

## **Allocazione concorrenziale delle risorse regionali e politiche di sostegno alle imprese vittime di criminalità organizzata**

di Flavio Guella  
(3 aprile 2014)

(in corso di pubblicazione in *"le Regioni"*, 2014)

**SOMMARIO:** 1. L'interesse – pubblico o privato – sotteso alla destinazione delle risorse regionali, tra appalti e sovvenzioni; 2. La questione degli appalti: spesa pubblica per l'interesse pubblico (e materia "tutela della concorrenza"); 3. La questione delle sovvenzioni: spesa pubblica per l'interesse privato (e livelli essenziali delle prestazioni); 4. L'attinenza del parametro della concorrenza ("statica" e "dinamica") al tema delle sovvenzioni.

### **1. L'interesse – pubblico o privato – sotteso alla destinazione delle risorse regionali, tra appalti e sovvenzioni**

Con la sentenza 7 novembre 2013, n. 259 la Corte costituzionale ha deciso per l'illegittimità dell'art. 10 della legge regionale Umbria del 19 ottobre 2012, n. 16 attributivo di "posizioni preferenziali" per l'affidamento di contratti pubblici alle imprese vittime di criminalità organizzata (disposizione che lasciava alla Giunta regionale il potere di fissare criteri e requisiti di riconoscimento nei bandi di gara). Contestualmente è stata dichiarata l'inammissibilità della questione vertente sul regime preferenziale relativo – invece – all'attribuzione di sovvenzioni pubbliche, analogamente previsto a beneficio delle medesime imprese vittime di reato.

Nella prima ipotesi, infatti, la Corte ha ritenuto di accertare il contrasto con la legislazione statale coperta dalla materia esclusiva "tutela della concorrenza", in particolare integrata dall'art. 4, co. 3, del d.lgs. 163/2006<sup>1</sup>. Il medesimo riferimento normativo è stato invece ritenuto non pertinente all'apprezzamento della costituzionalità dei regimi regionali di sovvenzione, considerando che la norma statale di copertura – non invocata dal Governo – va individuata nell'art. 12 legge 241/1990<sup>2</sup>.

I due ordini di disposizioni impugnate incidono entrambi sull'intervento pubblico nell'attività economica, in quanto accomunati dalla finalità di predisporre iniziative a favore di imprese – individuali o collettive – vittime di reati di mafia e di criminalità organizzata. Essi si presentano tuttavia disomogenei, regolando da un lato la scelta del contraente e, dall'altro, l'individuazione del concessionario di finanziamenti pubblici; il regime di vantaggio nella prima ipotesi altera la procedura ad evidenza pubblica per la definizione dell'impresa con cui stipulare un contratto (sinallagmatico), nella seconda incide sui criteri preferenziali per l'attribuzione di finanziamenti pubblici variamente qualificati (normalmente posti a solo vantaggio – immediato – del destinatario).

La presenza di un interesse pubblico è infatti comune ad entrambe le ipotesi, ma la struttura normativa dell'emersione di tale interesse è diversa, e diversa è quindi la tipologia di intervento regionale ammissibile. L'interesse della PA è infatti direttamente apprezzato all'interno del contratto, dall'esecuzione del quale risulta un ampliamento della sfera

<sup>1</sup> Sulla portata – quale parametro – dell'art. 4 del d.lgs. 163/2006, cfr. in generale C. DE BENETTI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Il riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici* 2007, fasc. 2, 229 ss.

<sup>2</sup> Sull'art. 12 della legge 241/1990 quale parametro interposto, in particolare per l'esame della portata precettiva o programmatica della disposizione, cfr. in generale E. BALESTRA, *L. 7 agosto 1990, n. 241. Commento all'art. 12*, in *Le Nuove leggi civili commentate* 1995, fasc. 1, 67 ss.

patrimoniale pubblica (con la realizzazione del lavoro, servizio o fornitura considerato in oggetto), mentre nel secondo ordine di ipotesi si persegue indirettamente un interesse accessorio a quello del privato sovvenzionato (incentivando o sostenendo date condotte private, dalle quali la sfera pubblica trae vantaggio in modo mediato).

L'erogazione di risorse sembra quindi essere direttamente strumentale all'interesse pubblico in materia di appalti, all'interesse privato in materia di sovvenzioni (dove la funzione economico-sociale del finanziamento può risultare causalmente connessa a finalità pubbliche non per la sua tipicità, ma per l'eventuale presenza di elementi accidentali). L'interesse regionale è così tipico in materia di contratti pubblici (il conseguimento dell'opera, servizio o fornitura), e sullo stesso si è svolto il noto processo di uniformazione perseguito sulla base dell'interpretazione estensiva della lett. e) dell'art. 117; è al contrario atipico in materia di sovvenzioni, dove non si tratta di ottenere tramite l'erogazione un risultato direttamente apprezzabile per la sfera pubblica (e esternato nella causa dell'atto concessorio), ma di sollecitare o sostenere in forme varie l'attività dei privati (in quanto indirettamente rilevanti per l'interesse pubblico).

L'erogazione delle risorse regionali è risultata di conseguenza univocamente conformabile ai principi statali in materia di tutela della concorrenza (il perseguimento del bene finale – opera, fornitura o servizio – dipendendo da uno schema negoziale tipico), mentre possono emergere percorsi legislativi non lineari per il perseguimento dell'interesse regionale mediante sovvenzioni alle imprese. Anche nella sentenza annotata, così, solo rispetto alla prima tipologia di interventi la Corte ha apprezzato la portata prioritaria della tutela della concorrenza, che – quale materia trasversale<sup>3</sup> – svuota la potestà legislativa regionale. Non ha invece avuto occasione di approfondire il tema dell'autonomia regionale rispetto alle sovvenzioni, dove l'assetto dei titoli materiali rilevanti potrebbe essere più complesso.

