



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di European Business Law

Ethic and Law

Temporary Framework, dinamiche e profili evolutivi
degli aiuti di Stato per società estere.

Il caso FCA

Chiar.mo Prof.
Nicola de Luca
Relatore

Chiar.mo Prof.
Gian Domenico Mosco
Correlatore

Lorenzo Delcuratolo
Matricola 124683
Candidato

Anno Accademico 2020–2021

Indice analitico

Abstract

Capitolo I- Ricognizione delle forme di reazione dell'Unione Eur.opea alla crisi pandemica da COVID-19

1. Il quadro storico e politico. Dall'austerità alla flessibilizzazione degli interventi sotto la direzione della Commissione Europea. Operatività ed interconnessione logica e funzionale degli strumenti di azione della politica comunitaria.....	1
2. Libertà di stabilimento. Ricognizione del principio alla stregua della situazione sociale ed economica degli Stati membri. Natura residuale dello stesso in rapporto ai criteri di tutela della produttività e dei livelli occupazionali della Nazione.....	3
2.1 Diritto di stabilimento.....	3
2.2 Caso FCA e criticità legate all'arbitraggio normativo.....	7
2.3 Rimodulazione del principio alla luce della crisi pandemica.....	9
3. Aiuti di Stato. Quadro normativo sostanziale e procedurale. Coordinamento e cooperazione tra Stati membri e Commissione Europea nella valutazione di compatibilità delle misure di sostegno.....	10
3.1 Egesi della normativa sostanziale.....	10
3.1.1 Attributi qualificatori degli aiuti di Stato.....	15
3.1.1.1 Origine statale della misura.....	15
3.1.1.2 Vantaggio economico.....	16
3.1.1.3 Natura imprenditoriale del beneficiario.....	17
3.1.1.4 Selettività.....	18
3.1.1.5 Incidenza sugli scambi e sulla concorrenza.....	19
3.2 Procedimento di erogazione delle misure.....	20
3.2.1 Dimensione nazionale del procedimento.....	20

3.2.1.1 Soggetti.....	21
3.2.1.2 Richiesta di sostegno da parte di un'impresa.....	23
3.2.1.3 "Pre-notifica"	27
3.2.2 Dimensione comunitaria del procedimento.....	28
3.2.2.1 Notifica formale ed esame preliminare della richiesta.....	28
3.2.2.2 Procedimento d'indagine formale e decisione della Commissione.....	32
3.2.2.3 Quadro sostanziale e contenutistico della decisione.....	35
3.2.2.4 Valutazione e controlli. Efficacia, efficienza ed effettività della misura..	38
3.2.3 "Regime-quadro"	45
3.3 Questioni inerenti l'attuazione del principio di effettività sostanziale della tutela giurisdizionale nel rapporto tra Commissione, Corte di Giustizia e giudici nazionali. Possibili criticità e lacune.....	48
3.3.1 Rapporti di coordinamento tra decisioni della Commissione e sentenze della Corte di Giustizia.....	48
3.3.2 Il ruolo "complementare" del giudice nazionale nell'effettività sostanziale della tutela giurisdizionale.....	50
3.3.3 Problematiche e questioni aperte in materia di valutazione amministrativa e giurisdizionale della legalità degli aiuti di Stato.....	51
3.3.3.1 Problematiche attuative ed esecutive delle misure di aiuto di Stato.....	52

Capitolo II - Natura giuridica delle forme d'intervento dell'Unione Europea in contrasto alla pandemia da COVID-19

1. Temporary Framework. Connotati generali. Straordinarietà ed urgenza degli interventi predisposti. Articolazione operativa. Meccanismo "Garanzia Italia". Vincolatività delle condizioni e ricezione nel mutuo di scopo.....	59
1.1 Temporary Framework come atto atipico o intervento sui generis giustificato dai caratteri di eccezionalità ed urgenza della crisi pandemica.....	59
1.1.1 Aiuti sotto forma di garanzie sui prestiti.....	63
1.1.1.1 d.l. 23/2020 e "Garanzia Italia"	65

1.2 Il ricorso all'istituto del mutuo di scopo per l'integrazione normativa e la tutela giurisdizionale delle operazioni di finanziamento poste in essere dallo Stato.....69

2. Orientamenti dottrinali in materia di Temporary Framework. Natura giuridica, effettività ed efficacia dello strumento anche in relazione alle criticità legate alla pratica di arbitraggio normativo.....74

2.1 Temporary Framework come atto di soft-law. Inadeguatezza dello strumento nel lungo termine come nuovo regime ordinario di controllo sugli aiuti di Stato e potenziali criticità connesse al rischio di arbitraggio economico.....75

2.2 Temporary Framework come strumento adattivo e dinamico. Learning by doing come approccio metodologico e funzionalità del quadro temporaneo in una prospettiva evolutiva dell'Unione Europea più ampia del superamento della crisi.....78

3. Next Generation EU e Piani Nazionali per la Ripresa e la Resilienza. Assi strategici delle politiche comunitarie e nazionali. Nuovi parametri e principi afferenti l'attività degli operatori giuridici ed economici dell'Unione e dei singoli Stati.....80

3.1 Reg. UE 2021/241 e Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza.....83

3.1.1 Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza.....86

3.1.1.1 PNRR #NEXTGENERATIONITALIA.....95

4. Nuovi orizzonti ideologici di regolamentazione dell'attività imprenditoriale. Superamento della dialettica ed adesione consapevole alla dimensione etica dell'economia.....102

4.1 Libertà economiche e valori sociali a confronto. Dal dualismo tra capitale e lavoro al bilanciamento ed all'integrazione degli interessi.....105

Capitolo III - Il caso FCA. Analisi dei profili formali e funzionali del finanziamento garantito in relazione alle criticità emerse da una valutazione complessiva della condotta della società debitrice. Il parametro di virtuosità sotto il profilo giuridico ed etico

1. Analisi degli aspetti sostanziali dell'operazione finanziaria. Le condizioni e le relative finalità del prestito garantito a FCA Italy S.p.A.....109

1.1	Lo strumento del prestito garantito dallo Stato come modalità di sostegno all'economia nazionale. Natura giuridica e rapporto con la normativa degli aiuti di Stato.....	112
2.	Ricognizione delle criticità che si evidenziano nell'esecuzione dell'operazione finanziaria in esame con particolare riguardo alle scelte gestionali della società debitrice.....	114
2.1	Considerazioni sulla compatibilità di “Garanzia Italia” con la politica di libera concorrenza tra gli Stati membri.....	114
2.2	Valutazione critica delle scelte gestionali di FCA Italy S.p.A. nel quadro del “formalmente lecito” ovvero del “sostanzialmente illecito” in virtù dei nuovi parametri etici evidenziati dalla politica comunitaria recepita a livello nazionale dal PNRR.....	116
2.3	Ricognizione delle condotte sospette. Delocalizzazione della sede legale, della sede fiscale e del centro sostanziale dell'attività produttiva. Probabili ricadute in condotte di elusione fiscale.....	117
3.	Considerazioni finali.....	123

Bibliografia essenziale

Abstract

Durante la crisi pandemica la società FCA N.V., per il tramite della sussidiaria FCA Italy S.p.A., ha richiesto al Governo italiano una garanzia a copertura del finanziamento erogato da Banca Intesa San Paolo.

Oggetto di trattazione è l'analisi della legittimità della richiesta di finanziamento e del successivo utilizzo delle risorse così ottenute, al fine di valutare la virtuosità della condotta di FCA, anche alla luce delle attuali politiche europee del Next Generation EU e di una ritrovata dimensione etica del diritto.

Per una disamina analitica del caso l'elaborato è stato suddiviso in tre capitoli.

Nel primo capitolo sono poste le premesse generali alla trattazione, individuate nella situazione economico-politica dell'Unione, nell'evoluzione giurisprudenziale e normativa della libertà di stabilimento ed infine nella disciplina, sostanziale e procedurale, prevista per l'erogazione di misure di sostegno qualificabili come aiuti di Stato.

Si dà conto, nello specifico, del passaggio da un regime di austerità ad una flessibilizzazione delle misure d'intervento sotto la direzione della Commissione Europea.

Emerge, quindi, l'operatività e l'interconnessione logico-funzionale degli strumenti di azione della politica dell'Unione Europea in risposta alla crisi pandemica.

Essi si articolano in una prima fase di interventi a copertura delle spese relative al comparto sanitario ed al calo dell'attività produttiva legato al *lockdown* ed in una seconda fase di finanziamento strutturale per la ripresa economica degli Stati membri.

Per quanto concerne la disciplina degli aiuti di Stato, oltre a definire gli attributi qualificatori degli stessi, vengono descritti i passaggi fondamentali dell'*iter* procedurale che, da una prima dimensione di carattere nazionale, si sviluppano al livello comunitario a seguito della notificazione formale della richiesta di erogazione.

Una particolare menzione va fatta al regime procedurale derogatorio (c.d. "regime-quadro") introdotto con il d.l. 34/2020 (Decreto Rilancio) in un'ottica di maggiore celerità e semplificazione delle procedure di notifica ed attuazione delle misure di aiuto.

Cruciale è il ruolo della Commissione che, nel valutare *ex ante* la compatibilità dell'aiuto oggetto d'esame con il mercato interno, è coadiuvata in stretto coordinamento dalle autorità nazionali.

Si guarda, inoltre, al ruolo del giudice nazionale e comunitario che, attraverso controlli *ex post*, deve garantire l'efficacia, l'efficienza e l'effettività della misura erogata dallo Stato.

Quanto sopra al fine di comprendere quali misure sanzionatorie siano concretamente irrogabili in una situazione di mancata osservanza dei vincoli normativi ed operativi posti dall'Unione Europea.

Nel secondo capitolo si approfondisce l'analisi del Temporary Framework e del Next Generation EU. Essi rappresentano l'evoluzione delle politiche d'intervento comunitarie scaturita dall'evento pandemico e con una prospettiva duratura di sviluppo oltre l'attuale situazione di crisi.

Il Temporary Framework è esempio emblematico del razionale strategico operativo dell'Unione Europea adottato nella prima fase della pandemia, concretizzato in una politica sostanzialmente assistenzialista.

Con il Next Generation EU si segna il ritorno all'attività di pianificazione caratterizzante da sempre le politiche economiche e finanziarie comunitarie.

Si è fornita una descrizione del quadro normativo e funzionale della disciplina del Temporary Framework nelle sue articolazioni (tra cui gli aiuti sotto forma di garanzie sui prestiti) e del Next Generation EU nell'esecuzione delle "Missioni" per poter evidenziare i nuovi parametri ed i principi afferenti l'attività degli operatori giuridici ed economici dell'Unione e dei singoli Stati.

In particolare, si è introdotto un focus legato al PNRR italiano concernente gli assi strategici (digitalizzazione, transizione ecologica ed inclusione sociale) che dovranno fungere da guida per concretizzare la ripresa economica nazionale, rilevando come essi acquisiscano una loro vincolatività peculiare che si estrinseca oltre il novero di investimenti e riforme previste all'interno della cornice del Piano.

In merito alla possibilità di qualificare determinati obiettivi previsti dalla disciplina derogatoria come vincoli di destinazione, sorge la necessità di ricondurre la normativa europea ad istituti che possano trovare ricetto nel nostro ordinamento.

In tal senso s'introduce la figura del mutuo di scopo, descrivendone gli aspetti fondamentali, fra i quali l'ipotesi d'inadempimento ed i relativi rimedi risarcitori e restitutori.

Risultano così declinabili le misure di aiuto regolamentate dal Decreto Liquidità (d.l. 23/2020), essendo le condizionalità previste sostanzialmente riconducibili a clausole di destinazione.

In suddette misure rientrano anche i contratti di finanziamento tra imprese ed istituti bancari, garantiti dallo Stato tramite SACE S.p.A. attraverso il meccanismo "Garanzia Italia".

La concessione di tali aiuti aderisce alle linee operative del Temporary Framework ed è subordinata a condizioni vincolanti quali la dimensione dell'impresa, il radicamento della stessa sul territorio nazionale e la sua rilevanza nella produzione del PIL.

L'operatività di "Garanzia Italia" risulta inoltre modulata in relazione alla dimensione del debitore, che possa qualificarsi o meno come grande impresa in base ai consueti parametri di fatturato e numero di dipendenti impiegati.

All'esito dell'analisi condotta si rileva un mutamento ideologico e metodologico, in forza del quale si è assistito ad una sostanziale "giuridicizzazione" di parametri storicamente appartenenti alla dimensione etica della vita.

La trattazione fin qui esplicitata è funzionale ad individuare gli strumenti a disposizione dell'ordinamento giuridico qualora una società come FCA non risulti adempiente agli obblighi previsti dal vincolo contrattuale e dalla disciplina del Temporary Framework. Si tiene conto, peraltro, del contemperamento d'interessi che vede contrapposti, da un lato, l'utilità di erogare determinate misure di sostegno alle imprese in un quadro generale di risanamento dell'economia nazionale, dall'altro, la necessità che tali fondi non vengano distratti dalla loro finalità primaria per un utilizzo prettamente individualistico.

La questione rimanda ad una considerazione più ampia concernente il rapporto tra due principi in apparente dialettica quali la libertà di stabilimento ed il divieto di delocalizzazione, entrambi al centro della normativa in esame.

Nel più ampio bilanciamento d'interessi possiamo notare come, a causa della recessione aggravata dalla pandemia, la libertà di stabilimento, cardine del liberalismo europeo, risulti oggi un principio difficilmente attuabile e recessivo rispetto a quei parametri, compreso quello della conservazione dei livelli di occupazione, di cui l'obbligo-divieto di delocalizzazione rappresenta una chiara estrinsecazione.

Divieto di delocalizzazione che si trasforma da un elemento negativo, come indicato nel Temporary Framework, ad uno di valenza positiva nel novero di "Garanzia Italia".

Nel quadro temporaneo, infatti, si esclude la possibilità di introdurre, come condizione per accedere alle misure di sostegno, un obbligo a delocalizzare le attività produttive, mentre le condizioni del prestito *de quo* fanno esplicito riferimento al divieto di tale pratica.

È indubbio, infatti, che l'applicazione completa della libertà di stabilimento permetterebbe alla debitrice una politica produttiva utilitaristica, indirizzata alla massimizzazione dei profitti ed incurante della perdita di posti di lavoro.

Nell'ultima parte della trattazione si procede alla disamina del caso FCA.

L'analisi, oltre le dinamiche concernenti l'operazione di finanziamento garantito, verte sulla condotta complessiva di FCA nei profili societari, strategici, fiscali, al fine di valutarne la virtuosità.

Nello specifico, il contratto in esame prevede un finanziamento complessivo di 6,3 mld di euro, di cui è stata stimata la destinazione di 1,2 mld di euro al pagamento dei fornitori e significativamente solo 800 mln di euro al mantenimento dei livelli occupazionali.

Le misure di cui sopra sono state comunque oggetto di perplessità tanto da far promuovere dal Codacons un ricorso presso il TAR del Lazio avente oggetto una presunta illegittimità della disciplina introdotta con il Decreto Liquidità.

La normativa è stata impugnata nella parte in cui non esclude l'erogazione di finanziamenti a società, formalmente italiane, ma facenti parte di un gruppo controllato da una società con sede legale all'estero, in quanto verrebbe a crearsi in tal senso una disparità di trattamento in favore di società che non contribuiscono sostanzialmente alla produzione di reddito nazionale. La questione è rimasta comunque irrisolta poiché il giudice si è pronunziato solo in rito, escludendo la legittimazione processuale della parte ricorrente in difetto di un interesse collettivo o diffuso meritevole di tutela, senza entrare nel merito della correttezza discrezionale dei principi cui è subordinato il ricorso alla garanzia di Stato (TAR Lazio, 18 novembre 2020, sent. n. 01820/2021).

In particolare, il Codacons ha evidenziato che, nonostante la sede in Italia sia indicata come una delle condizioni fondanti del prestito garantito nel Decreto Liquidità, la capogruppo FCA N.V., al momento dell'attivazione del finanziamento aveva sede legale in Olanda e domicilio fiscale nel Regno Unito.

Avverso tale considerazione si può opporre che l'effettiva debitrice sia soltanto la sussidiaria italiana FCA Italy S.p.A., solidamente radicata nel territorio nazionale con 11 stabilimenti che impiegano più di 55 mila dipendenti.

Seppur formalmente in linea con gli aspetti tecnici e le condizioni esplicite individuate dal meccanismo “Garanzia Italia”, sorgono ulteriori perplessità per quanto riguarda le condizioni c.d. implicite, ma comunque fondamentali per il raggiungimento dell'esito sostanziale dell'operazione nel suo complesso.

Alla luce dei nuovi parametri emersi nel quadro delle recenti politiche comunitarie (NGEU, PNRR e Temporary Framework) la condotta di FCA Italy S.p.A. potrebbe essere considerata non virtuosa moralmente e giuridicamente, aprendo la strada al ricorso a presidi *ex ante* e rimedi *ex post* in grado di offrire una sostanziale tutela degli interessi dello Stato.

Il punto focale è che queste criticità sostanziali, rilevabili a livello morale, ad oggi rappresentano una realtà estremamente concreta grazie ai nuovi principi di cui sopra che, in forza della già citata “giuridicizzazione”, dovranno essere tenuti in considerazione dal giudice nel valutare le condotte poste in essere dagli operatori economici.

Nel descriverne l'operato su più fronti, traspare una condotta della società non particolarmente virtuosa ed in violazione delle condizioni contrattuali del finanziamento garantito oggetto d'esame.

L'intera operazione, tuttavia, risente fortemente del carattere politico, impedendoci di prescindere da chi sia il soggetto beneficiario.

Fiat, infatti, rappresenta sotto un profilo storico e culturale il retaggio, da più di settant'anni, dell'industria automobilistica italiana e che ancora oggi garantisce, attraverso una densa rete di fornitori, una grande percentuale del PIL nazionale.

Si evidenziano, inoltre, in relazione alla già citata delocalizzazione della sede legale e fiscale operata da FCA N.V., problematiche anche più importanti correlate al pericolo che, da tale operazione, derivino fenomeni di arbitraggio normativo.

Per chiarezza di discorso, stante la mancanza di una normativa uniforme ed armonizzata tra gli Stati membri, per arbitraggio normativo s'intende la pratica di scegliere lo Stato con normativa più favorevole all'attività che deve essere svolta e che si traduce in una diversificazione tra sede legale, fiscale e centro sostanziale dell'attività produttiva della società. Tali elementi possono essere localizzati in Stati diversi a seconda delle normative nazionali al fine di massimizzare profitti e dividendi.

Il problema è quello del contemperamento d'interessi ed il rischio che le imprese, vedendosi non supportate dallo Stato, possano decidere di delocalizzare la produzione verso Stati più favorevoli all'erogazione di sostegni economici.

Il pregiudizio sostanziale si realizzerebbe principalmente a danno dei lavoratori e, più in generale, dei livelli produttivi nazionali.

Secondo la dottrina è proprio questa la maggiore criticità dell'operazione in esame, in quanto FCA presenta tutti gli aspetti sopraindicati e, soprattutto in relazione al regime fiscale, è stata già in precedenza condannata dalla CGUE su istanza della Commissione per elusione fiscale.

A ciò si aggiunge la considerazione che la debitrice sia parte di un gruppo la cui società madre ha operato una fusione con il gruppo PSA, dando vita ad una nuova entità societaria (Stellantis N.V.) i cui interessi produttivi, finanziari e strutturali risultano quasi esclusivamente sotto una direzione strategica straniera.

Per quanto sopra si desume che la linea d'azione di FCA, pur risultando formalmente legittima, possa far sollevare dubbi alla luce dei nuovi principi etici introdotti con le recenti politiche comunitarie e nazionali.

In conclusione il caso FCA è emblematico e funzionale nel comprendere le dinamiche evolutive che hanno connotato il sostrato giuridico, economico e politico degli ultimi tempi. Un aspetto significativo che si può riscontrare nel complesso del sistema normativo, realizzato in sinergia tra il livello comunitario e quello nazionale, è dato dal nuovo modo di intendere i criteri etici alla base dell'azione economica pubblica e privata.

Non si tratta di una semplice riscoperta di canoni virtuosi come direttive ideali cui uniformare le condotte, ma come criteri concreti e specifici che consentano di realizzare risultati sostanziali mediante un equo temperamento d'interessi.

In tal modo si superano alcuni *leitmotiv* ormai vuoti di significato, come la convinzione che il settore societario e finanziario siano incompatibili con criteri di etica per il loro connotato utilitaristico e quindi che gli interessi del capitale e del lavoro siano caratterizzati da una irriducibile tensione dialettica.

La lezione che cogliamo nei recenti interventi normativi è quella di un'adesione consapevole e non ingenua ad una dimensione etica dell'economia che trovi nella norma una direttrice operativa più che uno strumento sanzionatorio.

Ne consegue che il fine ultimo non ignori lo scopo del massimo profitto, ma lo realizzi con reciproca soddisfazione di tutti gli attori coinvolti, imprenditori e lavoratori.

Capitolo I — Ricognizione delle forme di reazione dell’Unione Europea alla crisi pandemica da COVID-19

1. Il quadro storico e politico. Dall’austerità alla flessibilizzazione degli interventi sotto la direzione della Commissione Europea. Operatività ed interconnessione logica e funzionale degli strumenti di azione della politica comunitaria

Durante la crisi pandemica la società FCA N.V., per il tramite della sussidiaria FCA Italy S.p.A., ha richiesto al Governo italiano una garanzia a copertura del finanziamento erogato da Banca Intesa San Paolo.

Oggetto di trattazione è l’analisi della legittimità della richiesta di finanziamento e del successivo utilizzo delle risorse così ottenute, al fine di valutare la virtuosità della condotta di FCA, anche alla luce delle attuali politiche europee del Next Generation EU e di una ritrovata dimensione etica del diritto.

A tal fine è necessaria una disamina di alcune premesse di carattere generale relative sia al peculiare contesto economico-politico in cui s’inserisce l’operazione finanziaria, che al quadro temporaneo (c.d. Temporary Framework) in materia di aiuti di Stato elaborato dalla Commissione Europea per garantire sostegno alle imprese in difficoltà a causa dell’attuale crisi.

L’Unione Europea, prima dell’evento pandemico, stava attraversando una forte crisi recessiva di cui il deficit di rappresentatività e partecipazione democratica costituiva sia causa determinante che motivo di una sua alimentazione esponenziale e che si è tradotta, in tempi più recenti, in una contestazione di base che faceva capo a rinnovati movimenti culturali di carattere sovranista e nazionalistico¹.

Si consideri al riguardo che, pur essendo fondata sul metodo intergovernativo, la struttura istituzionale dell’Unione Europea è volta a creare uno spazio europeo uniforme caratterizzato dai principi di uguaglianza e parità di trattamento nel quale gli interessi della stessa risultino essere la sintesi ragionata delle necessità degli Stati membri e non

¹ La contestazione, relativa tanto alla struttura istituzionale quanto all’attività di politica economica e sociale dell’UE, si è tradizionalmente fondata sulla presunta indifferenza dell’Unione circa le reali aspettative ed esigenze di una parte della popolazione europea, soprattutto quella non rientrate in un sistema istituzionale di stampo prettamente liberale e liberista.

Cfr. G. Passaniti, *Deficit democratico dell’Unione Europea, il difficile cammino verso la piena integrazione*, reperibile all’indirizzo https://www.diritto.it/deficit-democratico-dellunione-europea-il-difficile-cammino-verso-la-piena-integrazione/#_ftn2

specifici interessi conservativi dell'Istituzione².

Nel contesto dell'attuale crisi pandemica, l'Unione Europea si è attivata mettendo in primo piano le condizioni sociali, economiche e sanitarie in cui versavano i diversi Stati, in modo da poter graduare un intervento che garantisse la stessa misura di ristoro comparata in base alle criticità dei singoli Stati.

L'Unione Europea è riuscita, in tal senso, a riconoscere che la diversità sociale economica e finanziaria degli Stati membri non costituissero necessariamente un limite alla realizzazione del bene comune, ma un'opportunità per riuscire a costituire una politica condivisa nel rispetto delle diversità³.

Nella presente trattazione si cercherà di evidenziare la tipologia, la natura giuridica e l'operatività dei singoli strumenti di azione, ma soprattutto la loro interconnessione, logica e funzionale, per attuare una consapevole politica di contrasto al problema pandemico.

È necessario ricondurre le suddette forme di azione in strutture procedimentali e provvedimentali che presentino una coerenza nell'ambito dell'attività normativa comunitaria, seppur nel loro carattere d'innegabile atipicità.

In maniera significativa si è osservato che, in questa fase, le istituzioni comunitarie hanno condotto un processo di *learning by doing* provando strumenti diversi, imparando dai propri errori ed adattando la propria azione in relazione al livello di risposta positiva che le singole attività raggiungevano nella loro esecuzione.

² Per maggiore chiarezza di discorso si deve precisare che, a onor del vero, l'UE ha smesso di essere un'organizzazione prettamente intergovernativa già dal 1979, anno in cui per la prima volta venne sancito effettivamente il passaggio alla natura elettiva del Parlamento europeo, raggiungendo in tal senso il raggiungimento di una dimensione democratica-rappresentativa.

Secondo una corrente di pensiero più critica, tuttavia, questa strategia d'azione si è tradotta *de facto* in un processo di "blindatura" delle politiche comunitarie ritenute prevalenti con conseguente sperequazione tra Stati "virtuosi", in linea con le suddette politiche e quindi capaci di trarre massimi benefici dall'esecuzione delle stesse, e gli altri che presentavano particolari criticità sul piano economico finanziario e quindi si vedevano costretti ad adottare politiche di forte austerità per rimanere nell'ambito della zona europea.

Iniziarono ad evidenziarsi, pertanto, una serie di principi e "valori" che sembravano propri dell'UE in quanto istituzione e non necessariamente condivisi dalla maggior parte degli Stati, in quanto sostanzialmente produttivi di difformità di trattamento e tutela costituendo così terreno ideologico fertile sulla base del quale alcuni sovranismi e nazionalismi si sono radicati nella coscienza sociale delle popolazioni.

Per altro verso questo tipo di situazione non era più conveniente per lo Stato che presentava la maggior stabilità di moneta, il Regno Unito, che quindi, nel voler perseguire i propri obiettivi di maggiore diversificazione ed espansione, non aveva più alcun interesse a rimanere parte di una struttura avviata verso una "deriva immobilistica", ferme restando le divergenze culturali e giuridiche che separano la realtà anglosassone da quella europea continentale.

Tutto ciò ha determinato una situazione di forte tensione in cui si paventava il rischio che altri Stati membri potessero seguire l'esempio della c.d. Brexit e determinare il sostanziale tramonto del progetto comunitario.

Su Brexit cfr. U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*, 5ª ed., Cacucci Editore, Bari, 2017.

Si veda inoltre V. Varano - V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, 6ª ed., Giappichelli Editore, Torino, 2018.

³ L'Unione Europea, da organizzazione sovranazionale formalmente democratica-rappresentativa, sostanzialmente intergovernativa, realizza in tal modo quel progetto di coesione sociale tra popoli che da sempre ne ha rappresentato lo scopo principale della sua costituzione.

Il carattere temporaneo delle misure in risposta all'eccezionalità del problema non esclude, nell'azione comunitaria, la consapevolezza che il complesso degli strumenti posti in essere venga rivolto non solo a scongiurare un evento potenzialmente rovinoso, ma fornisca anche le premesse per un miglioramento del processo di individuazione, definizione ed attuazione delle politiche comunitarie.

Quanto sopra mediante la rivalutazione di quei parametri e criteri di etica sociale ed economica che per lungo tempo sono stati considerati recessivi negli interventi finanziari dell'Unione.

2. Libertà di stabilimento. Ricognizione del principio alla stregua della situazione sociale ed economica degli Stati membri. Natura residuale dello stesso in rapporto ai criteri di tutela della produttività e dei livelli occupazionali della Nazione

2.1 Diritto di stabilimento

Funzionale al proseguo della trattazione è l'analisi del diritto di stabilimento, principio cardine dell'Unione Europea.

Per chiarezza espositiva si dà menzione del dato testuale dell'art. 49 TFUE, il quale recita: «Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali.».

La libertà di stabilimento si estrinseca in una duplice articolazione, risultando così il diritto di stabilimento primario e secondario: il primo relativo alla capacità di un soggetto di trasferire, in uno Stato membro diverso da quello di origine, la sede principale della propria attività e dunque modificare la *lex societatis* applicabile, mentre il secondo concerne l'esercizio di suddette attività anche in altri Stati per il tramite di sussidiarie, filiali ed agenzie.

Per quanto concerne il diritto di stabilimento primario è necessario prendere le mosse da un potenziale conflitto che potrebbe originarsi tra i due criteri di collegamento in base ai quali viene individuata la normativa cui assoggettare le società nel caso di trasferimento transfrontaliero: il *criterio dell'incorporazione* (riconosciuto ad esempio in

Italia, Regno Unito ed Olanda), secondo il quale le vicende societarie devono essere assoggettate alla legge dello Stato nel quale sono iscritte presso il registro istituzionale; ed il *criterio della sede effettiva* (applicato da Germania, Austria, Spagna, Belgio e Francia), che consente di applicare *de plano* la normativa dello Stato in cui vengono localizzate la sede amministrativa ovvero il centro sostanziale dell'attività svolta.

La Corte è stata investita per la prima volta della problematica con la c.d. sentenza *Daily Mail*⁴, avente ad oggetto la vicenda di una società inglese che avendo intenzione di trasferire la propria sede amministrativa centrale presso i Paesi Bassi, al fine di poter beneficiare di trattamenti fiscali meno onerosi, che si era vista negare l'autorizzazione a dare esecuzione al trasferimento dalla competente autorità britannica, integrando in tal senso, per la ricorrente, una chiara violazione del principio liberistico sopra esposto.

Pronunziandosi sulla questione la Corte adottava una posizione compromissoria che sostanzialmente eludeva la soluzione della questione precisando come, ferma restando la rilevanza pregnante del principio liberistico in questione, il TFUE presentasse una valenza neutra, lasciando sopravvivere il potere normativo degli Stati membri di disciplinare i profili esecutivi del trasferimento di sede, riconoscendo in tal modo la legittimità dell'operato dell'istituzione anglosassone.

Una soluzione sostanzialmente difforme si può invece rinvenire nella successiva pronuncia *Überseering*⁵, che involve una questione più delicata e complessa.

Nello specifico la società olandese ricorrente, dopo essere stata acquisita da soci tedeschi, aveva iniziato, senza ultimarla, il processo di trasferimento della sede amministrativa e di gestione sostanziale in Germania; pertanto il giudice tedesco la aveva negato la legittimazione ad agire non ritenendo di poterla considerare allo stato una società tedesca secondo il criterio seguito dal diritto nazionale.

La Corte, pronunziandosi sulla questione, riteneva di abbandonare la considerazione sulla neutralità del Trattato, in quanto la causa riguardava una problematica di maggiore gravità sostanziale.

In particolare, osservava che in caso di conflitto tra il criterio d'incorporazione e quello di sede effettiva, dovesse prevalere il primo ogni qualvolta in difetto si sarebbe originato l'effetto "perverso" di rendere inesistente una società effettivamente esistente, negandogli ogni legittimazione ad agire e quindi tutela sostanziale.

In una gerarchia di valori, per la CGUE, il potere dei singoli Stati di scegliere discrezionalmente a quale criterio aderire deve avvenire senza negare il diritto fondamentale all'esistenza delle persone fisiche e delle persone giuridiche.

⁴ Corte Giust. del 27 settembre 1988, causa C-81/87, *Daily Mail*.

⁵ Corte Giust. del 5 novembre 2000, causa C-208/00 *Überseering*.

Con riguardo ad una specifica tipologia di operazioni, le fusioni transfrontaliere, con cui si estrinseca la libertà di stabilimento primario, si dà menzione di un'ulteriore pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Sevic*⁶.

La società tedesca SEVIC System AG agiva contro la decisione del giudice tedesco che rifiutava l'iscrizione nel registro nazionale della fusione con una società di diritto lussemburghese, sulla base del fatto che la disciplina nazionale non ammetteva operazioni di fusione transfrontaliera, ma solo operazioni interne tra società di diritto tedesco.

La questione venne portata all'attenzione della CGUE che precisava come i principi comunitari ostino alla possibilità che una disciplina interna possa determinare, in sostanza, una disparità di trattamento tra società estere e società con sede nel territorio nazionale.

La Corte puntualizzava come fosse possibile introdurre limitazioni alla libertà di trasferimento in relazione a motivi d'interesse generale concernenti principalmente potenziali situazioni di *foreign abuse* a danno dei soci di minoranza, dei creditori.

Tali vincoli, tuttavia, dovranno rispondere positivamente al c.d. "Gebhard test", dall'omonima sentenza⁷, con cui si dà concretezza alla teoria del minimo mezzo e traduce il tutto in una verifica di ragionevolezza e proporzionalità della condizionalità prospettata dalla normativa nazionale alla libertà di stabilimento⁸.

Nel caso *de quo* un generale divieto ad operazioni transfrontaliere e, quindi, una disparità di trattamento in tal senso sarebbe in conflitto con i principi cardine sanciti dai Trattati comunitari.

È quindi innegabile che la Corte di Giustizia abbia svolto ancora una volta una funzione propulsiva del diritto, non in forma propriamente "pretoria", bensì di incentivo al legislatore comunitario a dare maggiore coerenza e compostezza ad una normativa con diverse lacune, evidenziando difetti e criticità più che affermando *ex cathedra* soluzioni normative.

⁶ Corte Giust. (Grande Sezione) del 13 dicembre 2005, causa C-411/03 *Sevic*.

⁷ Corte Giust. del 30 novembre 1995, causa C-55/94 Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano.

In particolare, al punto 37: «Dalla giurisprudenza della Corte risulta tuttavia che i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo.»

⁸ Sul punto G. Tesauro, *Proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, nell'incontro delle Corte Costituzionali di Portogallo, Spagna e Italia, Roma 24 ottobre 2013.

La Corte, consapevole che la materia involve questioni in cui la sovranità legislativa appare irriducibile, piuttosto che ricercare soluzioni unitarie non imponibili direttamente agli Stati, ha optato per evidenziare un complesso di soluzioni concrete in grado di soddisfare il canone di un'equa applicazione dei principi in armonia con le diverse scelte legislative degli Stati in materia di diritto societario e finanziario.

In tal senso si può comprendere quel carattere flessibile e compromissorio che emerge dalle pronunce prese in esame.

L'importanza dell'evoluzione giurisprudenziale si evince nella sostanziale esplicitazione dei principi immanenti nell'Unione Europea in materia di libertà di stabilimento, anticipando così una legislazione che successivamente avrebbe recepito e tradotto in chiave positiva le statuizioni della CGUE⁹.

