente V. OTTAVIANO, *Alcune considerazioni in tema di c.d. liberalità*, Ragusa, 1953, 25 s., per la natura di accertamenti-ammissioni oppure di ammissioni-concessioni: S. D'ALBERGO, *Sulla struttura delle sovvenzioni*, in *Foro amm.*, 1957, I, 341 s.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico*, Jovene, Napoli, 1964, 38.

⁸ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. 1, 110 e 121.

⁹ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 122: qui anticipa l'art. 11, legge n. 241/1990, nella versione di accordo sostitutivo secondo una tesi che esplicherà molti anni dopo per le concessioni di servizio pubblico: G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in C. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo* (a cura di), vol. II, Monduzzi, Bologna, 1993, 1390.

tura, sulla piccola e media industria, con riferimenti al mezzogiorno appena accennati¹⁰.

Lo scopo politico – fine o causa dell'atto – è incentivare l'attività: a) economica per insufficienza di sviluppo, carenze strutturali, deficienze d'iniziativa; b) non economica che stenta ad affermarsi in determinati settori, anche mediatamente, sussidiando coloro che sono in situazioni di particolare disagio (es. calamità naturali).

È questa l'occasione in cui l'autore utilizza la parola *aiuti* con riferimento ad assegni, premi, sussidi e contributi alle *Scuole non statali*¹¹ anticipando così il recente orientamento dell'Unione europea secondo il quale il riconoscimento di scuole – con restrizione la libertà di stabilimento – è giustificato ove sia proporzionato al fine di consentire ai genitori di scegliere l'educazione dei loro figli in conformità alle loro convinzioni religiose¹².

Di rilievo è l'analisi condotta anche con riferimento a categorie di negozio misto, di cui la sovvenzione è un elemento causalmente rilevante. Così l'aiuto che si abbia su parte degli interessi (tasso agevolato) in un contratto di mutuo¹³, così per il piano verde e il credito agrario; oppure il misto connesso ad altro rapporto giuridico, come nel caso del gestore di servizi di linee di navigazione¹⁴.

L'obbligazione al pagamento del debitore e il relativo diritto di credito del beneficiario sorgono dall'atto amministrativo di sovvenzione, che non opera il trasferimento del debito dal mutuatario allo Stato o all'ente pubblico, perché il debito non è l'oggetto dell'atto di sovvenzione¹⁵.

¹⁰ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. 1, 112, 113, 114; in vol. 2 che cita F. MERUSI, *Disciplina e organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il mezzogiorno*, Giuffrè, Roma, 1968.

¹¹ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. 1, 115-116.

¹² CGUE, sez. II, febbraio 2023, C-372/21, che afferma la rilevanza per l'ordinamento dell'Unione dell'attività economica d'insegnamento svolta da enti ecclesiastici e ribadisce la neutralità dello stesso sui rapporti tra Stati membri e confessioni religiose.

¹³ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 123, 125.

¹⁴ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 124 e 120.

¹⁵ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 126.

La sovvenzione è un arricchimento *con giusta causa*¹⁶, perciò si può ritenere che l'atto non necessiti di forma sacrale (atto pubblico) e ciò assume rilievo per affermare che – se l'annullamento della sovvenzione determina un indebito anche per l'ordinamento interno – la diversa configurazione di un finanziamento senza giusta causa, conseguente all'annullamento della dell'atto di sovvenzione, consentirebbe al beneficiario di non restituire più l'intera somma ricevuta¹⁷.

Sempre sulla forma dell'atto di sovvenzione l'autore ritiene che non si abbia *sovvenzione amministrativa* ove l'obbligazione al pagamento sia *ex lege*, cioè indichi direttamente il destinatario e gli altri elementi costitutivi del diritto di credito (art. 1325, 1173, c.c.), poiché la volontà dell'amministrazione non interviene *costitutivamente* a concedere il beneficio, ma si limita ad emanare l'atto che è esecutivo di un credito attribuito dalla legge, a liquidazione e semplice pagamento del contributo¹⁸.

A distanza di oltre 50 anni non è possibile escludere ancora dalle sovvenzioni amministrative le scelte d'amministrazione operate in forma di legge o altra fonte d'amministrazione, anche sovranazionale (non così per gli aiuti), recuperando quella dottrina '800¹⁹ e quella coeva all'autore²⁰, che riuniscono in un'unica categoria le sovvenzioni che danno fondamento ad un diritto soggettivo di credito costituito dalla legge su cui si afferma un sindacato del giudice ordinario²¹, rispetto a quelle che, in ba-

¹⁶ G. GORLA, *Il Contratto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1955, su cui oltre alla distinzione tra promessa per interesse pubblico e al pubblico: 147-149; l'autore indica le promesse che trovano giustificazione in cause *sufficient, reasonable, juste*, 177 s.