## **2. La questione degli appalti: spesa pubblica per l'interesse pubblico (e materia “tutela della concorrenza”)**

In materia di appalti pubblici l'interesse regionale viene incorporato in modo univoco nell'oggetto del contratto, riducendosi al bene dedotto in controprestazione; a fronte di ciò, l'erogazione di denaro pubblico deve sottostare *in toto* al valore della concorrenza “per” il mercato, che emerge come esigenza esclusiva in assenza di obiettivi apprezzabili di indiretto perseguimento di ulteriori interessi pubblici accessori alla prestazione principale.

Solo in via eccezionale la normativa ammette la considerazione di “criteri sociali” nell'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rendendo lo strumento del contratto pubblico un mezzo impiegabile (anche) per l'indiretto perseguimento di interessi pubblici diversi e ulteriori rispetto a quello dedotto nella causa del contratto<sup>4</sup>. Tali ipotesi sono poi sottratte alla piena discrezionalità tanto del legislatore nazionale quanto di quello regionale, appalti verdi e clausole sociali dovendo in ogni caso essere compatibili con la disciplina dell'Unione europea (come mediata dallo Stato nell'esercizio della propria competenza esclusiva in materia di concorrenza).

La normativa della regione Umbria ha inciso nella fase di individuazione dei privati contraenti introducendo – per determinati casi – una limitazione legale circa la possibilità di scelta tra i diversi candidati, privilegiandone alcuni fuori delle ipotesi ammesse dal legislatore statale.

---

<sup>3</sup> Sul carattere trasversale della materia concorrenza, cfr. Corte cost. 14/2004; 272/2004; 175/2005; 336/2005; 29/2006; 401/2007.

<sup>4</sup> Sul tema dell'offerta economicamente più vantaggiosa e dell'impiego di criteri premiali di carattere sociale, cfr. M. SALERNO, *Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa tra discrezionalità delle amministrazioni e principi comunitari*, in G. BENACCHIO, M. COZZIO (cur.), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, 351 ss. (e, in particolare, 365 ss. per il tema dei criteri premiali di carattere “sociale”) e P. CERBO, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della “dignità umana”*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.* 2010, fasc. 5, 1875 ss.

Il d.lgs. 163/2006 prevede infatti solo in negativo una specifica considerazione per le imprese vittime di reato; all'art. 38, co. 1, lett. m-ter), tra i requisiti di ordine generale si prevede infatti che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento le imprese che, pur essendo state vittime dei reati p. e p. dagli articoli 317 e 629 c.p.<sup>5</sup>, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria<sup>6</sup>.

In positivo, invece, alcune amministrazioni comunali con apposite delibere c.d. antiracket hanno previsto dei meccanismi premiali per le imprese che avessero denunciato estorsioni<sup>7</sup>. Tali delibere contengono però una disciplina di dettaglio, che costituisce esercizio della potestà amministrativa di spettanza della stazione appaltante, comunque connotata da apprezzabili profili di ragionevolezza. In particolare, si prevede un criterio prioritario per affidamenti in economia o nei procedimenti di somma urgenza; procedimenti nei quali, data la più facile penetrabilità da fenomeni devianti, attingere da una *white list* – fatta di imprese denunciati, pertanto presumibilmente estranee a sodalizi criminali – costituisce una potenziale garanzia posta nell'interesse pubblico, in un contesto ambientale già compromesso da infiltrazioni mafiose. In tali ipotesi, a differenza della legge regionale umbra (che peraltro prospettava solo in astratto la possibilità di criteri preferenziali, senza precisarne i meccanismi), non si tratta di esercizio di potere legislativo, e l'ammissibilità delle misure si riduce alla verifica della loro conformità con gli spazi di autonomia lasciati alla stazione appaltante dalla legislazione nazionale ed europea (con un sindacato sui singoli bandi, di competenza del giudice amministrativo).

La Corte costituzionale, peraltro, non entra nel merito dell'ammissibilità o meno di criteri preferenziali posti a vantaggio di imprese vittime di reato, ma la questione prospettata attiene al solo riparto di competenze tra Stato e Regioni. Per quanto riguarda l'intervento del legislatore regionale, con la sentenza annotata la Corte ha però ribadito che l'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è riconducibile alla potestà legislativa statale esclusiva, in quanto la regolamentazione di gara è finalizzata (in modo univoco ed esclusivo) al rispetto delle regole concorrenziali<sup>8</sup>.

La Corte rileva come la norma censurata, nonostante essa stessa richiami il rispetto del d.lgs. 163/2006 e del relativo regolamento di attuazione, non risulti conforme all'art. 4, co. 3, del codice dei contratti, in forza del quale le Regioni non possono prevedere una disciplina loro propria in relazione (tra l'altro) alla qualificazione e selezione dei concorrenti, alle procedure di affidamento ed ai criteri di aggiudicazione<sup>9</sup>.

5 Purché aggravati ai sensi dell'art. 7 del d.l. 152/1991.

6 Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio e deve essere comunicata dal procuratore della Repubblica procedente, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la denuncia, all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici. Sono fatti salvi i casi di commissione del fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa (art. 4, co. 1, della legge 689/1981). Sul tema cfr. V. NERI, *Omessa denuncia e divieto di partecipazione agli appalti pubblici*, in *Il Corriere del Merito* 2011, fasc. 10, 909 ss.; M. NAPOLI, *Imprese vittime della criminalità organizzata ed esclusione dalle pubbliche gare*, in *Urbanistica e appalti* 2009, fasc. 12, 1413 ss.; A. CISTERNA, *Il restyling della prevenzione antimafia e l'obbligo di denuncia delle estorsioni mafiose*, in *Diritto penale e processo* 2009, fasc. 9, 1069 ss.