In particolare si dà menzione della Direttiva 2005/56/CE del Parlamento e del Consiglio (c.d. "Decima Direttiva"), emendata poi nel 2017 dalla Direttiva (UE) 2017/1132 del Parlamento e del Consiglio.

Sul diritto di stabilimento secondario emerge in particolare il caso *Centros*¹⁰.

La vicenda riguarda una società inglese, costituita da due coniugi danesi, la cui azione dinanzi al giudice danese concerneva il diniego da parte del registro di commercio di iscrivere una filiale della società, trattandosi *de facto* non già di una sede secondaria, bensì dell'unica sede sostanzialmente esistente.

La decisione di costituire Centros Ltd nel Regno Unito, ivi mantenendovi formalmente la sede legale, si spiega in ragione al regime normativo più favorevole che tale Stato offriva circa il capitale minimo richiesto per le società.

Trattandosi, in sostanza, di una c.d. *letterbox-company*, alla luce del fatto che i soci fossero cittadini danesi e risiedessero nel loro stato d'origine, il rifiuto da parte del governo

⁹ A tal proposito si dà menzione dell'esauritiva sintesi dei principi cardine relativi al diritto di stabilimento primario, come risultanti dalla citata giurisprudenza della Corte di Giustizia, elaborata da N. de Luca, A. Gentile e F. Schiavottello nel loro articolo *Trasformazione transfrontaliera in Europa: prime considerazioni su Polbud*, in *Società*, 2018/1, 5-11.

In particolare: «a) il Trattato non esprime una preferenza sui criteri di collegamento per la determinazione della nazionalità delle società, risultando con esso compatibili sia quello dell'incorporazione sia quello della sede effettiva, quest'ultimo tuttavia se e nella misura in cui non si risolve nel negare la capacità di una società che ne è provvista secondo l'ordinamento di un altro Stato membro (*Überseering*); né tale conclusione può essere superata (come ha ipotizzato il *BGH* tedesco) con una trasformazione "di fatto" secondo un modello dell'ordinamento del Paese di destinazione; b) gli ordinamenti degli Stati membri non possono impedire il trasferimento della sede effettiva di una società costituita secondo il diritto nazionale in un altro Stato membro, ma possono prevedere che questo determini perdita della nazionalità (*Cartesio*); b¹) qualora l'ordinamento di origine consenta il trasferimento transfrontaliero della sede, senza che ciò determini perdita della nazionalità, lo stesso resta legittimamente la fonte di regolazione dell'ente e può porre limitazioni all'operatività transfrontaliera (*Daily Mail*); b²) qualora al trasferimento della sede effettiva all'estero consegua (automaticamente o per volontà dell'ente) la perdita della nazionalità dello Stato di costituzione e questo non imponga lo scioglimento e la liquidazione dell'ente, l'ordinamento dello Stato di destinazione, pur potendo stabilire le regole per l'acquisto della propria nazionalità, non può discriminare, a parità di condizioni, soggetti che provengono da un altro ordinamento europeo (*Sevic e Vale*).».

¹⁰ Corte Giust. del 9 marzo 1999, causa C-212/97 Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (*Centros*).

danese era motivato sulla base del rischio di bancarotta fraudolenta che le disposizioni sul capitale minimo erano atte a prevenire e che, in forza di tale operazione, erano state sostanzialmente eluse, determinando altresì un abuso dello stesso diritto di stabilimento. La Corte di Giustizia, ad ogni modo, contravvenendo in un certo senso lo stesso significato di sede secondaria, non solo riconosce il diritto di costituire una società in uno Stato esercitando poi l'intera attività in un altro per il tramite di una sede secondaria, ma confermava anche la possibilità d'individuare lo Stato in cui localizzare la propria sede legale al fine esclusivo di beneficiare di una *lex societatis* più favorevole¹¹.

2.2 Caso FCA e criticità legate all'arbitraggio normativo

Nel quadro normativo e giurisprudenziale venutosi a delineare, s'inserisce l'operazione condotta da Fiat S.p.A.

Più precisamente, a seguito dell'acquisizione della partecipazione azionaria di controllo di Chrysler Group LLC, la società italiana realizza il trasferimento della sede legale in Olanda attraverso una fusione inversa transfrontaliera con la sussidiaria Fiat Investments N.V., dando vita effettivamente ad FCA N.V.

A fortiori si osservi che la legittimità dell'operazione condotta da Fiat S.p.A. trova conferma negli ulteriori sviluppi della giurisprudenza della Corte di Giustizia nel caso *Polbud*¹², che condensa i principi di cui sopra¹³, nonché nella recente adozione della Direttiva UE 2019/2121 del Parlamento e del Consiglio, che modifica ed estende la precedente direttiva del 2017, volta a definire un quadro normativo armonizzato sulle operazioni transfrontaliere al fine di una massima estensione della libertà di stabilimento, ricomprendendo altresì le trasformazioni, pur sempre nell'ottica di tutela degli interessi terzi.

L'operazione ha suscitato diverse considerazioni in dottrina circa i fenomeni di arbitraggio normativo e di concorrenza tra Stati, nonché del rischio che quest'ultima possa tradursi più che in una "*race to the top*", in una "*race to the bottom*"¹⁴.

È stato rilevato, a tal proposito, come in assenza di un'armonizzazione dei diritti nazionali, l'arbitraggio normativo rappresenti un fenomeno ampiamente diffuso nella

¹¹ In particolare, Corte Giust. del 9 marzo 1999, causa C-212/97, punto 27: «[...] il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirlo nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrino meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Infatti, il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato.».

¹² Corte Giust. (Grande Sezione) del 25 ottobre 2017, causa C-106/16, *Polbud*.

¹³ Vd. *supra* nota 9.

¹⁴ Cfr. L. Enriques, A. Zorzi, *Armonizzazione e arbitraggio normativo nel diritto societario europeo*, in *Rivista delle società*, fascicolo 5, Milano, Giuffrè Editore, 2016.

prassi societaria; da ciò deriva, peraltro, quella concorrenza tra ordinamenti di cui si è dato conto sopra e che si traduce in una pluralità di alternative strategiche per gli Stati, oltre alla già citata modifica della legislazione societaria al fine di renderla “*company-friendly*”.

Per contrastare la produzione di tali fenomeni, potenzialmente lesivi della coesione ideologica dell’Unione Europea circa i principi regolatori della materia, si potrebbe *in primis* cercare di escludere il problema alla radice, circoscrivendo l’arbitraggio attraverso quel processo di armonizzazione che, tuttavia, non sempre riesce, in assenza di un sostrato sociale, culturale ed economico idoneo a garantire una concreta ed effettiva realizzazione di obiettivi.

In tale contesto un’ulteriore soluzione potrebbe essere prospettata dall’introduzione di vincoli normativi che vadano a limitare il fenomeno di arbitraggio, pur sempre nel rispetto delle condizioni esplicitate dalla giurisprudenza *Gebhard*.

Si agirebbe, pertanto, in un’ottica di alienazione dalla competizione intracomunitaria che, al contrario, condurrebbe lo Stato ad implementare le strategie propriamente concorrenziali, finalizzate ad attrarre nuovi “clienti” (le società) o quantomeno a non farsi sottrarre quelli già esistenti¹⁵.

Dopo orientamenti dissonanti della Corte di Giustizia¹⁶ e ripensamenti vari delle istituzioni europee, si è arrivati ad affermare con coerenza il principio di libertà di stabilimento nella sua forma più ampia (concernente quindi anche le c.d. trasformazioni transfrontaliere), funzionale alla libera circolazione delle persone giuridiche nel territorio europeo.

La dottrina ha giustamente osservato la sostanziale ed immanente esistenza del diritto relativo alla trasformazione transfrontaliera all’interno dello spazio giuridico europeo, sulla base di parametri ideologici e culturali generalmente condivisi dalle istituzioni comunitarie, anche a prescindere da un suo formale riconoscimento, del quale comunque se ne invocava una regolamentazione positiva e non già unicamente giurisprudenziale¹⁷.

Per tale motivo sarebbe auspicabile che ne prendessero consapevolezza gli Stati membri dando effettività sostanziale e giurisdizionale a tale principio con opportune modificazioni del loro diritto societario, ferma restando la discrezionalità legislativa degli stessi che dovranno apprezzare le forme migliori per armonizzare tale principio

¹⁵ Cfr. L. Enriques, A. Zorzi, *op. cit.*, pag.

¹⁶ Per il diritto di stabilimento primario, ad esempio, Corte Giust. del 16 dicembre 2008, causa C-201/06, *Cartesio*, che riconfermava i principi espressi nella precedente sentenza *Daily Mail*.

¹⁷ Cfr. N. de Luca, A. Gentile e F. Schiavottello, *op. cit.*, pag.

con le caratteristiche peculiari dei loro sistemi normativi¹⁸.

2.3 Rimodulazione del principio alla luce della crisi pandemica

A seguito dell'evento pandemico, alcuni dei principi descritti sono stati oggetto di ripensamento e modulazione per garantire una ripresa collettiva coerente ed omogenea. Le aree d'intervento di primario interesse ai fini della trattazione si identificano nella disciplina degli aiuti di Stato e nel principio della libertà di stabilimento.

Con riguardo alla prima si darà conto del Temporary Framework e di una sostanziale attenuazione della rigidità che caratterizzava tradizionalmente la materia, per favorire un sostegno celere ed effettivo alle imprese e, soprattutto, al comparto sanitario.

Della seconda si approfondirà l'esame nel proseguo della trattazione, ma già da adesso è possibile porre interessanti spunti di riflessione, nello specifico, riguardo la temporaneità delle modifiche introdotte a causa della pandemia.

Se per gli aiuti di Stato, infatti, è più facile sostenere come questo regime derogatorio dovrà essere abbandonato finita l'emergenza, per la libertà di stabilimento è più complicato dirlo.

Quest'ultima, nella sua forma più ampia, per quanto rappresenti un principio fondamentale come sancito dalla Corte di Giustizia e dalla recente attività legislativa dell'Unione Europea, comporta alcune criticità che rischiano di tradursi in una deriva patologica dello spirito liberale e liberista europeo.

Si richiama la possibilità che, alla luce di quanto accaduto nel corso dell'ultimo anno, tale libertà non sia da considerarsi recessiva e residuale o quantomeno non debba essere temperata, in un più ampio bilanciamento d'interessi, con nuove priorità affermatesi e riconosciute generalmente dalle istituzioni europee e dagli Stati membri.

Confermata la legittimità dell'operazione di Fiat S.p.A., nonché la conformità di FCA Italy S.p.A. ai requisiti per la richiesta di finanziamento garantito da SACE S.p.A., la decisione di rivolgersi allo Stato italiano per un sostegno economico, è da considerarsi eticamente accettabile?

Parlare di morale, nel mondo giuridico, può apparire fuorviante, ma nel momento in cui principi e canoni etici vengono ricondotti nell'alveo del diritto, definiscono parametri su cui fondare e valutare azioni rilevanti per l'ordinamento giuridico.

La domanda ritrova forza e giustificazione in un contesto, come quello di un approfondimento dottrinale, fondato sull'interazione e sulla dialettica di principi

¹⁸ Al riguardo si consideri la posizione della Corte di Giustizia nel caso *Marleasing* nel ritenere che determinate direttive pongano principi esistenti sostanzialmente nell'ambito della cultura giuridica europea, i quali pur non essendo ancora stati tradotti in normative statali di ricezione, pongano quantomeno l'obbligo negativo per i legislatori nazionali di non adottare disposizioni che ne vanifichino l'effettività sostanziale nei propri ordinamenti.

normativi.

3. Aiuti di Stato. Quadro normativo sostanziale e procedurale. Coordinamento e cooperazione tra Stati membri e Commissione Europea nella valutazione di compatibilità delle misure di sostegno

3.1 Esegesi della normativa sostanziale

Prima di procedere all'analisi puntuale della disciplina specifica, introdotta dalla Commissione europea, sul regime degli aiuti di Stato a fronte della crisi da COVID-19, è necessario offrire una panoramica generale delle fonti che regolano la materia.

Gli aiuti di Stato vengono disciplinati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), a livello di diritto derivato dal Regolamento UE 2015/1589 del Consiglio (c.d. regolamento di procedura), dal Regolamento CE 2004/794 della Commissione (c.d. regolamento di esecuzione) e dal Regolamento UE 2014/651 della Commissione, cui si aggiungono, quali atti atipici¹⁹, la Comunicazione della Commissione C(2016) 2946 “sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea” e la Comunicazione della Commissione C(2018) 4412 concernente il “Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato”.

Le regole del TFUE sugli aiuti di Stato sono contemplate dal Titolo VII, Capo I, Sezione II, artt. 107, 108 e 109.

Attraverso le disposizioni in questione si delinea un quadro normativo sostanziale e procedurale, che vede la Commissione europea quale istituzione competente per la valutazione delle misure adottate dagli Stati circa il rapporto tra compatibilità ed incompatibilità con il regime concorrenziale del mercato interno europeo, al fine di garantire la realizzazione degli obiettivi sanciti dall'art. 3 TUE.

La scelta normativa risulta essere giustificata dettata dal carattere fortemente tecnico riconosciuto alla Commissione nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali.

Soffermandoci brevemente sugli aspetti sostanziali, *ex art.* 107, par. 1 TFUE si stabilisce che: «salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.».

Emerge fin da subito un carattere ampio e generale del divieto, in forza del quale la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha elaborato

¹⁹ Atti non vincolanti adottati dalle istituzioni non rientranti nell'elenco *ex art.* 288 TFUE.

un'estesa nozione di aiuti di Stato²⁰.

Divieto che conosce, tuttavia, alcune eccezioni e gli aiuti di Stato così consentiti vengono suddivisi in due macro-categorie:

- *ex art. 107, par. 2 TFUE* sono descritti gli aiuti che, in base alle loro caratteristiche o finalità, risultino compatibili *ex se* con il mercato interno, esimendo dunque tali tipi d'intervento dalla previa approvazione della Commissione (c.d. eccezioni automatiche);
- *ex art. 107, par. 3 TFUE*, viceversa, vengono riportate quelle tipologie di misure statali che richiedono un controllo *ex ante* da parte della Commissione (c.d. eccezioni discrezionali)²¹.

Nello specifico saranno fondamentali, ai fini della trattazione, le categorie riportate alle lett. b) dei parr. 2 e 3²².

Per quanto concerne, invece, gli aspetti procedurali, l'art. 108 TFUE definisce l'*iter* attraverso cui la Commissione procede, in coordinamento e col supporto degli Stati

²⁰ Corte Giust. del 15 marzo 1994, C-387/92, *Banco Exterior de España*, I-877; 29 febbraio 1996, C-56/93, Belgio c. Commissione, I-723; 26 ottobre 2016, C-211/15 P, *Orange*; 21 dicembre 2016, C-20/15, Commissione c. World Duty Free Group; 27 giugno 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*.

²¹ Da menzionare la lett. e) dell'art. 107, par. 3 TFUE per cui possono considerarsi compatibili con il mercato interno «le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione.»

²² *Ex art. 107, par. 2, lett. b)* sono compatibili con il mercato interno: «gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali».

Ex art. 107, par. 3, lett. b) possono, invece, considerarsi compatibili con il mercato interno: «gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro».

Due contesti sostanziali apparentemente diversi, ma che la crisi pandemica ha dimostrato come siano, invero, fortemente correlati.

Il Regolamento (UE) 2014/651 prospetta una definizione rigorosa di “calamità naturale”, riconducendovi alcuni eventi calamitosi quali: «i terremoti, le frane, le inondazioni, in particolare le inondazioni provocate da straripamenti di fiumi o laghi, le valanghe, le trombe d'aria, gli uragani, le eruzioni vulcaniche e gli incendi boschivi di origine naturale».

Ciò nonostante, attraverso l'ultimo inciso degli: «altri eventi eccezionali» si evita un'eccessiva circoscrizione del campo di operatività della norma.

Per quanto concerne la nozione di grave turbamento la giurisprudenza della CGUE, richiamata costantemente dalla Commissione nel corso della propria attività decisionale, ha precisato come lo stesso debba interessare: «la totalità o una parte importante dell'economia dello Stato membro interessato e non solo quella di una delle sue regioni o parte del territorio.», come evidenziato al punto 17 della Comunicazione della Commissione COM(2020) 1863 “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19”.

Da qui una serie di quesiti relativi al diverso regime procedurale cui sono sottoposti gli aiuti di Stato.

A titolo esemplificativo, un aiuto erogabile ai sensi del par. 3, viene richiesto *ex par. 2*.

Se l'economia dello Stato A versa in una situazione di grave turbamento a causa di una calamità naturale (nello specifico la crisi pandemica) e viene richiesta una misura ai sensi del par. 2, ciò non esclude che la situazione potrebbe essere riconducibile anche al par. 3.

Sarà, quindi, interesse dello Stato richiedente convergere verso il primo regime normativo del par. 2, oviando così dal meccanismo valutativo previsto.

La Commissione al contrario, al fine di non vedersi esautorata, propenderà il più possibile per la riconducibilità degli aiuti nell'alveo del par. 3.

È quanto verificatosi, infatti, alla luce dell'adozione del complesso quadro comunicativo inerente al Temporary Framework, attraverso cui la Commissione ha limitato lo spazio di discrezionalità degli Stati nel motivare le richieste di aiuto, richiamando solo alcune tipologie di misure *sub par. 2*, mentre per le altre, puntualmente indicate nel testo, si profila un procedimento di valutazione ed approvazione *ex par. 3*, seppur con un *iter* semplificato in deroga alla disciplina ordinaria *ex art. 108 TFUE*, in ottica di celerità di risposta data la gravità della situazione.

interessati, alla disamina degli aiuti concessi.

Si evidenzia, inoltre, un particolare ruolo del Consiglio nella dichiarazione di compatibilità di una misura statale, istituita o da istituirsi in deroga alle disposizioni *de quibus* in presenza di circostanze eccezionali²³.

Si può rilevare una necessaria funzione integrativa svolta dalla Comunicazione C(2018) 4412, definita come “Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato”, che si pone come norma organica ed esaustiva nella risoluzione di eventuali sovrapposizioni e lacune nei procedimenti operativi in materia.

Al riguardo, tali disposizioni sembrano introdurre quindi delle *best practices*, ossia regole di condotta prudente che accompagnano, *rectius* condizionano, la Commissione nelle procedure di valutazione e controllo di cui è competente in via assoluta.

Da ultimo, occorre menzionare la potestà regolamentare della Commissione e del Consiglio, sancita rispettivamente dagli artt. 108, par. 4 TFUE e 109 TFUE, in forza della quale vengono adottate le disposizioni necessarie ai fini dell'applicazione della normativa in oggetto ed in particolare le condizioni per gli aiuti dispensati da tale procedura.

In virtù di suddetta potestà sono stati adottati i già menzionati regolamenti di procedura e di esecuzione, cui va ad aggiungersi il Regolamento UE 2014/651, che introduce una disciplina, di carattere eccezionale, sulle categorie di aiuti che beneficiano dell'esenzione dal controllo operato dalla Commissione secondo specifiche condizioni.

In particolare, dai considerando in apertura al regolamento di procedura emerge la chiara volontà dell'Unione Europea di garantire un'applicazione efficace ed uniforme della materia in un contesto di trasparenza, al fine di incrementare la certezza del diritto e garantire una politica di aiuti di Stato.

All'uopo la Commissione risulta munita di ampi poteri d'informazione nei confronti dei soggetti interessati (Stati membri, singole imprese od associazioni d'imprese) e di sanzionabilità degli eventuali inadempimenti da parte di questi ultimi, attraverso l'irrogazione di ammende e penalità di mora.

Stati, imprese ed associazioni d'imprese sono, infatti, chiamati ad una collaborazione articolata su più livelli con la Commissione, funzionale all'espletamento delle funzioni della stessa.

La regolamentazione di tali strumenti rappresenta un pilastro fondamentale nel quadro degli obiettivi primari dell'Unione ed in particolare la creazione di un'area

²³ Ex art. 108, par. 2 TFUE «A richiesta di uno Stato membro, il Consiglio, deliberando all'unanimità, può decidere che un aiuto, istituito o da istituirsi da parte di questo Stato, deve considerarsi compatibile con il mercato interno, in deroga alle disposizioni dell'articolo 107 o ai regolamenti di cui all'articolo 109, quando circostanze eccezionali giustificano tale decisione. Qualora la Commissione abbia iniziato, nei riguardi di tale aiuto, la procedura prevista dal presente paragrafo, primo comma, la richiesta dello Stato interessato rivolta al Consiglio avrà per effetto di sospendere tale procedura fino a quando il Consiglio non si sia pronunciato al riguardo.

Tuttavia, se il Consiglio non si è pronunciato entro tre mesi dalla data della richiesta, la Commissione delibera.»

economica europea e del mercato unico, quali elementi cruciali nel processo d'integrazione europea degli Stati membri, come può evincersi dall'art. 3 TUE e dagli artt. 49ss. TFUE, concernenti la libera circolazione di persone, servizi e capitali²⁴.

L'intervento pubblico nell'economia viene così ad esser contingentato e non già proibito *ex se*, al fine di garantire l'efficacia delle politiche europee di tutela concorrenziale.

Si richiede, infatti, che gli Stati, in quanto soggetti cardine nello processo di sviluppo dell'economia, intervengano nelle dinamiche di mercato nel rispetto delle libertà ed armonizzando le rispettive azioni all'obiettivo di cui sopra, in modo da non ostacolare l'operatività della c.d. "*workable competition*".

La disciplina degli aiuti di Stato si propone, quindi, come strumento per l'elaborazione di una base comune di principi fondamentali attraverso cui uniformare le politiche nazionali in materia.

È un complesso normativo dinamico, improntato ad una costante modernizzazione ed adattamento alle nuove esigenze che si affacciano sullo scenario politico ed economico²⁵.

L'attuale crisi ha origine sanitaria, coinvolgendo *in primis* domanda e offerta e producendo successivamente un *feedback* a livello economico e finanziario.

La natura sanitaria determina a sua volta una criticità, in quanto risulta difficile elaborare misure finanziarie definitive con prospettive di attuazione a breve termine.

Il *modus operandi* virtuoso dovrebbe concentrarsi in una prima tranche d'interventi di sostegno temporaneo assistenziale, per mitigare le conseguenze negative degli ingenti esborsi necessari a fronteggiare la pandemia nella sua fase più acuta.

Quanto sopra in combinazione con strumenti finanziari e con finalità di ristrutturazione del debito pubblico.

La strategia operativa dovrebbe portare suddetti strumenti di stampo assistenzialista a regredire gradualmente lasciando spazio a mezzi più tecnicamente di finanziamento per i quali è possibile pianificare nel breve o lungo termine, in relazione alla gravità della crisi.

²⁴ A titolo nomenclativo per area economica europea s'intende lo Spazio Economico Europeo (SEE) istituito il 1° gennaio 1994 con accordo tra l'Associazione Europea di Libero Scambio (AELS) e la Comunità Europea siglato nel 1992, volto a permettere agli Stati membri della prima di operare nel Mercato Europeo Comune, pur non essendo membri della seconda.

La creazione del Mercato Europeo Comune (MEC) venne sancita fin dai Trattati di Roma del 1957.

²⁵ A titolo esemplificativo si dà menzione della strategia Europa 2020, proposta dalla Commissione nel 2010, finalizzata ad una crescita sostenibile ed al risanamento di bilancio a seguito della crisi economica e finanziaria del 2008, con cui sono stati enucleati cinque obiettivi da raggiungere, nell'arco del decennio, nei campi di occupazione, innovazione, salvaguardia ambientale, istruzione ed integrazione sociale.

Tredici anni fa le cause del deficit mondiale furono di natura finanziaria ed in seguito le conseguenze del c.d. *credit crunch* si abbattono nel "mondo reale".

Fu possibile, pertanto, elaborare piani capillari e meticolosi d'immissione di liquidità a lungo termine nel tentativo di ricostruire l'economia degli Stati coinvolti, seppur con notevoli difficoltà.

Di diverso contenuto normativo risultano, purtroppo, le comunicazioni che si sono succedute tra marzo e ottobre 2020, rese necessarie dal divampare improvviso della nota situazione pandemica che interessa tutti gli Stati dell'Unione.

In particolare, si dovrebbe parlare di un unico testo normativo che si è andato precisando, integrando ed in alcuni casi modificando in base alle contingenze evidenziatesi nel corso del breve periodo considerato.

Per maggiore chiarezza di discorso la prima comunicazione, che la Commissione europea ha adottato in data 13 marzo 2020²⁶, ha esposto le diverse opzioni a disposizione degli Stati membri per l'adozione di misure che non rientrano nell'ambito del controllo degli aiuti di Stato, esulando così dal vaglio della Commissione stessa.

Con riguardo a tali interventi si è evidenziata la possibilità di ricorrere ad un quadro temporaneo di sostegno definito, con espressione pregnante, Temporary Framework, con comunicazione licenziata in data 19 marzo 2020²⁷ (da qui Comunicazione), mediante quale la Commissione consente agli Stati membri di adottare misure di sostegno economico in deroga alle attuali disposizioni in materia di aiuti di Stato.

Il ricorso allo strumento della Comunicazione, che per sua natura presenta uno scarso livello di vincolatività, più politico che normativo, tradisce il proposito della Commissione di rendere il meccanismo temporaneo, in quanto apertamente in contrasto con gli input culturali ed economici che sono a fondamento delle sopracitate norme del TFUE, ed estremamente proteiforme, *rebus sic stantibus*, utilizzando atti che presentino il massimo livello di flessibilità ed adattamento alle esigenze del caso concreto.

In tal modo trovano giustificazione le successive comunicazioni che si sono succedute ad intervalli di tempo strettissimi e che presentano non il carattere di atti successivi, ma di adattamenti ed integrazioni prese con rapidità per far fronte a progressivi inasprimenti della situazione sociale ed economica realizzatasi nel breve periodo.

Tale carattere di "temporaneità" deve sempre essere tenuto presente nell'esegesi dello strumento in esame per riuscire ad isolare e comprendere anche apparenti situazioni di dialettica e d'incoerenza che possono presentarsi nell'analisi dei profili sia sostanziali che procedurali del programma messo a punto dall'Unione europea.

Questo stato di cose si spiega in relazione alle caratteristiche peculiari della crisi che stiamo attraversando.

²⁶ Comunicazione della Commissione COM(2020) 112 al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, alla Banca Europea per gli investimenti e all'Eurogruppo "Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19".

²⁷ Comunicazione della Commissione COM(2020) 1863 "Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19".

3.1.1 Attributi qualificatori degli aiuti di Stato

Come già anticipato, ai fini della riconducibilità di una determinata misura nella categoria di aiuto di Stato, è necessaria la sussistenza di alcune condizioni cumulative, desunte dalla lettura dell'art. 107, par. 1 TFUE corroborata dalla giurisprudenza europea, che la Commissione ha provveduto a rielaborare e catalogare nella Comunicazione C(2016) 2946.

In particolar modo emergono cinque attributi fondamentali: origine statale della misura, vantaggio percepito dal beneficiario, la natura d'impresa, selettività dell'aiuto, incidenza sugli scambi e sulla concorrenza.

Da qui un'attenta disamina degli aspetti cruciali per ciascuno di essi.

3.1.1.1 Origine statale della misura

Per quanto concerne il primo, rilevano l'imputabilità del provvedimento di aiuto allo Stato e la definizione di risorse statali. La nozione di Stato risulta estremamente ampia dalle indicazioni dei vari testi normativi, ma soprattutto dalla giurisprudenza CGUE²⁸. Rilevano, quindi, non solo le misure erogate dalle autorità pubbliche, che sono imputabili allo Stato, ma anche aiuti la cui distribuzione e gestione vengono affidate dall'autorità pubblica ad un organismo pubblico ovvero un soggetto privato.

Più complessa è l'ipotesi in cui il provvedimento di aiuto venga adottato da un'impresa pubblica; nel qual caso l'imputabilità allo Stato potrà essere accertata in forza di una serie di indizi delineati nella Comunicazione²⁹.

In forza di quanto sopra, per risorse statali s'intendono tutte le risorse di matrice pubblica, anche quelle originanti da enti infrastatali, nonché quelle provenienti da imprese pubbliche ed enti pubblici o privati cui lo Stato abbia deferito l'incarico di gestione dell'aiuto.

Si evince, quindi, come a rilevare sia non tanto la relativa origine, quanto la possibilità che l'autorità nazionale eserciti su di esse un'influenza dominante, *rectius* un potere discrezionale nella determinazione delle modalità d'impiego e nella selezione delle imprese beneficiarie, sulla base di criteri qualitativi determinati *ex ante*, improntati a trasparenza e non discriminazione, efficacia ed effettività della misura in relazione all'obiettivo prefissato.

Risulta, quindi, come la categoria dell'aiuto di Stato sia connotata da elasticità, non legata esclusivamente al concetto di sovvenzione o comunque di prestazione positiva, ma ricomprensiva al suo interno tutte quelle misure capaci di incidere sul bilancio

²⁸ Corte Giust. 16 maggio 2002, Francia c. Commissione (*Stardust*), C-482/99, I-4397.

²⁹ Comunicazione della Commissione C(2016) 2946 “sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea”, par. 3.1.1, punto 43.

delle imprese, alleviando gli oneri che normalmente vi graverebbero³⁰.

3.1.1.2 Vantaggio economico

La nozione di vantaggio rimanda ad un beneficio economico, diretto o indiretto³¹, che l'impresa non potrebbe percepire in normali condizioni di mercato.

Al fine di valutare la sussistenza di un vantaggio si ricorre ad una serie di criteri e di raffronti.

Si guarda al dato sostanziale, tenuto conto dell'effettività della misura e della risultante sull'impresa; a tal fine soccorre una comparazione tra la situazione finanziaria attuale e quella in cui il beneficiario avrebbe versato in assenza della misura così erogata.

Fermo restando il diritto degli Stati membri ad agire in qualità di operatori economici nel mercato, è necessario verificare che le attività così realizzate non costituiscano aiuti di Stato.

La Comunicazione richiama *in primis* il “criterio dell'operatore in un'economia di mercato”, definito come: «metodo di riferimento per valutare se una serie di operazioni economiche svolte da enti pubblici avvenga in condizioni normali di mercato e, pertanto, se comporti la concessione di un vantaggio (che non sarebbe stato ottenuto in normali condizioni di mercato) alle controparti.»³², cui si aggiungono ulteriori criteri specifici, circostanziati a particolari operazioni ed attività³³.

³⁰ Comunicazione della Commissione C(2016) 2946 “sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea”, par. 3.2.1, punto 52.

Si offre un'ampia esemplificazione di trasferimento di risorse statali, sia sotto forma di trasferimenti positivi di fondi che altre tipologie indirette; viene infatti precisato come: «È sufficiente una rinuncia a delle entrate statali. La rinuncia a risorse che, altrimenti, avrebbero dovuto essere versate al bilancio dello Stato costituisce un trasferimento di risorse statali. [...] Ai fini dell'articolo 107, paragrafo 1, è sufficiente che tramite una garanzia o un'offerta contrattuale si crei il rischio sufficientemente concreto che lo Stato debba assumersi in futuro un onere aggiuntivo.».

³¹ Comunicazione della Commissione C(2016) 2946 “sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea”, par. 4.3.

Si dà la definizione di vantaggio indiretto: «Il vantaggio può essere conferito a imprese diverse da quelle alle quali le risorse statali sono direttamente trasferite (vantaggio indiretto). Una data misura può anche costituire un vantaggio diretto per l'impresa beneficiaria e un vantaggio indiretto per altre imprese, ad esempio, quelle che operano su livelli successivi di attività. Il beneficiario diretto del vantaggio può essere un'impresa o un soggetto (persona fisica o giuridica) non svolgente alcuna attività economica.

Questi vantaggi indiretti dovrebbero essere distinti dai semplici effetti economici secondari inerenti a quasi tutte le misure di aiuto di Stato (ad esempio, l'aumento della produzione). A tale scopo, gli effetti prevedibili della misura devono essere valutati in una prospettiva *ex ante*. Si verifica un vantaggio indiretto se la misura è concepita in modo da trasferire i suoi effetti secondari a imprese o gruppi di imprese identificabili. Ciò avviene, per esempio, se l'aiuto diretto è, di fatto o di diritto, subordinato all'acquisto di beni o servizi prodotti esclusivamente da talune imprese.».

³² Comunicazione della Commissione C(2016) 2946 “sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea”, punto 75.
Vengono, inoltre, esplicitati principi generali e criteri operativi nei parr. 4.2.2 e 4.2.3.

³³ Il “criterio dell'investitore in un'economia di mercato”, il “criterio del creditore privato” ed il “criterio del venditore privato”.

3.1.1.3 Natura imprenditoriale del beneficiario

Emerge dalla trattazione fin qui sviluppata la natura del beneficiario degli aiuti in oggetto.

La definizione d'impresa viene ricavata dal contributo di autorevole dottrina e dalla giurisprudenza CGUE³⁴, estendendosi a: «qualsiasi ente che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento». È una nozione sostanziale, che fa riferimento all'attività svolta, prescindendo dallo *status* giuridico riconosciuto a livello di diritto nazionale e dalla natura, lucrativa o meno, dell'ente.

La definizione, infatti, concerne attività specifiche, per cui è possibile che un ente sia qualificato come impresa per determinate operazioni economiche e non già per altre prive di tale connotato³⁵.

Rileva anche la particolare figura del gruppo d'impresa, non già in qualità di soggetto giuridico, bensì come singola unità economica composta da enti con propria personalità giuridica.

La nozione di gruppo ha da sempre rappresentato una criticità per gli operatori del diritto dei diversi ordinamenti nazionali, posto che non esiste una definizione formalmente chiara e diretta, comprensiva di elementi caratteristici.

La questione è stata oggetto di discussione anche a livello europeo ed in particolare ha rappresentato un punto focale nel c.d. *Action Plan* della Commissione adottato nel 2012³⁶.

Per accertarne l'esistenza, la giurisprudenza CGUE richiama la necessità di verificare la sussistenza di un rapporto di controllo, *rectius* influenza dominante, esercitabile attraverso partecipazioni azionarie ovvero ulteriori vincoli di carattere economici ed organici³⁷.

³⁴ Corte Giust. del 12 settembre 2000, Pavlov e altri, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, punto 74; 10 gennaio 2006, Cassa di Risparmio di Firenze S.p.A. e altri, C-222/04, punto 107.

³⁵ Comunicazione della Commissione C(2016) 2946 “sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea”, par. 2.1, punto 12: «la Corte di giustizia ha costantemente affermato che qualsiasi attività consistente nell'offrire beni e servizi in un mercato costituisce attività economica.»