¹⁷ Da ultimo M. MATTALIA, *L'incentivazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2023, 356.

¹⁸ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. 1, 129, 131.

¹⁹ A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento (1888)*, poi in *Scritti di diritto pubblico*, Tipografia Lapi, Città di Castello, 1900, 3 s.

²⁰ L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966; ID., voce *Regolamenti: b) diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, 601 s.

²¹ Per giurisprudenza costante: Cass. civ., 23 ottobre 2018, n. 26877; Cass. civ., s.u., 18 luglio 2008, n. 19806; Cass. civ., s.u., 25 luglio 2006, 16896; Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2022, n. 4716; Cons. Stato, sez. III, 20 febbraio 2019, n. 1198; Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2015, n. 1914; Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2014, n. 6; Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2012, n. 2834; Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4955;

se ad essa (per Pericu autorizzate dalla legge), trovano fondamento (traslativo) nell'atto amministrativo, cioè per scelta concreta dell'amministrazione soggetta al sindacato del giudice amministrativo.

Della prospettazione rimane attuale la censura implicita verso leggi d'amministrazione che – senza alcuna ragione costituzionale – violano in modo persistente il principio di una riserva d'amministrazione nella forma e nella sostanza, con scelte legislative che depotenziano o vanificano la tutela accordata dalla legge generale sull'attività amministrativa²².

3. *Le sovvenzioni amministrative e gli atti di liberalità di diritto privato.*

Le sovvenzioni non sono donazioni – di cui gli enti pubblici manterrebbero la legittimazione alla stipulazione²³ – non solo per quanto si è già implicitamente detto, ma anche per una ragione tutt'affatto speciale, poiché nella sovvenzione manca la spontaneità: se le sovvenzioni sono previ-

Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2007, n. 4373; Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 1997, n. 508; Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 1987, n. 745.

²² Corte Cost. n. 13/1962; da ultimo: Corte Cost., n. 116/2020; CGUE, 7 ottobre 2004, -247/02; cfr. inoltre: Corte Cost. n. 258/2019; Corte Cost. n. 20/2012; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996; G. SCIULLO, *Il principio del giusto procedimento fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993; A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI, G. GRECO, parte gen., tomo I, Milano, 2007, 345 ss.; C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di F. BIGNAMI, S. CASSESE, Quaderno n. 1, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 290; nonché cfr. M. COCCONI, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 1136-1137; ID., *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2010, 1030; A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009; G. DELLA CANANEA, *Principi. IV. Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 138; D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, cit., 105 s.

²³ G. PERICU, *Note in tema attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1965, 67 e nt. 127.

ste dalla norma, la stessa conferisce il potere e congiuntamente il *dovere di sovvenzionare*²⁴.

Certo si tratta di un'affermazione che è a conferma di una teoria generale²⁵, come spesso capita in opere ad oggetto speciale, che in realtà sono *banco di prova* per la conferma, la critica, o l'elaborazione di nuove considerazioni di ordine generalissimo. Se c'è provvedimento amministrativo c'è doverosità del provvedere, con anticipazione del principio posto dalla legge sul procedimento amministrativo sull'obbligo di concludere il procedimento (art. 2, legge 7 agosto 1990, n. 241). L'autorizzazione legislativa attribuisce il potere ma radica nell'organo il dovere istituzionale di erogare il beneficio, "poiché si vuole che la concessione in concreto avvenga". Sicché – seppure si tratti di un atto ad ampia discrezionalità – manca di quella libertà i cui caratteri sono propri solo dell'autonomia privata²⁶.

La teoria generale aveva individuato come ragione istitutiva degli enti pubblici un dovere istituzionale di perseguire i fini pubblici attribuiti alla loro cura²⁷, che in Pericu assume nella trattazione un particolare significato rafforzativo, ove chiarisce che la doverosità è un carattere d'ordine generale, compatibile anche con quella categoria di provvedimenti amministrativi che è considerata ampiamente discrezionale. L'affermazione nega in particolare ogni contrasto concettuale tra discrezionalità e doverosità dell'azione amministrativa²⁸.