7 Si fa riferimento in particolare alla delibera del Comune di Napoli del 14 ottobre 2011 (assessore G. Narducci); altre amministrazioni comunali hanno successivamente adottato analoghi provvedimenti (ad es. delibera del Comune di Biancavilla del 19 novembre 2013, n. 172).

8 In particolare per come connesse ai principi europei di libera circolazione delle merci, libera prestazione dei servizi e libertà di stabilimento, nonché ai principi costituzionali di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione (cfr. Corte cost. 28/2013; 339/2011; 186/2010; 283/2009; 401/2007). La concorrenza come valore sotteso al principio di parità di trattamento è stata specificamente considerata come legittimante una riserva esclusiva alla legislazione statale dell'intera disciplina delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione (cfr. Corte cost. 28/2013, punto 10 del considerato in diritto).

9 Cfr. nella sentenza annotata il punto 3 del considerato in diritto.

Mediante le “posizioni preferenziali” per le imprese vittime di reati associativi si introduce invece un criterio selettivo destinato a risolversi in un’alterazione del libero gioco della concorrenza<sup>10</sup>, andando così ad incidere in una materia riservata nella quale il legislatore nazionale non ha individuato ipotesi di clausole sociali protettive di tali interessi (privati delle imprese, e pubblici relativi alla lotta alle mafie) eccentrici rispetto alla prestazione principale dedotta in contratto.

Questione ulteriore è poi quella della verifica dell’eventuale compatibilità con la normativa europea di “criteri sociali” di aggiudicazione che valorizzino la posizione di classi imprenditoriali deboli, quali quelle colpite da reati associativi. Se fosse la normativa europea a precludere tale possibilità, la posizione ostativa assunta dal livello centrale di governo (e legittimata dalla pronuncia della Corte) registrerebbe infatti null’altro che la pacifica prevalenza del diritto dell’Unione sul diritto interno (anche regionale); se al contrario la valorizzazione delle imprese vittime di mafia nelle procedure ad evidenza pubblica non contrastasse con il diritto dell’Unione, la decisione della Corte costituzionale confermerebbe uno svuotamento della potestà regionale in materia di appalti pubblici<sup>11</sup> (che ha visto la materia concorrenza riempirsi di contenuti ulteriori rispetto a quelli previsti dalle direttive europee, imposti dallo Stato alle Regioni con intenti pro-concorrenziali di uniformazione nazionale).

In questo senso, l’indirizzo dalla giurisprudenza costituzionale sembra confermare la seconda opzione. La tutela della concorrenza, quale materia di competenza esclusiva statale, estende cioè la propria portata oltre i livelli di tutela previsti a livello europeo, accordando al legislatore statale la potestà di uniformare la disciplina dell’evidenza pubblica anche precludendo alle Regioni – a garanzia della parità di trattamento sul territorio nazionale – la possibilità di optare per restrizioni della concorrenza pure in astratto lasciate dall’Unione all’apprezzamento dei singoli Stati membri.

La legge Umbra, in particolare, non prevedeva in dettaglio i criteri preferenziali, lasciati ad una successiva delibera di Giunta; in questo quadro nulla escludeva in astratto la possibilità di adottare un’impostazione minima e rispettosa dei principi europei di non discriminazione, rotazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza (ad esempio con tetti agli affidamenti, limitando il ricorso a imprese vittime di reati alle sole procedure di affidamento d’urgenza, confinando il criterio preferenziale alle sole situazioni di parità, etc.).

La criticità di soluzioni di questo tipo è comunque evidente, alle stesse apparendo sottesa anche una finalità retributiva per imprese vittime di reato e potenzialmente emarginate per la loro “scelta di legalità”; finalità retributiva che è radicalmente diversa da quella di incentivazione di date condotte future (come avviene negli appalti verdi<sup>12</sup>) e che – se

---

10 Nella sentenza annotata considerazioni del tutto analoghe sono state utilizzate per le misure concernenti l’affidamento “in via prioritaria” (anziché “preferenziale”) di contratti di cottimo fiduciario. Ai sensi dell’ art. 125, co. 8, del d.lgs. 163/2006, infatti, l’affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto (tra gli altri) del principio di parità di trattamento, che deve ritenersi in contrasto con un affidamento “prioritario”.

11 Per un caso strutturalmente analogo, di censura di interventi regionali di valorizzazione di profili sociali estranei alla prestazione principale, senza una disposizione statale di copertura, cfr. L. PRINCIPATO, *L’ipostatizzazione della concorrenza: da situazione giuridica soggettiva ed ambito di competenza legislativa a strumento di politica economica*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2012, fasc. 2, 728 ss. relativamente a un caso di valutazione di profili connessi alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (Corte cost. 52/2012).

12 Si è infatti affermato nella prassi un corpo di normativa premiale del carattere ecologico delle prestazioni e delle offerte, che mira a rendere più competitive le imprese che investono in tecnologia eco-sostenibile o che offrono prestazioni attente ai profili ambientali, per tale via incentivando artificialmente lo sviluppo imprenditoriale in tali direzioni. Cfr., per contributi in materia di c.d. *green public procurement*: F. DALLARI, *Gli appalti verdi*, in F. MASTRAGOSTINO, *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell’ambiente*, Napoli, 2011, 89 ss.; G. BELLOMO, *Il Green Public Procurement nell’ordinamento multilivello dell’ambiente*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2008,

perseguita usando lo strumento delle commesse della PA – entra in tensione con la *ratio* tradizionale dell'evidenza pubblica, consistente nella individuazione del miglior contraente nell'interesse della stazione appaltante<sup>13</sup>.