³⁶ Comunicazione della Commissione COM(2012) 740 “Piano d'azione: diritto europeo delle società e governo societario – una disciplina giuridica moderna a favore di azionisti più impegnati e società sostenibili”. *Action Plan* che si raccorda, come si evince fin dalle prime righe introduttive, con il piano Europa 2020, già menzionato.

³⁷ Corte Giust. del 16 dicembre 2010, AceaElectrabel Produzione S.p.A. c. Commissione, C-480/09 P, punti da 47 a 55; 10 gennaio 2006, Cassa di Risparmio di Firenze S.p.A. e altri, C-222/04, punto 112.

3.1.1.4 Selettività

Ulteriore requisito è dato dalla selettività dell'aiuto, che si riscontra sia se i beneficiari della misura siano stati identificati *ab origine*, che nel caso in cui lo Stato abbia già stanziato preventivamente i fondi e poi, sulla base di criteri oggettivi di discrezionalità amministrativa, provveda ad una successiva loro identificazione.

Sono da tenere distinti, invece, i provvedimenti generali di politica economica concernenti l'economia nazionale nella sua interezza.

Il contenuto della selettività si articola sotto due dimensioni, materiale e regionale.

Come già anticipato implicitamente, la natura materiale rimanda alla necessità che la misura si rivolga ad un novero definito d'impresе o gruppi d'impresе, ovvero a determinati settori dell'economia dello Stato.

In tal senso la selezione viene eseguita mediante criteri selettivi di diritto ovvero elementi di fatto³⁸.

Nel caso in cui i criteri giuridici risultino formulati in via generale, le amministrazioni pubbliche sono munite di poteri discrezionali per la determinazione effettiva dei soggetti

³⁸ L'integrazione dei criteri di fatto consentirebbe di correggere eventuali iniquità che potrebbero nascere da una mera attuazione di quelli formali, consentendo di adattare le misure allo specifico del caso concreto. Essi sono infatti definiti in base alle condizioni della realtà strutturale, economica e finanziaria del soggetto beneficiario della misura.

In particolare, i criteri sostanziali, devono essere presi in considerazione, con funzione correttiva ed adeguatrice, qualora l'applicazione dei criteri formali porterebbe a forme elusive o abusive dei principi che reggono la normativa.

Sul rapporto tra la selettività di diritto e di fatto si tornerà più diffusamente in seguito in relazione ai profili del caso FCA proprio per mettere in evidenza come la condotta tenuta dagli agenti di tale operazione manifesti una formale osservanza di tutti i criteri formali che, peraltro, se calata nella situazione finanziaria complessiva fa sorgere invece perplessità circa comportamenti elusivi ed abusivi.

In questa sede si può comunque osservare come il dato formale si trasformi completamente quando venga ad essere integrato dai connotati sostanziali relativi alla dimensione dell'impresa beneficiaria, al settore in cui opera ed alla importanza strategica che esso riveste nell'economia nazionale, alla sua concreta situazione finanziaria, a forme dirette o indirette di influenza, collegamento e controllo di altre realtà di gruppo ed infine alla concreta esposizione debitoria, in relazione alla tipologia dei creditori.

Un intervento che, sotto il profilo formale, sembra rientrare nel potere dello Stato e non configurare una violazione delle norme comunitarie in materia di aiuti di Stato, poi sostanzialmente, se posto in relazione alle caratteristiche del beneficiario, concreta condotte elusive o abusive.

Non si può evitare, senza creare un *vulnus* alla sovranità statale, che gli Stati possano creare delle forme di condizionalità (es. fiscale) che sembrino improntate ad un principio di uguaglianza, il criterio formale di per se stesso non ci dice nulla di più che l'operazione risulta essere condotta nel rispetto delle normative.

È necessario integrarla con criteri di carattere sostanziale, che prendano in considerazione lo specifico non solo del debitore, ma della complessiva operazione finanziaria che deriva, del complessivo equilibrio d'interessi che deriva dall'operazione e dal risultato definitivo a correttivo dei primi, in modo da evitare che condotte perfettamente lecite poi, per lo specifico del debitore o dell'operazione *de qua*, possano concretare questi comportamenti elusivi.

A titolo esemplificativo si consideri quanto indicato nella Comunicazione della Commissione C(2016) 2946 "sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea", par. 5.2.1, punto 122, per cui: «La selettività di fatto può essere il risultato di condizioni o barriere imposte dagli Stati membri che impediscono ad alcune imprese di beneficiare della misura. Ad esempio, la concessione di una misura fiscale (come un credito d'imposta) solo a favore di investimenti superiori a una certa soglia (diversa dalla soglia minima fissata per motivi di opportunità amministrativa) può implicare che la misura è di fatto riservata alle imprese che dispongono di notevoli risorse finanziarie. Anche una misura che conceda determinati vantaggi solo per un breve periodo di tempo può essere di fatto selettiva.».

Ancora una volta si viene ad evidenziare un principio di uguaglianza proporzionale.

beneficiari.

A seconda del margine di discrezionalità così riconosciuto, l'attributo della selettività potrà intendersi sussistente o meno.

In particolare: «La misura non è selettiva qualora il regime che prevede la previa autorizzazione amministrativa sia fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, tali da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle amministrazioni pubbliche. Un tale regime deve anche basarsi su un sistema procedurale di facile accesso e tale da garantire agli interessati che la loro domanda sarà trattata entro un termine ragionevole ed in modo oggettivo ed imparziale, dovendo inoltre eventuali dinieghi di autorizzazione poter venir considerati nell'ambito di un ricorso giurisdizionale.»³⁹.

Per quanto concerne la dimensione territoriale, ferma restando la regola generale per cui le misure che si estendono a tutto il territorio dello Stato non sarebbero caratterizzate da selettività, si possono tuttavia evincere casi particolari per cui, a determinate condizioni, anche le misure circoscritte a specifiche aree geografiche esulerebbero dalla qualifica di aiuto di Stato *ex art.* 107, par. 1 TFUE⁴⁰.

3.1.1.5 Incidenza sugli scambi e sulla concorrenza

Ultimo aspetto è rappresentato dall'incidenza della misura erogata sugli scambi e sulla concorrenza intra-comunitaria.

Trattasi, invero, di due criteri logicamente autonomi ed entrambi necessari, ma considerati congiuntamente data la loro stretta interrelazione.

L'aiuto di Stato determina una distorsione della concorrenza quando consente al beneficiario di migliorare la propria posizione competitiva, alterando quel normale equilibrio concorrenziale che vi sarebbe stato in assenza di detto intervento.

L'incidenza sugli scambi tra Stati richiede non già l'effettivo impatto su questi, quanto la semplice idoneità dell'aiuto ad influenzarli, così come chiarito dalla giurisprudenza CGUE⁴¹.

Tale capacità si rileva, peraltro, sia nel caso di un ammontare esiguo dell'aiuto che delle dimensioni modeste del beneficiario ed anche nell'ipotesi in cui questi non partecipi

³⁹ Comunicazione della Commissione C(2016) 2946 “sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea”, par. 5.2.2, punto 125.

⁴⁰ Corte Giust. del 6 settembre 2006, Portogallo c. Commissione, C-88/03, punto 57ss.; 11 settembre 2008, Unión General de Trabajadores de La Rioja, cause riunite da C-428/06 a C-434/06, punto 47ss. La Comunicazione al punto 143 precisa, nonostante si tratti di decisioni inerenti la materia tributaria: «poiché la selettività regionale è un concetto generale, i principi delineati dagli organi giurisdizionali dell'Unione riguardo alle misure fiscali si applicano anche agli altri tipi di misure.».

⁴¹ Corte Giust. del 14 gennaio 2015, Eventech c. The Parking Adjudicator, C-518/13, punto 66; 8 maggio 2013, Libert e altri, cause riunite C-197/11 e C-203/11, punto 77; Tribunale del 4 aprile 2001, Friuli Venezia Giulia, T-288/97, punto 41.

direttamente agli scambi transfrontalieri⁴², limitando comunque la possibilità ad altre imprese, potenziali concorrenti, di esercitare il diritto di stabilimento *ex artt.* 49ss. TFUE.

Considerata l'eterogeneità della casistica e l'impossibilità di operare per il tramite di categorie generali, la verifica della Commissione sarà improntata ad un'analisi delle circostanze caso *uti singuli*.

3.2 Procedimento di erogazione delle misure

3.2.1 Dimensione nazionale del procedimento

Si procede alla disamina dell'*iter* procedimentale di erogazione delle misure in oggetto, al fine di far emergere i criteri tecnici ispiratori e l'ambito di discrezionalità degli enti erogatori.

L'attenzione verterà, *in primis*, sulla disciplina vigente nel periodo precedente la crisi pandemica.

In seguito verrà esaminato il regime derogatorio implementato in ragione dell'evento pandemico, per evidenziare le differenze valutative ed operative apportate.

È opportuno definire gli aspetti normativi inerenti le prime fasi del procedimento, con riguardo ai soggetti competenti ed alla "dimensione nazionale".

Prima di accedere alla suddetta dimensione, ciascuno Stato membro predispone meccanismi interni di selezione delle misure da sottoporre all'attenzione della Commissione⁴³.

⁴² Comunicazione della Commissione C(2016) 2946 "sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea", par. 6.3, punto 191. Per completezza la Comunicazione aggiunge: «Per esempio, mantenendo invariata o incrementando l'offerta locale, la sovvenzione può rendere più difficile per gli operatori di altri Stati membri l'accesso al mercato.»

⁴³ Gli Stati sono coadiuvati dalla Commissione fin dalla c.d. fase di "pre-notifica" *ex art.* 3 Comunicazione della Commissione C(2018) 4412 "Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato", nello spirito di partenariato rafforzato dal Protocollo del 2016 "Common understanding on strengthening the institutional set-up for State aid control in Italy".

Il Protocollo è finalizzato, da un lato, al potenziamento dell'autonomia delle amministrazioni nazionali coinvolte a più livelli nel campo degli aiuti di Stato e, dall'altro, al rafforzamento del Dipartimento per le Politiche Europee (DPE) nella sua funzione di coordinamento e di garanzia per una corretta ed uniforme applicazione delle norme in materia.

Più in generale può affermarsi l'obiettivo principale di voler garantire maggior efficacia ed efficienza al complesso degli aiuti di Stato, da conseguire mediante l'implementazione di maggior certezza giuridica, pur nella riduzione delle tempistiche burocratiche in materia, nonché di attenuazione del rischio d'inosservanza delle regole.

Questi obiettivi vengono realizzati mediante il ricorso ad un atto di "comune intesa" che non appare designare una tipologia tecnica e specifica di provvedimento, bensì enunciare "*principles and practices*", conformi ai criteri fondamentali della Costituzione italiana, che consentano l'effettività ed il buon esito delle funzioni ispettive, di controllo e verifica devolute al DPE. In tal senso l'atto permette la compiuta realizzazione, a livello locale, di quelle funzioni nell'ambito della regolamentazione della concorrenza proprie, nella dimensione dell'Unione, della DG Concorrenza.

Con riferimento al nostro ordinamento, emerge una complessa trama di *iter* amministrativi, improntati a garantire trasparenza ed osservanza delle regole nella raccolta delle richieste di erogazione degli aiuti e nei successivi controlli di correttezza nell'espletamento delle formalità, prevedendo in caso di violazioni meccanismi di recupero delle risorse così elargite.

Contrariamente all'ordinamento europeo, si rileva l'assenza di una disciplina organica, che raccolga ed individui quantomeno principi generali, criteri sostanziali e procedurali della materia.

Ne risulta, quindi, un sistema frammentato, concernente diverse realtà e prerogative, motivo per cui sarebbe opportuna l'elaborazione di testi unici o al più linee guida, nonostante le ovvie difficoltà di raccordo fra molteplici livelli operativi.

3.2.1.1 Soggetti

La Costituzione italiana, nell'operare il riparto di competenze tra Stato ed autonomie territoriali, attribuisce al primo potestà legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza *ex art. 117, co.1 lett. e*).

Le competenze di gestione e di esecuzione sono invece decentrate a diversi livelli amministrativi (centrale, regionale e locale).

Ciascuna amministrazione, quindi, sarà responsabile della concessione degli aiuti nei settori di cui è istituzionalmente competente⁴⁴.

Nell'esecuzione di tali politiche è utile un procedimento che parta dall'individuazione della funzione da realizzare e successivamente individui l'organo più idoneo a poterla svolgere, se possibile tra quelli già esistenti, ovvero istituendolo *ad hoc* in relazione agli obiettivi che devono essere conseguiti.

⁴⁴ Come indicato sul [sito della Regione autonoma del Friuli-Venezia Giulia](#), che offre un quadro generale sull'assetto europeo e nazionale degli aiuti di Stato, spetta a ciascuna amministrazione, centrale, regionale o locale:

- valutare se la misura a cui intende dare attuazione costituisca o meno un aiuto di Stato e, nel caso costituisca aiuto di Stato, verificare se la stessa rientra in una delle deroghe previste dal Trattato
- provvedere direttamente, ove necessario, alla notifica alla Commissione Europea o, nei casi di esenzione dalla notifica, alla prevista comunicazione, verificando la corrispondenza della misura con le norme di esenzione dalla notifica, assicurando in tal modo la conformità della misura con tali norme
- nel caso di aiuto di Stato concesso in regime «de minimis», verificare il rispetto dei requisiti previsti dal relativo Regolamento europeo
- curare la concessione ed erogazione dell'aiuto, provvedendo alle trasmissioni delle informazioni al Registro Nazionale degli Aiuti e all'espletamento delle verifiche propedeutiche alla concessione o all'erogazione degli aiuti di Stato e degli aiuti «de minimis» (art. 52 della legge 234/12)
- verificare, in caso di modifica di una misura di aiuto, che la stessa rientri fra le modifiche che non necessitano di un'apposita autorizzazione della Commissione Europea
- provvedere all'adeguamento dei propri regimi esistenti alle nuove normative europee entrate in vigore durante l'attuazione delle misure stesse.

Al riguardo sono esemplificativi i profili operativi di organi come l'ITALRAP, il DPE ed il MISE⁴⁵.

Merita un particolare accenno l'RNA, banca dati istituita presso la Direzione Generale per gli incentivi alle imprese del Ministero, in conformità alle previsioni europee sulla necessità di uniformazione delle modalità di gestione trasparente delle misure⁴⁶.

L'RNA rappresenta uno strumento essenziale, attraverso cui si realizza una celere ed efficace catalogazione ed organizzazione delle richieste di sostegno pervenute alle autorità pubbliche o private, che siano titolari degli aiuti in favore delle imprese.

È uno snodo centrale in cui convergono le informazioni necessarie relative alle diverse tipologie di aiuti indicati *sub* art. 3, co. 1 d.m. 115/17⁴⁷.

La sua utilità si riscontra, principalmente, nel supporto fornito ai soggetti competenti nell'espletamento sia dei controlli amministrativi *in procedendo*, che dell'attività di verifica circa la regolarità delle agevolazioni pubbliche concesse nel rispetto delle disposizioni europee.

⁴⁵ In particolare, la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'UE (ITALRAP) ha competenze di coordinamento, interlocuzione e sostegno in tutta la procedura, finalizzate ad una funzione di garanzia sulla correttezza dell'operato degli organi coinvolti (ad esempio nella fondamentale funzione di validazione della notifica degli aiuti che sarà esaminata nel prosieguo).

Quanto al DPE si porrà l'accento sulle competenze di coordinamento tra vertice politico ed amministrativo in merito all'armonizzazione del diritto nazionale con quello comunitario, anche mediante attività d'informativa e di verifica della completezza e trasparenza dell'istruttoria in materia di aiuti di Stato.

Il Ministero dello Sviluppo Economico (MISE) si occupa principalmente della "certificazione e contabilizzazione" delle varie tipologie di aiuti erogati ed in *itinere*, svolgendo una funzione di monitoraggio e di custodia delle informazioni relative ai suddetti procedimenti attraverso gli strumenti del Registro Nazionale degli aiuti di Stato (RNA), del Sistema di Notifica Elettronica Interattiva (Sistema SANI — State Aid Notification Interactive) e del Registro dei regimi di aiuto autorizzati ed in esenzione (Sistema SARI — State Aid Interactive Reporting).

⁴⁶ Il quadro normativo di riferimento per l'RNA è delineato dal decreto ministeriale n. 115/17 del MISE "Regolamento recante la disciplina per il funzionamento del Registro nazionale degli aiuti di Stato, ai sensi dell'articolo 52, comma 6, della legge 24 dicembre 2012, n. 234 e successive modifiche e integrazioni.", concernente le disposizioni generali su finalità e modalità operative, a cui si aggiunge il decreto del Direttore Generale per gli incentivi alle imprese del 28 luglio 2017, che fornisce norme tecniche sul funzionamento del registro ed in particolare la sua interoperabilità con gli altri sistemi informatici preposti alla procedura di erogazione degli aiuti di Stato.

⁴⁷ In particolare si menzionano gli aiuti di Stato soggetti all'obbligo di notifica alla Commissione *ex* art. 108, par 3. TFUE, gli aiuti di Stato esentati da tale obbligo e ricompresi nei regolamenti di esenzione per categoria della Commissione ed infine gli aiuti *de minimis* *ex* Reg. (CE) 2006/1998 e Reg. (UE) 2013/1407.

Tali soggetti s'identificano, *ex art. 1, co. 1 d.m. 115/17*, nelle figure di Autorità responsabile e Soggetto concedente⁴⁸.

Dalle suddette nozioni risultano i concetti di “regime di aiuti”, “aiuto *ad hoc*” ed “aiuto individuale”, che costituiscono l'oggetto di due diversi *iter* procedimentali di registrazione, disciplinati al Capo III del decreto.

Nello specifico, il regime di aiuti rappresenta una categoria generale ed astratta ricomprendente al suo interno singole misure di aiuti individuali che vengono erogate a beneficiari definiti⁴⁹.

Al di fuori di tale quadro emergono i c.d. aiuti *ad hoc*, concessi a singoli beneficiari nell'ambito di specifici progetti.

3.2.1.2 Richiesta di sostegno da parte dell'impresa

Le imprese, in relazione allo stato di difficoltà economica ed operativa in cui versano, identificano la forma di sostegno più confacente alle esigenze del caso concreto, sulla base di valutazioni tecnico-strategiche connotate da opportunità imprenditoriale ai sensi dell'art. 41 Cost.

Tale iniziativa deve rientrare nel quadro normativo predisposto dal legislatore attraverso provvedimenti che costituiscono il fondamento giuridico della materia⁵⁰.

L'impresa, oltre ad essere indicata come potenziale beneficiaria degli aiuti, dovrà conformare la propria richiesta alle condizioni così delineate.

L'oggetto della stessa, infatti, dovrà individuarsi nelle attività ovvero negli scopi che possono ricevere aiuti.

In base al contesto procedurale e sostanziale definito dal quadro normativo, l'impresa rivolgerà la propria domanda al soggetto competente, incaricato di gestire ed erogare gli aiuti individuali rientranti nello specifico regime *de quo*.

⁴⁸ In particolare *ex lett. q)* si definisce Autorità responsabile: «il soggetto di natura pubblica o privata designato dalla norma primaria come responsabile della registrazione del regime di aiuti o dell'aiuto *ad hoc*, ovvero, in mancanza di detta designazione, il soggetto cui, nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale, è attribuita la competenza ad adottare il provvedimento di attuazione del regime di aiuti o dell'aiuto *ad hoc*; in caso di un regime di aiuto o di un aiuto *ad hoc* da notificare o concesso ai sensi di un regolamento di esenzione per il quale non sia prevista l'adozione di un provvedimento di attuazione, il soggetto che procede alla notifica o alla comunicazione alla Commissione europea ovvero la struttura amministrativa competente per l'intervento secondo l'organizzazione interna di ciascuna Amministrazione.».

Per quanto concerne il Soggetto concedente, *ex lett. r)* rappresenta: «il soggetto di natura pubblica o privata che concede aiuti individuali.».

⁴⁹ Regime di aiuti che, nonostante possa riferirsi anche a misure indefinite quanto a periodi di erogazione ed ammontare, trova una sua giustificazione logico-giuridica se mediato dai necessari criteri di adeguatezza, proporzionalità ed effettività nel raggiungimento del risultato che consentono di dare concretezza a posteriori alla forma d'intervento.

⁵⁰ Quadro che designa altresì l'autorità responsabile della registrazione del regime di aiuti o dell'aiuto *ad hoc*.

Una volta inoltrata, la richiesta di aiuto individuale è oggetto di registrazione presso l'RNA da parte del soggetto concedente; attività da compiersi entro 60gg dalla data in cui il beneficiario può richiedere la concessione di aiuti⁵¹.

La successiva valutazione è improntata a diversi criteri oggettivi quali trasparenza, adeguatezza, proporzionalità, effettività della misura, meritevolezza di sostegno dell'attività in oggetto, *rectius* sua riconducibilità nel novero di quelle individuate dal regime di aiuti, compatibilità con le condizioni previste dal diritto UE ed in particolare applicabilità del c.d. regime "Deggendorf".

In merito al criterio della meritevolezza, esso viene tracciato in maniera lucida ed esaustiva già a livello di diritto comunitario, nel collegare l'aiuto di Stato alla realizzazione delle politiche relative alla realizzazione del mercato comune, in difetto della quale essi vengono definiti come illegali, attivando la procedura di recupero a carico dello Stato concedente.

Ci s'interroga, quindi, quale sia il margine di discrezionalità delle autorità pubbliche nel valutare le richieste di sostegno presentate dalle imprese, posto che risultino sprovviste di specifiche competenze per poter sindacare le scelte imprenditoriali e valutare se le esigenze così evidenziate risultino essere più o meno concrete, riconducendo la misura

⁵¹ *Ex art. 9, co. 5 d.m. 115/17*: «Con riferimento agli aiuti individuali registrati, il Soggetto concedente è tenuto a trasmettere, entro venti giorni dalla data della registrazione, la data di adozione dell'atto di concessione dell'aiuto individuale. In assenza di inserimento nel registro della predetta data entro il termine indicato, la posizione dell'aiuto individuale decade e il «Codice Concessione RNA-COR» già rilasciato non può essere validamente utilizzato ai fini previsti dal presente regolamento e si considera come non apposto sugli atti che eventualmente lo riportano.»

nel campo degli aiuti di Stato⁵².

Per quanto concerne il fondamentale criterio di trasparenza, vale quanto detto con grande chiarezza nei considerando del Reg. (UE) 2014/651, secondo il quale: «La trasparenza degli aiuti di Stato è, quindi, essenziale per la corretta applicazione delle norme del trattato e favorisce un migliore rispetto delle norme, una maggiore responsabilità, una valutazione tra pari e, in ultima analisi, una maggiore efficienza della spesa pubblica. In un obiettivo di trasparenza, occorre richiedere agli Stati membri di istituire siti web esaustivi sugli aiuti di Stato, a livello regionale o nazionale, contenenti informazioni sintetiche relative a ciascuna misura di aiuto esentata a norma del presente regolamento.

⁵² In particolare emergono fondate perplessità sulla capacità dell'autorità di valutare il merito imprenditoriale, che dovrebbe essere precluso anche in base alla normativa commerciale, fatti salvi casi eclatanti di manifesta non proporzionalità, inadeguatezza ovvero insussistenza dello stato di difficoltà posto a fondamento della richiesta. La meritevolezza deve essere, quindi, individuata nella realizzazione di una condizione di equilibrio della concorrenza nel mercato generale, costituendo un preciso obbligo dello Stato il dover valutare finalisticamente la realizzazione di tale obiettivo, senza per questo dover sindacare le scelte gestionali dell'impresa richiedente. Bisognerà valutare preliminarmente e in forma obiettiva la condizione generale economica in cui si muove questo tipo di aiuto e, nello specifico, l'interazione dell'aiuto con la situazione economica che viene prospettata dall'impresa, che si assumerà la responsabilità civile e penale di aver rilasciato false dichiarazioni. Occorrerà accertare, quindi, che il richiedente non rientri nel novero di quanti siano passibili di essere segnalati come percettori di aiuti illegali in base al "principio Deggendorf", che colpisce le imprese che siano state oggetto di un provvedimento di recupero della Commissione, giustificato dal contrasto dell'aiuto con il mercato comune, cui abbia fatto seguito un esito negativo da parte dello Stato nazionale nelle misure di rientro o recupero. L'obbligo di recupero comporta quindi una responsabilità politica dello Stato italiano nei confronti della Commissione europea nel caso in cui abbia voluto concedere aiuti a beneficiari che già in precedenza abbiano percepito aiuti, definiti poi illegali, ai sensi del "principio Deggendorf". Ne consegue pertanto che la suddetta normativa nazionale risulti quantomeno superficiale nel ritenere assolti gli obblighi di verifica preventiva, da parte dell'autorità erogante, mediante meri atti di autocertificazione del beneficiario circa il fatto di non rientrare in detta posizione illegale; soluzione che non può essere giustificata da un generico ostacolo per l'autorità di entrare nel merito dell'attività gestionale del richiedente. Né può equilibrare questa situazione l'ovvia considerazione che in sede di verifica il beneficiario incorrerà, nel nostro ordinamento, nelle conseguenze civili e penali per le dichiarazioni incomplete, imprecise o mendaci, da questi rilasciate in sede di richiesta. A peggiorare tale scenario si prevede, inoltre, che qualora l'aiuto richiesto rientri in quelli definiti come *de minimis*, non sia prevista neanche questa forma preventiva di auto-dichiarazione da parte dell'ente richiedente che pertanto potrebbe frazionare la propria richiesta in modo da non incorrere nelle previsioni relativamente più stringenti di cui sopra. L'unico margine di verifica che residua allo Stato è quello relativo all'accertamento del superamento dell'ammontare massimo di 200mila euro da valutare, peraltro, nell'ambito di tre esercizi finanziari. Risulta pertanto un'evidente conflitto tra la prospettiva del diritto UE che pone tale materia in stretto contatto con le esigenze del mercato comune (da considerarsi assolutamente prevalenti) con una normativa interna che appronta facili scappatoie alle rigidità del dettato normativo comunitario. Per completezza si deve dar conto del regime eccettuativo alla normativa finora descritta *ex art. 1, par. 4 lett. a)* Reg. (UE) 2014/651, posto in relazione alle c.d. "calamità naturali". Per quanto concerne il regime derogatorio degli aiuti di Stato oggetto d'esame, si ritiene che l'evento pandemico non possa però rientrare nella generale nozione di calamità naturale introdotta dal suddetto articolo, relativa ad eventi di natura prettamente geologica, attenendo, invece, ad eventi straordinari che determinino un grave turbamento dell'economia dello Stato. Ad ogni modo, data la sostanziale equiparazione tra "calamità naturali" ed "altri eventi eccezionali", le misure di sostegno erogate in forza del Temporary Framework rientrano nella deroga al "principio Deggendorf" espressa nel suddetto Regolamento, considerando anche il carattere di assoluto precedente in tempi moderni dell'attuale crisi pandemica. Per ulteriori dettagli si veda A. Ciprandi, *Aiuti di Stato nell'emergenza COVID-19: il legislatore italiano sospende la c.d. "clausola Deggendorf". Deroga giustificata o deviazione eccessiva da un principio fondamentale?*, ne *I Post di AISDUE, II (2020)*, Sezione "Note e commenti", n. 4, 15 luglio 2020, aisdue.eu, pag. 23.

Tale obbligo dovrebbe costituire una condizione affinché l'aiuto individuale sia considerato compatibile con il mercato interno.».

Le autorità amministrative accertano la conformità della richiesta ai parametri nazionali coadiuvate dai c.d. “*distinct bodies*”.

Si tratta di unità organizzative da individuarsi all'interno della struttura amministrativa, selezionandone una già esistente o costituendola *ad hoc* (di qui il *principio di efficienza della spesa pubblica*), assicurandosi peraltro che abbia il livello di *expertise* richiesto per lo svolgimento del proprio ufficio.

Il *distinct body* è formato da un gruppo di professionisti, con provate capacità tecniche, cui viene riconosciuta una qualifica non inferiore a quella dirigenziale per garantirne l'indipendenza nei confronti del vertice amministrativo con cui deve operare.

Pur essendo incardinati nell'amministrazione non presentano pertanto alcun rapporto gerarchico con la stessa, dovendo operare in piena autonomia ed essendo vincolati solo dai profili tecnici dell'attività valutativa richiesta⁵³.

L'operatività del *distinct body* si condensa nella fase di preparazione della misura, per assicurarsi che non vi siano problematiche tali da viziarla *ab origine*⁵⁴.

Si tratta di una verifica preliminare che dovrebbe essere sempre condotta dal suddetto organo⁵⁵.

Se si segue l'ordinaria procedura di notifica *ex art.* 108 TFUE, le autorità amministrative *de quibus* per le misure di sostegno dovranno previamente trasmettere la suddetta notifica al DPE, per un vaglio di completezza della documentazione alla stessa allegata.

Come osservato sopra, la trasmissione avviene per il tramite del Sistema SANI2.

⁵³ Facendo un parallelo con l'amministrazione interna nazionale, la figura che più si adatta è quella delle autorità amministrative indipendenti (c.d. *authorities*), per le quali la dottrina ha ritenuto che sia necessario riconoscere un'indipendenza sostanziale, non già formale nel senso che deve avere l'autorità necessita dello stesso potere operativo nell'ambito della struttura in cui esercita le sue funzioni. Per eventuali approfondimenti cfr. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 1989.

⁵⁴ In particolare, assumono rilevanza in via preliminare le circostanze che possono implicare, sotto il profilo formale un'illegalità della misura e, sotto il profilo di merito, qualora l'atto risulti formalmente valido, un'incompatibilità con le finalità che regolano gli aiuti di Stato.

⁵⁵ Possono sorgere perplessità, tuttavia, qualora l'amministrazione ne richieda il parere o in corso d'istruttoria (per problematiche operative e funzionali relative ad atti specifici) ovvero solo in fase precedente alla notifica. In questi casi occorre domandarsi se il *distinct body*, avendo come funzione istituzionale quella di salvaguardare la certezza del diritto e il buon esito del procedimento, possa rilevare vizi anche di atti endo-procedimentali e, a ritroso, verificare l'insussistenza *ab origine* delle condizioni di legalità e compatibilità con le finalità degli aiuti di Stato, anche se non espressamente richiesto dall'amministrazione.

In caso contrario il *distinct body* dovrebbe dare parere favorevole ad un provvedimento che risulti tecnicamente viziato sin dal principio, contravvenendo al proprio carattere tecnico e professionale.

I suoi membri, pertanto, potranno considerarsi responsabili, sotto il profilo professionale, in caso di valutazioni palesemente in contrasto con la diligenza cui sono tenuti.

Tale questione potrebbe essere ridimensionata considerando il carattere non obbligatorio né vincolante del parere e soprattutto il fatto che la responsabilità dell'atto finale rimane in capo all'amministrazione che deve garantirne la regolarità formale e sostanziale.

Si procede quindi alla c.d. “attività di pre-validazione”⁵⁶ nella quale il DPE, nel valutare l’atto-notifica, è chiamato ad eseguire un controllo su quei profili che possano mettere in dubbio la realizzazione del principio di completezza della documentazione.

Per maggior chiarezza di discorso, crea pertanto le condizioni per un più razionale e celere adempimento di quella stessa funzione — di assicurare la completezza e l’esattezza dell’istruttoria — da parte dell’ITALRAP svolgendo, pertanto, l’esercizio in concreto della funzione di quest’ultimo in via vicaria.

Ne consegue che eventuali mancanze del DPE nel verificare tale completezza potrebbero comportare una responsabilità dell’ITALRAP che è tenuto ad assicurare la completezza in via generale ed esaustiva.

A seguito di tale attività, la notifica viene dunque inviata dall’amministrazione all’ITALRAP per la c.d. “validazione” prima del relativo inoltro alla Commissione.

Se invece, le circostanze rendono opportuno integrare il procedimento con una fase ulteriore, finalizzata ad accelerare l’espletamento dei controlli sulla compatibilità della misura con il regime normativo europeo, si procede ad una serie di contatti informali.

Si apre, in tal senso, la c.d. fase di “pre-notifica”.

3.2.1.3 “Pre-notifica”

L’amministrazione procedente informa preventivamente il DPE qualora intenda avvalersi di tale modalità d’interrelazione, potendo altresì richiederne un parere preventivo in merito, esponendo compiutamente le ragioni a fondamento di tale scelta.

Tali contatti vengono disciplinati *ex art.* 3 del “Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato”⁵⁷ (Codice).

I servizi della Commissione Europea, attraverso coordinatori nazionali, collaborano con gli Stati per valutare le misure che saranno oggetto di una successiva ed eventuale notifica formale, nonché per individuare le informazioni necessarie ai fini di completezza della stessa e determinare, inoltre, quali casi siano meritevoli di priorità (criterio di leale collaborazione).

Viene parimenti espletata, seppur sommariamente, una disamina sul merito della misura, in particolare degli aspetti giuridici ed economici, al fine di rilevare eventuali criticità con la disciplina europea ed apportare le relative modifiche, anche nei casi in cui queste siano significative.

⁵⁶ Introdotta a seguito dell’adozione del DPCM del 24 gennaio 2017 “Termini e modalità di svolgimento della verifica della completezza della documentazione contenuta nelle notifiche di aiuti di Stato da parte del Dipartimento per le politiche europee, in attuazione dell’art. 45 della legge del 24 dicembre 2012, n. 234”, come modificato *ex l.* 122/16; tale innovazione è da ricondurre nel novero del sopracitato Common Understanding, relativo al processo di modernizzazione degli aiuti di Stato (vd. *supra* nota 43).

⁵⁷ Comunicazione della Commissione C(2018) 4412.

Lo svolgimento dell'attività "pre-notifica" avviene in un'ottica di celerità procedurale, prediligendo strumenti di contatto informatici e telefonici, quali posta elettronica e conference call (criterio di economia dei mezzi), pur non escludendo in toto la possibilità di incontri in presenza qualora risulti necessario ovvero lo Stato ne faccia richiesta.

Ad ogni modo, si ritiene questa una fase particolarmente concentrata sul piano temporale, generalmente non dilungandosi oltre i sei mesi⁵⁸.

All'esito dei contatti i servizi della Commissione potranno esprimere una valutazione preliminare sugli aspetti formali e sostanziali della richiesta così esaminati.

Trattasi, tuttavia, di indicazioni non vincolanti né rappresentative di una posizione ufficiale della Commissione, la quale risulta, pertanto, priva di condizionamenti nell'espletamento delle proprie funzioni nella successiva fase di notifica formale potendo, altresì, richiedere ulteriori informazioni allo Stato membro.