In chiusa d'argomentazione s'impone la vera natura del giurista che non dimentica che il diritto è scienza pratica, le cui prospettazioni teoriche trovano conferma o smentita nel buono o cattivo funzionamento del-

²⁴ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. 1, 154.

²⁵ G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377 s.; su cui *amplius* R. CAVALLO PERIN, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento per violazione di legge*, in *Dir. amm.*, 2022, 119 s.

²⁶ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 158-159.

²⁷ G. MIELE, *op. ult. cit.*, per i servizi pubblici: M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957; I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; poi ALB. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 499 s.

²⁸ Cfr. le due diverse prospettazioni in G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, cit. e M.S. GIANNINI, *La discrezionalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1939.

le istituzioni cui sono applicate, soprattutto ove si tratti di periodi che sono da ritenersi “sperimentali” o come si diceva un tempo “di riforma” delle istituzioni pubbliche.

Qualificare le sovvenzioni come atti amministrativi presenta vantaggi pratici che giustificano di per sé soli la soluzione accolta²⁹: una maggior tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione, che apre a quel tempo la maggior tutela di un sindacato del giudice amministrativo sull'eccesso di potere, che statuisce sull'invalidità di un atto – annullandolo retroattivamente – sulla base di un'indagine “penetrante, quasi interiore, del comportamento procedimentale della pubblica amministrazione erogatrice”³⁰.

Si noti che a quel tempo il cittadino è essenzialmente il beneficiario, non invece l'appartenente alla categoria sociale o economica, che pur non avendo presentato domanda di sovvenzione, possa vedersi riconosciuto un interesse legittimo a che siano osservate le regole di sovvenzione dei suoi competitori³¹.

La maggior tutela del cittadino non è intesa nel senso processuale di parità delle parti di alcuni anni più tardi, ma – direbbe Alberto Romano – si riferisce alla previa disciplina sostanziale dell'autonomia pubblica, ove la funzionalizzazione è elemento istituzionale costitutivo dell'esercizio dei pubblici poteri, che la distingue nettamente dall'autonomia privata e ancor prima dalle libertà di cui è espressione.

In particolare la proprietà privata, o l'iniziativa economica privata, oltre il limite radicale di un procedimento ablativo, sono libertà che – ove assurgano a attività di interesse economico generale – riescono a tollerare solo “obblighi di servizio pubblico” (art. 106 TFUE)³², ma che non giungono mai a configurare una funzionalizzazione delle scelte dell'im-

²⁹ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 160.

³⁰ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 162.

³¹ Per tutti da ultimo: S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Franco Angeli, Milano, 2018; G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere [dir. amm.]*, voce *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2018; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)* in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Utet, Torino, 1993, 468; R. VILLATA, *Interesse ad agire II diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 1.

³² Con la compensazione di un corrispettivo che talora rasenta il divieto di aiuti alle imprese.

prenditore o del proprietario, ma definiscono una conformazione dell'attività che comunque egli intende spontaneamente assolvere, a prescindere dai motivi egoistici o sociali che l'hanno indotto a svolgerla.

Anche nel servizio pubblico la funzionalizzazione all'interesse pubblico con relativo sindacato riguarda la non illogicità (eccesso di potere) delle scelte dell'amministrazione, cioè la correlazione tra fine di interesse pubblico in concreto definito con l'atto d'assunzione e il programma che definisce i mezzi per perseguirlo. Non sono invece funzionalizzate le scelte del gestore, il quale deve adempiere unicamente alla sua obbligazione verso gli utenti, conformandosi al programma di servizio pubblico.

Analogamente si può affermare che è proprio la diversa disciplina sostanziale degli atti nel diritto amministrativo e nel diritto civile a fondare la distinzione tra l'atto di sovvenzione e la donazione, essendo il secondo un atto di liberalità di cui non è possibile sindacare il rapporto tra il contenuto del contratto e il motivo voluto perseguire dal donante. Anche qualora si trattasse di un motivo lecito la correlazione tra contenuto e motivo del contratto non è sindacabile secondo la disciplina negoziale di diritto privato.

Al contrario per il per il diritto amministrativo ove è del tutto ordinario – attraverso il vizio di eccesso di potere – sindacare la correlazione mezzo fine.

Senonché la qualificazione delle sovvenzioni come atto amministrativo non è derivata dallo scopo di interesse pubblico come causa del provvedimento amministrativo, mentre nei negozi diritto privato l'interesse della pubblica amministrazione può al più essere un motivo ulteriore che ha indotto questa a concludere il contratto³³.