Vigente la disposizione regionale censurata, un regime in concreto non attento alle esigenze connesse ai principi generali citati avrebbe peraltro potuto comunque essere fatto oggetto di censura davanti al giudice amministrativo, anche senza negare in radice l'esistenza di una potestà regionale in materia – conservando uno spazio di competenza legislativa, perlomeno di principio – e lasciando all'esecutivo regionale la possibilità di sperimentare soluzioni amministrative potenzialmente virtuose nella prassi.

### **3. La questione delle sovvenzioni: spesa pubblica per l'interesse privato (e livelli essenziali delle prestazioni)**

Per quanto riguarda il secondo profilo, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione vertente sul regime preferenziale relativo alle sovvenzioni pubbliche. L'art. 10 della legge regionale umbra ammetteva infatti anche la previsione di posizioni di vantaggio – per le imprese vittime di criminalità organizzata – nei bandi per la concessione di finanziamenti pubblici; la questione relativa a tale disposizione non è stata tuttavia ritenuta sindacabile sulla base dell'invocato contrasto con l'art. 4, co. 3, del d.lgs. 163/2006, in quanto la Corte ha giudicato tale parametro interposto non pertinente in materia di sovvenzioni (la difesa erariale avendo invece ommesso di argomentare a partire dall'art. 12 della legge 241/1990, specificamente dedicato al tema dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici)<sup>14</sup>.

Le sovvenzioni costituiscono infatti categoria eterogenea di atti amministrativi di natura provvedimentale, il cui effetto giuridico prevalente consiste nell'attribuzione di una somma di danaro o di altro beneficio economicamente valutabile, senza che ciò comporti a carico del destinatario un obbligo di restituzione o alcuna obbligazione di pagamento nei confronti della PA<sup>15</sup>. Il carattere vantaggioso, apprezzato alla luce dell'interesse primario del

---

fasc. 2, 940 ss.; F. SPAGNUOLO, *Il Green Public Procurement e la minimizzazione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 2006, fasc. 2, 397 ss.; F. SCHIZZEROTTO, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green Public Procurement*, in *Rivista giuridica dell'ambiente* 2004, fasc. 6, 967 ss. Per un caso di intervento regionale in materia, rilevante anche per apprezzare l'esercizio della potestà legislativa nel caso annotato, cfr. M. LANCIERI, *Il green public procurement diventa legge: la legge regionale Puglia 1 agosto 2006, n. 23 e la legge finanziaria per il 2007*, in *Rivista giuridica dell'ambiente* 2008, fasc. 2, 485 ss.

13 Sulla *ratio* tradizionale di selezione della migliore offerta nell'interesse del committente pubblico, cfr. l'impostazione della legge di contabilità di Stato (RD 2440/1923, e suo regolamento di attuazione, RD 827/1924), dove il contraente coincide con il soggetto offerente le migliori prestazioni e garanzie alle condizioni economicamente più vantaggiose per la PA (la tutela dell'interesse dell'imprenditore a non essere discriminato costituendo un mero riflesso della tutela dei conti pubblici). Sull'evoluzione dell'accezione della concorrenza (§ 1), anche analizzando il ruolo del legislatore regionale (§ 2), cfr. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo* 2008, fasc. 2, 297 ss.

14 Cfr. il ricorso dell'Avvocatura dello Stato, punto 3 in diritto, che tratta congiuntamente i due profili della disposizione regionale umbra alla luce dell'art. 4, co. 3, del d.lgs. 163/2006.

15 In tema di sovvenzioni, la dottrina si è particolarmente soffermata sulla nozione e sulla qualificazione degli interessi sottesi alle erogazioni della PA, cercando di delineare uno statuto unitario per un fenomeno comunque riconosciuto come estremamente plurale e – per il suo servire la dimensione sociale dello Stato – difficilmente inquadrabile negli schemi classici di derivazione liberale. Va in particolare ricordato l'inquadramento offerto da G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1967 e la configurazione dell'atto amministrativo di erogazione della sovvenzione come provvedimento di natura comunque concessoria, accordato al privato al termine di un procedimento amministrativo funzionalizzato all'accertamento della sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi per la corresponsione del beneficio. In questo senso, l'assegnazione è operata sulla base di una valutazione "discrezionale" dell'amministrazione, dove anche le attività vincolate sono sempre esplicate in vista di interessi collettivi di promozione economico-generale che vanno al di là della tutela dei singoli interessi privati; anche

soggetto beneficiario, si accompagna peraltro a un effetto indiretto di intervento pubblico sull'iniziativa economica dei privati (così indirizzata e incentivata), che porta a un'importante commistione di interessi privati (dall'aspettativa del beneficiario, agli interessi dei terzi<sup>16</sup>) e pubblici (dalla corretta erogazione, alla corretta utilizzazione delle risorse pubbliche<sup>17</sup>).

Il legislatore statale è intervenuto a regolare questa materia – e i relativi interessi – secondo un approccio procedimentale, l'art. 12 della legge 241/1990 disponendo che la concessione è subordinata alla predeterminazione da parte delle amministrazioni dei criteri e delle modalità cui le stesse devono attenersi nell'erogazione.

Peraltro, nel ricorso introduttivo che ha portato alla sentenza annotata l'omesso riferimento a tale norma di garanzia (procedurale), espressiva della potestà statale relativa ai livelli essenziali prestazioni<sup>18</sup>, non incide sul probabile esito del giudizio; infatti, con l'art. 12 della legge 241/1990 il legislatore statale non è intervenuto a dettare limitazioni sul piano sostanziale (ovvero, singoli criteri), così che gli spazi di intervento regionale in tema di sovvenzioni non appaiono compressi come in materia di appalti pubblici.