Qualora, per la particolare novità o complessità del caso, i servizi della Commissione non riescano ad esprimere una valutazione chiara ed esaustiva, lo Stato membro interessato potrà richiedere agli stessi di indicare, per iscritto, gli elementi sui quali sarà necessario un supplemento informativo.

Se, per converso, la fase di "pre-notifica" si riveli essere infruttuosa, i servizi della Commissione ne potranno decretare la chiusura, pur non precludendo allo Stato la possibilità di reiterare la procedura per una misura analoga.

3.2.2 Dimensione comunitaria del procedimento

Giunti a questo punto dell'*iter* di erogazione delle misure di sostegno, la procedura assume una connotazione sovranazionale, in forza di un maggiore coinvolgimento delle Istituzioni europee ed in particolare della Commissione.

3.2.2.1 Notifica formale

La notifica viene quindi trasmessa secondo quanto previsto dal Reg. (CE) 2004/794.

Per agevolare e semplificare il sistema delle notificazioni sono stati predisposti degli

⁵⁸ Nel Codice, tuttavia, si precisa al punto 16 che: «i tempi e le modalità dei contatti pre-notifica dipendono in ampia misura dalla complessità del caso.».

Considerato il carattere abbastanza generico della locuzione "complessità del caso", si prevede, inoltre, la possibilità che i beneficiari di aiuti individuali vengano coinvolti nella fase di pre-notifica al fine di definire aspetti relativi allo specifico del caso concreto; la decisione di ricorrere a tale assist spetta, comunque, allo Stato membro interessato.

standard attraverso moduli obbligatori⁵⁹.

La notificazione è effettuata mediante atto indirizzato al Segretario Generale della Commissione, effettuata per mezzo del Rappresentante permanente, che raffigura lo snodo centrale di collegamento e raccordo tra Stato membro interessato e l'Istituzione europea.

Con riferimento ai c.d. “nuovi aiuti”⁶⁰ risulta, indirettamente *ex art.* 108, par. 3 TFUE ed espressamente *ex art.* 2 del Reg. (UE) 2015/1589 (da qui Regolamento), come gli Stati membri siano tenuti a notificare in tempo utile (*rectius* tempestivamente)⁶¹ alla Commissione i progetti di istituzione o modifica degli aiuti, affinché la stessa possa presentare osservazioni in merito alla natura della misura ed alla relativa compatibilità con il mercato interno, sulla base delle informazioni così compiutamente trasmesse *ex art.* 2, par. 2 del Regolamento.

Gli Stati, peraltro, sono soggetti all'obbligo di *standstill*, come sancito *ex art.* 108, par. 3 TFUE ed *ex art.* 3 del Regolamento.

Non potrà darsi esecuzione degli aiuti oggetto di discussione prima dell'adozione da parte della Commissione di una decisione finale (*rectius* un provvedimento autorizzatorio).

⁵⁹ Si prevedono, inoltre, *ex art.* 6 Reg. 2004/794, meccanismi di notificazione semplificata per quanto concerne le modifiche ai c.d. “aiuti esistenti”, definiti *ex art.* 1, lett. b) Reg. (UE) 2015/1589 come: «tutte le misure di aiuto esistenti in uno Stato membro prima dell'entrata in vigore del TFUE, ossia tutti i regimi di aiuti e gli aiuti individuali ai quali è stata data esecuzione prima dell'entrata in vigore del TFUE e che sono ancora applicabili dopo tale entrata in vigore; ii) gli aiuti autorizzati, ossia i regimi di aiuti e gli aiuti individuali che sono stati autorizzati dalla Commissione o dal Consiglio; iii) gli aiuti che si presumono autorizzati a norma dell'articolo 4, paragrafo 6, del regolamento (CE) n. 659/1999, o dell'articolo 4, paragrafo 6, del presente regolamento o anteriormente al regolamento (CE) n. 659/1999, ma secondo la procedura prevista dal presente regolamento; iv) gli aiuti considerati aiuti esistenti ai sensi dell'articolo 17 del presente regolamento; v) gli aiuti considerati aiuti esistenti in quanto può essere dimostrato che al momento della loro attuazione non costituivano aiuti, ma lo sono diventati successivamente a causa dell'evoluzione del mercato interno e senza aver subito modifiche da parte dello Stato membro. Qualora alcune misure diventino aiuti in seguito alla liberalizzazione di un'attività da parte del diritto dell'Unione, dette misure non sono considerate aiuti esistenti dopo la data fissata per la liberalizzazione.».

È comunque garantita l'esenzione dall'obbligo di notifica per eventuali aggiustamenti dell'originaria dimensione del regime di aiuti, qualora non eccedano la misura del 20%, a cui si ricollegano incrementi fisiologici ad inflazione e costi generali.

Per gli aumenti superiori al 20% e, nei casi in cui circostanze obiettive comportino la necessità di una proroga non superiore ai 6 anni del piano di riparto, ovvero qualora si rendano necessari, considerata la situazione economico-finanziaria dei soggetti destinatari, aggravamenti o alleggerimenti delle condizioni di erogazione degli aiuti, si potrà procedere nella forma semplificata, che quindi viene a costituire una modalità alternativa che consente di conservare i benefici della procedura già instaurata ed *in itinere* qualora le modificazioni sopravvenute non siano tali da giustificare provvedimenti di diniego.

In tale contesto, la Commissione procederà a decidere sulla concessione dell'aiuto nel termine perentorio di un mese.

⁶⁰ Indicati *ex art.* 1, lett. c) Reg. (UE) 2015/1589 quali: «tutti gli aiuti, ossia regimi di aiuti e aiuti individuali, che non siano aiuti esistenti, comprese le modifiche degli aiuti esistenti».

⁶¹ La diversa terminologia è impiegata rispettivamente nel TFUE e nel Regolamento.

Emerge, tuttavia, una discrasia normativa tra l'art. 108, par. 3 TFUE e l'art. 3 del Regolamento; mentre quest'ultimo fa esplicito riferimento alla sufficienza di una presunzione di adozione della suddetta decisione, il primo rimanda ad un effettivo esaurimento del procedimento valutativo in seno alla Commissione ai fini dell'erogazione dell'aiuto richiesto.

Di qui una perplessità circa il regime esecutivo e probatorio in cui lo Stato si ritrova, qualora decida di operare in condizioni di particolare e obiettiva urgenza prima della comunicazione formale, senza incorrere in responsabilità.

Ai fini del presente approfondimento in materia di emergenza pandemica, tale problematica non è priva di effettive criticità, tenuto conto che, in caso di violazione delle disposizioni, la Commissione dichiarerà l'illegalità della misura così erogata e ne disporrà il recupero⁶².

Una volta che la notifica formale sia stata effettuata la Commissione, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento, predispone un esame preliminare della misura di aiuto in oggetto, in cui si apre una fase dialogica con lo Stato interessato per quanto concerne l'avanzamento dei lavori ed un'eventuale integrazione informativa.

In particolare, i servizi della Commissione, nel caso in cui le informazioni contenute nella notifica risultino incomplete, formulano un'esplicita richiesta di informazioni supplementari, il cui contenuto e le relative modalità espletative vengono specificate nell'art. 5 del Codice⁶³.

A seguito della risposta, la Commissione potrà comunque formulare ulteriori domande, in relazione al contenuto della stessa ed alla complessità della fattispecie, a prescindere da eventuali difficoltà riscontrate nell'attività d'esame.

⁶² Sul punto è opportuna qualche riflessione ulteriore.

La decisione sulla compatibilità dell'aiuto di Stato con le esigenze del mercato comune costituisca una valutazione di merito politico di natura sostanziale.

Ne consegue che, suddetta valutazione, una volta che sia stata positivamente espressa, continui ad esplicare la sua funzione in favore dello Stato richiedente ed in relazione alla tipologia di aiuto richiesta.

Pertanto, la declaratoria d'illegalità deve concernere un profilo qualitativamente diverso, costituendo un c.d. "vizio-procedimento", che può afferire uno o più atti della procedura in esame, singolarmente o in combinazione con gli atti presupposti e consequenziali.

In ogni caso, la rilevazione di tale vizio è per sua natura insanabile, producendo un effetto di consumazione dell'intero procedimento.

D'altra parte, restando ferma la valutazione sul merito politico della compatibilità, lo Stato richiedente sarà comunque facoltizzato ad attivare una nuova procedura per la concessione dell'aiuto.

⁶³ In particolare viene precisato come sia generalmente sufficiente una richiesta globale di informazioni: «Dato che i servizi della Commissione cercano di raggruppare le richieste di informazioni e che i contatti pre-notifica dovrebbero garantire la completezza delle notifiche inviate dagli Stati membri.»

La richiesta viene generalmente formulata entro 4 settimane dalla notifica e la Commissione individua un termine entro cui lo Stato dovrà provvedervi.

Nei casi in cui sussistano i presupposti per avviare un procedimento d'indagine formale la Commissione procede a formulare massimo due richieste, benché tale numero non rappresenti un limite assoluto ed invero, sulla base di circostanze peculiari, i servizi potranno avanzare altre richieste anche prima dell'apertura del procedimento in questione.

Dal complesso di suddette disposizioni emerge un maggiore favore della normativa per i meccanismi dell'interlocazione costante e continua ai fini dell'elaborazione di un atto che risponda il più fedelmente possibile alle esigenze del caso concreto, piuttosto che una definizione di fasi procedurali rigide da concludere in termini perentori⁶⁴.

Si possono osservare connotati significativi in relazione all'istituto della sospensione dell'esame preliminare, introdotto proprio in relazione ad un criterio di conservazione dell'attività procedimentale svolta nell'ambito del processo di erogazione dell'aiuto di Stato.

A questo proposito un periodo di sospensione può essere disposto ogni volta che *prima facie* la richiesta dello Stato non appaia perfettamente integrata con le esigenze preminenti del mercato comune, al fine di permettere allo stesso Stato di eseguire un "allineamento" della misura alle politiche comunitarie presentando, quindi, un documento maggiormente apprezzabile.

In ogni caso, la sospensione può essere disposta, per comune accordo tra le parti, anche qualora sia lo stesso organo comunitario a suggerire i margini di aggiustamento necessari all'accoglimento della misura⁶⁵.

Comunque il procedimento proseguirà secondo il suo *iter* ordinario anche qualora lo Stato non abbia provveduto a presentare una notifica in linea con la disciplina sugli aiuti di Stato entro il termine concordato per il periodo sospensivo, confermando ancora una volta il *favor* per modalità operative informali che consentano la conservazione dell'attività giuridica già svolta.

L'esame preliminare deve concludersi nell'arco temporale di due mesi dal giorno successivo alla ricezione della notifica completa⁶⁶; nel caso in cui ciò non avvenga la misura s'intende autorizzata dalla Commissione, che dovrà comunque essere informata dallo Stato prima dell'erogazione dell'aiuto e potrà, *in extremis*, adottare una decisione *ex art. 4* del Regolamento entro 15 giorni lavorativi dalla ricezione della notifica. C'è un contemperamento, quindi, tra il criterio generale di riduzione dei termini con il principio fondamentale di certezza dell'attività svolta.

⁶⁴ A conferma di ciò si consideri che, in caso di mancato adempimento, i servizi della Commissione *in primis* invieranno un sollecito, indicando un termine supplementare adeguato per la trasmissione delle informazioni e successivamente, qualora l'inadempimento persista, comunicheranno allo Stato il ritiro della notifica, salvo che il termine non sia stato prorogato ovvero lo Stato abbia informato la Commissione della completezza della stessa, mediante comunicazione motivata in cui si dà riscontro del fatto che le informazioni richieste siano già state allegare ovvero dell'indisponibilità delle stesse. Nell'ipotesi in cui venga considerata ritirata, lo Stato potrà comunque procedere nuovamente alla notifica della misura, comprensiva delle informazioni mancanti.

⁶⁵ È significativo, al riguardo, che il periodo di sospensione venga determinato liberamente dalle parti, sempre considerando le tempistiche generali di definizione del procedimento.

⁶⁶ La notifica s'intende completa, *ex art. 4*, par. 5 del Regolamento, se: « entro due mesi dalla sua ricezione, o dalla ricezione di ogni informazione supplementare richiesta, la Commissione non richiede ulteriori informazioni.»

Al termine dell'esame preliminare si profilano tre esiti diversi, così descritti *ex art.* 4 parr. 2, 3 e 4 del Regolamento.

In particolare, la Commissione potrà adottare una decisione con cui si acclara che la misura in oggetto non costituisce un aiuto di Stato, potendo così essere erogata.

Qualora la misura sia identificabile come aiuto, ma emerga, dall'analisi preliminare, la sua compatibilità con il mercato interno, la Commissione adotterà una decisione *self-restraint* di non sollevare obiezioni, specificando nella stessa il regime derogatorio applicabile *ex art.* 107, parr. 2 o 3 TFUE.

Se, invece, sussistono dubbi circa la compatibilità della misura notificata con il regime normativo *ex art.* 107, par. 1 TFUE, la Commissione avvierà, con decisione motivata, un procedimento d'indagine formale *ex art.* 108, par. 2 TFUE.

3.2.2.2 Procedimento d'indagine formale e ruolo della Commissione

Disciplinato agli artt. 6ss. Reg. (UE) 2015/1589, benché si parli di procedimento, costituisce una fase endo-procedimentale del più ampio *iter* di erogazione degli aiuti di Stato.

Il fatto che si tratti di una fase eventuale, il cui espletamento dipende sostanzialmente dalle considerazioni discrezionali che la Commissione formula ai sensi di quanto sopra, non eclissa in alcun modo la sua fondamentale importanza nel quadro complessivo della procedura oggetto di trattazione.

Il procedimento, infatti, è caratterizzato da un ampio dialogo che s'innesta tra Commissione e Stato membro, nonché tutti coloro che risultino essere interessati dall'esito della procedura di erogazione degli aiuti di Stato.

Il *modus operandi* è improntato a garantire trasparenza e certezza nella disamina dei casi oggetto dell'indagine, che verrà svolta, come sottolineato dal Codice, secondo il principale canone di efficienza.

Ex art. 6 del Regolamento la Commissione provvede a motivare compiutamente la decisione attraverso una sintetica trattazione dei punti di fatto e di diritto, corroborata dalla valutazione circa la natura di aiuto di Stato della misura oggetto d'esame, nonché dall'esposizione dei dubbi a fondamento della scelta di procedere mediante indagine formale.

In merito alle prerogative della Commissione, nell'espletamento del proprio ruolo, si dà menzione del potere, di matrice giurisprudenziale⁶⁷, di effettuare indagini e raccogliere informazioni nel loro espletamento.

⁶⁷ Nel Codice, all'art. 7, par. 5, nota 5, si menzionano a tal proposito due casi (causa T-198/01, Technische Glaswerke Ilmenau c. Commissione; causa T-296/97 Alitalia c. Commissione) in cui il Tribunale di primo grado riconobbe, seppur implicitamente, il potere *de qua* alla Commissione, peraltro esercitato nel primo caso direttamente e nell'altro mediante la nomina di consulenti tecnici, i quali furono incaricati di contattare gli investitori istituzionali di Alitalia ed assincerarsi delle condizioni d'investimento dello Stato italiano nella società.

In forza di quanto sopra, la Commissione potrà coinvolgere, oltre lo Stato interessato, altri Stati membri, imprese od associazioni d'impresa richiedendo la formulazione di osservazioni sulla decisione *de qua* ovvero la presentazione d'informazioni di mercato necessarie al fine di espletare l'attività valutativa, soprattutto in quei casi particolarmente complessi, qualora le informazioni addotte dallo Stato membro interessato durante l'esame preliminare siano risultate insufficienti ovvero del tutto assenti⁶⁸.

La Commissione, in tal caso, provvede alla trasmissione di una copia della richiesta allo Stato interessato, con annessa motivazione circa la scelta dei destinatari della stessa.

In primis le attenzioni dei servizi della Commissione si focalizzeranno sullo Stato membro interessato, nei cui confronti potranno formulare una richiesta di supplemento informativo da fornire entro il termine di un mese, allo scadere del quale si prevede un sollecito, con proroga di altri 20 giorni, in cui si precisa che, in caso di mancato adempimento, la Commissione potrà considerare la notifica ritirata ovvero rivolgersi ad altre fonti per acquisire le informazioni di cui necessita.

Occorre distinguere, quindi, a seconda che la richiesta sia rivolta ad altri Stati membri ovvero ad imprese ed associazioni d'impresa, fermo restando che la Commissione, in ogni caso, richiederà solo informazioni di cui i destinatari abbiano disponibilità, seguendo inoltre una logica di proporzionalità, in relazione agli sforzi economici e burocratici necessari a tal fine, soprattutto nei riguardi delle PMI.

La richiesta potrà essere formulata anche nei confronti del beneficiario dell'aiuto, salvo comunque il previo ed esplicito consenso dello Stato membro.

Nel primo caso la Commissione si limiterà ad una richiesta informale da soddisfare entro un termine prestabilito. Se lo Stato risulta inadempiente, totalmente o parzialmente, si procederà ad inviare un sollecito.

Se la richiesta, invece, è destinata ad imprese od associazioni d'impresa, il quadro normativo prevede, anzitutto, delle garanzie poste a tutela della riservatezza, in un'ottica di contemperamento d'interessi tra la necessità, da un lato, di acquisizione delle informazioni necessarie per il procedimento *de qua* e, dall'altro, di non

⁶⁸ Le osservazioni possono essere formulate, su base volontaria, dai soggetti interessati, ivi compreso il beneficiario dell'aiuto, ovvero su esplicita richiesta della Commissione con cui s'invitano quest'ultimi, in casi particolarmente complessi, ad esprimere una propria considerazione su puntuali aspetti del caso.

Una volta che le osservazioni siano pervenute alla Commissione, la stessa provvederà ad una loro trasmissione allo Stato membro interessato. È prevista, inoltre, la possibilità di anonimato per l'autore, qualora venga eccepita come giustificazione la potenziale produzione di un danno.

La presentazione delle osservazioni dovrà espletarsi entro un termine stabilito dalla Commissione, di regola un mese, prorogabile qualora se ne ravvisi l'eccezionale necessità.

Allo stesso modo lo Stato potrà fornire la relativa contro-risposta, sempre nell'arco di un termine prestabilito, anch'esso in genere d'intervallo mensile e prorogabile in casi eccezionali.

L'osservanza di tali termini è rigorosa da parte della Commissione, la quale impronta l'espletamento di suddette formalità in un'ottica di celerità ed efficienza del procedimento d'indagine.

Più complessa è invece la seconda ipotesi, relativa alla richiesta d'informazioni di mercato.

Richiesta, vincolata nel contenuto e nei soggetti destinatari, che viene escussa nel rispetto dei principi di proporzionalità, disponibilità e tutela della riservatezza.

compromettere la posizione competitiva dei soggetti dichiaranti⁶⁹.

Circa le modalità procedurali d'interrelazione, nei confronti di imprese od associazioni d'imprese la richiesta viene formulata mediante semplice domanda informale ovvero decisione formale.

Qualora i destinatari si rendano inadempienti, la richiesta è corroborata da un particolare regime sanzionatorio, che si articola a seconda della modalità procedurale scelta dalla Commissione.

In particolare, nella richiesta informale è riconosciuta la possibilità all'Istituzione europea d'irrogare ammende *ex art. 8 del Regolamento*, qualora siano trasmesse, volontariamente o per negligenza grave, informazioni fuorvianti o inesatte⁷⁰.

Il provvedimento viene adottato mediante decisione, preceduta da un sollecito nei confronti dei soggetti destinatari della richiesta, con cui viene altresì fissato un termine di due settimane per l'adempimento *de qua*.

S'instaura così un preventivo "contraddittorio" tra Commissione ed imprese, durante il quale è data loro possibilità di esprimersi e chiarire la propria posizione.

Avverso la decisione potrà comunque essere presentato ricorso dinanzi alla CGUE *ex art. 261 TFUE*. La Corte, competente a decidere nel merito, potrà disporre l'annullamento ovvero la modifica, migliorativa o peggiorativa, della misura così irrogata.

Nell'ipotesi di decisione formale oltre alle ammende, che potranno peraltro essere disposte nel caso in cui le informazioni trasmesse risultino non solo fuorvianti o inesatte, ma anche incomplete ovvero non siano state affatto comunicate nei termini stabiliti, la Commissione potrà irrogare anche penalità di mora qualora lo reputi opportuno sulla base di considerazioni analoghe a quelle da effettuarsi con riguardo alle ammende⁷¹.

La Commissione procede comunque ad una modulazione del provvedimento in relazione alle condotte tenute dai destinatari, riducendo l'ammontare della penalità ovvero rinunciandovi completamente.

Anche per le penalità di mora si prospettano i medesimi profili interlocutori di cui sopra, relativi al preventivo sollecito di adempimento da parte della Commissione ed al diritto di presentare ricorso alla decisione davanti alla CGUE *ex art. 261 TFUE*.

⁶⁹ Le imprese, infatti, provvedono a trasmettere le relative informazioni simultaneamente sia alla Commissione che allo Stato membro interessato, salvo il caso in cui contengano dati riservati (es. informazioni *price-sensitive*). La Commissione svolge dunque un ruolo attivo di supervisione e controllo dei flussi informativi, nonché di accertamento dell'effettiva natura riservata delle informazioni in oggetto.

⁷⁰ L'ammontare dell'ammenda viene determinato sulla base dei principi di proporzionalità, adeguatezza e necessità, soprattutto nei riguardi delle PMI, considerata la gravità ed il perdurare della situazione patologica, non potendo in ogni caso superare l'1% del fatturato totale prodotto nell'esercizio precedente.

⁷¹ Più precisamente, nei casi in cui le informazioni non siano complete ed esatte, verranno disposte penalità, non superiori al 5% del fatturato medio giornaliero del soggetto inadempiente, per ogni giorno di ritardo dal termine ultimo di adempimento previsto.

A completamento del quadro normativo così descritto, *ex art. 7, par. 9* del Regolamento competenti a rilasciare le dichiarazioni *de qua* sono i proprietari delle imprese e, per le società, nonché per le associazioni prive di personalità giuridica, i relativi rappresentanti come indicati *ex lege* o dallo statuto, cui viene, peraltro, addebitata la responsabilità per eventuali dichiarazioni inesatte, incomplete, fuorvianti o mendaci.

I professionisti incaricati di svolgere attività per i propri clienti non assumono responsabilità per dichiarazioni inesatte, incomplete o fuorvianti fornite da questi ultimi⁷².

Il procedimento d'indagine formale si conclude con una decisione, adottata dalla Commissione *ex art. 9* del Regolamento, il cui contenuto può articolarsi secondo diverse opzioni.

In primis, potrà evincersi che la misura *de qua* non sia qualificabile come aiuto di Stato, secondo i criteri e gli attributi indicati dalla normativa comunitaria, e pertanto non si porranno ostacoli nell'erogazione della stessa.

Se, al contrario, si rientri nel novero della disciplina sugli aiuti di Stato, la Commissione, alla luce delle risultanze istruttorie, potrà adottare una decisione "positiva", qualora la suddetta misura sia compatibile con il mercato interno, indicando inoltre quale regime derogatorio trovi applicazione nel caso in esame.

Tale decisione, peraltro, potrà essere adottata *sub condicione*, sottoponendo l'aiuto a determinati vincoli ed obblighi di compatibilità, in forza dei quali verrà in seguito espletata un'attività di controllo e valutazione⁷³.

Qualora la misura non risulti in linea con le disposizioni in materia, la Commissione ne dichiarerà l'incompatibilità e di conseguenza non potrà darvisi esecuzione.

A queste pronunce deve aggiungersi inoltre la declaratoria d'illegalità summenzionata e la conseguente decisione di recupero degli aiuti erogati in violazione dell'obbligo formale di *standstill ex art. 108, par. 3* TFUE.

3.2.2.3 Quadro sostanziale e contenutistico della decisione

Una volta chiariti gli aspetti puramente procedurali dell'indagine, occorre approfondire il quadro sostanziale e contenutistico della decisione che la Commissione adotta al termine del procedimento.

⁷² È appena il caso di osservare che alcuni di questi professionisti, come i notai, sono obbligati *ex lege* a raccogliere tutte le informazioni necessarie per il compimento degli atti ed assicurarne, con pubblica fede, la veridicità; per altri, come commercialisti od avvocati, sorge l'obbligo professionale di garantire la completezza delle informazioni sulla base delle quali procedere al loro ufficio. In ragione di ciò residuerebbe un margine di responsabilità che viene del tutto escluso dalla norma in esame.

⁷³ Seguendo la giurisprudenza del caso "*Deggendorf*" (Causa C-355/95 P, TWD c. Commissione, I-2549, punti 25ss.) la Commissione, nel valutare la compatibilità dell'aiuto oggetto del procedimento, potrà tenere in considerazione il fatto che l'impresa abbia già beneficiato di una misura dichiarata incompatibile e non ancora recuperata, subordinando quindi l'erogazione del secondo al previo ed integrale recupero del primo.

Posto che la normativa europea non fornisce una disciplina organica, unitaria ed uniforme sul potere valutativo della Commissione, quale che sia la portata, la sua natura discrezionale o vincolata, né definisce esplicitamente i principi ordinatori, è necessaria la ricostruzione degli attributi fondamentali partendo dall'analisi della giurisprudenza, nonché dall'interpretazione, sistematica e teleologica, della moltitudine di atti atipici (quali comunicazioni, linee guida, documenti di lavoro ed orientamenti) adottati in materia dalla Commissione.

Occorrerà verificare, infine, se l'attuazione del Temporary Framework abbia inciso sull'espletamento delle funzioni decisorie della Commissione, ma soprattutto, in caso di risposta affermativa, quali deroghe abbia effettivamente comportato.

Se originariamente la Commissione godeva di un'ampia discrezionalità nel giudizio di compatibilità, corroborata peraltro dalla mancanza di criteri e parametri valutativi circa una sua effettiva oggettività e trasparenza, a seguito di una forte critica, mossa dalla giurisprudenza della CGUE e del Tribunale⁷⁴, tale spazio di manovra è stato notevolmente ridotto sulla base anche di un *self-restraint* operato dalla stessa Commissione.

In particolare, ricollegandoci a quanto già descritto sulla c.d. “modernizzazione degli aiuti di Stato” nel quadro del piano d'azione “Europa 2020”, ma ancor prima con l'adozione dello State Aid Action Plan (SAAP) del 2005⁷⁵, l'evoluzione della disciplina europea è stata fin da subito orientata ad una semplificazione delle procedure di valutazione e controllo degli aiuti di Stato.

Si voleva garantire così maggiore celerità, pur sempre in uno spirito di certezza e trasparenza che potesse, in ogni caso, assicurare efficacia ed efficienza ai procedimenti valutativi, finalizzati all'accertamento della proporzionalità e dell'adeguatezza degli aiuti di Stato, tenuto conto degli obiettivi prefissati nelle politiche economiche *de quibus*.

Come descritto nel piano d'azione del 2005, la Commissione, nel vaglio di compatibilità degli aiuti di Stato, segue un “approccio economico più preciso”.

Non già un controllo meramente formale, bensì di forte carattere sostanziale, volto ad analizzare e confrontare gli effetti derivanti dall'attuazione dell'aiuto, in particolar modo il conseguimento dell'obiettivo delle politiche economiche ed il relativo impatto sul mercato comune e sulla concorrenza, esaminando quindi la misura selezionata in termini di necessità, proporzionalità ed adeguatezza.

⁷⁴ Corte Giust. dell'11 settembre 2008, causa C-75/05 P e C-80/05 P, Germania e a. c. Kronofrance, punto 59; 30 aprile 2009, causa C-494/06 P, Commissione c. Repubblica Italiana; 8 marzo 2016, C-431/14 P, Grecia c. Commissione.

Trib. del 22 febbraio 2006, causa T-34/02, Le Levant c. Commissione, punti 123ss.; 6 settembre 2006, Repubblica Italiana e Wam S.p.A. c. Commissione, cause riunite T-304/04 e T-316/04, punto 69.

⁷⁵ Comunicazione della Commissione COM(2005) 107 “Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato. Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009”

Preso atto, quindi, che la figura dell'aiuto di Stato non debba più essere considerata *ex se* un elemento patologico dell'ordinario equilibrio concorrenziale, ma possa al contrario rappresentare (in determinate circostanze)⁷⁶ un fattore positivo, la Commissione ha individuato, attraverso una serie di atti atipici, puntuali criteri ed elementi di fatto su cui improntare la propria valutazione circa gli effetti prodotti dalla misura *de qua*.

Merita particolare attenzione un importante documento della Commissione, intitolato "Principi comuni per una valutazione economica della compatibilità degli aiuti di Stato ai sensi dell'art. 87, paragrafo 3, del Trattato CE", di cui la dottrina ha estrapolato e sintetizzato i punti cruciali⁷⁷.

Dalla lettura del testo emerge un carattere tecnico della discrezionalità che connota il potere valutativo della Commissione, legato al rispetto e all'osservanza dei tradizionali canoni di trasparenza e prevedibilità, al fine consentire agli Stati di poter ragionevolmente conoscere ed apprezzare le ragioni a fondamento di suddetta valutazione⁷⁸.

Occorre tenere a mente, comunque, che si tratta di atti atipici, non caratterizzati da quella particolare forza normativa propria delle fonti di diritto derivato *ex art. 288 TFUE*.

Pur rappresentando una chiara volontà di *self-restraint* da parte della Commissione, che autolimita il proprio potere discrezionale e lo incanala attraverso "briglie" rigide e certe (i principi di cui sopra), la stessa non viene esautorata dall'espletamento del vaglio di compatibilità dell'aiuto con il regime del mercato interno, del quale resta arbitra esclusiva, né tantomeno risulta essere vincolata ad adottare una decisione positiva a tal riguardo⁷⁹.

Si produrrà al più un legittimo affidamento dello Stato, che abbia seguito pedissequamente il contenuto di tali comunicazioni, nel ritenere che la misura sarà

⁷⁶ C. Schepisi, *La valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato. Alcune riflessioni sulla discrezionalità e sui limiti della Commissione*, par. 2, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, fascicolo 2, 2019. Si fa riferimento, in particolare, ai contesti di *market failure*.

⁷⁷ C. Schepisi, *op. cit.*, par. 3.

Viene proposta un'analisi dei parametri che la Commissione ha individuato ai fini del vaglio di compatibilità, in particolare: «i fattori da cui dipendono gli effetti positivi di un aiuto sono, secondo la Commissione: i) la precisione con cui è stato individuato l'obiettivo riconosciuto di comune interesse (sia esso sociale, regionale, economico o culturale); ii) se l'aiuto di Stato costituisce uno strumento idoneo per risolvere il problema rispetto ad altri strumenti e iii) se l'aiuto crea gli incentivi necessari ed è proporzionato. Per quanto riguarda invece il livello di distorsione generato da un aiuto, occorre tenere in considerazione: i) la procedura di selezione dei beneficiari e le condizioni di concessione dell'aiuto; ii) le caratteristiche del mercato e del beneficiario e iii) il tipo di aiuto e l'importo.».

⁷⁸ Sono state mosse, tuttavia, alcune perplessità in merito a quanto sopra, posto che, dal tenore letterale del documento, la discrezionalità della Commissione parrebbe estendersi fino al merito delle scelte politiche degli Stati in materia di aiuti. Dubbi confutati dalla dottrina che ha confermato [...] le scelte politiche devono essere assunte quali elementi di fatto nella valutazione della Commissione.

⁷⁹ Così sottolineato dalla CGUE nel Caso *Kotnik* (Corte Giust. del 19 luglio 2016, causa C-526/14, Tadej Kotnik e a.), punti 40-41.

dichiarata compatibile a seguito della tradizionale valutazione.

Fermo restando, in ogni caso, il necessario rispetto da parte della Commissione, ai fini di legittimità, dei più ampi principi generali dell'ordinamento comunitario, come puntualizzato anche dalla CGUE⁸⁰, dinanzi alla quale potrà essere presentato ricorso avverso tali decisioni *ex art.* 263 TFUE.

Con riguardo al Temporary Framework emergono, a fianco dei generali parametri di proporzionalità, necessità ed adeguatezza, criteri tecnici e requisiti specifici per ogni misura ivi prevista⁸¹.

Trattandosi di una comunicazione, in linea astratta varrebbero le considerazioni di cui sopra e la Commissione, pertanto, potrebbe operare con il medesimo margine di discrezionalità.

Invero, il ricorso allo strumento della comunicazione è stato principalmente dettato dalle necessità del tempo, da motivi di celerità ed urgenza, che non consentivano il ricorso ad altri mezzi normativi capaci di definire una disciplina vincolante (es. Regolamenti), ma che soprattutto non garantivano il medesimo livello di flessibilità.

Date le peculiari circostanze di emergenza in cui il Temporary Framework è stato adottato, la Commissione, per garantire il massimo livello di certezza e trasparenza, non si è discostata da quanto così descritto nel quadro temporaneo, riducendo *de facto* la propria discrezionalità nel vaglio di compatibilità ed autorizzando le misure e i regimi-quadro elaborati dagli Stati nel rispetto di suddette indicazioni⁸².

3.2.2.4 Valutazione e controlli. Efficacia, efficienza ed effettività della misura

L'attività della Commissione, invero, non si esaurisce con la decisione di cui sopra, ma si profilano ulteriori controlli *ex post*, anche nel regime derogatorio del Temporary Framework, per i quali è necessaria una separata ed approfondita trattazione nel più ampio novero della verifica dell'efficacia della misura erogata.

In particolare, ultimata l'attività decisoria (fermo restando che già dalla fase di pre-notifica fossero già poste le basi) ha luogo una peculiare attività valutativa *in itinere*, articolata su più livelli e con precise finalità.

⁸⁰ Corte Giust. del 19 luglio 2016, causa C-526/14, Tadej Kotnik e a., punto. 98; 6 novembre 2008, causa C-405/07 P, Paesi Bassi c. Commissione, punto 56; 21 novembre 1991, causa C-269/90, *Technische Universität München*, punto 14.

⁸¹ Comunicazione della Commissione COM(2020) 1863 “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19”, par. 3.

⁸² Come già previamente descritto, per quanto concerne l'Italia il regime-quadro, adottato con il d.l. 34/2020, è stato autorizzato con decisione della Commissione C(2020) 3482, in forza della quale tutti gli aiuti concessi nell'ambito del quadro derogatorio non sono soggetti a previa notifica, bensì a comunicazione *ex post*.

Il quadro valutativo è connotato, infatti, da un progressivo decentramento funzionale, volto ad alleggerire il carico lavorativo della Commissione e permettere così alla stessa di concentrare le proprie risorse, alla luce dei criteri di economicità ed allocazione efficiente, nell'analisi di quei regimi di aiuti capaci di incidere particolarmente sulle condizioni della concorrenza e del mercato interno.