La ragione è di teoria generale, poiché dall'autore non è condivisa la tesi che sia possibile identificare la causa dell'atto amministrativo nell'interesse pubblico³⁴, poiché: a) l'interesse pubblico è fuori dalla struttura dell'atto amministrativo, sicché è inidoneo a fornire una sua delimitazio-

³³ Si vedano le tesi ricordate di Ottaviano, Bodda, Acquarone, Cannada Bartoli, Pugliatti, in G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit.

³⁴ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 165, nt. 41 e spec. nt. 45; è l'inerenza della causa ai negozi di diritto privato a negarne una corretta estensione all'atto amministrativo, *ivi*, 168.

ne concettuale³⁵; b) la pubblica amministrazione persegue interessi pubblici anche con negozi di diritto privato³⁶; c) si può aggiungere ora anche con fatti giuridici come l'erogazione di servizi pubblici; d) la non funzionalizzazione del negozio di diritto privato nega normale in radice un sindacato per qualsiasi "motivo", sia esso di privato o di pubblico interesse.

4. *Differenze tra sovvenzioni, concessioni, accertamenti, abilitazioni.*

Se per altri alle sovvenzioni compete una *autorità* minore³⁷, l'autore ribadisce che le sovvenzioni sono atto che allargano la sfera giuridica del beneficiario, con attribuzione di una situazione giuridica favorevole nuova, di trasferimento di un diritto (di solito patrimoniale) dalla pubblica amministrazione al privato, di alienazione di diritti spettanti alla mano pubblica³⁸.

È criticata l'assimilazione delle sovvenzioni alle concessioni³⁹ e alle ammissioni. Se anche nelle prime la sfera giuridica del destinatario si arricchisce di un diritto soggettivo⁴⁰, la differenza si coglie nella disciplina del bene che ne è l'oggetto *possibile* nell'una e nell'altra: nelle concessioni si tratta di beni riservati alla esclusiva titolarità di soggetti pubblici (demaniale o del patrimonio indisponibile) mentre nella sovvenzione – stante l'effetto traslativo della titolarità – l'oggetto *possibile* sono beni del patrimonio disponibile⁴¹.

³⁵ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 168.

³⁶ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 166.

³⁷ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, Napoli, 1964, in quanto non si risolvono né in comandi, né in vincoli inderogabili per i destinatari, ma pongono sollecitazioni a comportamenti desiderati dall'amministrazione pubblica, come riflesso (o effetto) della preordinata vicenda giuridica (solitamente patrimoniale).

³⁸ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 184, 185.

³⁹ Si vedano le tesi ricordate A. AMORTH, R. ALESSI, G. CATALDI, in G. PERICU, *op. ult. cit.*

⁴⁰ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 186-187.

⁴¹ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 192-193.

Le sovvenzioni si distinguono dalle ammissioni per l'effetto tipico delle prime che è l'attribuzione di un beneficio (pecuniario o di altro genere), distinguendosi dalla legittimazione delle ammissioni che ha come effetto l'assunzione del richiedente tra i soggetti che possono chiedere quel vantaggio⁴².

È normale vedere affermato che le ammissioni hanno come effetto l'assunzione del singolo in una particolare istituzione-organizzazione, o semplicemente in una particolare categoria di persone, allo scopo di farlo partecipe di alcuni diritti o vantaggi o di alcuni servizi amministrativi⁴³.

Per Pericu mentre per la sovvenzione come per le concessioni è rilevante il trasferimento dei diritti della pubblica amministrazione ai beneficiari, le ammissioni non hanno tale carattere⁴⁴, ma l'immissione in una particolare istituzione-organizzazione che nelle sovvenzioni manca.

La distinzione tra accertamenti e sovvenzioni è colta nel carattere dei primi che sono manifestazioni di conoscenza che producono conseguenze giuridiche che discendono direttamente dalla norma e sono al di fuori della disponibilità del titolare del potere⁴⁵, mentre le seconde restano tra i provvedimenti in senso proprio, che si sostanziano in manifestazioni di volontà di un soggetto, in cui è quest'ultima a determinare gli effetti dell'atto.

Sul piano critico si può affermare che oggi le concessioni amministrative non sempre hanno ad oggetto un bene che è parte del demanio o del patrimonio indisponibile della pubblica amministrazione, ove si ritenga – come appare preferibile – che l'oggetto possibile della concessione di servizio pubblico⁴⁶ sia la domanda che si è rivolta spontaneamente alla pubblica amministrazione in anni di gestione *diretta o indiretta* del servizio

⁴² G. PERICU, *op. ult. cit.*, 195-196, il riferimento è agli effetti e non all'efficacia tipica definita dalla legge.