Più che un erroneo riferimento al dato normativo statale, il richiamo al codice dei contratti (come riferimento unico del ricorso) ha costituito quindi un tentativo di censurare la normativa regionale in materia di sovvenzioni anche su un piano – quello delle scelte sostanziali di destinazione delle risorse (non coerente con il mercato) – non corretto fuori dell'ambito delle commesse pubbliche. Emerge così la diversità strutturale tra appalti e sovvenzioni, derivante dal diverso assetto degli interessi sottesi alle due modalità di erogazione delle risorse pubbliche regionali e riflesso nella diversa portata delle materie di competenza statale rilevanti.

La natura primariamente privatistica delle sovvenzioni, considerate quali erogazioni patrimoniali pubbliche attribuite per il vantaggio del singolo destinatario, comporta che le stesse possano essere condotte ad effetto soltanto se ed in quanto siano richieste dal privato (e dallo stesso siano integralmente accettate, concretandosi in un arricchimento del beneficiario), e che l'impiego del finanziamento non realizzi un servizio pubblico (a beneficio della collettività) o una controprestazione contrattuale (a beneficio della PA); rimane comunque impregiudicata la compatibilità tra consenso e natura provvedimentale dell'atto (strumentale alla tutela – mediata – del pubblico interesse), ma l'erogazione impegna le risorse pubbliche fuori dagli schemi di interesse tipici e propri dei contratti

---

l'apposizione di elementi accidentali – in questa ricostruzione – non può in alcun caso contraddire l'effetto giuridico principale, consistente nell'attribuzione patrimoniale direttamente finalizzata all'interesse del privato e mediamente strumentale all'interesse pubblico. Cfr. così anche E. CROCI, G. PERICU, *Sovvenzioni (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 243 ss.

16 Sulla natura delle posizioni di aspettativa dei privati, e situazioni giuridiche soggettive connesse, cfr. A. MUSSA, *La natura giuridica delle elargizioni a favore di soggetti danneggiati da attività estorsive*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.* 2006, fasc. 12, 3408 ss. dove si sottolinea come il beneficio contributivo sia di natura concessoria, e non sia quindi mai da qualificare alla stregua di un necessario risarcimento integrale dei danni subiti (così Cons. Stato, sez. VI, 5222/2006). Cfr. anche più in generale F. GILIOLI, *Interventi di sostegno pubblico alle imprese e tutela delle posizioni soggettive*, in *Il diritto dell'economia* 2004, fasc. 2, 397 ss.

17 A presidio di tali interessi si possono ricordare le figure di reato connesse alla scorretta utilizzazione di finanziamenti pubblici; in particolare cfr. l'art. 316-bis (malversazione a danno dello Stato), l'art. 316-ter (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato) e l'art. 640-bis (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche).

18 Sull'inquadramento delle disposizioni della legge 241/1990 come espressione dei LEP, cfr. M. COCCONI, *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni* 2010, fasc. 5, 1021 ss.; G. MANFREDI, *Procedimento amministrativo e diritti civili*, in *Le Regioni* 2010, fasc. 4, 850 ss.; G. MORBIDELLI, *Regioni e principi generali del diritto amministrativo*, in *Diritto e società* 2010, fasc. 1, 81 ss.; C.E. GALLO, *La riforma della legge sull'azione amministrativa ed il nuovo Titolo V della nuova Costituzione*, in *Giustizia amministrativa* 2005, fasc. 1, 82 ss.

pubblici e dei servizi pubblici, non essendoci controprestazione del privato e, quindi, non manifestandosi una concorrenza “per” un mercato che – in tali ipotesi – è in radice da considerare non esistente.

Se le erogazioni non finalizzate al finanziamento di commesse e servizi pubblici non entrano in tensione immediata con i valori del mercato, nondimeno la presenza mediata di un interesse pubblico (atipico, perché dipendente dallo scopo perseguito con le singole sovvenzioni) comporta la necessità di rispettare il principio di legalità.

Proprio in questo senso i finanziamenti pubblici trovano, come affermato dalla Corte costituzionale<sup>19</sup>, la loro norma-quadro nell’art. 12 della legge 241/1990, che offre la base legale di svolgimento del potere di impegno delle risorse pubbliche a fini di sovvenzione. Posta la atipicità dei fini perseguibili (e pertanto la strutturale diversità rispetto alla tipicità della causa delle elargizioni connesse a appalti e servizi pubblici), tale base legale si presenta come meramente procedurale (diversamente dalla portata anche sostanziale delle regole contenute nel codice dei contratti pubblici, che intervengono anche sul piano contenutistico delle scelte di allocazione).

La necessità di una base legale legittimante le sovvenzioni è quindi temperata<sup>20</sup>, ammettendosi meccanismi di sovvenzionamento di iniziativa amministrativa nei settori non coperti da riserva di legge (sulla base di una capacità giuridica speciale o generale degli enti pubblici<sup>21</sup>) ed essendo richiesta a livello legislativo non una previsione sostanziale ma la mera disciplina procedurale.

Non è così ammissibile una totale assenza di legge di autorizzazione e, in tale quadro, il problema degli spazi di intervento della legislazione regionale in tema di finanziamento pubblico (accanto all’attività di Giunta) assume quindi rilievo anche per il riparto delle competenze con lo Stato. Peraltro, quella delle sovvenzioni pubbliche non è da considerare come una “materia” vera e propria, ma come uno “strumento”; a questo riguardo, la Corte ha affermato che le funzioni attribuite alle Regioni ricomprendono la possibilità di erogazione di contributi finanziari a soggetti privati proprio dal momento che, in numerose materie di competenza regionale, le politiche pubbliche consistono appunto nella determinazione di incentivi economici ai diversi soggetti che vi operano e nella disciplina delle modalità per la loro erogazione<sup>22</sup>. È la strumentalità delle sovvenzioni all’esercizio delle politiche regionali che ne legittima quindi l’impiego; pertanto, su tali basi si è chiarito che appartengono alla competenza legislativa concorrente o residuale gli interventi finanziari “sintonizzati sulla realtà produttiva regionale”, purché gli stessi non creino ostacolo alla libera circolazione intra-regionale delle persone o delle cose<sup>23</sup>.