Si richiamano, quindi, i principi di sussidiarietà e leale collaborazione che da sempre caratterizzano il rapporto tra l'Unione e gli Stati, riconoscendo a questi ultimi un'importante funzione di valutazione *ex ante* degli aiuti che intendano erogare⁸³.

In particolare si è assistito ad un ampliamento del numero di regimi di esenzione, generali e particolari, in forza dei quali le misure ivi ricomprese non sono soggette al tradizionale *iter* di notifica fin qua esaminato.

Sulla base di quanto appena descritto, emerge la necessità di fare un uso proporzionato e ponderato della valutazione degli aiuti di Stato.

I riferimenti testuali sono scarni, il richiamo ai principi ispiratori di cui sopra pare una soluzione consona per incardinare il margine operativo⁸⁴, ma si evidenzia, nonostante ciò, un documento di lavoro della Commissione intitolato “Metodologia comune per la valutazione degli aiuti di Stato” (Documento), che definisce in maniera analitica gli aspetti fondamentali dell'attività *de qua*.

In primis possiamo distinguere tra una valutazione *stricto sensu*, effettuata sulla base di appositi piani elaborati dagli Stati in osservanza delle disposizioni della Commissione, ed ulteriori valutazioni che più propriamente definiamo controlli e relazioni.

La valutazione è improntata ad analizzare e confrontare gli effetti conseguenti all'attuazione dell'aiuto, in particolar modo il conseguimento dell'obiettivo delle politiche economiche ed il relativo impatto sul mercato comune e sulla concorrenza, esaminando quindi la misura selezionata in termini di proporzionalità ed adeguatezza.

L'utilità della valutazione si riscontra anche in un'ottica *pro futuro*, consentendo ai soggetti competenti di elaborare strategie capaci di garantire maggior efficacia ed

⁸³ C. Schepisi, *op. cit.*, paragrafo 2.

Viene mossa un'interessante osservazione a riguardo, precisando come: «L'intenzione non è ovviamente quella di delegare parzialmente agli Stati il potere di valutare la compatibilità degli aiuti con il mercato (delega che sarebbe contraria alle attuali norme del Trattato) ma, diversamente, di consentire agli Stati – attraverso l'applicazione di regolamenti e decisioni – di essere esentati dall'obbligo di notifica imposto dall'art. 108, par. 3, TFUE o, nel caso delle Comunicazioni di essere a conoscenza *ex ante* dei parametri e criteri utilizzati dalla Commissione per valutare la compatibilità degli aiuti notificati. Va tuttavia rimarcato che, a fronte di un ampliamento dei casi di esenzione, e contestualmente di ri-orientamento degli aiuti verso obiettivi a carattere orizzontale (ambiente, formazione, occupazione, ricerca e sviluppo, ecc.), la Commissione si è posta, per converso, l'obiettivo di disincentivare con molta più fermezza l'erogazione degli aiuti di Stato “dannosi”.

La sintesi è infatti contenuta nello slogan «aiuti meno numerosi e più mirati» che, se da un lato comporta una più curata analisi delle cause di incapacità del mercato di conseguire autonomamente obiettivi di interesse comune — che potrebbero pertanto essere raggiunti, nell'ottica della Commissione, solo mediante un sistema di aiuti adeguatamente strutturato — dall'altro coincide con una più attenta valutazione degli elementi distorsivi degli aiuti di Stato considerati invece nocivi. E dunque con un più penetrante esercizio da parte della Commissione del suo potere di controllo.».

⁸⁴ Vd. *supra* pagg. 36ss.

efficienza ai regimi di aiuti che saranno successivamente ed eventualmente implementati⁸⁵.

Nonostante sia qualificabile come *best practice*, l'impiego della valutazione è sostanzialmente circoscritto, ponderato e proporzionato come evidenziato sopra.

Si pone, infatti, la necessità di concentrare sforzi e risorse su quei regimi: «aventi un impatto potenzialmente significativo sul mercato interno che potrebbero comportare un rischio di gravi distorsioni qualora la loro attuazione non fosse tempestivamente sottoposta ad esame.»⁸⁶.

Per quanto concerne il controllo della Commissione, ciò si concretizza: «in una verifica periodica della legittimità di un campione di misure di aiuto di Stato attuate dagli Stati membri. Esso è inteso a garantire che gli Stati membri applichino correttamente le decisioni della Commissione e si conformino alle norme giuridiche pertinenti (ovvero le disposizioni del regolamento generale di esenzione per categoria).»⁸⁷.

Le relazioni annuali degli Stati, infine, sono volte a: «rafforzare la trasparenza degli aiuti di Stato concessi dagli Stati membri. Le relazioni forniscono inoltre una fonte di statistiche attendibili ai fini dell'elaborazione delle politiche e del monitoraggio. I dati contenuti nelle relazioni annuali forniscono informazioni principalmente in termini quantitativi (ad esempio, indicare gli obiettivi perseguiti con l'aiuto di Stato e la relativa dotazione di bilancio). La Commissione utilizza le relazioni degli Stati membri per elaborare il quadro di valutazione degli aiuti di Stato.»⁸⁸.

Approfondendo ora la valutazione, questa non si concentra esclusivamente in una singola fase della vita di un aiuto di Stato, ma si estende a tutto il suo perdurare, ferma restando, comunque, la necessità di scandire tempistiche esatte per il suo svolgimento.

Attraverso un confronto tra Stato membro interessato e la Commissione, da espletarsi caso per caso e tendenzialmente nella fase di “pre-notifica”, vengono elaborati nel *piano di valutazione* dei termini adeguati a contemperare la necessità di raccolta ed

⁸⁵ Come specificato al par. 2 del Documento di lavoro, i miglioramenti dei regimi futuri, elaborati sulla base di tali valutazioni: «potrebbero variare da aggiustamenti di impostazione, comprese le modifiche dei criteri di selezione e un'analisi più approfondita dell'effetto di incentivazione, a modifiche più significative quali la promozione del ricorso a forme di aiuto alternative, la ridefinizione degli obiettivi o dei beneficiari, o la presa in considerazione di opzioni diverse dall'aiuto per conseguire i medesimi obiettivi politici.»

⁸⁶ Documento di lavoro dei servizi della Commissione “Metodologia comune per la valutazione degli aiuti di Stato”, par. 4.

A tal fine è stata prospettata una tripartizione dei principali regimi da sottoporre all'attività valutativa, riportando così le categorie di aiuti: «1) grandi, compresi quelli di cui al regolamento generale di esenzione per categoria, 2) nuovi, o 3) diretti a far fronte a possibili variazioni significative (di mercato, tecnologiche o normative) nel prossimo futuro che potrebbero richiedere un riesame della valutazione del regime.», prevedendo altresì la possibilità che, sulla base di orientamenti e quadri normativi, particolari aiuti individuali, esuli dalla classificazione *de qua*, siano comunque ricompresi nell'alveo delle valutazioni.

⁸⁷ Documento di lavoro dei servizi della Commissione “Metodologia comune per la valutazione degli aiuti di Stato”, nota 7.

⁸⁸ Documento di lavoro dei servizi della Commissione “Metodologia comune per la valutazione degli aiuti di Stato”, nota 8.

elaborazione dei dati con la possibilità di una celere trasmissione delle risultanze ai responsabili politici, finalizzata ad un'implementazione dei miglioramenti di cui sopra non solo *pro futuro*, ma anche nel corso della vigenza dell'attuale regime di aiuti.

A garanzia dell'efficacia della valutazione, quale: «esercizio di apprendimento sia per la Commissione che per gli Stati membri»⁸⁹, vengono elaborati degli standard minimi di qualità, funzionali ad un controllo in merito all'attendibilità della stessa da parte della Commissione, con particolare focus sul piano di valutazione e sulla relazione finale.

È necessario, a questo punto, individuare e descrivere nei suoi tratti caratteristici il summenzionato piano di valutazione.

Elaborato dallo Stato sulla base delle direttive imposte dalla Commissione, costituisce uno strumento cruciale per garantire economicità, efficienza ed efficacia dell'attività valutativa.

Viene, di regola, trasmesso alla Commissione contestualmente alla notifica del regime di aiuto, ma non si esclude che lo stesso venga comunicato e discusso nell'antecedente fase informale della pre-notifica⁹⁰.

Il Documento enuclea il contenuto minimo e definisce i canoni metodologici sulla base dei quali individuare gli elementi presupposti per programmare l'attività di valutazione.

In primis il piano di valutazione deve operare una disamina generale sul regime di aiuti oggetto d'implementazione, descrivendone i presupposti socio-economici, gli obiettivi generali e specifici che s'intendono perseguire ed indicando i soggetti beneficiari e le relative modalità di sostegno, con enfasi sull'incidenza che lo stesso si presume avrà sul mercato.

Il piano, inoltre, deve esplicitare la sua portata operativa attraverso una serie di quesiti, cui dovrà esser data una precisa risposta sulla base degli elementi probatori acquisiti, aventi ad oggetto l'incidenza di cui sopra⁹¹.

Quesiti che vengono articolati su tre dimensioni, focalizzandosi in prima battuta sull'«impatto diretto dell'aiuto sui beneficiari», *rectius* efficacia ed effettività della misura, verificando in particolare il c.d. “effetto di incentivazione”, la cui mancanza determina una presunzione di distorsione del mercato da parte della misura, che si ritiene possa avvantaggiare in maniera inattesa i beneficiari.

Successivamente l'analisi si sposta nel valutare gli effetti indiretti dell'aiuto, quindi tutte quelle conseguenze che non ineriscono principalmente il beneficiario, bensì l'ambiente

⁸⁹ Documento di lavoro dei servizi della Commissione “Metodologia comune per la valutazione degli aiuti di Stato”, par. 2, pag. 4.

⁹⁰ Come si evince dal documento di lavoro dei servizi della Commissione “Metodologia comune per la valutazione degli aiuti di Stato”, par. 3.6, pag. 10: «I soggetti implicati nella gestione dei regimi sono invitati a facilitare le discussioni informali sul contenuto del piano prima di presentare la loro notifica ufficiale alla Commissione.».

⁹¹ Documento di lavoro dei servizi della Commissione “Metodologia comune per la valutazione degli aiuti di Stato”, par. 3.2, pp. 5 e 6.

concorrenziale e di mercato.

Il terzo livello di valutazione è atto a verificare «proporzionalità ed adeguatezza del regime di aiuti», quindi la possibilità di accertare l'esistenza di strumenti alternativi, maggiormente efficaci ed efficienti nel raggiungimento dell'obiettivo prefissato.

Le risposte ai quesiti devono essere valutabili quantitativamente.

Si pone, pertanto, la necessità di definire dei parametri oggettivi utili allo scopo, che il Documento individua nei c.d. “indicatori di risultato”⁹², scelti, con debita motivazione contenuta nel piano di valutazione, sulla base della loro pertinenza ed adeguatezza nel servire alla verifica degli effetti del regime di aiuti oggetto d'esame.

Tutto questo, si conferma nuovamente, in un'ottica di miglioramento tempestivo per garantire così una “correzione in corsa” del regime di aiuti, al fine di rendere le misure di sostegno il più adeguate possibile ed il meno invasive ed incisive sul mercato comune.

Per una maggiore comprensione si menziona il caso “SOFARIS”, come proposto dallo stesso Documento, relativo ad un programma di copertura assicurativa su prestiti attuato in Francia.

Garanzie sui prestiti, introdotte negli anni ottanta, originariamente atte a sostenere il finanziamento alle PMI del settore manifatturiero e dei servizi alle imprese attraverso fondi pubblici gestiti dalla Société française de garantie des financements des petites et moyennes entreprises (SOFARIS) S.A.⁹³.

In questo modo, i premi assicurativi pagati dai mutuatari a tutela dei finanziatori contro il rischio d'insolvenza erano sovvenzionati dallo Stato, generando così un effetto d'incentivazione al credito, soprattutto per particolari progetti d'interesse sociale che avrebbero potuto incontrare, in condizioni di normalità, difficoltà di sostegno

⁹² In relazione ai tre livelli di quesiti previamente descritti viene proposto, nell'Allegato II al Documento, un elenco di possibili indicatori di risultato, specificando come questi debbano essere determinati volta per volta, in base agli obiettivi dell'aiuto e della valutazione stessa. Trattasi di un'elencazione sì a titolo esemplificativo, ma di forte pragmatismo, da cui è possibile evincere la natura estremamente concreta e non già meramente numerico-statistica di suddetti indicatori e della dimensione dei risultati, legata ad aspetti operativi delle imprese beneficiarie o comunque coinvolte dall'erogazione dell'aiuto, nonché all'impatto sul mercato concorrenziale. Nel contemperamento d'interessi che emerge dagli indicatori proposti, si evince un ribaltamento della scala dei valori, con prevalenza netta di due profili, quello della riqualificazione ambientale e della tutela del benessere del singolo e della comunità, che hanno mantenuto una posizione recessiva nelle politiche economiche-finanziarie degli ultimi anni.

⁹³ Société anonyme a partecipazione pubblica, sussidiaria della Banque du développement des PME (BDPME), che la controllava direttamente per il 49,3% e per l'8,96% tramite il Crédit d'équipement des PME (CEPME), altra sua controllata diretta. Operante nella gestione dei fondi pubblici di garanzia, era responsabile per i rischi finanziari degli istituti di credito assunti da questi nell'erogazione di finanziamenti alle PMI. Nel 2010 l'attività viene integrata nell'établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC) OSEO, nato nel 2005 dalla fusione tra l'Agence nationale de valorisation de la recherche, la BDPME e SOFARIS. Le sussidiarie di OSEO (OSEO Innovation, OSEO Financement — ex BDPME — e OSEO Garantie — ex SOFARIS —) si sono a loro volta fuse, sempre nel 2010, dando vita ad OSEO S.A., la quale, nel 2013 ha proceduto alla fusione con il Fonds stratégique d'investissement (FSI) e la CDC Entreprises, sussidiaria della Caisse des dépôts et consignations (CDC), per originare la Banque Publique d'Investissement S.A. (BPI o Bpifrance). Un aspetto di peculiare interesse per il proseguo della trattazione sta nel fatto che nel portafoglio azionario di BPI figurasse Peugeot S.A. (PSA Groupe), partecipata per il 12,7%, ad oggi fusasi con FCA in Stellantis N.V.

economico.

Nel 1995 le risorse a sostegno del programma vennero aumentate e la sua operatività fu estesa ad ulteriori settori, richiedendo così la necessità di valutare i potenziali effetti distorsivi della concorrenza e nel 2010 una commissione di professori universitari (Lelarge, Sraer e Thesmar), pur evidenziando alcune differenze tra le imprese originarie e le nuove ammesse a beneficiare del programma, non riscontrarono particolari conseguenze negative sul mercato.

L'analisi della vicenda è utile, *in primis*, in quanto estremamente rappresentativa del principio di flessibilità ed adattamento delle misure, ma soprattutto perché analoga all'italiana SACE S.p.A., il cui intervento a garanzia del finanziamento erogato a sostegno di Fiat Chrysler Automobiles (FCA) N.V. sarà oggetto di trattazione nel terzo capitolo sotto molteplici profili di rilievo comunitario.

Come abbiamo osservato prima, nel potere discrezionale della Commissione non rientra la possibilità di sindacare le scelte di politica economica dello Stato in forza delle quali, quest'ultimo, compie una valutazione sull'opportunità di costituire ed erogare regimi di aiuti e misure di sostegno, oltre a definire quali tipologie d'intervento dispiegare in concreto.

La Commissione viene posta di fronte ad un'alternativa binaria di dichiarare compatibile o meno l'intervento economico statale (salva l'ipotesi di compatibilità *sub condicione*), limitandosi al più a stigmatizzare, in senso negativo, la responsabilità politica dello Stato membro coinvolto; sarebbe, invero, maggiormente conforme ai principi di flessibilità dello strumento consentirle di verificare che la misura richiesta non sia la più ottimale, proponendosi così di sostituirla con altra più idonea, in ossequio anche ai principi di conservazione dell'attività, di celerità, economicità ed effettività, soprattutto qualora l'impresa potenziale beneficiaria della stessa abbia un carattere strategico nell'economia dello Stato.

Al contrario si paleserebbe un'anti-economicità dell'intero procedimento fin qui svoltosi, comportando una perdita di risorse e tempo, cruciale soprattutto in circostanze come quelle dell'attuale crisi pandemica.

Ferma restando, quindi, a livello formale l'esclusività di valutazione nel merito da parte degli Stati e degli organismi valutatori, a tal proposito si deve comunque precisare che, nella prassi, la Commissione, attraverso strumenti tendenzialmente informali, comunque esplicita il proprio indirizzo sull'opportunità e sul merito delle scelte politico-

economiche degli Stati⁹⁴.

In stretto collegamento con l'argomento in questione è quanto viene descritto successivamente dal Documento, relativamente agli attributi caratterizzanti che la valutazione deve rispecchiare, nonché la natura dell'organismo preposto ad esperirla.

Con riguardo ai primi è sancito come la valutazione debba essere: «obiettiva, rigorosa, imparziale e trasparente [...] condotta secondo metodologie solide»⁹⁵ ed in particolare, circa la trasparenza, viene disposto come sia il piano di valutazione che la stessa relazione finale debbano essere connotati da “adeguata pubblicità” e prevedere altresì un coinvolgimento, da parte dell'autorità concedente l'aiuto, dei soggetti interessati durante l'esperimento della valutazione.

Per quanto concerne l'organismo di valutazione, emerge *in primis* il carattere dell'indipendenza funzionale dall'autorità concedente l'aiuto, che non si traduce necessariamente nell'istituzione di un organismo *ad hoc*.

Sul piano dell'esperienza e delle competenze qualificate, atte a garantire: «qualità ed attendibilità della valutazione», si precisa come l'incarico possa essere affidato, oltre ad esperti commerciali, anche a: «uffici di statistica, banche centrali, giudici contabili, università pubbliche o private e centri di ricerca»⁹⁶, in relazione alle peculiarità del caso *uti singuli*.

Il piano di valutazione, per il quale si suggerisce inoltre che venga redatto direttamente o quantomeno di concerto con lo stesso organismo *de qua*, deve altresì fornire le informazioni relative all'identità degli esperti coinvolti nonché il loro ruolo nel complesso delle attività da esperire.

Un coinvolgimento immediato che possa garantire, quindi, coerenza e continuità d'azione, rimettendo allo stesso organismo la possibilità di determinare da sé le proprie scelte operative, non dovendosi basare su piani elaborati da altri soggetti con lunghezze di veduta diverse.

Infine occorre precisare come, nonostante il silenzio del testo, sia possibile presumere una responsabilità, quantomeno sul piano professionale, per eventuali criticità

⁹⁴ Soprattutto negli ultimi anni, la Commissione ha fatto sempre più ricorso a questo “potere di esternazione”, nella figura del Presidente, che ha prodotto, in via sottile, una sostanziale evoluzione nella percezione sociale dell'Istituzione europea.

Sotto un profilo funzionale, il potere di esternazione espresso dal Presidente della Commissione potrebbe ricondursi a quello esercitato in questioni di carattere politico-culturale dai Presidenti delle democrazie parlamentari, la cui peculiare natura di organo-individuo rende assai arduo distinguere i momenti in cui ad agire sia la persona ovvero l'Istituzione costituzionale.

Nell'ultimo anno vi è stata una notevole intensificazione delle comunicazioni a mezzo stampa della Presidente von der Leyen, funzionali non solo all'esposizione delle azioni intraprese di concerto a livello comunitario e nazionale, ma anche come segnale di presenza politica, economica e solidale dell'Unione europea, soprattutto in reazione all'attuale crisi di stabilità che sta attraversando anche a seguito della *Brexit*.

⁹⁵ Documento di lavoro dei servizi della Commissione “Metodologia comune per la valutazione degli aiuti di Stato”, par. 3.7, pag. 11.

⁹⁶ Documento di lavoro dei servizi della Commissione “Metodologia comune per la valutazione degli aiuti di Stato”, par. 3.7, pag. 12.

patologiche nell'esperimento dell'attività valutativa da parte dei componenti persone fisiche dell'organismo.

L'assenza di tale previsione, alquanto inverosimile, produrrebbe nel nostro ordinamento una violazione dell'art. 2043 c.c., concernente la responsabilità aquiliana ed espressione di un principio fondamentale, che potrebbe determinare una potenziale diatriba in materia di contro-limiti⁹⁷.

A completamento del discorso fin qui trattato resta da precisare come, nel novero del Temporary Framework, siano state dettate disposizioni specifiche in merito alle varie tipologie d'intervento indicate nella Comunicazione.

In particolare emergono importanti obblighi di *disclosure* attraverso il sito web sugli aiuti di Stato ovvero per il tramite dello strumento informatico della Commissione⁹⁸.

Gli Stati membri devono fornire, inoltre, relazioni annuali e garantire la conservazione decennale di registrazioni particolareggiate concernenti informazioni circa le misure erogate in linea con quanto previsto nel Temporary Framework, essenziali per una verifica di conformità con le condizioni necessarie indicate nella decisione di approvazione della Commissione.

È stabilito il termine del 31 dicembre 2021 entro cui gli Stati membri debbano trasmettere un elenco degli aiuti concessi nel novero del quadro temporaneo emergenziale.

La Commissione, infine, è munita di poteri istruttori, potendo richiedere la produzione delle registrazioni nonché, qualora necessario, di ulteriori informazioni supplementari ai fini di verifica di conformità delle misure concesse con le condizioni di cui sopra.

3.2.3 “Regime-quadro”

A seguito dell'evento pandemico è stato implementato, con il d.l. 34/2020⁹⁹ (Decreto Rilancio), un regime derogatorio (c.d. “regime-quadro”) in un'ottica di maggiore celerità e semplificazione delle procedure di notifica ed attuazione delle misure di aiuto

⁹⁷ La problematica sulla responsabilità permette di fare accenno ad aspetto che merita particolare attenzione: il ruolo del giudice nella valutazione di compatibilità.

Si prefigge, tuttavia, la necessità di una trattazione specifica a riguardo, soprattutto considerati peculiari aspetti quali il passaggio dall'analisi dei ruoli prettamente amministrativi a quelli giurisdizionali, il rapporto tra definitività e giudicato, l'attuazione del principio *iura novit curia*, infine i profili sanzionatori e l'eventuale cumulabilità degli stessi.

⁹⁸ Come viene precisato nella Comunicazione della Commissione COM(2020) 1863 “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19”, nota 78: «La pagina di ricerca pubblica della banca dati per la trasparenza degli aiuti di Stato dà accesso ai dati relativi a ciascuna concessione di aiuti di Stato da parte degli Stati membri in conformità con i requisiti europei di trasparenza sugli aiuti di Stato e può essere consultata al seguente indirizzo <https://webgate.ec.europa.eu/competition/transparency/public?lang=it>.».

⁹⁹ Convertito con modificazioni con l. 77/20.

e della loro armonizzazione su tutto il territorio nazionale¹⁰⁰.

Tali deroghe sono state dichiarate compatibili con la normativa europea in materia di aiuti di Stato ed approvate dalla Commissione in data 21 maggio 2020¹⁰¹.

Nel novero della nozione di Stato, come già anticipato, vengono ricondotti ulteriori enti e soggetti, sia pubblici che privati.

Tale estensione, tuttavia, non genera un regime normativo *omnibus* ed invero è stata posta una distinzione tra i procedimenti di erogazione delle misure di sostegno a seconda del soggetto agente.

In particolare l'operatività del "regime-quadro" comprende gli aiuti di Stato concessi, nel novero del Temporary Framework, da Regioni, Province autonome, enti territoriali e Camere di commercio.

Si applica, al contrario, la procedura standard di notifica *ex art. 108 TFUE* per le misure di sostegno che, seppur conformi al Temporary Framework, debbano essere erogate dalle amministrazioni statali centrali ovvero da altri enti non ricompresi nel novero di quanti sopra indicati.

Restano salvi, in ogni caso, gli obblighi di *disclosure* — trasparenza, pubblicità e rendicontazione — come disciplinati dalla normativa europea, nonché la registrazione degli aiuti nei vari registri preposti (RNA, SIPA e SIAN) ad opera degli enti territoriali competenti ad erogare la misura di aiuto, pena la relativa incompatibilità.

¹⁰⁰ Procedimento di notifica improntato a garantire trasparenza e certezza, nonché stabilità nel mercato interno nell'ottica degli obiettivi dell'Unione già specificati. Per realizzare tali scopi, tuttavia, viene ad esser sacrificata la celerità di esecuzione che, in alcuni casi, può esser preferita ai primi. Da chiedersi, quindi, in ottica di contemperamento e bilanciamento di interessi, se e quando debba prevalere la celerità sulla certezza o viceversa e quali contrappesi abbia predisposto il diritto UE al riguardo.

¹⁰¹ Decisione della Commissione C(2020) 3482, peraltro disponibile solo in lingua originale e non tradotta per velocizzarne l'adozione da parte delle amministrazioni interessate. Considerata la natura temporanea ed eccezionale del quadro normativo in oggetto, implementato a fronte della crisi attuale, il provvedimento della Commissione non ha efficacia retroattiva.

Uno degli aspetti cruciali del regime-quadro concerne i beneficiari degli aiuti, tra cui figurano sia le imprese in difficoltà¹⁰² che le imprese soggette al c.d. “regime Deggendorf”.

Per quanto riguarda le prime lo stato di difficoltà deve essersi verificato a partire dal 1 gennaio 2020. Le imprese che versavano già in tale condizione il 31 dicembre 2019 non potranno, pertanto, fare affidamento sulle misure di aiuto erogabili secondo il Temporary Framework ed il regime-quadro.

Desti perplessità l’impiego di un mero intervallo temporale di 24 ore quale criterio distintivo tra imprese che si ritrovino ad affrontare, nella sostanza, la medesima situazione patologica.

Una giustificazione potrebbe evincersi, in forza di quanto sopra, dal carattere temporaneo dei suddetti regimi che, per loro stessa essenza e carattere di eccezionalità, non potrebbero estendersi retroattivamente a qualsiasi contesto di difficoltà.

Ne risulta, tuttavia, la produzione di un effetto pregiudizievole nei confronti di quelle imprese già compromesse e che, con la crisi pandemica, sono state ulteriormente danneggiate, precludendo così qualsiasi possibilità di salvezza.

Anche per le imprese c.d. “Deggendorf” il d.l. 34/2020, *ex art.* 53, prevede la possibilità di concessione, in via derogatoria, di aiuti di Stato nell’ambito del Temporary Framework.

Disposizione prevista in considerazione del loro carattere assolutamente emergenziale, temporaneo e straordinario che non esclude, tuttavia, l’obbligo di recupero degli aiuti percepiti illegittimamente, contemperando così da un lato l’esigenza di salvaguardare le imprese colpite dalla pandemia e dall’altro assicurare comunque l’osservanza ed il rispetto delle regole in materia di aiuti di Stato, facilitando inoltre il recupero degli aiuti e la chiusura dei procedimenti ancora pendenti.

Si precisa, inoltre, che nell’ipotesi in cui l’aiuto così erogato sia d’importo inferiore al debito da ripianare, l’agevolazione consisterà in una riduzione di quest’ultimo.

¹⁰² *Ex art.* 2, par. 18 Reg. (UE) 2014/651 si definisce impresa in difficoltà: «un’impresa che soddisfa almeno una delle seguenti circostanze: a) nel caso di società a responsabilità limitata (diverse dalle PMI costituite da meno di tre anni o, ai fini dell’ammissibilità a beneficiare di aiuti al finanziamento del rischio, dalle PMI nei sette anni dalla prima vendita commerciale ammissibili a beneficiare di investimenti per il finanziamento del rischio a seguito della *due diligence* da parte dell’intermediario finanziario selezionato), qualora abbia perso più della metà del capitale sociale sottoscritto a causa di perdite cumulate. Ciò si verifica quando la deduzione delle perdite cumulate dalle riserve (e da tutte le altre voci generalmente considerate come parte dei fondi propri della società) dà luogo a un importo cumulativo negativo superiore alla metà del capitale sociale sottoscritto; b) nel caso di società in cui almeno alcuni soci abbiano la responsabilità illimitata per i debiti della società (diverse dalle PMI costituite da meno di tre anni o, ai fini dell’ammissibilità a beneficiare di aiuti al finanziamento del rischio, dalle PMI nei sette anni dalla prima vendita commerciale ammissibili a beneficiare di investimenti per il finanziamento del rischio a seguito della *due diligence* da parte dell’intermediario finanziario selezionato), qualora abbia perso più della metà dei fondi propri, quali indicati nei conti della società, a causa di perdite cumulate; c) qualora l’impresa sia oggetto di procedura concorsuale per insolvenza o soddisfi le condizioni previste dal diritto nazionale per l’apertura nei suoi confronti di una tale procedura su richiesta dei suoi creditori; d) qualora l’impresa abbia ricevuto un aiuto per il salvataggio e non abbia ancora rimborsato il prestito o revocato la garanzia, o abbia ricevuto un aiuto per la ristrutturazione e sia ancora soggetta a un piano di ristrutturazione; e) nel caso di un’impresa diversa da una PMI, qualora, negli ultimi due anni: 1) il rapporto debito/patrimonio netto contabile dell’impresa sia stato superiore a 7,5 e 2) il quoziente di copertura degli interessi dell’impresa (EBITDA/interessi) sia stato inferiore a 1,0.»

3.3 Questioni inerenti l'attuazione del principio di effettività sostanziale della tutela giurisdizionale nel rapporto tra Commissione, Corte di Giustizia e giudici nazionali. Possibili criticità e lacune

L'intervento degli organi giurisdizionali, comunitari e nazionali, rappresenta una fase eventuale dell'*iter* procedurale fin qui descritto.

Trattasi, invero, di situazioni patologiche legate alla corretta osservanza delle norme poste a presidio dei canoni di certezza, diligenza ed imparzialità su cui si basa il procedimento di richiesta e valutazione delle misure di sostegno potenzialmente riconducibili nella categoria degli aiuti di Stato¹⁰³.

Prima di approfondire la fattispecie appena descritta, occorre prospettare una visione generale del complessivo quadro relazionale tra i principali attori della procedura in esame.

In particolare è necessario concentrarsi sui ruoli di Commissione, giudici comunitari e giudice nazionale che potremmo definire distinti e complementari, richiamando la terminologia impiegata dalla giurisprudenza della CGUE¹⁰⁴.

3.3.1 Rapporti di coordinamento tra decisioni della Commissione e sentenze della Corte di Giustizia

Sorge in primo luogo un problema attinente la potenziale sovrapposizione della cognizione del giudice comunitario circa la sindacabilità del merito politico-economico alle decisioni della Commissione.

Come osservato in precedenza¹⁰⁵, la Commissione, nel corso degli anni, ha progressivamente limitato la propria discrezionalità valutativa attraverso una serie di atti atipici — comunicazioni, linee guida, orientamenti, codici di migliori pratiche — al fine di garantire maggiore certezza del diritto, maggiore regolarità del proprio operato, nel senso di verificabilità *ex post* e quindi assicurare un legittimo affidamento da parte dei soggetti interessati dell'attività operativa e valutativa che essa svolge.

Quanto ai provvedimenti della Commissione è opportuno richiamare le tipologie già analiticamente descritte nella precedente trattazione, che possono essere differenziate a

¹⁰³ Esempio emblematico è rappresentato dalla violazione dell'obbligo di *standstill* ex art. 108, par. 3 TFUE da parte degli Stati membri interessati, con declaratoria d'illegalità dell'aiuto erogato in violazione dei termini dilatori previsti da parte della Commissione e contestuale disposizione dell'ordine di recupero, mediante decisione formale.

¹⁰⁴ Corte Giust. dell'11 luglio 1996, causa C-39/94, Syndicat français de l'Express International (SFEI) e a., punto 41; 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, van Calster e a., punto 47; 5 ottobre 2006, causa C-368/04, Transalpine, punto 37.

Aggettivi impiegati per descrivere il rapporto tra Commissione e giudici nazionali, ma facilmente attribuibili anche al legame tra la prima e la CGUE.

¹⁰⁵ Vd. *supra* pagg. 36ss.

seconda che si esplichino in una pronunzia meramente formale sulla legalità della misura ovvero statuiscano nel merito sulla compatibilità della stessa, semplice o condizionata.

Avverso tali decisioni è esperibile un ricorso *ex art. 263 TFUE* presso la Corte di Giustizia tenendo presente che, alla luce di possibili lacune in materia di legittimazione attiva, l'attuale formulazione dell'art. 263 TFUE ha esteso notevolmente i margini di azione dinanzi alla Corte di Giustizia, ai fini di garantire effettiva tutela alle diverse "posizioni giuridiche individuali".

È riconosciuta, quindi, la legittimazione ad agire non soltanto ai soggetti formalmente destinatari dell'atto normativo dell'Unione, ma anche a tutti coloro sostanzialmente coinvolti "direttamente ed individualmente" dallo stesso, dimostrando così di avere un interesse ad agire personale ed effettivo, che differenzia la propria posizione rispetto ad altri cointeressati.

La Corte, che nelle ipotesi di ricorso promosso da privati è identificata nell'organo del Tribunale, ha competenza solo per quanto concerne gli aspetti tecnico-giuridici, non già di merito economico-politico; è giudice di legittimità e, salvo errori manifesti nella valutazione operata dalla Commissione circa la qualificazione di una data misura come aiuto di Stato, non potrà sindacare le risultanze dell'esame di compatibilità esperito da quest'ultima e per il quale ha competenza esclusiva¹⁰⁶.

Sarà possibile contestare l'atto solo nel caso limite di un vizio sul piano formale che ne inficia *ab origine* la regolarità; pertanto, posta la validità del provvedimento della Commissione, nulla potrà esser fatto per ottenere una tutela delle rispettive posizioni giuridiche individuali che si presumono essere state lese dalla decisione così adottata¹⁰⁷.

Si presenta un problema più apparente che reale, posto che i criteri che la Commissione ha provveduto ad enunciare e puntualizzare nel novero degli atti atipici, sarebbero qualificabili in realtà come norme strumentali ed interne, che la CGUE non potrebbe in ogni caso assumere come parametro per sindacare la validità e la legittimità di un atto della Commissione stessa.

Invero, la Corte può censurare il fatto che la Commissione, dopo aver consolidato determinati parametri regolamentari della propria attività, non vi si attenga in seguito nelle proprie decisioni, creando in tal modo una violazione del principio di legittimo

¹⁰⁶ Ciò determina, sul piano concreto, una forte limitazione degli spazi di manovra sul piano processuale e degli strumenti di tutela da parte di quei soggetti comunque interessati dall'esito della decisione della Commissione. In particolare, sia essa positiva che negativa, esprime una valutazione discrezionale che non può essere contestata o ribaltata sullo stesso terreno, senza creare un'interferenza nel riparto di prerogative di un organo tecnico-specialistico.