⁴³ Si vedano le tesi di G. F. AZZANO BINI in G. PERICU, *op. ult. cit.*, 260.

⁴⁴ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 202, 205-207.

⁴⁵ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 209.

⁴⁶ Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, *L'oggetto e gli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *La Concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu, A. Romano, V. Spagnolo Vigorita, Giuffrè, Milano, 1995 (Atti del Convegno di S. Margherita Ligure, 1993), Giuffrè, Milano, 1995, 187 s.

pubblico, mentre resta vero che di tale oggetto il concessionario non acquisisca mai la piena e libera disponibilità, dovendo conformarsi al programma di servizio pubblico, ma anche restituendo il bene concesso al termine della gestione.

Le sovvenzioni sono normalmente traslative di diritti soggettivi ad ottenere un bene che è un vantaggio *differenziale*, normalmente somme di danaro per le quali assumono rilevanza due diversi corpi normativi: la disciplina che sin dalla legge sulla contabilità di Stato l'amministrazione deve seguire per spendere danaro o altro bene, cui si aggiunge quella che regola la percezione del vantaggio da parte dei beneficiari.

5. Il controlimite delle norme sui diritti costituzionali aventi ad oggetto le sovvenzioni.

Nella disciplina sulla percezione delle sovvenzioni assume rilievo sia il divieto comunitario di aiuti alle imprese (art. 107 TFUE), sia la disciplina sull'attività di interesse generale (art. 106 TFUE), sia le regole sulla concorrenza, ma ancor più mi pare che ritornino con forza i principi e la disciplina costituzionale sui diritti e le altre posizioni soggettive costituzionalmente rilevanti, in ragione delle quali la disciplina sulle sovvenzioni va intesa anzitutto come "strumento giuridico" d'attuazione di precise norme costituzionali, di cui occorre ormai partitamente tenere conto⁴⁷.

Basti pensare alla recente disciplina dei *bonus* per la casa⁴⁸ o per le attività *green*, che rispettivamente si sostanziano in sovvenzioni oggetto del diritto fondamentale all'abitazione⁴⁹ (art. 31, Carta sociale europea; art. 34, Carta diritti fondamentali UE; art. 47, comma 2, Cost.) o per la tutela dell'ambiente (art. 9, Cost.) e con favore per uno sviluppo sostenibile (art. 41 Cost.)⁵⁰.

⁴⁷ Per tutti da ultimo: A. TRAVI, E. BRUTI LIBERATI, M. De FOCATIIS, *Gli aiuti di Stato*, cit., 6 s.

⁴⁸ AA.VV., *Superbonus e bonus edilizi*, Wolters Kluwer, Milano, 2022.

⁴⁹ Per l'abitazione come diritto inviolabile: Corte Cost., sentenza 9 giugno 2021, n. 128; Corte Cost., 9 marzo 2020, n. 44; Corte Cost., 25 febbraio 1988, n. 217.

⁵⁰ K. BOSSELMANN, *De principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*,

Ancora di più. Diritto allo studio, alla salute, all'assistenza sociale, all'abitazione, la tutela del risparmio, ecc., si ergono come tanti *controlimiti* del nostro dettato costituzionale ai vincoli anche di carattere sovranazionale di cui non si vuole certo negare un – del pari – rilievo costituzionale (artt. 97 e 119 Cost.), ma che anch'essi necessitano di un bilanciamento.

Non mi riferisco ovviamente solo all'art. 34 Cost. o più in generale al principio di uguaglianza sostanziale, di cui alcuni articoli della legge generale sul procedimento amministrativo (art. 12) possono essere ritenuti d'attuazione, ma alla disciplina costituzionale di ogni diritto soggettivo o interesse legittimo che possa assumere le sovvenzioni, aventi ad oggetto non solo somme di danaro (es. *vaucher*), come uno degli strumenti di effettività dei medesimi e dell'intero assetto costituzionale, comprensivo di tutte le sue articolazioni.

Routledge, London, 2008, 64; T. GROPPI, *Sostenibilità costituzione: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2016, 43 s.; A. MOLITERNI, *Posizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Riv. dir. comp.*, 2022, 395 s.; S. PETRABISSI, *Sviluppo sostenibile: l'evoluzione giuridica di un concetto mai definito*, in *Riv. Ibérica de direito*, 2020, 133 s.