---

19 Cfr. il punto 2 del considerato in diritto della sentenza annotata.

20 Altra questione, simmetrica alla portata del principio di legalità formale in materia di sovvenzioni, è quella della sufficienza o meno di una autorizzazione legislativa specifica per superare il limite dell’individuazione dei beneficiari secondo criteri prevedibili. La Corte cost. 137/2009 ha in materia avuto occasione di precisare che il limite della ragionevolezza (procedurale) nell’erogazione vincola anche il Consiglio regionale che voglia procedere con legge provvedimento di sovvenzione. Cfr. C.E. GALLO, *La disciplina dell’erogazione delle sovvenzioni alla Corte Costituzionale*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.* 2009, fasc. 12, 2820 ss. e S. SPUNTARELLI, *Considerazioni in merito alla recente giurisprudenza costituzionale sull’amministrazione per legge*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2009, fasc. 3, 1478 ss.

21 Sul tema cfr. G. TORREGROSSA, *La capacità di diritto privato degli enti pubblici economici e la disciplina degli appalti pubblici*, in *Rivista di diritto civile* 1983, fasc. 1, 44 ss., ma anche – più in generale – C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, 95 ss.

22 Cfr. Corte cost. 50/2008, punto 3 del considerato in diritto, e Corte cost. 423/2004, punto 7.6 del considerato in diritto.

23 Cfr. Corte cost. 14/2004, punto 4 del considerato in diritto.

Data tale potestà legislativa regionale, si pone l'ulteriore questione degli spazi di autonomia nel relativo esercizio. In particolare, la legge regionale deve in primo luogo necessariamente rispettare – come sopra descritto – la disposizione statale di cui all'art. 12 della legge 241/1990, in quanto norma procedurale di garanzia che costituisce livello essenziale delle prestazioni<sup>24</sup>.

In secondo luogo, va segnalato che sulla materia delle sovvenzioni a beneficio delle imprese vittime di criminalità organizzata è intervenuto anche il legislatore statale, con specifiche disposizioni di sostegno. Rispetto a tale quadro normativo ci si deve chiedere se esista allora un effetto di “*preemption*” (o di concorrenza di competenze “alla tedesca”) che escluda la possibilità di normare nuovamente a livello regionale una vicenda già disciplinata a livello statale.

Tali logiche peraltro sembrano essere estranee al nostro ordinamento, e si deve così verificare non tanto se i meccanismi di sostegno per le vittime di criminalità previsti ad es. dalla legge 302/1990<sup>25</sup> o dalla legge 44/1999 possano essere duplicati a livello regionale, ma piuttosto – nel caso – con quali cautele. A riguardo è necessario in primo luogo accertare – per verificare un eventuale effetto ostativo della previa normazione statale – quale sia il livello di sovrapposizione dei due regimi, che in questo caso risultava certamente non corrispondente (in quanto prefigurato solo in via astratta a livello regionale, e con criteri di preferenza valevoli potenzialmente per tutti i generi di sovvenzioni, non con finanziamenti *ad hoc* per le imprese vittime di reato come avviene a livello nazionale). Peraltro, anche al ricorrere di un perfetto duplicato del finanziamento pubblico statale (identico per *ratio*, soggetti destinatari e tipologia – non generalista – del sostegno), andrebbe nondimeno apprezzata la natura delle sovvenzioni: se le stesse si pongono prevalentemente come strumento di governo, anziché come strumento (meramente) redistributivo<sup>26</sup>, sembra di potersi affermare che il perseguimento indiretto degli interessi pubblici mediante sostegno ai privati beneficiari può legittimamente essere contemporaneamente attuato da diverse amministrazioni portatrici – a diverso titolo – di quegli stessi interessi, con la realizzazione di analoghi interventi finanziari a diversi livelli di governo (purché nessuno di questi subordini esplicitamente l'erogazione all'assenza di altre sovvenzioni precedentemente fruite).

#### **4. L'attinenza del parametro della concorrenza (“statica” e “dinamica”) al tema delle sovvenzioni**

Il ricorso è quindi dichiarato inammissibile perché la seconda parte della disposizione censurata persegue uno scopo indennitario<sup>27</sup> estraneo alla materia dei contratti pubblici,

---

24 Sul rapporto tra legge 241/1990 e LEP, cfr. quanto già citato in precedenza. Per giurisprudenza ordinaria sull'applicabilità dell'art 12 della legge 241/90 alle Regioni, cfr. T.A.R. Cagliari, Sez. I, 352/2012; T.A.R. Perugia, Sez. I, 96/2012; T.A.R. Lecce, Sez. II, 459/2012; Cons. Stato, Sez. VI, 5440/2009; T.A.R. Reggio Calabria, Sez. I, 553/2009; T.A.R. Latina, Sez. I, 1380/2006; T.A.R. Perugia, Sez. I, 330/2006; Cons. Stato, Sez. IV, 1445/1999; Corte dei conti Molise, Sez. contr., 130/1994.

25 Oltre alla legge 407/1998 e al d.P.R. 510/1999. Cfr. G. COMANDÈ, *Danni privati e indennizzi pubblici: la giungla degli indennizzi alle vittime della criminalità*, in *Danno e responsabilità* 2000, fasc. 7, 696 ss.

26 Sul tema, per una critica delle teorie che riducono la sovvenzione a mero strumento di governo statale (indiretto) dell'economia dei privati, e per la più corretta prospettazione di una pluralità di finalità sottese ai finanziamenti pubblici, cfr. G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, cit., rispettivamente 59 ss. e 217 ss.