¹⁰⁷ Più semplicemente, sembra che, se un soggetto ritiene che una misura di sostegno, dichiarata compatibile dalla Commissione, produca invero un effetto pregiudizievole sul piano concorrenziale, non siano stati apprestati rimedi giudiziali capaci di assicurare giustizia sostanziale, determinando così una violazione dell'art. 24 Cost., nonché degli artt. 6 CEDU e 47 della Carta di Nizza.

affidamento che i terzi interessati abbiano in tal senso.

Non si registra una violazione del riparto di competenze posto che la Corte non scende nel merito della razionalità delle linee direttive che la Commissione si pone in autoregolamentazione, ma ne stigmatizza l'incoerenza di condotta.

Ne consegue, inoltre, che tali direttive di autoregolamentazione possano essere utilizzate per dichiarare la legittimità di un provvedimento della Commissione anche in un ambito che ecceda il potere di cognizione della Corte, trattandosi di semplici constatazioni di fatto.

3.3.2 Il ruolo “complementare” del giudice nazionale nell’effettività sostanziale della tutela giurisdizionale

Tanto premesso in relazione all’interazione tra Commissione e Corte di Giustizia, dobbiamo rinvenire nel ricorso al giudice nazionale uno strumento integrativo che renda effettivo il principio di tutela giurisdizionale sostanziale centrale nella politica legislativa dell’Unione Europea e riconosciuto definitivamente nell’art. 1 del codice di procedura amministrativa nazionale.

Al giudice nazionale rimane, infatti, il potere di accertare, dichiarare e dare esecuzione alle posizioni giuridiche soggettive di cui si assume la lesione.

In siffatta materia, vertendosi in ambito di giurisdizione esclusiva, il potere del giudice amministrativo potrebbe risultare particolarmente pregnante ed articolato, seppure vincolato ad un accertamento dell’atto su aspetti puramente formali.

A quest’ultimo è riconosciuto il compito di garantire il rispetto del diritto dell’Unione e di tutelare i diritti dei terzi, attraverso l’interpretazione della norma europea e di procedere ad una corretta qualificazione delle fattispecie rientranti nella categoria cui appartiene l’atto impugnato, potendo infine procedere alla diretta disapplicazione delle norme interne in contrasto ovvero, in caso di fondate perplessità sulla corretta esegesi, sollevare l’incidente di costituzionalità presso la Consulta, nonché disporre misure cautelari in casi di urgenza qualora ravvisi *periculum in mora*.

Il giudice è munito anche di canali comunicativi e collaborativi¹⁰⁸ con la Commissione europea, potendo infatti richiedere pareri in merito ai casi così prospettati, nonché il potere di sospendere il giudizio e promuovere un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia *ex art. 267 TFUE*, qualora si palesino dubbi interpretativi sulle norme di diritto europeo e sulla validità degli atti delle istituzioni europee.

¹⁰⁸ Forme collaborative elaborate in ossequio al principio di leale collaborazione ed indicate nella Comunicazione 2009/C 85/01 della Commissione relativa “all’applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali”, par. 3.

Si distinguono quindi in richieste rivolte alla Commissione, da parte del giudice, di trasmissione d’informazioni pertinenti ovvero di pronuncia di un parere in merito all’applicazione delle norme sugli aiuti di Stato.

Per dare maggiore chiarezza al discorso che si sta sviluppando, è opportuno riferirlo alla materia particolare oggetto del presente approfondimento — gli aiuti di Stato — nella quale si sono manifestate le criticità evidenziate sopra in via teorica.

3.3.3 Problematiche e questioni aperte in materia di valutazione amministrativa e giurisdizionale della legalità degli aiuti di Stato

In primo luogo, sorgono alcune perplessità in dottrina circa l'effettiva distinzione tra i due campi operativi della qualificazione della fattispecie come aiuto di Stato e la sua compatibilità con il mercato comune.

Una problematica che potrebbe apparire speciosa, ma che cela alcune riflessioni sull'effettivo ruolo degli organi giurisdizionali (comunitario e nazionale), coinvolti nella disamina dell'atto, con conseguente possibilità di uno sconfinamento nell'esercizio delle rispettive funzioni.

Per verificare la corretta qualificazione della misura come aiuto di Stato e verificarne la compatibilità ai sensi della normativa comunitaria, è necessario verificare preliminarmente che la stessa produca un impatto anti-concorrenziale nell'organizzazione del mercato comune.

Tale condizione costituisce la base condivisa di due valutazioni distinte, la prima di carattere formale si fonda sull'esegesi della lettera della legge, l'altra, di carattere sostanziale, valuta la ricaduta della misura nel sistema economico e in particolare nel gioco della concorrenza.

Questa doppia valutazione della stessa operazione finanziaria pone un fondato pericolo di una sovrapposizione di giudicati che possa condurre ad un contrasto giurisdizionale, nel quale una misura formalmente illegittima risulti sostanzialmente compatibile con il principio della concorrenza ovvero una misura perfettamente legittima produca nella sostanza del caso concreto delle ricadute anti-concorrenziali.

Al riguardo in dottrina si è osservato che: «Mentre ai fini della qualificazione di una misura come aiuto di Stato, non è dunque, e in sé determinante che l'effetto distorsivo sia più o meno marcato (purché sia sensibile), viceversa, nel contesto del giudizio di compatibilità il grado di alterazione della concorrenza assume invece maggior rilevanza.»¹⁰⁹.

In forma ancora più chiara: «La differenza tra un aiuto compatibile e uno incompatibile non è l'assenza (o il venire meno) nel primo, di un profilo di anti-concorrenzialità, ma è piuttosto il minor peso che tale ultimo aspetto assume all'esito di un bilanciamento con i (maggiori) vantaggi che contestualmente una misura è nel caso specifico in grado di produrre»¹¹⁰.

¹⁰⁹ C. Schepisi, *op. cit.*, paragrafo 4, nota 21.

¹¹⁰ C. Schepisi, *op. cit.*, par. 4.

In questo ordine di idee, il giudizio di compatibilità si differenzia non solo per il profilo materiale su cui si sviluppa, ma soprattutto per una diversa metodologia che lo contraddistingue, non muovendo da una prospettiva dichiarativa e definitiva, ma comparativa e pragmatica nel risolvere bilanciamento di interessi rilevanti nel caso concreto.

Gli ambiti operativi non potrebbero pertanto essere più diversi e si vuole evitare, quindi, che l'operatore giuridico possa, con una valutazione generale sugli effetti distorsivi, funzionale alla qualifica (giuridica) della misura come aiuto di Stato, determinarne anche la compatibilità (economica).

3.3.3.1 Problematiche attuative ed esecutive delle misure di aiuto di Stato

Fatte le debite premesse generali è necessario, ora, focalizzarsi sulle criticità che possono connotare le misure disposte dagli Stati membri.

In particolare emerge la condizione d'illegalità in cui verte un aiuto (formalmente non ancora qualificato come tale) erogato ante tempo la decisione finale della Commissione, in violazione dell'art. 108, par. 3 TFUE.

Si prevede che la Commissione possa adottare una decisione di recupero *ex art.* 16 Reg. 2015/1589, finalizzata a ripristinare lo *status quo ante* all'alterazione dell'equilibrio concorrenziale che si è prodotta.

L'ordine di recupero, infatti, può essere disposto solo a seguito di una decisione d'incompatibilità dell'aiuto con il mercato comune e sempre che tale azione non si ponga in contrasto con i principi dell'Unione, che vengono riassunti ed elaborati nella Comunicazione 2019/C 247/01 della Commissione "sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili"¹¹¹.

Nelle more del procedimento ed a tutela delle posizioni giuridiche dei soggetti colpiti dall'erogazione anticipata della misura, è anche prevista *ex art.* 13 Reg. 2015/1589 la possibilità per la Commissione di disporre, con decisione, nei confronti dello Stato

¹¹¹ Come viene giustamente evidenziato dal testo della Comunicazione, ai punti 32-33: «Né il TUE né il TFUE identificano o elencano i principi generali del diritto dell'Unione europea che invece gli organi giurisdizionali dell'Unione hanno ricavato dai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri.

Anche se ispirano l'intero quadro giuridico dell'Unione europea, nel contesto della politica di recupero degli aiuti di Stato detti principi sono oggetto di un'interpretazione restrittiva. Non si possono accettare pertanto affermazioni generiche di una presunta violazione di un principio generale del diritto dell'Unione europea.».

Vengono quindi richiamati i principi di certezza del diritto, dell'autorità della *res iudicata*— su cui sono state espresse alcune riserve da parte della giurisprudenza CGUE —, il principio *ad impossibilia nemo tenetur*, il vincolo della prescrizione ed infine il principio di tutela del legittimo affidamento. Per quest'ultimo, in particolare, viene fornita un'elencazione esaustiva di situazioni in cui non possa ritenersi sussistente: 1) il silenzio serbato dalla Commissione su una misura di aiuto che le viene notificata; 2) l'inerzia della Commissione nel caso di una misura di aiuto che non le è stato notificato; 3) l'adozione di una decisione di avvio di un'indagine formale ai sensi dell'articolo 6 del regolamento di procedura, nell'ambito della quale la Commissione svolge solo una valutazione provvisoria della misura di aiuto in esame, in quanto il beneficiario non può fondare un legittimo affidamento su una decisione provvisoria; 4) l'inerzia della Commissione per un periodo relativamente lungo; 5) una precedente decisione della Commissione; 6) l'adozione di una serie consecutiva di decisioni della Commissione che autorizzano la concessione di aiuti, successivamente annullate dagli organi giurisdizionali dell'Unione; 7) una proposta di decisione della Commissione sottoposta al Consiglio.

interessato, un'ingiunzione di sospensione dell'erogazione ovvero di recupero a titolo provvisorio del *quantum* già concesso.

La Commissione può altresì autorizzare lo Stato a corrispondere comunque un aiuto di carattere emergenziale al soggetto beneficiario, a compensazione del recupero dell'aiuto illegale così erogato in precedenza (art. 13, par. 2 Reg. cit).

Qualora lo Stato membro non si conformi a tali disposizioni, la Commissione potrà avviare un procedimento d'infrazione deferendo la controversia direttamente alla CGUE *ex art.* 108, par. 2 TFUE¹¹².

Considerato che il procedimento di recupero deve realizzare una tutela sostanziale volta ad un risultato concreto, è previsto che suddetta decisione possa essere oggetto di ricorso dinanzi alla CGUE *ex art.* 263 TFUE, ristabilendo la pienezza del principio di effettività della tutela sostanziale.

A chiusura del cerchio si aggiunge anche la possibilità d'impugnare, presso il giudice nazionale, le misure esecutive dell'ordine di recupero, contestualmente alla contestazione della validità della decisione d'incompatibilità, per cui il giudice provvederà a rinviare pregiudizialmente la questione alla CGUE *ex art.* 267 TFUE.

Tornando alla problematica oggetto di trattazione vediamo come in concreto si sono posti i rapporti d'interazione tra istituzioni comunitarie e giudici nazionali nel processo di definizione, attuazione ed esumazione degli aiuti di Stato, al fine di verificare se effettivamente si sono originate quelle sovrapposizioni di competenze, criticità di relazione e lacune normative di cui si è detto sopra.

In materia, merita attenzione il ruolo complementare del giudice nazionale così come precisato dalla giurisprudenza comunitaria.

Operatività che si distingue nei livelli di *private* e *public enforcement*.

Per quanto concerne il primo, osserviamo come sul piano interno l'art. 108, par. 3 TFUE abbia efficacia diretta e sia pertanto produttivo di situazioni giuridiche individuali invocabili e tutelabili direttamente dinanzi al giudice nazionale che, *ex art.* 49 l. 234/2012 ed art. 133 *z-sexies* c.p.a., è identificato nel giudice amministrativo, munito di giurisdizione esclusiva¹¹³.

¹¹² Comunicazione 2019/C 247/01 della Commissione “sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili”, par. 6.1, punto 153.

Al riguardo si precisa che la decisione di procedere per vie sanzionatorie è rimessa alla discrezionalità della Commissione, che deve decidere sulla base delle circostanze *uti singuli*: «alla luce di motivazioni obiettive, dell'impegno dello Stato membro e delle azioni già intraprese al fine di eseguire la decisione. La Commissione può anche tener conto del fatto che l'aiuto sia stato recuperato parzialmente e, in tal caso, in quale percentuale.». Si deve ritenere che il ravvedimento operoso riduca il pericolo materiale di un *vulnus* all'equilibrio concorrenziale e conduca la Commissione a più miti consigli, confermando ancora una volta il terreno pratico e materiale su cui si dispiega il potere discrezionale della stessa. La reazione sanzionatoria sarà quindi proporzionata all'effettività di conseguenze dannose e non a valutazioni di ordine giuridico formale.

¹¹³ Inoltre, la stessa Commissione, nella Comunicazione 2019/C 247/01 “sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili”, par. 5, punto 141, sottolinea come: «i procedimenti dinanzi ai giudici amministrativi, se disponibili, tendono a garantire una più rapida esecuzione degli ordini di recupero rispetto ai procedimenti in sede civile.».

In forza di quanto sopra, il singolo che si ritenga pregiudicato nei suoi interessi dall'aiuto conferito ai soggetti beneficiari (es. concorrenti dell'impresa *de qua*), potrà adire il giudice per rilevare il contrasto tra l'atto normativo interno, che abbia istituito ovvero disposto l'aiuto, e le disposizioni di diritto comunitario al fine di ottenerne così la disapplicazione.

A tutela degli interessi lesi dall'erogazione ante tempo dell'aiuto, il giudice nazionale dispone di un ampio novero di rimedi applicabili, anche in via cautelare qualora se ne prefigga la necessità.

La Comunicazione 2009/C 85/01 della Commissione relativa "all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali" fornisce un'esaustiva disamina degli stessi¹¹⁴.

In particolare, il giudice può disporre la sospensione del pagamento dell'aiuto illegale, non limitandosi quindi ad intervenire ad erogazione già avvenuta, bensì dovendosi attivare, nell'imminenza di realizzazione, per impedirla *ex ante*.

Qualora l'aiuto sia stato illegittimamente erogato, il giudice potrà disporre l'integrale recupero dal beneficiario, a prescindere, come già precisato, dalla valutazione di compatibilità ad opera della Commissione.

Invero, la sua competenza è limitata a qualificare la misura come aiuto di Stato e verificare l'applicabilità o meno della clausola sospensiva *ex art. 108, par. 3 TFUE*.

In base a ciò, verrà deciso se procedere o meno al recupero.

Come già anticipato, tuttavia, sorgono alcune problematiche in termini di sovrapposizione di giudizi che in questo contesto potrebbe emergere.

Come osservato in dottrina: «il giudice deve rimediare concretamente agli effetti della situazione illegittima»¹¹⁵, ossia è chiamato a definire e risolvere, in base agli strumenti accordati dal diritto interno, tutte le controversie afferenti il contratto di finanziamento di pubblica rilevanza, che insorgano a seguito di vizi propri dell'esecuzione per garantire che l'intera operazione finanziaria raggiunga gli scopi per cui è definita dalle norme comunitarie.

Quanto alle suddette problematiche saranno individuate ed esaminate con maggior approfondimento nel proseguo della trattazione, in particolare nell'esame delle questioni relative all'azionabilità dei diritti nel quadro di un contratto di finanziamento che si appalesi come un mutuo di scopo legale¹¹⁶.

¹¹⁴ Comunicazione 2009/C 85/01 della Commissione relativa "all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali", par. 2.2, sez. 2.2.1-2.2.6

¹¹⁵ Schepisi, *op. cit.*, par. 7.

¹¹⁶ Vd. *infra* Cap. 2, par. 1.2.

In ossequio ai principi summenzionati, qualora sia stato ingenerato in capo al beneficiario un legittimo affidamento — assente nell'ipotesi di concessione dell'aiuto in spregio alla procedura *de qua*¹¹⁷ — il recupero della misura non potrà essere disposto.

Ancora, sulla scorta della giurisprudenza del caso *CELF*¹¹⁸, il giudice non sarà più onerato dall'obbligo di procedere al recupero dell'aiuto se, nelle more del giudizio, sia intervenuta una dichiarazione di compatibilità della Commissione, considerato che: «la finalità della clausola sospensiva consiste nell'assicurare che sia data esecuzione unicamente ad aiuti compatibili, tale finalità non può più essere contraddetta qualora la Commissione abbia già confermato la compatibilità.»¹¹⁹.

Viene confermato, quindi, che la *ratio* dell'art. 108, par. 3 TFUE sia quella di prevenire l'erogazione di aiuti incompatibili, non già meramente illegali.

Asserzione quasi intuitiva, considerata la finalità di tutela dell'equilibrio concorrenziale e non della regolarità formale delle procedure. Tenuto conto, tuttavia, del fatto che sia rimesso al giudice il compito di garantire l'osservanza di tale disposizione e che la stessa rappresenti un ponte tra la forma e la sostanza, è più attuale che mai il problema di sovrapposizione di cui sopra, per cui le decisioni adottate dal giudice indirettamente concernono anche la compatibilità della misura stessa.

Si precisa, infine, come all'esito di una decisione di compatibilità il giudice non sia più tenuto, in base al diritto comunitario, a procedere al recupero integrale dell'aiuto e, tuttavia, non è escluso che lo stesso possa esser disposto in forza del diritto nazionale, qualora si appalesi in base al diritto interno la necessità di procedere alla ripetizione d'indebito.

È però una decisione che non preclude allo Stato di procedere nuovamente al dare esecuzione allo stesso.

Considerato che il vantaggio nel percepire un sostegno economico non si concretizza solo sul piano puramente finanziario, bensì anche in relazione al momento in cui lo stesso viene acquisito, il fatto che un aiuto di Stato venga erogato anzitempo genera sicuramente un beneficio indebito che altrimenti non si sarebbe verificato.

Motivo per cui viene prevista la possibilità per il giudice di disporre anche il recupero degli interessi e, considerata la natura non retroattiva e non sanante della decisione di compatibilità, gli stessi dovranno ad ogni modo esser richiesti dal giudice e determinati in base al periodo d'illegalità che è intercorso tra l'esecuzione anzitempo e la dichiarazione di compatibilità.

Volgendo uno sguardo più nello specifico alla figura dei soggetti pregiudicati dall'aiuto concesso illegalmente (concorrenti beneficiari e terzi comunque titolari di un interesse

¹¹⁷ Quanto così esplicitato nella Comunicazione al par. 2.2.2, punto 32, richiamante l'orientamento della CGUE, che in base al criterio dell'operatore economico diligente afferma come sia possibile accertarsi della legittimità dell'aiuto erogato.

¹¹⁸ Causa C-199/06, *CELF e Ministre de la Culture et de la Communication*, punti 45-46 e 55.

¹¹⁹ Comunicazione 2009/C 85/01 della Commissione relativa "all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali", par. 2.2.2, punto 34.

meritevole di tutela — es. ripetizione del *quantum debeatur* in forza di un tributo istituito per finanziare la misura —), è ampiamente riconosciuta la possibilità di avviare azioni di risarcimento danni nei confronti delle amministrazioni nazionali coinvolte nel procedimento di concessione ed erogazione¹²⁰.

Importante precisare come le azioni risarcitorie siano indipendenti dalla valutazione della Commissione, posto che il danno è effettivamente stato subito dall'erogazione dell'aiuto prodottasi in violazione della clausola di sospensione.

Ci si potrebbe chiedere, ancora una volta, se questo non sia sintomo di una sovrapposizione tra i due ambiti di compatibilità ed illegalità, posto che il danno sia stato generato dall'effetto anti-concorrenziale che la misura ha avuto.

Invero, in questo caso, parrebbe non sussistere problematica, sulla base del fatto che il danno è stato cagionato non tanto per l'erogazione dell'aiuto *ex se*, ma per il *quando* ed il *quomodo*, motivo per cui un aiuto, benché astrattamente compatibile con il mercato (quindi produttivo sì di un effetto anti-concorrenziale, ma “tollerabile”), per il solo fatto di essere stato erogato anzitempo produce un vantaggio indebito e parallelamente il danno patito dai ricorrenti, i quali sono pertanto legittimati ad agire anche in presenza di una dichiarazione di compatibilità.

Nonostante il silenzio dell'art. 108, par. 3 TFUE, per cui non sussistono particolari obblighi in capo ai beneficiari degli aiuti e, quindi, l'assenza di qualsivoglia copertura giuridica da parte del diritto comunitario, è stata ampiamente riconosciuta la possibilità di promuovere azioni risarcitorie, per responsabilità aquiliana, nei loro confronti¹²¹.

Al pari delle prerogative riconosciute alla Commissione dal diritto comunitario ed in ottemperanza ai propri doveri, i giudici nazionali sono tenuti a disporre, qualora necessario al fine di garantire tutela ai diritti dei singoli, misure a titolo provvisorio per inibire o contrastare gli effetti degli aiuti in procinto di essere erogati illegalmente

¹²⁰ Oltre alle azioni riconosciute sul piano del diritto nazionale, posta l'efficacia diretta e vincolante dell'art. 108, par. 3 TFUE e sulla base della giurisprudenza CGUE dei casi *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur*, si riconosce l'obbligo in capo agli Stati membri, rei di aver violato con la propria condotta il diritto comunitario, di risarcire i danni subiti dai singoli e di compensarne le perdite. Secondo quanto affermato nel caso *Traghetti del Mediterraneo*, così ripreso nel testo della Comunicazione, la responsabilità sussiste qualora: «i) la legge violata sia destinata a conferire diritti agli individui; ii) la violazione sia sufficientemente grave; e iii) esista un nesso di causalità diretta tra la violazione dell'obbligo che incombe allo Stato membro e i danni subiti dalle parti lese.».

Cfr. Comunicazione 2009/C 85/01 della Commissione relativa “all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali”, sez. 2.2.4, punto 45.

Cfr. Corte Giust. cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich* e *Bonifaci* contro Italia, Racc. 1991, parte I, pag. 5357; cause C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame*, Racc. 1996, parte I, pag. 1029; causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo* contro Italia, citata alla nota 75, punto 45.

¹²¹ La responsabilità contrattuale può essere influenzata dal diritto nazionale, in particolare dall'appartenenza ad ordinamenti di *civil* o *common law*, mentre la responsabilità civile è ancorata al principio etico e sociale del *neminem laedere*, principio fondante anche dell'Unione e che resta quindi intangibile dalle valutazioni di merito politico, quali quelle relative alla compatibilità.

ovvero già concessi¹²².

Da qui, due possibili esiti: la Commissione dichiara l'aiuto incompatibile, pertanto le somme già recuperate a titolo provvisorio verranno definitivamente restituite all'amministrazione erogatrice; la Commissione dichiara l'aiuto compatibile, determinando così il rilascio dei fondi al beneficiario, il quale sarà comunque tenuto alla corresponsione degli interessi per il periodo d'illegalità.

Per quanto concerne, invece, il *public enforcement* e quindi l'esecuzione delle decisioni di recupero da parte della Commissione ex art. 14 Reg. 2015/1589, occorre precisare il ruolo dello Stato nel dare esecuzione all'ordine in questione, anche attraverso l'identificazione dei soggetti beneficiari e la determinazione le *quantum debeatur*, in uno spirito di leale collaborazione ex art. 4, par. 3 TUE.

Ex art. 16 Reg. 2015/1589, lo Stato dovrà procedere al recupero dell'aiuto attraverso le modalità previste dal diritto interno, in modo da assicurare immediatezza ed effettività alla decisione della Commissione.

Il recupero deve essere esperito fintanto che l'aiuto sia effettivamente ripetibile, in osservanza del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, quindi fatti salvi i casi di effettiva e comprovata impossibilità assoluta¹²³ e comunque non oltre il termine decennale di prescrizione¹²⁴.

Qualora il beneficiario dell'aiuto si opponga al recupero, l'autorità competente potrà deferire la questione al giudice amministrativo, affinché adotti un provvedimento finalizzato a garantire il rimborso della misura.

Il beneficiario, per contro, potrà promuovere un ricorso avverso gli atti di esecuzione dell'ordine di recupero.

È riconosciuta, inoltre, la possibilità di contestare la validità della decisione negativa della Commissione, non solo per via diretta con un'azione di annullamento ex art. 263

¹²² Decisione che può essere disposta a prescindere dall'instaurazione del procedimento d'indagine formale, purché il giudice qualifichi, nell'alveo del proprio procedimento, la misura come aiuto di Stato e non sussistano circostanze peculiari che rendano inopportuno il recupero, anche a titolo provvisorio.

Allo stesso modo, in presenza dell'*iter* procedurale dinanzi alla Commissione, il giudice dovrà attivarsi per tutelare tempestivamente i diritti dei singoli esposti ad un pregiudizio, nonché garantire l'utilità e l'effettività della decisione della Commissione di avviare l'indagine formale.

Se si consentisse, invero, agli Stati di procedere indipendentemente dall'attività dell'Istituzione europea, verrebbe meno il senso stesso dell'esistenza di tali presidi e sarebbe inesorabilmente pregiudicata la *ratio* della clausola sospensiva.

¹²³ In tal caso, sulla base del principio di leale collaborazione, così come esplicitato nel par. 3 della Comunicazione 2009/C 85/01 della Commissione relativa "all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali", il giudice e la Commissione potranno ricercare una soluzione condivisa in merito alle alternative possibili al recupero.

¹²⁴ Si deve in ogni caso garantire l'osservanza dei principi dell'Unione, ma soprattutto preservare il legittimo affidamento ingenerato nei beneficiari dell'aiuto e dei terzi in buona fede, per cui si precisa nuovamente come non possa ritenersi esistente in forza di un'erogazione illegale.

TFUE, ma anche indirettamente nel novero di un contenzioso nazionale; in tal caso al giudice spetterà il compito di promuovere un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* alla CGUE.

Come viene precisato dalla stessa giurisprudenza comunitaria¹²⁵, tuttavia, se il ricorrente era titolare del diritto di promuovere un'azione diretta dinanzi alla Corte, ma abbia lasciato decorrere inutilmente i termini perentori *ex art. 263 TFUE* non potrà far nemmeno richiesta di rinvio pregiudiziale e, pertanto, il giudice non potrà sospendere l'esecuzione del recupero per motivi attinenti alla validità di suddetta decisione.

Se, tuttavia, sussistono dubbi circa la legittimazione del ricorrente nell'agire direttamente contro l'atto dell'Unione — o comunque lo stesso fosse avulso dalla categoria dei legittimati attivi —, il giudice nazionale, cui sia stata deferita la controversia sulla validità e legittimità della decisione, dovrà rivolgersi in via pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*¹²⁶.

È bene, inoltre, fare il punto su di un importante aspetto concernente la gerarchia dei principi fondamentali menzionati a più riprese nel corso della trattazione.

In particolare, nel caso in cui il giudice abbia pronunciato una sentenza, passata in giudicato, che si ponga in contrasto con una previgente decisione della Commissione, inerente l'illegalità e l'incompatibilità di un aiuto di Stato, che sia peraltro divenuta definitiva, il principio della *primauté* del diritto europeo sul diritto nazionale determina una regressione del principio dell'autorità della *res iudicata*, che non potrà essere quindi invocato per impedire il recupero di un aiuto illegale, determinando così un perpetrarsi della violazione del diritto dell'Unione¹²⁷.

¹²⁵ Giurisprudenza “*Deggendorf*”, Causa C-355/95 P, TWD c. Commissione.

¹²⁶ In presenza di determinate circostanze, si precisa, il giudice può disporre la sospensione degli ordini di recupero. La giurisprudenza CGUE ha in particolare affermato che la decisione può essere presa a condizione che: «1) tale giudice nutra gravi riserve sulla validità dell'atto comunitario e provveda direttamente ad effettuare l'invio pregiudiziale, nell'ipotesi in cui alla Corte non sia già stata deferita la questione di validità dell'atto contestato; 2) ricorrano gli estremi dell'urgenza, nel senso che i provvedimenti provvisori sono necessari per evitare che la parte che li richiede subisca un danno grave e irreparabile; 3) il giudice tenga pienamente conto dell'interesse della Comunità; 4) nella valutazione di tutti questi presupposti, il giudice nazionale rispetti le pronunce della Corte o del Tribunale di primo grado in ordine alla legittimità dell'atto comunitario o un'ordinanza in sede di procedimento sommario diretta alla concessione, sul piano comunitario, di provvedimenti provvisori analoghi.»

Cfr. Comunicazione della Commissione 2007/C 272/05 “Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili”.

¹²⁷ Corte Giust. del 18 luglio 2007, *Lucchini*, C-119/05, punti da 61 a 63.

Capitolo II — Temporary Framework e Next Generation EU

1. Temporary Framework. Connotati generali. Straordinarietà ed urgenza degli interventi predisposti. Articolazione operativa. Meccanismo “Garanzia Italia”. Vincolatività delle condizioni e ricezione nel mutuo di scopo.

1.1 Temporary Framework come atto atipico o intervento *sui generis*

Per coerenza logica di esposizione, ci si sofferma *in prima facie* sul principale mezzo d’azione nella prima fase della crisi pandemica, il regime temporaneo nella disciplina degli aiuti di Stato, indicato più comunemente come Temporary Framework¹²⁸.

Come già osservato, rappresenta uno strumento di ampia flessibilità, impiegato dalla Commissione per arginare le conseguenze della crisi pandemica, evitare un collasso economico attenuando il proprio rigore nel vaglio di compatibilità degli aiuti di Stato. Notiamo che la Commissione ha adottato un *modus operandi* volto a consentire, in via derogatoria e temporanea, un ingente intervento pubblico a sostegno dell’economia attraverso una serie di misure che, altrimenti, non sarebbero state ritenute compatibili con la disciplina degli aiuti di Stato.

In un prospettiva generale maggiormente permissiva viene comunque preservato e mantenuto il ruolo di controllo della Commissione, anche attraverso l’elaborazione di *finalità specifiche e condizioni puntuali*, onde evitare un abuso dello strumento e garantirne la compatibilità con le disposizioni generali, in ottica di preservare l’integrità del mercato interno e la parità tra gli Stati membri, elementi imprescindibili nella ripresa collettiva e nel conseguimento degli obiettivi dell’Unione.

Per quanto concerne le *finalità specifiche* emerge la necessità di far fronte alla grave carenza di liquidità che le imprese, in particolare le PMI, hanno dovuto affrontare senza preavviso, nonché ai relativi danni cagionati dal divampare della pandemia che ha determinato un crollo di domanda e offerta e minacciato la redditività.

Altro punto focale della *ratio* del Temporary Framework è rappresentato dal mantenimento del flusso di credito all’economia; garantire l’operatività dei canali di finanziamento a condizioni dedicate risulta un elemento indefettibile per la realizzazione del quadro temporaneo di aiuti così delineato dalla Commissione, alla luce delle difficoltà che indistintamente hanno colpito tanto le imprese definite “sane” quanto quelle che già

¹²⁸ Comunicazione della Commissione COM(2020) 1863 “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19”.

presentavano elementi di criticità¹²⁹.

Esplicito riferimento, inoltre, viene fatto a settori e soggetti particolarmente segnati dall'epidemia: «trasporti, turismo, cultura, accoglienza, commercio al dettaglio e gli organizzatori di eventi annullati»¹³⁰.

Quanto alle *condizioni*, oltre quelle già note di parità, coesione tra gli Stati membri e necessaria compatibilità del regime speciale con l'integrità del mercato, risulta dal testo consolidato della Comunicazione che: «gli aiuti concessi a norma dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b), del TFUE devono compensare i danni causati direttamente dalla pandemia di COVID-19¹³¹, ad esempio, i danni causati direttamente dalle misure di *lockdown* che impediscono al beneficiario di esercitare la propria attività economica.

Per contro, gli altri tipi di aiuti volti a porre rimedio in modo più generale alla crisi economica innescata dalla pandemia di COVID-19 devono essere valutati alla luce della diversa base di compatibilità rappresentata dall'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), del TFUE, e quindi, in linea di principio, alla luce del presente quadro temporaneo.»¹³².

La Commissione dunque individua specifiche misure temporanee in materia di aiuti di Stato a sostegno delle imprese in difficoltà, per le quali si delinea una sorta di “corsia preferenziale” con riguardo al vaglio di compatibilità *ex art.* 107, par. 3 lett. b) TFUE.

Tale vaglio richiede agli Stati membri di dimostrare che: «le misure di aiuto di Stato notificate alla Commissione in applicazione della presente comunicazione sono necessarie, adeguate e proporzionate per porre rimedio a un grave turbamento dell'economia dello Stato membro interessato e che sono pienamente rispettate tutte le condizioni della presente comunicazione.»¹³³.

¹²⁹ Comunicazione della Commissione COM(2020) 1863 “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19”, punto 6: «Gli aiuti di cui alla presente comunicazione concessi dagli Stati membri alle imprese a norma dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), del TFUE, erogati attraverso le banche che agiscono come intermediari finanziari, vanno a diretto beneficio delle imprese. Tali aiuti non hanno l'obiettivo di preservare o ripristinare la redditività, la liquidità o la solvibilità delle banche [...] non si configurerebbero come un sostegno finanziario pubblico straordinario ai sensi della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio né del regolamento 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio e non sarebbero valutati ai sensi delle norme sugli aiuti di Stato applicabili nel settore bancario.»

¹³⁰ Comunicazione della Commissione COM(2020) 1863 “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19”, punto 15.

¹³¹ Con riguardo alla finalità di compensazione dei danni derivanti dalla pandemia, per compiutezza espositiva si cita la Comunicazione della Commissione COM(2020) 1863 “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19”, punto 6: «gli aiuti concessi dagli Stati membri alle banche a norma dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b), del TFUE per compensare i danni diretti subiti a causa della pandemia di Covid-19 non hanno l'obiettivo di preservare o ripristinare la redditività, la liquidità o la solvibilità di un ente o di un soggetto. Pertanto tali aiuti non si configurerebbero come un sostegno finanziario pubblico straordinario ai sensi della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio né del regolamento 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio e non sarebbero valutati ai sensi delle norme sugli aiuti di Stato applicabili nel settore bancario.»

¹³² Comunicazione della Commissione COM(2020) 1863 “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19”, punto 15-*bis*.

¹³³ Comunicazione della Commissione COM(2020) 1863 “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19”, punto 19.

La Comunicazione prosegue con la disamina dei vari regimi sostanziali d'intervento così ricompresi nel quadro del Temporary Framework. Per ciascuna tipologia di aiuti vengono enucleate le condizioni di erogabilità e compatibilità con la disciplina generale che, sebbene formulate con una terminologia dialogica, presentano carattere mirato e precettivo, non già ideale e programmatico¹³⁴.

È stato delineato un insieme eterogeneo di aiuti di Stato nel quadro temporaneo, concernente misure che operano al fine di garantire innesti di liquidità, principalmente alle imprese, nelle “tradizionali” forme di capitale di rischio e di debito.