27 Nella sentenza annotata la Corte lascia peraltro aperta anche la prospettabilità di una possibile natura risarcitoria. Sul punto va tuttavia precisato che la giurisprudenza ordinaria ha qualificato come indennitaria la finalità delle elargizioni a favore di soggetti danneggiati da attività estorsive (Cons. Stato, sez. VI, 5222/2006), e pare quindi possibile estendere tale ordine di ragionamento anche al caso in oggetto; cfr. A. MUSSA, *La natura giuridica delle elargizioni a favore di soggetti danneggiati da attività estorsive*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.* 2006, fasc. 12, 3408 ss.



invocata invece a parametro dalla difesa erariale (in modo indifferenziato per la valutazione di entrambi i profili dell'art. 10 della legge regionale umbra).

Nella ricostruzione della Corte, infatti, relativamente ai criteri per l'attribuzione preferenziale di sovvenzioni si registra tanto un'attinenza alla realtà produttiva regionale (in connessione alle finalità di sostegno alle imprese vittime di reati associativi), quanto la non incidenza (diretta) sulla tutela della concorrenza<sup>28</sup>; nella sentenza annotata, da tale duplice ordine di caratteri – che connotano l'erogazione delle risorse regionali – si fa derivare la non pertinenza tanto del parametro interposto (art. 4, co. 3, del d.lgs. 163/2006), quanto della disposizione costituzionale evocata a censura dalla difesa erariale (art. 117, co. 2, lett. e), Cost.). In altri termini, la riferibilità regionale e la finalità di sostegno, in quanto accompagnate da un esito non anticoncorrenziale dei criteri di erogazione, sembrano poter confinare gli spazi della materia "tutela della concorrenza" al solo tema dei contratti pubblici, sottraendo la tematica delle sovvenzioni ad una pervasiva attività di conformazione statale.

All'individuazione della causa dell'erogazione, quale sua funzione economico-sociale tipica, si accompagna così l'individuazione della materia trasversale che può limitarla. Avrebbe quindi dovuto essere invocato a parametro interposto l'art. 12 della legge 241/1990, quale garanzia procedimentale del corretto impiego di uno strumento – quello delle sovvenzioni – lasciato all'atipicità di impiego delle politiche regionali: la forza condizionante della disposizione statale riposa pertanto principalmente sulla competenza esclusiva (e trasversale) relativa ai livelli essenziali delle prestazioni, come incorporati nelle garanzie procedurali della legge 241/1990.

Rispetto alla potestà di elargizione dei finanziamenti sembra nondimeno assumere una certa rilevanza anche il parametro della concorrenza, che può essere posto anche esso alla base della disposizione dell'art. 12; vi è infatti una parziale omogeneità con le procedure ad evidenza pubblica, che tuttavia nel codice dei contratti pubblici sono disciplinate anche nel dettaglio e sul piano sostanziale, mentre nel caso dell'art. 12 vedono l'attività conformativa statale limitarsi al dato procedurale (prescrivendosi solo l'adozione di criteri, senza precisare quali), l'autonomia regionale essendo più marcata in materia di sovvenzioni (libere nei fini) di quanto non lo sia in tema di contratti (con causa tipica).

La materia concorrenza sembra presentare quindi – in tale contesto – un profilo "dinamico" o procedimentale (relativo alle procedure che garantiscono l'esplicitarsi della concorrenza tra operatori economici) ed un profilo "statico" o sostanziale (relativo all'individuazione dello spazio lasciato al mercato concorrenziale, e degli eventuali spazi sottratti alle logiche di mercato)<sup>29</sup>.

---

28 Cfr. il punto 2 del considerato in diritto della sentenza annotata.

29 Queste due declinazioni della concorrenza risultano diverse dalla distinzione tra concorrenza "nel" mercato, quale processo di competizione che avviene tra le diverse imprese (con divieto di comportamenti collusivi), e concorrenza "per il" mercato, quale problema della regolamentazione dell'accesso (con divieto di barriere artificiali). Concorrenza statica e dinamica – nel senso qui indicato – attengono entrambe alla concorrenza per il mercato, e identificano rispettivamente (rilevante rispetto al riparto di competenza tra Stato e Regioni) il potere di definire i requisiti sostanziali per l'aggiudicazione e il potere di regolare le procedure a evidenza pubblica per la selezione dei concorrenti. Negli appalti entrambi i profili sono riservati allo Stato, nelle sovvenzioni lo Stato pone solo una regola minima – l'art. 12 della legge 241/1990 – che impone una proceduralizzazione (poi lasciata nel dettaglio alla Regione, così come l'individuazione dei criteri statici di apertura alla concorrenza dei finanziamenti predisposti). Distingue a diverso fine tra una dimensione statica e dinamica concorrenza L. CERASO, *La recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla "tutela della concorrenza" (art. 117, comma 2, lett. E): linee di tendenza e problemi aperti*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2005, fasc. 4, 3447 ss.; accanto all'accezione statica (insieme delle regole antitrust, dirette a garantire il mantenimento della concorrenza) e all'accezione dinamica (quanto necessario ad instaurare assetti concorrenziali), una terza declinazione della concorrenza ricomprenderebbe anche gli interventi diretti ad incidere sull'equilibrio economico generale.