Oltre alle generali modalità di sostegno appena citate, sono altresì previsti particolari regimi di aiuti espressamente destinati al supporto di specifiche attività in campo sanitario¹³⁵, nonché a prevenire il licenziamento dei lavoratori dipendenti durante il corso della crisi pandemica¹³⁶.

Più nello specifico le varie tipologie di aiuti si distinguono, sul piano strutturale, in sovvenzioni dirette, *rectius* contributi a fondo perduto, anticipi rimborsabili, sostegno per costi fissi non coperti, garanzie statali sui prestiti (offerte anche per il tramite di enti creditizi ed intermediari finanziari), agevolazioni fiscali concernenti la sospensione ed il differimento dei versamenti tributari e previdenziali ed infine interventi mirati di ricapitalizzazione, che prevedono a condizioni particolarmente rigorose una partecipazione temporanea degli Stati al capitale delle società attraverso due modalità: l'emissione di azioni ordinarie o privilegiate ovvero “strumenti ibridi di capitale”, con natura mista di capitale di rischio e di debito (obbligazioni convertibili e debiti subordinati).

Trattandosi, per l'appunto, di un quadro temporaneo, il termine di efficacia era stato originariamente fissato al 31 dicembre 2020.

In un contesto sociale ed economico come quello attuale, tuttavia, anche una pianificazione di breve termine risulta estremamente labile, motivo per cui con la quarta integrazione ed il quinto emendamento al Temporary Framework, rispettivamente in data 13 ottobre 2020 e 28 gennaio 2021, l'applicabilità del regime derogatorio è stata

¹³⁴ Sorge il quesito circa la natura vincolante di suddette condizioni.

La comunicazione è atto atipico, pertanto non vincolante sul piano tecnico-giuridico. Rappresenta tuttavia una manifestazione degli orientamenti della Commissione in termini di valutazione di compatibilità delle misure erogate dagli Stati membri e quindi, in linea di massima, si può affermare come le stesse indicazioni rappresentino, *de facto*, condizioni vincolanti affinché gli aiuti disposti a livello nazionale possano essere vagliati come compatibili con il mercato.

Quanto sopra determinerà il legittimo affidamento da parte dei beneficiari delle misure di sostegno erogate e più in generale da tutti coloro direttamente od indirettamente interessati. La mancata garanzia dello stesso apre la strada ad un ricorso *ex* 263 TFUE dinanzi alla Corte di Giustizia.

¹³⁵ Nello specifico vengono identificate nelle attività di ricerca e sviluppo in materia COVID-19, realizzazione di prodotti connessi alla pandemia (medicinali, principi attivi e dispositivi medici) ed investimenti per le infrastrutture di prova ed *upscaling*, funzionali alla realizzazione dei prodotti appena citati.

¹³⁶ Da qui un importante spunto riflessivo circa il riconoscimento, sul piano comunitario, del diritto alla conservazione del posto di lavoro, che interesserà soprattutto la trattazione nel terzo capitolo.

estesa dapprima al 30 giugno 2021 ed infine prorogata fino al 31 dicembre 2021¹³⁷.

Ferme restando le indicazioni fornite dalla Commissione, a livello nazionale gli Stati hanno elaborato specifiche discipline per i vari regimi di aiuti, sempre in ossequio alle condizioni definite a livello comunitario e comunque nel rispetto dei principi generali e di concorrenza. Elementi da verificarsi ad ogni modo caso per caso, salvo le fattispecie *ex* art. 107, par. 2 lett. b) TFUE, considerate *ipso iure* compatibili con il mercato, ragion per cui il meccanismo di notifica è stato mantenuto.

Per quanto attiene l'Italia, la Commissione ha approvato nel corso del precedente anno una serie di regimi di aiuti implementati per far fronte alle emergenze economiche, sanitarie e sociali che la crisi pandemica ha generato ed accentuato.

Oltre ai già menzionati d.l. 23/2020 (c.d. "Decreto Liquidità") e d.l. 34/2020 (c.d. "Decreto Rilancio"), figurano in particolare il d.l. 18/2020 (c.d. "Decreto Cura Italia") e la serie dei cc.dd. "Decreti Ristori", attraverso cui sono state stanziati ingenti risorse economiche a supporto principalmente delle PMI¹³⁸, dei lavoratori autonomi ed in generale agli operatori dei settori particolarmente colpiti dalla crisi quali turismo, spettacolo, sport, agricoltura ed altre filiere collegate.

Interventi non solo sul piano diretto di liquidità, ma anche per via indiretta attraverso misure fiscali e garanzie statali sui finanziamenti erogati dalle banche a sostegno delle imprese.

Su queste ultime si focalizzerà l'attenzione, in particolare sarà oggetto di analisi il ruolo di SACE S.p.A. e del piano "Garanzia Italia", di cui ha beneficiato FCA Italy S.p.A.

Nonostante la prontezza d'intervento da parte dello Stato e dell'Unione europea nel cercare di arginare, per quanto possibile, le conseguenze estremamente negative della crisi pandemica sullo *status quo ante*, in lenta ripresa dopo la precedente *débâcle* del 2008, le lungaggini burocratiche hanno generato non poche difficoltà nell'effettiva erogazione degli aiuti previsti.

La stessa Unione Europea, infatti, ha più volte invocato una maggiore celerità e semplificazione delle dinamiche amministrative, sia a livello comunitario (come si evince dal tenore letterale della stessa Comunicazione sul Temporary Framework e, più in generale, da tutto il complesso di atti complementari) che a livello nazionale.

¹³⁷ Comunicazione della Commissione C(2020) 7127 "Quarta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine".

Comunicazione della Commissione C(2021) 564 "Quinta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine".

¹³⁸ Non sono state escluse, comunque, anche le grandi imprese (in particolare Alitalia S.p.A.), per cui sono stati previsti meccanismi d'innesto di liquidità attraverso capitale di rischio e di debito, gestiti dalla società veicolo "Patrimonio Rilancio".

1.1.1 Aiuti sotto forma di garanzie statali sui prestiti

Descritti al par. 3, sez. 3.2 della Comunicazione, rappresentano un importante mezzo attraverso cui permettere alle imprese di accedere con maggiore facilità ad innesti di liquidità, erogati dagli istituti di credito ed intermediari finanziari e garantiti dallo Stato. Una protezione dal rischio d'insolvenza che, date le circostanze e l'incertezza attuale dell'economia, si rivela essere molto alto.

Tali garanzie, tuttavia, vengono contingentate attraverso limiti temporali e quantitativi, prevedendo altresì un diverso tenore di condizioni a seconda che i beneficiari in difficoltà¹³⁹ siano PMI ovvero grandi imprese.

In linea con la vigenza del quadro temporaneo, potranno essere concesse entro il 31 dicembre 2021 ed avere una durata massima di 6 anni.

Le garanzie, inoltre, non potranno superare una data percentuale del *quantum* prestato, a seconda che le eventuali perdite siano ripartite proporzionalmente tra Stato ed ente creditizio ovvero secondo il meccanismo di garanzia di prima perdita; nel primo caso la copertura potrà estendersi fino al 90% del prestito, mentre nel secondo solo fino al 35%. Con il progressivo rimborso del prestito e la riduzione del *quantum debeat*, anche l'ammontare della garanzia andrà proporzionalmente a diminuire.

Sono previsti, peraltro, alcuni limiti all'importo finanziato per i prestiti con scadenza oltre il 31 dicembre 2021, quindi tendenzialmente la maggior parte, posto che una richiesta di finanziamento, anche in condizioni ordinarie, sottintende un piano di rientro di medio-lungo termine (in media 5 anni).

Più nello specifico, l'importo non potrà superare il doppio della spesa salariale per il 2019 o l'ultimo anno di riferimento, ovvero il 25% del fatturato totale del 2019.

Come elemento di flessibilità nell'impiego dello strumento *de quo*, è stata introdotta la possibilità di aumentare l'importo del finanziamento fino a copertura del fabbisogno di liquidità per un determinato lasso di tempo.

In particolare si prevede un intervallo di 12/18 mesi dal momento di concessione dell'aiuto a seconda che i beneficiari siano PMI ovvero le grandi imprese.

È disposto, a tal fine, che lo Stato fornisca un'opportuna giustificazione alla Commissione e che l'impresa beneficiaria delinea l'ammontare necessario per soddisfare il proprio fabbisogno attraverso un'autocertificazione.

Da qui, ovviamente, delle considerazioni circa la veridicità della dichiarazione resa e l'esposizione dell'impresa che dichiara il falso a responsabilità civili *ex art.* 2043 c.c., e

¹³⁹ Secondo la definizione *ex art.* 2, punto 18 Reg. UE della Commissione 2014/651 "che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato".

La garanzia può essere concessa alle grandi imprese che non erano in difficoltà prima del 31 dicembre 2019 ed alle PMI già in difficoltà a tale data, ma per le quali non fossero stati erogati aiuti per il salvataggio o la ristrutturazione ovvero fossero state avviate procedure concorsuali per insolvenza.

penali *ex art. 640-bis c.p.*¹⁴⁰.

Le ragioni per cui si faccia affidamento sui diretti interessati, nonostante i suddetti rischi, sono molteplici.

Da una prima necessità di celerità nell'acquisizione d'informazioni funzionali al corretto espletamento delle procedure amministrative ad una progressiva evoluzione delle relazioni tra Unione europea, ordinamenti nazionali e privati, improntate ad una maggiore sussidiarietà ed auto-responsabilizzazione di questi ultimi.

Per i prestiti con scadenza entro il 31 dicembre 2021, l'importo può superare le soglie previste per quelli con scadenza oltre tale data, purché lo Stato membro anche in questo caso, con motivazione adeguata circa la decisione, garantisca alla Commissione il mantenimento della proporzionalità dell'aiuto e, quindi, la sua compatibilità con il mercato comune, evitando effetti sulla concorrenza oltre la soglia di tollerabilità.

Non è prevista, tuttavia, la dichiarazione del beneficiario.

I prestiti garantiti possono essere erogati sia per finanziare investimenti che per apportare capitale d'esercizio.

A tal proposito ci si chiede se le garanzie così apposte possano concernere vincoli di destinazione per l'attività che viene ad essere finanziata, orientandola così finalisticamente alla realizzazione di scopi "esterni" a quelli tradizionali del rapporto negoziale e di particolare interesse per lo Stato che, assumendo su di sé il rischio d'insolvenza, per tale impegno richiede come "corrispettivo" un *facere* ulteriore da parte del beneficiario.

A completamento del quadro tecnico-normativo, si focalizzerà ora l'attenzione sui punti cruciali della disciplina nazionale introdotta, in ossequio alle disposizioni comunitarie, con il d.l. 23/2020 (c.d. "Decreto liquidità") concernente, tra le varie misure a sostegno dell'economia italiana, il meccanismo "Garanzia Italia" con principale attore SACE S.p.A. in qualità di ente garante.

¹⁴⁰ Si menziona il recente discorso del PG della Corte dei Conti, Angelo Canale, intervenuto in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2021. Nell'auspicio di un'oculata gestione delle risorse messe a disposizione dall'Unione attraverso il Next Generation EU, per cui: «non un euro dovrà essere sprecato; non un euro dovrà finire nelle tasche dei profittatori, dei disonesti, dei criminali.», il Dott. Canale prosegue sottolineando come nel corso degli ultimi anni vi sia stata una forte proliferazione di vicende giudiziarie legate all'uso illecito di fondi pubblici.

Ha precisato, infatti, che: «Nel 2020, sessantasei sentenze hanno infatti riguardato fattispecie di danno connesse all'impiego irregolare di aiuti gravanti su fondi comunitari, nazionali e regionali: l'ammontare complessivo delle condanne per "frodi" inflitte dalla Corte dei conti nel 2020 è stato di oltre 27 milioni di euro. Ma vale sottolineare che nel periodo 2010 – 2020 sono state pronunciate, per casi di "frode", ben 1173 sentenze, con un totale di oltre 730 milioni di euro di condanne. Nello periodo 2011-2020 le procure regionali, per le medesime fattispecie dannose, hanno emesso 1805 citazioni, con una complessiva richiesta risarcitoria di oltre 1197 milioni di euro.»

1.1.1.1 d.l. 23/2020 e “Garanzia Italia”

Conformemente alle condizioni poste dal Temporary Framework, il Governo italiano ha adottato, in data 8 aprile 2020, il d.l. 23/2020¹⁴¹ (c.d. “Decreto liquidità), al fine di Fortemente ispirato dalle soluzioni prospettate da Confindustria a sostegno delle imprese, il decreto disciplina l'intervento statale su tre principali fronti: 1) rafforzamento del Fondo di Garanzia per le PMI; 2) lo strumento “Garanzia Italia”, concernente interventi di garanzia da parte di SACE S.p.A. a copertura dei finanziamenti concessi a PMI e grandi imprese per un totale di 200 miliardi; 3) rielaborazione del meccanismo d'intervento di SACE S.p.A. per il sostegno pubblico all'*export*.

L'intervento di garanzia ad opera di SACE S.p.A. concerne un rapporto multilaterale avente ad oggetto una copertura per i finanziamenti bancari che siano in linea con le condizioni e le caratteristiche previste dal d.l. 23/2020 e dai vari documenti operativi predisposti a livello amministrativo¹⁴².

S'identificano, quali soggetti coinvolti nel rapporto gli enti finanziatori (banche, istituti finanziari nazionali ed internazionali), SACE S.p.A. e le imprese beneficiarie del finanziamento garantito, aventi sede legale in Italia e che abbiano attraversato o si trovino tuttora in una situazione di difficoltà a causa della crisi pandemica¹⁴³.

Si richiede, inoltre, che non siano legate da un rapporto di controllo *ex art.* 2359 c.c., in qualità di controllanti ovvero controllate (direttamente od indirettamente), con società residenti in Paesi inseriti nella *black list* di giurisdizioni non cooperanti ai fini fiscali.

Trattasi di una garanzia: «a prima richiesta, esplicita, irrevocabile, in concorso paritetico e proporzionale tra garante e garantito e conforme ai requisiti previsti dalla normativa di vigilanza prudenziale ai fini della mitigazione del rischio e avente ad oggetto il rischio di mancato rimborso dei finanziamenti per capitale, interessi e oneri accessori.»¹⁴⁴

La copertura offerta da SACE S.p.A. viene articolata, in termini percentuali, sulla base di parametri soggettivi ed oggettivi, relativi alla natura dell'impresa beneficiaria (se PMI

¹⁴¹ Convertito in legge e modificato dalla l. 178/2020.

¹⁴² Condizioni Generali - “Garanzia Italia” ed il Manuale Operativo “Garanzia dello Stato su finanziamenti concessi dalle banche”, elaborato da SACE S.p.A.

¹⁴³ Si richiamano le condizioni già sancite nel Temporary Framework, per cui vd. *supra* pag. 59ss.

¹⁴⁴ Manuale Operativo “Garanzia dello Stato su finanziamenti concessi dalle banche”, par. 2.3, pag. 8. Si precisa, inoltre, che la normativa indicata sulla “vigilanza prudenziale ai fini della mitigazione del rischio” è la risultante dell'accordo “Basilea 2”.

o grande impresa), al suo livello di fatturato ed al numero di dipendenti¹⁴⁵, valori acquisiti al momento della richiesta di finanziamento.

Come anticipato, in ossequio alle condizioni poste dal Temporary Framework, nonché ai vari atti normativi e regolamentari nazionali, per i finanziamenti ammessi a garanzia è stata predisposta una serie di requisiti attuativi, temporali e contenutistici.

In particolare, i finanziamenti potranno avere una durata totale non eccedente 6 anni ed essere erogati entro il 31 dicembre 2021.

Sono state predisposte, inoltre, alcune direttive circa le modalità di ammortamento¹⁴⁶.

Per quanto concerne il contenuto, in particolare le clausole di destinazione che devono essere inserite nei finanziamenti, occorre fare alcune precisazioni.

Al fine di prevenire un'*exploit* di concorrenza sleale tra Stati membri nella determinazione del regime legale più favorevole e, dunque, incentivare il c.d. *foreign abuse*, il Temporary Framework esclude, come *condicio sine qua non* per l'erogazione degli aiuti concessi nel quadro temporaneo *ex art. 107, par. 3, lett. b) o c) TFUE*, la: «delocalizzazione dell'attività produttiva o di altra attività del beneficiario da un altro paese situato all'interno dello SEE verso il territorio dello Stato membro che concede l'aiuto.»¹⁴⁷.

Al contrario gli Stati, al fine di garantirsi un flusso in entrata di società straniere, auspicando in tal modo ad una migliore ripresa economica (es. sul piano del PIL) a scapito degli altri Stati membri, sarebbero maggiormente incentivati a porre condizioni irrisorie per beneficiare dei propri sussidi.

Questo, *in prima facie*, richiama il fatto che un'impresa, ancorché straniera, possa richiedere aiuti ad uno Stato diverso da quello d'origine, senza un trasferimento dell'attività operativa nel territorio di quest'ultimo.

¹⁴⁵ In particolare è prevista una garanzia pari al 90% dei finanziamenti destinati a imprese con meno di 5mila dipendenti in Italia e fatturato non superiore a 1,5 miliardi; una copertura pari all'80% dei finanziamenti ad imprese con più di 5mila dipendenti in Italia o fatturato compreso tra 1,5 e 5 miliardi; infine una garanzia pari al 70% per le imprese con fatturato superiore a 5 miliardi.

La natura dell'impresa rileva per le commissioni annue dovute a SACE S.p.A., che richiamano pedissequamente i valori espressi nel Temporary Framework.

Come precisato nell'art. 1, co. 2, lett. h) d.l. 23/2020: «le commissioni devono essere limitate al recupero dei costi e il costo dei finanziamenti coperti dalla garanzia deve essere inferiore al costo che sarebbe stato richiesto dal soggetto o dai soggetti eroganti per operazioni con le medesime caratteristiche ma prive della garanzia, come documentato e attestato dal rappresentante legale dei suddetti soggetti eroganti. Tale minor costo deve essere almeno uguale alla differenza tra il costo che sarebbe stato richiesto dal soggetto o dai soggetti eroganti per operazioni con le medesime caratteristiche ma prive della garanzia, come documentato e attestato dal rappresentante legale dei suddetti soggetti eroganti, ed il costo effettivamente applicato all'impresa.»

Per i finanziamenti alle PMI si va da un minimo di 25 punti base durante il primo anno, 50 per il secondo e terzo anno ed infine 100 punti base dal quarto anno fino al sesto (durata massima del finanziamento).

Per le grandi imprese, invece, sono dovute commissioni per 50 punti base nel primo anno, 100 per secondo e terzo anno e 200 per quarto, quinto e sesto anno.

¹⁴⁶ Manuale Operativo “Garanzia dello Stato su finanziamenti concessi dalle banche”, pag. 7.

¹⁴⁷ Comunicazione della Commissione COM(2020) 1863 “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19”, par. 1, punto 16-ter.

Si nota, tuttavia, che tra le condizioni generali per beneficiare del meccanismo “Garanzia Italia” e, dunque, della copertura statale sui prestiti offerta da SACE S.p.A., figura la necessità che la società richiedente abbia sede legale in Italia.

È possibile che una società straniera costituisca una sussidiaria in Italia e che, attraverso questa, possa beneficiare della garanzia offerta dallo Stato, pur non esercitando alcuna attività operativa *in loco*, andando *de facto* a sostenere la società madre situata in altro Stato.

In tali circostanze, tuttavia, quale criterio dovrebbe ritenersi prevalente alla luce del diritto e della giurisprudenza comunitaria?

Come nei casi *Slenderose* e *Centros*, la società dovrebbe ritenersi italiana a tutti gli effetti, alla luce del criterio dell’incorporazione ovvero, seguendo quello della sede effettiva (residuale sì, ma non del tutto dismessa a livello europeo), posto che la sussidiaria non svolga alcuna attività in Italia, ma sia una mera *letterbox-company*, ricondurre la nazionalità allo Stato in cui effettivamente abbia luogo l’espletamento dell’attività operativa, escludendo quindi la possibilità di beneficiare della garanzia?

Appare evidente, quindi, come il fenomeno delle c.d. *letterbox-companies* trovi terreno fertile alla luce del combinato disposto di tali requisiti, aprendo la strada al c.d. arbitraggio normativo e consentendo così alle imprese di scegliere il regime legale più favorevole per poter beneficiare, a migliori condizioni rispetto a quelle che avrebbero trovato nel proprio territorio d’origine, di aiuti economici elargiti o comunque garantiti dagli Stati.

Arbitraggio normativo e non già *foreign abuse* perché le società non delocalizzando a livello produttivo e non determinando, quindi, tutta una serie di problematiche sul piano operativo, prima tra tutte il disimpegno della manodopera, mantengono inalterato lo *status quo*, a livello economico, tra Stati.

Invero, beneficiare di un aiuto a certe condizioni ovvero ad altre, può determinare sicuramente un’alterazione della concorrenza, quantomeno tra imprese le quali possono, alla luce degli incentivi che la stessa Unione Europea ha prospettato nel corso degli anni, individuare le condizioni che più ritengono essere convenienti in termini di costi-benefici. Certamente, fintantoché questa possibilità sia riconosciuta indistintamente a tutti gli operatori economici, non potrà determinarsi un effettivo vantaggio a favore solo di alcuni.

È indubbio, tuttavia, che l’apertura di una sussidiaria o quantomeno di una divisione in altro Stato, non sia appannaggio di tutte le imprese, che non potrebbero avere le medesime possibilità delle altre.

Per quanto la necessità di liquidità e di maggiore apertura dei finanziamenti alle imprese rappresenti, oggi, una necessità vitale per l’intero sistema economico mondiale, al contempo si pone la necessità di evitare un “prendi i soldi e scappa”, facendo sì che gli Stati eroghino aiuti senza una contropartita effettiva, a prescindere dal rientro del finanziamento o della garanzia prestata.

Fermo restando il divieto di porre come condizione una delocalizzazione (quindi un trasferimento produttivo dallo Stato A allo Stato B), potrebbero comunque richiedersi impegni da parte delle imprese beneficiarie di avviare concretamente l'espletamento di attività operative sul territorio per il tramite della sussidiaria, non limitandosi quindi a costituire una *letterbox-company*.

Questo è quanto concretamente disposto nelle condizioni vincolanti previste da SACE S.p.A., che si muovono nell'ottica di assicurare la localizzazione in Italia di strutture produttive, assunzione di personale e partecipazione delle imprese beneficiarie al ciclo produttivo e finanziario del Paese.

Questi indirizzi di politica economica e finanziaria si andranno sicuramente chiarendo e definendo in maniera più stringente con il Governo appena insediato che vede come figura apicale Mario Draghi.

A completamento del discorso, *ex art. 1, co. 2, lett. i) ed l) d.l. 23/2020* si prevede inoltre che i beneficiari s'impegnino a non procedere alla distribuzione dei dividendi o il riacquisto di azioni nel corso del 2020, ma soprattutto che procedano a gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali, improntati *in primis* ad una loro conservazione e successivamente ad un loro aumento¹⁴⁸.

Sono state predisposte due procedure attraverso cui ottenere il finanziamento e la relativa garanzia SACE, in relazione al fatturato, al numero di dipendenti in Italia ed all'importo così finanziato.

In particolare, una procedura semplificata è prevista per le imprese beneficiarie della garanzia pari al 90% (fatturato individuale fino a 1,5 miliardi e meno di 5mila dipendenti in Italia), per finanziamenti d'importo inferiore a 375 milioni di euro.

Al contrario, si seguirà l'*iter* ordinario per le imprese che possono accedere alle garanzie del 70% e dell'80% offerte da SACE S.p.A. e che richiedano finanziamenti d'importo uguale o superiore a 375 milioni di euro.

In questo caso, peraltro, per il rilascio della garanzia è richiesta l'approvazione del MEF, che dovrà validare con decreto gli esiti dell'istruttoria compiuta dal soggetto finanziatore e da SACE S.p.A. al fine di verificare la sussistenza dei requisiti per l'accesso alla copertura.

¹⁴⁸ Confindustria, nella "prima nota di sintesi sulle misure in materia di credito" del 9 aprile 2020, ha manifestato le proprie perplessità sulle condizioni menzionate.

In particolare, per la tutela occupazionale è stato osservato come l'aggiunta di ulteriori accordi sindacali alla già complessa rete legislativa in materia finirebbe per irrigidire ancor di più il sostrato normativo a disciplina dell'attività d'impresa, che risulterebbe inesorabilmente "ingessata". Motivo per cui Confindustria qualifica la condizione come criticità che debba essere eliminata.

Per quanto concerne la distribuzione dei dividendi, si richiede invece una maggiore specificazione delle disposizioni, posto che si potrebbe incorrere nel rischio di inficiare operazioni infragruppo finalizzate alla gestione dei flussi finanziari.

Per ulteriori spunti riflessivi in merito cfr. <http://www.assonime.it/attivita-editoriale/news/Pagine/News1004020.aspx>.

Si precisa che, in ottemperanza alle disposizioni del Temporary Framework sui limiti al *quantum* dei finanziamenti agevolabili¹⁴⁹, l'ammontare massimo viene ad essere determinato attraverso un calcolo cumulativo comprendente tutti i prestiti assistiti da "Garanzia Italia", i finanziamenti concessi nell'alveo del Fondo Centrale di Garanzia ed anche le garanzie rilasciate da ISMEA (Istituto di Servizi per il Mercato Agricolo Alimentare).

Una volta erogato il finanziamento garantito s'innesterà una relazione periodica attraverso un monitoraggio trimestrale costante.

In caso di mancato rientro da parte dell'impresa beneficiaria, il soggetto finanziatore potrà avanzare una richiesta di escussione direttamente a SACE S.p.A., con conseguente versamento del *quantum debeatur* coperto dalla garanzia ed automatica surrogazione di SACE S.p.A. nei diritti dell'ente creditizio verso il debitore inadempiente.

Occorre, a questo punto, dare una definizione di vincolo di destinazione ed introdurre quindi il concetto di mutuo di scopo.

1.2 Il ricorso all'istituto del mutuo di scopo per l'integrazione normativa e la tutela giurisdizionale delle operazioni di finanziamento poste in essere dallo Stato

Si pone la necessità di ricondurre la normativa comunitaria ad istituti che possano trovare ricetto nel nostro ordinamento, anche alla luce di quanto detto sopra, in relazione al potere di coordinamento e supplenza che il giudice nazionale deve svolgere per assicurare, con gli strumenti e gli istituti della normativa interna, il raggiungimento del risultato sostanziale e complessivo dell'operazione di finanziamento di aiuto di Stato. Dal contesto dei principi e dei criteri che fondano il programma di aiuti di Stato, nel quadro delle politiche del mercato comune, si appalesa un significativo accostamento dell'istituto del mutuo di scopo.

Come noto, l'istituto si configura come un contratto che si differenzia da quello generale del mutuo sotto diversi profili.

Quanto alla natura giuridica, si pone infatti come un negozio consensuale ad effetti obbligatori che, nella fattispecie in esame di c.d. finanziamento agevolato, presenta natura legale¹⁵⁰.

L'obbligazione di conseguire in concreto gli obiettivi dedotti nel contratto è determinata *ex lege* e sottratta all'autonomia negoziale, in quanto conferisce una causa parimenti concreta al regolamento d'interessi, distinguendosi dall'altra tipologia elaborata in

¹⁴⁹ Vd. *supra* pag. 63.

¹⁵⁰ D. La Rocca, *Il mutuo di scopo*, par. 2, pag. 179 in Cuffaro (opera diretta da), *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna, Zanichelli Editore, 2001.

Diverse sono state le diatribe dottrinali sul punto, che hanno portato in definitiva a qualificare il mutuo di scopo come un contratto "socialmente tipico", mentre altri, in riferimento alla fattispecie di mutuo di scopo legale, lo identificano come contratto tipico.

dottrina del mutuo di scopo volontario.

La dottrina asserisce come: «la concessione dell'agevolazione pubblica, innestandosi sul negozio di credito [...] imprime al negozio stesso una torsione causale che si esprime nell'obbligazione di destinazione posta a carico del debitore ed in una sorta di diritto/dovere del creditore di “vigilare” sulla puntuale esecuzione del vincolo di destinazione.»¹⁵¹.

L'obbligazione di destinazione assume pertanto: «un valore di “corrispettività” per il godimento delle somme prestate, venendo, così, a porsi sullo stesso piano delle altre obbligazioni principali del debitore (restituzione ed interessi).»¹⁵² e si riconosce in capo al creditore un: «interesse giuridicamente protetto alla realizzazione delle finalità per le quali il finanziamento è stato erogato, consentendo quindi a questo di “reagire” nei confronti dell'indebito discostamento tra uso effettivo ed uso pattuito delle somme prestate, attraverso le azioni e le difese tipiche avverso l'inadempimento del debitore.»¹⁵³. Ne consegue, quindi che i suddetti obiettivi, rappresentativi della giustificazione economica e sociale all'assetto negoziale, debbano essere palesati in forma chiara ed analitica nella clausola di destinazione, che costituisce forma-contenuto dello stesso.

In difetto, il mutuo di scopo non può avere un'effettiva efficacia.

Lo scopo legale, infatti, costituisce: «non tanto la trasposizione nel contratto di un intento comune delle parti, bensì un vincolo preordinato a garantire la realizzazione dello specifico interesse pubblico che si innesta nell'operazione e che la rende possibile: in assenza, infatti, della speciale disciplina di credito speciale e/o di credito agevolato, creditore e debitore difficilmente avrebbero concluso quel contratto, o comunque lo avrebbero stipulato a condizioni diverse.»¹⁵⁴.

Diverso risulta il caso della nullità del contratto, che deve essere circoscritta, secondo la migliore dottrina¹⁵⁵, al mancato conseguimento degli scopi per cui esso viene stipulato.

Sul punto si deve precisare che detta condizione debba essere valutata in senso concreto e finalistico; pertanto la nullità si concretizza anche qualora vi sia stato un adempimento parziale o non si sia conseguito l'obiettivo di rilevanza sociale, nonostante la formale esecuzione delle prestazioni.

¹⁵¹ D. La Rocca, *op. cit.*, par. 7, pag. 207.

¹⁵² D. La Rocca, *op. cit.*, par. 8, pag. 208.

¹⁵³ D. La Rocca, *op. cit.*, par. 8, pag. 208.

¹⁵⁴ D. La Rocca, *op. cit.*, paragrafo 2, pag. 182.

Merita particolare attenzione l'ultimo periodo, di estrema attualità, considerato che gli interventi a garanzia dei prestiti da parte degli Stati sono stati dettati dalla necessità di evitare fenomeni di *credit crunch* ad opera degli intermediari finanziari.

Per maggiore chiarezza di discorso, tali operatori avrebbero quasi certamente implementato strategie di contrazione del credito onde incappare in fenomeni d'insolvenza da parte dei mutuatari in posizione di difficoltà economica e di forte esposizione debitoria, dettate dalla crisi pandemica.

¹⁵⁵ D. La Rocca, *op. cit.*, paragrafo 8, pag. 209.

Davanti all'ipotesi d'inadempimento sono stati prospettati diversi rimedi, tenuto conto della peculiare articolazione della fattispecie di mutuo legale.

È stato sottolineato come il tradizionale impiego del meccanismo risolutivo del contratto per l'inadempimento dell'obbligazione di destinazione, con contestuale determinazione dell'obbligo di rientro immediato da parte del debitore, potrebbe generare un pregiudizio per l'interesse pubblico.

Potrebbe inoltre rivelarsi infruttuoso, posto che le somme così erogate potrebbero esser già state destinate ad investimenti di lungo termine; in alternativa si può procedere alla conversione del contratto in un mutuo ordinario, con conseguente decadenza dalle garanzie apposte dallo Stato.

Tale soluzione ha suscitato diverse perplessità in dottrina.

Se da un lato si sostiene la maggiore utilità di un provvedimento di revoca delle agevolazioni per limitare la conseguente crisi dell'impresa¹⁵⁶, per altro verso si osserva più correttamente l'incoerenza di una misura di revoca che non implichi anche la risoluzione del contratto di finanziamento agevolato¹⁵⁷.

In forza di quanto detto sopra, con la conversione si paleserebbe, tuttavia, una situazione di sostanziale pregiudizio non solo per il debitore, ma per l'intera realtà economica e quindi l'interesse generale dello Stato di agevolare l'erogazione di tali trattamenti finanziari.

Si potrebbero osservare, inoltre, profili di sostanziale inutilità di suddetto rimedio, il quale sfocerebbe comunque in un'azione di risoluzione per eccessiva onerosità, vanificando il complesso d'interessi economici sottesi al contratto, che costituiscono la ragione per cui in sede giudiziale si è proceduto alla conversione.

Per quanto la nullità contrattuale risulti essere la soluzione prevalente in dottrina e giurisprudenza, la stessa richiede un contemperamento d'interessi da valutare caso *uti singuli* alla luce del principio di conservazione e di stabilità contrattuale.

Se nella rigida prospettiva civilistica vale quanto detto finora, nel novero della materia di aiuti di Stato, considerata la rilevanza fortemente sociale e politica della misura, alcune differenze devono essere poste necessariamente.

Dovendo valutare l'operazione nella sua interezza è possibile che un adempimento, seppur parziale, potrebbe comunque rappresentare un elemento utile e necessario per il conseguimento dell'obiettivo, di politica sociale, tale da non comportare la nullità del

¹⁵⁶ Sul punto vd. D. La Rocca, *op. cit.*, paragrafo 9, nota 80, pag. 212: «la risoluzione del finanziamento può comportare una grave crisi dell'impresa finanziata, laddove la "semplice" revoca delle agevolazioni può lasciare ancora un margine alla riorganizzazione dell'impresa stessa, che vedrebbe certamente aggravarsi la propria esposizione debitoria in termini di costo del denaro, ma non dovrebbe immediatamente restituire tutte le somme ottenute in prestito.».

¹⁵⁷ Mazzamuto, *Il rapporto di finanziamento "agevolato": aspetti privatistici dell'attuazione*, in Mazzoni e Nigro (a cura di), *Credito e Moneta*, Milano, 1982, pag. 419ss.; Pollice, *op. cit.*, pag. 132ss.; Grasso, *op. cit.*, pag. 450.

contratto, come osservato sopra, in rigida osservanza delle disposizioni codicistiche. Si deve pertanto considerare prevalente il risultato finale sostanzialmente prodottosi per cui, se a seguito di un finanziamento garantito dallo Stato, nell'esercizio delle proprie scelte imprenditoriali la società consegue un risultato formalmente diverso da quello tracciato nel vincolo di destinazione, ma che assicura un risultato sostanzialmente conforme agli scopi di politica economica dello Stato, il contratto non potrà considerarsi violato per inadempimento e dovrà avere regolare esecuzione¹⁵⁸.