Quello dinamico si intreccia con l'esigenza di garantire livelli essenziali di garanzie procedurali (di trasparenza e prevedibilità) nell'assegnazione; quello statico guarda anche ai criteri dell'assegnazione, conformandoli a date esigenze (sostanziali) assunte quali finalità – presupposte – della procedura. Se tali esigenze per il settore dei contratti pubblici sono individuate a livello statale – e in modo univoco ed esclusivo (salvo ammissibilità di clausole c.d. sociali) – nella tutela del mercato, per quanto riguarda invece il tema delle sovvenzioni si registra una maggiore libertà del legislatore regionale, il parametro interposto dell'art. 12 limitando i propri contenuti al dato procedurale, non spingendosi a conformare la dimensione statica della concorrenza.

Infatti, il legislatore regionale rimane libero – alla luce di tale quadro normativo, e del combinato agire di LEP e concorrenza in materia di sovvenzioni – circa le scelte di indirizzo dei finanziamenti pubblici, eventualmente orientati verso logiche sociali contrastanti con le esigenze dei mercati concorrenziali; ciò purché tale autonomia si svolga nel rispetto della normativa europea, che costituisce il limite comune a contratti e sovvenzioni (qualificabili nella forma degli aiuti di Stato<sup>30</sup>).

In questa prospettiva, il limite alla potestà regionale di sovvenzione è di tipo procedurale, con riguardo alla potestà legislativa statale espressa nell'art. 12, e di tipo sostanziale, relativamente alla disciplina europea degli aiuti di Stato. Pur nella comune esigenza (procedurale) di evidenza pubblica, la dimensione sostanziale della concorrenza emerge a livello statale per i soli contratti pubblici, mentre rimane un limite prettamente europeo per le sovvenzioni (non autonomamente aggravabile dallo Stato, avvalendosi della sola base legittimante offerta dalla lett. e) dell'art. 117). Ciò sottolinea, nel caso degli appalti, l'apprezzamento – a livello costituzionale – di valori ulteriori rispetto alla giustizia distributiva: accanto alla tutela delle aspettative dei privati rispetto alla destinazione delle risorse pubbliche, comune al settore dei contratti e dei finanziamenti pubblici, nell'ambito delle commesse della PA assume rilievo specifico la circostanza per cui la spesa pubblica è diretta in modo immediato (e non indiretto) al soddisfacimento dell'interesse pubblico. A fronte di ciò, la dimensione della concorrenza emerge come prioritaria (sia “nel” che “per il” mercato), l'interesse pubblico all'individuazione del miglior contraente essendo – salva la presenza di criteri c.d. sociali di aggiudicazione – consequenziale all'individuazione competitiva della migliore offerta.

Mentre il potere di sovvenzione è libero nei fini, ed il legislatore regionale è limitato dalle sole esigenze di giustizia distributiva (secondo procedure corrette e prefissate, ma a partire da criteri sostanziali non tipizzati bensì – al contrario – frutto di scelta discrezionale-politica), il potere di contrattare è invece tipizzato a livello di legislazione statale, il codice degli appalti individuando strumenti vincolanti sia per procedura che per contenuto sostanziale (causalmente diretti ad ottenere beni e servizi, contestualmente rispettando il mercato).

Il parametro mediato dell'art. 12 della legge 241/1990, oggi vigente, limita quindi il potere regionale di sovvenzione solo sul piano procedurale; nondimeno, tale quadro normativo ordinario non esclude di per sé che la competenza statale su LEP e tutela della concorrenza possa portare a un'estensione futura dei limiti statali anche alle modalità e ai criteri della distribuzione delle risorse regionali tramite finanziamenti pubblici, prescrivendone date finalità, vincolanti per le Regioni. Mentre però per il codice dei contratti pubblici il divieto di criteri falsanti il mercato è connaturato all'azione statale, nelle sovvenzioni la libertà nell'individuazione dei fini sembra attenere più a un generale criterio

---

30 Sull'inquadramento delle sovvenzioni nella disciplina europea degli aiuti di Stato, cfr. B. LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo: profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2008. Sulla disciplina europea degli aiuti di Stato come limite alla potestà regionale, cfr. A. GARDINO, *Gli “aiuti regionali” alle imprese tra l'incudine dello Stato ed il martello della Comunità europea*, in *Quaderni regionali* 2007, fasc. 1-2, 183 ss.

di ragionevolezza, che non ad un problema di riparto delle materie: un regime di accesso alle sovvenzioni che favorisse in modo sproporzionato le imprese vittime di mafia – in ipotesi – non lederebbe tanto uno spazio di intervento (ammissibile) statale, ma integrerebbe una lesione di posizioni giuridiche soggettive o di esigenze generali di giustizia che è prospettabile tanto per l'azione dello Stato quanto per quella delle Regioni<sup>31</sup>. La preclusione opererebbe quindi sul piano dei principi generali della Costituzione economica (mediante il principio di ragionevolezza), e non su quello del riparto delle competenze tra livelli di governo.

In materia di sovvenzioni pare allora non prospettabile l'affermarsi di un processo di svuotamento degli spazi di autonomia regionale analogo a quello registrato in tema di appalti pubblici, né se fosse correttamente invocato l'art. 12 della legge 241/1990, né se il legislatore statale volesse porre limiti sostanziali ai criteri di assegnazione selezionabili dalle Regioni per distribuire le proprie risorse. La potestà legislativa statale in materia può infatti fondarsi sul solo parametro dei livelli essenziali delle prestazioni e su un'accezione statica della concorrenza, imponendo garanzie procedurali che permettano il paritario concorso dei soggetti titolati all'attribuzione della sovvenzione; la conformazione a date finalità (di tutela del mercato) dei criteri sostanziali di attribuzione appare invece come propria dell'autonomia regionale, in quanto consustanziale all'impiego – ragionevole e proporzionato – delle sovvenzioni pubbliche a fine di realizzazione delle politiche regionali sottese all'erogazione delle risorse.

---

31 Per spunti sull'applicazione del criterio di ragionevolezza alle scelte di spesa pubblica, cfr. L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it* 2013, fasc. 1.