Trattandosi di aiuti economici alle imprese, si esclude che nei contratti possano essere individuati atti di gestione puntuali e specifici, senza violare il principio di autonomia imprenditoriale *ex art. 41 Cost.*

Come appena precisato, lo scopo è da intendersi come risultato sostanziale e complessivo, non già scisso in condotte puntuali, improntato a realizzare quei parametri fondanti per i quali è stata prevista l'intera operazione.

Il giudice non potrà entrare nel merito delle scelte imprenditoriali, ma potrà valutare come le stesse, una volta compiute, integrino la realizzazione di un obiettivo complessivo e conforme alle direttive di politica economica che lo Stato ha definito in ossequio ai principi delineati dalla Commissione europea.

Nel suo accertamento il giudicante prende in considerazione scelte di gestione che rappresentano attività già compiute quindi, qualificabili storicamente come fatti, che vengono valutati solo nella loro funzionalità al conseguimento del risultato complessivo.

Si deve considerare, infine, il divieto generale posto dall'art. 107, par. 1 TFUE in relazione ad interventi finanziari che il singolo Stato possa attuare in favore di alcune società, alterando così il gioco della libera concorrenza¹⁵⁹.

D'altra parte le ragioni di equità socio-economica, alla base della stessa, si possono cogliere nel sistema di deroghe che viene introdotto nel capoverso successivo.

In particolare nella facoltà di disporre gli aiuti suddetti, qualora rispondano ad "obiettivi di interesse generale chiaramente definiti" nell'atto di finanziamento.

In tale contesto, si dovrebbe concludere nel senso che un aiuto che incorra nel divieto *ex art. 107 TFUE* sia nullo perché privo di causa *sic et simpliciter*.

¹⁵⁸ Ai fini di una migliore comprensione, si richiamano dall'ordinamento anglosassone due importanti dottrine sull'adempimento contrattuale, la *perfect tender rule* e la *substantial performance*.

Si pensi a tematiche di estrema attualità quali *green economy* e transizione ecologica, di matrice fortemente imprenditoriale ed industriale.

In questi settori, immaginare risultati conseguibili solo attraverso un'unica soluzione contrasterebbe con la stessa metodologia operativa che li connota, improntata ad una necessaria flessibilità e capacità di adattamento dei mezzi tecnici in relazione al contesto fortemente dinamico ed in continua evoluzione.

L'applicazione, in ottica civilistica, di una *perfect tender rule*, ossia un adempimento pedissequo e preciso della prestazione determinata contrattualmente, risulterebbe estremamente inadeguato e limitante; motivo per cui è preferibile un approccio improntato ad una *substantial performance*, per cui la prestazione, ancorché parziale, verrà considerata validamente adempiuta qualora lo scopo essenziale sia stato in ogni caso realizzato.

¹⁵⁹ Questa preoccupazione risulta particolarmente fondata in quegli Stati, come il nostro, in cui la partecipazione statale nella direzione del sistema imprenditoriale assurge a principio costituzionale fondante l'ideologia democratico repubblicana.

Come si è osservato sopra, la realizzazione di uno scopo sostanziale costituisce obbligazione ulteriore, se non principale, rispetto a quella restitutoria a carico del mutuatario, consentendo la conservazione del negozio giuridico anche qualora sotto un profilo formale si riscontrino vizi e lacune.

Pertanto, il mutuo di scopo, come contratto d'interesse pubblico segue le disposizioni codicistiche nelle fasi della trattativa, della stipulazione e dell'esecuzione, ma deve essere assoggettato a valutazioni di merito politico ed economico per quanto concerne la sussistenza della sua causa concreta.

In tal senso valga un orientamento giurisprudenziale recentemente emerso, nel ritenere che: «la violazione del divieto relativo agli aiuti concessi dagli Stati membri *ex art. 107 TFUE*, non determina la nullità dei contratti che costituiscono comunque attivazione di aiuti non compatibili con il mercato.»¹⁶⁰.

Tale assunto viene giustificato, come già osservato anche in questa trattazione, dal fatto che il suddetto divieto abbia solo effetti verticali, che impegnano gli Stati membri, lasciando indenne la posizione delle persone giuridiche con cui i primi contrattano.

In particolare, si ritiene che la nullità non possa essere opposta quando la legge stessa abbia apprestato meccanismi idonei ad assicurare che gli effetti dell'atto possano prodursi in forma lecita nel nostro ordinamento.

Alla luce di quanto detto sopra riguardo all'illegalità degli aiuti¹⁶¹, ciò non esclude che lo Stato responsabile per violazione dell'art. 107 TFUE possa poi rivalersi per il recupero della somma erogata in forza di un contratto concluso in violazione del divieto.

Negli altri, il principio di conservazione dovrebbe consentire al giudice di circoscrivere l'effetto invalidante, facendo salvi gli atti precedenti e successivi, con le limitazioni già osservate in materia di potere di conversione, che potrebbero interessare anche diritti acquisiti in buona fede da terzi in forza dei suddetti atti.

Peraltro, non configurando una diretta responsabilità del mutuatario, non potrà essere tenuto ad un'obbligazione risarcitoria ed i mezzi già utilizzati per attività negoziali compatibili con gli interessi generali enunciati dalla clausola di destinazione dovrebbero essere non ripetibili.

Resta poi aperta la questione sugli effetti di un'esecuzione già compiuta con il raggiungimento dello scopo tracciato nella suddetta clausola, con conseguente corretto adempimento del mutuatario nel nostro ordinamento.

Di qui una discrasia nel ragionamento della sentenza sopracitata, per cui, nonostante il carattere verticale dell'obbligo, il ritiro della garanzia determina il venir meno delle condizioni di erogazione del mutuo, di cui è stata data nel frattempo corretta esecuzione. Non si può, pertanto, ritenere completamente indenne il mutuatario, ma al contempo risulterebbe un controsenso ammettere che tale attività, nulla per il diritto dell'Unione,

¹⁶⁰ Cass., Sez. I Civile, ord. n. 10303/2018.

¹⁶¹ Vd. *supra* pagg. 50ss.

produca effetti nel diritto interno.

Se però prendiamo in considerazione il Temporary Framework, si appalesa un regime ampiamente derogatorio, giustificato dalle note circostanze di eccezionale gravità, che per un verso vengono a neutralizzare la valenza del divieto quale criterio discretivo e per l'altro riducono la natura analitica degli obiettivi prefissati, che tendono a coincidere con l'interesse generale alla sopravvivenza del sistema, come condizione minima per la ripresa economica.

In questo contesto, il ricorso al mutuo di scopo nell'accezione civilistica, così fortemente incentrata sulla causa concreta, risulterebbe di minore utilità, preferendosi l'impostazione di più ampio respiro già menzionata sopra.

Considerate poi le circostanze eccezionali, da apprezzare *rebus sic stantibus*, verrebbe meno quel connotato di pianificazione analitica e coordinata, che giustificava il ricorso allo strumento del finanziamento.

Nel Temporary Framework il suddetto connotato apparirebbe recessivo ed eventuale, in quanto schiacciato dall'urgenza di far credito senza frapporre troppi burocratici.

In tal senso, peraltro, verrebbe meno quell'elemento di chiara definizione degli obiettivi di carattere generale che costituiva la deroga generale al divieto posto dall'art. 107 TFUE.

Tali considerazioni dovranno, peraltro, essere sottoposte al vaglio di una verifica precisa in relazione alla natura giuridica ed all'effettiva operatività del Temporary Framework, al fine di poter concludere nel senso di un carattere estremamente eccezionale della misura.

2. Orientamenti dottrinali in materia di Temporary Framework. Natura giuridica, effettività ed efficacia dello strumento anche in relazione alle criticità legate alla pratica di arbitraggio normativo

Una volta approfondito il dato tecnico-normativo, è necessario fornire alcuni spunti riflessivi circa la natura dello strumento ed in particolare, oltre ad eventuali rischi paventati, come il Temporary Framework s'inserisca in un più ampio quadro operativo dell'Unione Europea.

Il rationale operativo del quadro temporaneo è fondato, tra l'altro, su due condizioni:

In primis, che gli interventi siano volti a beneficiare proporzionalmente tutte le filiere produttive, con trasparenza e pari condizioni di accesso, senza creare sperequazioni tra le diverse realtà imprenditoriali presenti sul mercato.

In secondo luogo, che i suddetti sostegni non si traducano in mera assistenza, ma abbiano una componente propulsiva di investimento per la ripresa.

Questa situazione impatta comunque con i presupposti ideologici di una politica finanziaria comunitaria che considerava con diffidenza la pratica degli aiuti di Stato, preoccupandosi di disciplinarla in forma sostanzialmente limitativa, come si evince dal combinato disposto degli artt. 107 e 108 TFUE.

Nella loro concezione di principio, le regole europee sugli aiuti di Stato rappresentano un diretto strumento di unificazione del mercato interno.

Sono inserite nel quadro della disciplina di concorrenza accanto alle regole antitrust e, diversamente da quanto avviene nella normativa comune di contrasto a forme di distorsione della libera concorrenza, sono rivolte direttamente agli Stati membri.

In tal modo gli Stati diventano custodi e garanti dell'esecuzione di tale principio, mediante obblighi che si traducono nell'evitare condotte che possano falsare il gioco della concorrenza, concretizzando atti di favore verso determinate realtà societarie¹⁶².

La risposta europea alla crisi pandemica è stata oggetto di ampio dibattito dottrinale, da cui si evincono due principali orientamenti.

2.1 Temporary Framework come atto di *soft-law*. Inadeguatezza dello strumento nel lungo termine come nuovo regime ordinario di controllo sugli aiuti di Stato e potenziali criticità connesse al rischio di arbitraggio economico

Una prima prospettazione della questione, sostenuta dalla dottrina, vede il Temporary Framework come una “mera” sospensione dell'applicazione degli aiuti di Stato attraverso uno strumento di *soft-law*¹⁶³.

Il rischio che è stato paventato, nel corso del sopracitato incontro, riguarda la possibilità che il Temporary Framework possa diventare il nuovo regime ordinario di controllo sugli

¹⁶² Nel corso del webinar *Unione europea e finanziamento pubblico dell'economia nell'era COVID*, organizzato nel luglio 2020 dall'università LUISS Guido Carli, il Prof. Moavero Milanese, al riguardo, ha ricordato un significativo ragionamento sviluppato da Sir Leon Brittan, commissario per la concorrenza di marcata impronta liberale, secondo il quale sussisteva una correlazione tra l'aumento del debito pubblico e l'erogazione degli aiuti di Stato. Brittan concludeva in tal senso ritenendo che gli Stati che hanno maggior debito pubblico e che rischiano di perderne il controllo sono anche quegli Stati che ricorrono con maggior frequenza al suddetto strumento di sostegno.

In siffatto contesto si origina necessariamente una spirale negativa che ha mostrato la sua fondatezza, proprio in relazione alle difficoltà dell'economia italiana di operare un effettivo contenimento del progressivo aumento dell'indebitamento annuale.

Per contro si potrebbe peraltro osservare che vi sono Stati che ricorrono allo strumento suddetto con la medesima frequenza senza presentare le condizioni di indebitamento proprie dell'economia nazionale.

¹⁶³ Per maggior chiarezza espositiva s'identifica come *soft-law* quel complesso di regole prive di carattere normativo, in quanto non originate attraverso i formali procedimenti legislativi produttivi di norme munite di efficacia vincolante diretta.

In contrapposizione, quindi, alla c.d. *hard-law*, tali strumenti trovano la loro forza più nell'autorevolezza e nella spontanea adesione dei soggetti interessati che nel carattere autoritario ed impositivo delle tradizionali fonti del diritto.

La *soft-law* si connota, peraltro, per una forte flessibilità e capacità adattiva in relazione al caso *uti singuli*, offrendo in tal modo una soluzione che sia celere e maggiormente confacente per la soluzione di concreti conflitti d'interesse rispetto alla legge, generale ed astratta, che richiede un necessario e più lungo *iter* interpretativo al fine di adeguarla alla necessità specifica.

aiuti, quindi tendenzialmente a favore di un maggior intervento dello Stato a sostegno delle imprese nell'ampio quadro del mercato interno.

In altre parole, si utilizzerebbe un evento *sui generis* per modificare uno dei capisaldi della politica economica e finanziaria comunitaria, per di più utilizzando uno strumento normativo scarsamente idoneo a giustificare una tale inversione di tendenza.

Per maggiore comprensione di discorso si devono tenere separati il profilo normativo, dato dalla legislazione societaria e finanziaria adottata da uno Stato, da quello di carattere prettamente economico, rappresentato dalla complessiva situazione in cui versa lo stesso ed indicata, ad esempio, dal PIL nazionale.

Uno Stato che presentasse, pertanto, una situazione economico-finanziaria difficoltosa, ma avesse una struttura normativa particolarmente flessibile e "*company-friendly*", avrebbe potuto essere preferito ad un altro Stato che avesse una situazione più stabile, con una *lex societatis* caratterizzata da precetti rigidi e mandatori.

Con il Temporary Framework, determinandosi un allentamento dei vincoli sugli aiuti di Stato, aumenta la disponibilità all'erogazione degli stessi soprattutto da parte di quegli Stati che sostanzialmente abbiano una maggiore disponibilità di fondi, divenendo in tal modo concorrenziali rispetto agli altri e ponendo le condizioni di un'alterazione del principio di libera concorrenza sancito a livello comunitario.

Di conseguenza potrebbe verificarsi un acuirsi della competizione intracomunitaria, a danno degli Stati più deboli¹⁶⁴.

In presenza di un'armonizzazione normativa a livello europeo, il rischio è una divaricazione della forbice tra gli Stati che dovranno mantenere regimi finanziari più rigidi ed austeri e quelli che, a parità di regole, diventeranno meta favorita per le imprese in quanto potranno permettersi più tolleranza anche in virtù della loro maggiore stabilità finanziaria.

È qui che le suddette società sceglieranno quindi di localizzare la propria sede legale ed il fulcro del proprio potere di gestione.

Ciò si tradurrà in un vantaggio maggiore che alcuni Stati potranno trarre da questa apertura temporanea, facendo fluire maggiori finanziamenti alle proprie imprese, rispetto alle società di altri Paesi, venendo meno non solo alla logica di una normativa in deroga come quella del Temporary Framework, ma entrando anche in conflitto con la *ratio* di fondo delle norme sulla libera concorrenza nell'Unione Europea.

¹⁶⁴ Si segnerebbe così un passaggio dal "tradizionale" arbitraggio normativo ad un più problematico arbitraggio economico, spostando altresì il fulcro della concorrenza tra ordinamenti in una dimensione non accessibile da tutti gli Stati a parità di condizioni.

Le modifiche sul piano legislativo restano appannaggio di tutti gli Stati, più o meno indipendentemente dalla propria disponibilità finanziaria, attuabili in tempi anche relativamente rapidi.

Al contrario, interventi di sostegno economico alle imprese, soprattutto quando di ampia portata come richiesto dall'eccezionalità del contesto attuale, non sempre risultano implementabili in egual maniera da tutti i Paesi membri dell'Unione Europea, confermando ancora una volta quella storica accezione di "Europa a due velocità".

Quanto sopra costituisce motivo di perplessità riguardo al Temporary Framework, posto il rischio che la suddetta forbice di divaricazione si allarghi¹⁶⁵.

Ciò detto risulta opportuno evitare che si amplifichino le asimmetrie di cui sopra, per cui le imprese che si ritrovino in Paesi con bilanci che possano permettere margini di spesa maggiore, traggano un vantaggio superiore, con rischi ulteriori collegati all'arbitraggio normativo (*rectius* economico) ovvero, a certe condizioni, fattispecie di *foreign abuse*.

Pur essendo formalmente giustificabile una tale possibilità, in relazione al fatto che determinati Paesi siano stati più attenti al loro equilibrio finanziario, da un punto di vista economico risulterebbe che, a parità di attività svolta, si avrebbe un declassamento delle imprese situate negli Stati economicamente più deboli.

Dal complesso del sistema, si evince una certa ambizione del Temporary Framework d'indirizzare le decisioni di spesa degli Stati verso politiche virtuose o comunque di condizionare la concessione di aiuti al perseguimento di alcuni fini virtuosi (ad esempio la digitalizzazione ed un effettiva transizione ecologica), senza ricorrere all'introduzione di un obbligo giuridico.

Si entra in una dimensione più ampia della problematica ed in particolare se spetti al regime degli aiuti di Stato il ruolo d'indirizzo di politiche statali o che lo stesso possa essere impiegato come per imporre una solidarietà europea.

Per quanto il Temporary Framework non sia lo strumento più adatto per determinare un cambiamento così profondo, cosa a cui invece ha provveduto (*rectius* sta provvedendo) il più ampio piano del Next Generation EU, ferma la sua natura temporanea, le varie garanzie introdotte dal quadro *rebus sic stantibus* presentano ad ogni modo un carattere rigido e puntuale, concernendo rimedi strutturali e comportamentali basati sulla disciplina antitrust in materia di aiuti di Stato¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Nel mese di luglio 2020 emerse come oltre il 50% dell'intero ammontare a livello europeo di aiuti erogabili in forza al Temporary Framework furono versati nella sola Germania.

Un precedente è rappresentato dalla decisione di innalzare il limite massimo degli aiuti di Stato per rientrare nella categoria *de minimis*, fino ad un ammontare di 500 mila euro rispetto ai tradizionali 200 mila euro autorizzati, nel contesto della crisi finanziaria globale.

Una valutazione pubblicata dalla Commissione europea mostrò che addirittura oltre l'80% degli aiuti *de minimis* come prospettati con la soglia più elevata, furono erogati in Germania, con un netto vantaggio per le aziende operanti in o dalla Germania nella fruizione di questi aiuti.

¹⁶⁶ Si sottolinea, infatti, come gli articoli 107 e 108 del TFUE consentano un'applicazione differenziata della disciplina sugli aiuti di Stato e su questi il Temporary Framework trovi la propria base giuridica di riferimento.

Il carattere straordinario ed eccezionale della crisi pandemica non ha derogato al principio liberale di limitazione dell'ingerenza dello Stato nell'economia nazionale per influenzare il libero dispiegarsi della concorrenza.

2.2 Temporary Framework come strumento adattivo e dinamico. *Learning by doing* come approccio metodologico e funzionalità del quadro temporaneo in una prospettiva evolutiva dell'Unione Europea più ampia del superamento della crisi

Si può interpretare la sfida della pandemia anche secondo un'altra corrente di pensiero che, tenuto conto della peculiarità del contesto fortemente dinamico ed inaspettato prodotto dalla diffusione pandemica, condivide il ricorso a strumenti flessibili come il Temporary Framework, in grado di consentire alle istituzioni comunitarie un continuo e costante miglioramento ed adattamento alle criticità concrete che vengono a delinearsi con l'avanzare dei tempi¹⁶⁷.

In questo senso si vuole confutare la visione critica di cui sopra, a dimostrazione di una vocazione del Temporary Framework non già alla staticità e storicità, bensì ad un'attitudine all'adattamento alle condizioni concrete, che ha connotato e continua a caratterizzare l'operato dell'Unione Europea nel corso della crisi attuale.

Un primo aspetto, quindi, che si traduce nell'adattamento dinamico delle soluzioni prospettate dall'Unione con un approccio metodologico che abbia potenzialità di emendamento in corso di esecuzione.

Un secondo punto è dato dalla contestualizzazione del Temporary Framework in un quadro operativo ben più ampio.

Un insieme d'interventi che si appalesano come assistenziali, volti a superare le difficoltà della crisi, devono essere strumenti atti non solo a mantenere in piedi il sistema economico, ma, come sopra rilevato, anche a predisporre le condizioni per la sua ripresa su basi più solide di quelle della fase pre-pandemica.

Con il ritorno alla normalità, pertanto, le politiche concorrenziali, in particolare i meccanismi di controllo degli aiuti di Stato, avranno un ruolo molto importante da giocare, al fine di assicurare che le risorse vengano impiegate in modo efficiente e soprattutto proporzionato alle effettive esigenze.

Si guardava già ai progetti del Next Generation EU per assicurare che i nuovi obiettivi della transizione ecologica, digitale e dell'inclusione sociale fossero garantiti da un sostrato effettivo di misure ed interventi, con uno sguardo non solo al mercato interno,

¹⁶⁷ A titolo esemplificativo si menziona la pluralità di emendamenti al testo della Comunicazione succedutasi in uno stretto lasso di tempo tra marzo e giugno dello scorso anno (salvo la quarta modifica avvenuta ad ottobre e l'ultima nel mese di gennaio 2021), al fine di garantire un migliore adattamento delle misure al contesto in continua evoluzione.

Un esempio è dato dal terzo emendamento al testo della Comunicazione recante la disciplina del Temporary Framework, che ha ulteriormente esplicitato la regola già insita nel quadro temporaneo in forza della quale qualsiasi condizione che, nel novero delle varie misure previste, avesse implicato la delocalizzazione delle attività produttive sarebbe stata contraria al Temporary Framework stesso.

La menzione a tal modifica non è casuale e s'inserisce in un più ampio discorso che verrà ripreso nel prosieguo della trattazione, quando si approfondiranno le radici ideologiche della normativa in materia con riguardo al caso concreto che è oggetto di analisi.

Cfr. Comunicazione della Commissione COM(2020) 4509 "Terza modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della Covid-19".

bensi al più ampio equilibrio globale, in cui l'Unione Europea risultava ancora carente nelle regole concernenti sussidi esteri provenienti da Stati terzi a favore di imprese europee, determinando così il rischio di un'alterazione della libera concorrenza¹⁶⁸.

Nel più “grande quadro” composito, organico ed unitario il Temporary Framework ha rappresentato invero soltanto il primo step di un più ampio progetto concretizzatosi poi nel pacchetto QFP-NGEU, con cui si è dato conto ad un totale cambio di direzione che l'Unione Europea intende promuovere attraverso una serie di progetti e riforme, ovviamente solo nel momento in cui è stato possibile riprendere a svolgere un'attività di pianificazione.

Più precisamente in una prima fase, laddove non era possibile addivenire a soluzioni di pianificazione e data l'incertezza del momento, si è fatto fronte attraverso lo strumento che si è ritenuto essere il più idoneo efficiente ed efficace, alla luce del suo carattere di flessibilità che ne ha consentito un costante adattamento dinamico ed una sua evoluzione armonica.

Successivamente si è posta la necessità di una soluzione che fosse strutturata, organica e unitaria.

Per questo motivo, anche in ragione della natura caratteristica dell'Unione Europea, che agisce attraverso delle linee di pianificazione a medio-lungo termine, si è voluto dare un segnale di ritorno alla normalità attraverso lo strumento per antonomasia dell'Unione, la pianificazione che si è tradotta nel Next Generation EU, secondo step del progetto comunitario .

Si vuole cogliere una grande opportunità ponendo le basi concrete, non già programmatiche, per quell'insieme di riforme e di progetti che già da tempo si auspicavano, riassumibili nella triade della digitalizzazione, transizione ecologica ed inclusione sociale.

È significativo, al riguardo, che nei piani più recenti si sia utilizzata una terminologia (Missione) che non solo crea un impegno dello Stato nei confronti dell'Unione Europea, ma addirittura lo autorensabilizza nei confronti di se stesso nella realizzazione di risultati che devono essere sostanzialmente quantificabili.

L'idea del nostro Paese è di dover impiegare le risorse fornite dall'UE in maniera concreta, creando una vera e propria responsabilità degli enti e quindi dello Stato stesso come referente¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Motivo per cui è stato adottato un *white paper* dalla Commissione (Libro bianco della Commissione COM(2020) 253 “relativo all'introduzione di pari condizioni di concorrenza in materia di sovvenzioni estere”) in cui prospetta diverse modalità per elaborare una disciplina che garantisca pari condizioni non solo con riguardo sovvenzioni da parte degli Stati membri, ma anche da parte di Stati terzi, per garantire all'Unione uno strumento unilaterale attraverso cui garantire medesime condizioni operative nel mercato.

¹⁶⁹ Ragion per cui, nelle fasi di elaborazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), l'Unione Europea ha valutato le prime bozze del piano italiano eccessivamente generiche in quanto, come sostenuto da alcuni autori, non emergeva immediatamente quel rapporto funzionale tra mezzi, obiettivi e risultati che connotano l'attuale politica d'azione comunitaria.

Si è passati da un regime vincolistico ad uno maggiormente liberistico per gli aiuti di Stato, nel momento temporaneo di difficoltà legato alla pandemia.

La crisi pandemica ha determinato il sorgere di principi nuovi di cui occorre chiedersi quali siano strettamente collegati al carattere di urgenza e di straordinarietà del fenomeno pandemico, destinati a procedere non oltre la fine della crisi e quali, invece, rappresentino un miglioramento ed evoluzione di principi e valori dell'Unione Europea e che dovranno essere mantenuti e rafforzati anche in seguito.

L'Europa si fondava su una serie di principi e valori tradotti in politiche economiche, finanziarie e societarie piuttosto rigide, mentre, attraverso il Temporary Framework, si è generata una situazione diversa.

Quale parte delle deroghe operate in condizioni di necessità ed urgenza dovranno continuare anche dopo, in quanto rappresentano effettivamente un recupero di una situazione etica di solidarietà europea che era venuta a mancare, quali invece devono essere per forza collegate al carattere eccezionale che pertanto non dovranno ad esistere dopo?

L'allentamento dei vincoli agli aiuti di Stato deve intendersi come una misura di carattere transitorio legata alla situazione di assoluta emergenza e straordinarietà della pandemia, nella fase post-pandemica dovrà necessariamente essere superata da un ritorno allo *status quo ante*.

3. Next Generation EU e Piani Nazionali per la Ripresa e la Resilienza. Assi strategici delle politiche comunitarie e nazionali. Nuovi parametri e principi afferenti l'attività degli operatori giuridici ed economici dell'Unione e dei singoli Stati

Nel quadro generale delle iniziative adottate dall'Unione europea per far fronte alle necessità di liquidità dei vari Paesi, il Presidente francese Emmanuel Macron e la Cancelliera tedesca Angela Merkel proposero, nel maggio 2020, l'istituzione di un fondo di sostegno economico pari a 500 miliardi di euro, finanziato dall'emissione di un debito

europeo comune¹⁷⁰.

Da questa prima iniziativa è stato sviluppato un dialogo costruttivo tra i Paesi membri dell'Unione che ha portato all'accordo del Consiglio europeo, nel mese di luglio 2020, concernente l'approvazione di un pacchetto europeo di sostegno economico che accosta, al tradizionale strumento di pianificazione del Quadro finanziario pluriennale¹⁷¹ (QFP), un eccezionale e specifico mezzo d'intervento, denominato Next Generation EU (NGEU).

D'importanza storica, in quanto manifestazione di solidarietà tra gli Stati senza precedenti, rappresenta la prova di un primo passo verso il superamento di vecchi attriti tra i Paesi e pone le basi per una “nuova era” dell'Unione europea, nello spirito originario del progetto comunitario.

L'essenza del quadro QFP-NGEU si estrinseca in una duplice prospettiva: costituisce, *in primis*, uno strumento atto a fornire una rapida ed efficace risposta all'attuale crisi socio-economica, al pari del Temporary Framework.

Oltre al “mero” assistenzialismo, il pacchetto europeo prospetta l'implementazione di un'attività di pianificazione a lungo termine, per la realizzazione delle più importanti politiche europee (in particolare lo European Green Deal¹⁷², la transizione digitale e la

¹⁷⁰ Nel quadro della mobilitazione europea si dà menzione di ulteriori strumenti a sostegno dell'economia dell'eurozona, dei lavoratori e delle PMI.

In particolare figura lo strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE), disciplinato con il Reg. (UE) 2020/672, per un ammontare complessivo di 100 mld di euro destinati a sostenere gli Stati attraverso programmi di assistenza finanziaria a condizioni agevolate.

A questo si aggiunge il fondo di garanzia paneuropeo BEI che da una dotazione iniziale di 25 mld di euro, impiegata come leva finanziaria, è improntato a garantire sostegno ad imprese e PMI per un totale di 200 mld di euro.

Per quanto concerne gli interventi a sostegno dell'economia nazionale e dell'eurozona, si traducono nei tradizionali programmi di acquisto di titoli dell'APP (Asset Purchase Programme, noto come Quantitative Easing), affiancati dal PEPP (Pandemic Emergency Purchase Programme), strumento straordinario attivato sempre dalla BCE in reazione alla crisi pandemica e volto all'acquisto di titoli pubblici e privati. Oltre ai sopracitati strumenti “diretti”, che garantiscono quindi innesti di liquidità, si deve tener conto anche delle soluzioni “indirette” che consentono comunque un margine superiore di spesa, grazie ad una rinnovata flessibilità sia in materia di aiuti di Stato, attraverso il Temporary Framework, che nelle politiche di bilancio e stabilità finanziaria, in forza dell'attivazione della c.d. “clausola di salvaguardia generale” del Patto di stabilità e crescita, permettendo così agli Stati la possibilità di operare scostamenti di bilancio per far fronte a necessità di spesa eccezionali.

La c.d. “sospensione” del patto di stabilità è stata confermata anche per il 2022 dal Commissario europeo per gli affari economici e monetari Paolo Gentiloni.

¹⁷¹ Definito per il periodo 2021-2027, è stato articolato in sette “rubriche” per cui la relativa ripartizione delle spese è indicativa delle priorità politiche dell'Unione: 1) Mercato unico, innovazione e agenda digitale (143,4 miliardi di euro, di cui 132,8 dal bilancio e 10,6 a titolo di Next Generation EU); 2) Coesione, resilienza e valori (1.099,7 miliardi di euro, di cui 377,8 dal bilancio e 721,9 a titolo di Next Generation EU); 3) Risorse naturali e ambiente (373,9 miliardi di euro, di cui 356,4 dal bilancio e 17,5 a titolo di Next Generation EU); 4) Migrazione e gestione delle frontiere (22,7 miliardi di euro); 5) Sicurezza e difesa (13,2 miliardi di euro); 6) Vicinato e resto del mondo (98,4 miliardi di euro); 7) Pubblica amministrazione europea (73,1 miliardi di euro).

¹⁷² Concernente un piano d'azione al fine di conseguire la neutralità climatica europea entro il 2050.

Il piano opera su molteplici settori (ad es. economia circolare, energie rinnovabili e “decarbonizzazione” del sistema energetico, edilizia sostenibile, riduzione dell'inquinamento, ripristino della biodiversità, sostenibilità alimentare e riduzione dei pesticidi chimici).

resilienza sociale ed economica)¹⁷³.

Nel complesso, l'importo totale delle misure raggiunge i 1.824,3 miliardi di euro, ripartiti in 1.074,3 miliardi di euro del QFP e 750 miliardi di euro del NGEU, finanziate attraverso le risorse proprie dell'Unione, già esistenti (dazi doganali, IVA e risorsa sul reddito nazionale lordo — RNL) o di nuova creazione¹⁷⁴.

L'accordo del Consiglio prevede, inoltre, il potere della Commissione di reperire, per conto dell'Unione, i fondi necessari al sostegno del Next Generation EU, attraverso l'emissione di titoli europei sul mercato dei capitali fino al 2026 e con termine per il rimborso fissato al 2058.

In particolare, i debiti così assunti saranno garantiti solidalmente dagli Stati, per poter offrire agli investitori una maggiore sicurezza dell'investimento, mantenendo un rating alto dello strumento finanziario e, di conseguenza, tassi d'interesse relativamente bassi.

È un primo effettivo tentativo di dare una sostanziale attuazione al principio solidaristico, che è sempre stato immanente a tutti gli interventi politico-normativi dell'Unione europea, ma non si è mai concretizzato in una programmazione finanziaria concreta.

Nel grande dramma della pandemia si assiste, quindi, alle prime riforme che mettono in pratica, con una disciplina sostanziale, quei principi fondamentali alla base della volontà di armonizzare a livello politico-normativo l'Unione europea¹⁷⁵.

Ancorché non sia previsto un riesame intermedio del bilancio, viene garantita flessibilità al quadro attraverso strumenti speciali tematici e non tematici.

Quali modalità d'intervento residuali, è richiesta una peculiare condizione di necessità che si articola, a seconda dello strumento, con maggior specificità ovvero con più ampio

¹⁷³ Il solo fatto di procedere ad una pianificazione, di lungo o lunghissimo termine, è sintomo di un percorso di lenta, ma costante ripresa e di crescita dell'economia europea. Traguardo, seppur intermedio, impensabile nel marzo 2020, quando l'unico modello di azione era rappresentato da forme d'intervento estemporanee, necessarie quantomeno per arginare e contenere i danni provocati dalla pandemia.

¹⁷⁴ In particolare è stato previsto un approccio in quattro fasi che vede un'introduzione progressiva di nuove risorse proprie.

¹⁷⁵ È doveroso sottolineare come, tuttavia, nello scenario di cooperazione europeo che va delineandosi, siano state manifestate delle perplessità da parte della Corte costituzionale federale tedesca (Bundesverfassungsgericht) che, a seguito di un ricorso d'urgenza, ha sospeso l'iter di adozione della Germania della Decisione del Consiglio europeo (Decisione UE, Euratom 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020) concernente l'attribuzione di risorse proprie all'Unione atte a finanziare il bilancio europeo e, quindi, i programmi *de quibus*.

respiro¹⁷⁶.

Nel silenzio delle disposizioni (*rectius* genericità, nonostante il carattere estremamente tecnico della materia), si presume in capo agli Stati richiedenti un onere motivazionale e giustificatorio di comprovare in maniera trasparente la specificità dell'evento e, naturalmente, la residualità del mezzo, dimostrando pertanto l'impossibilità di ottenere soddisfazione con mezzi alternativi.

Non già un generico riferimento alle condizioni *de quibus*¹⁷⁷, bensì una descrizione estremamente dettagliata e puntale della fattispecie concreta che determina una necessità d'intervento in tal senso.

Si auspica, inoltre, una sinergia tra i sopracitati strumenti e gli ordinari programmi di spesa europei, al fine di evitare duplicazioni e garantire maggiore semplificazione nel quadro degli oneri economici e finanziari dell'Unione.

Il Next Generation EU si articola in sette programmi, divisi in tre categorie¹⁷⁸, tra cui emerge il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza (Recovery and Resilience Facility, noto anche come Recovery Fund), pari a 672 miliardi di euro (circa il 90% del NGEU), di cui 312 miliardi di euro in sostegno finanziario non rimborsabile (*rectius* a fondo perduto) e 390 miliardi di euro in prestiti.

3.1 Reg. UE 2021/241 e Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza

Il Dispositivo rappresenta uno dei maggiori piani d'investimento europei, atto a fornire agli Stati le risorse economiche e finanziarie necessarie per poter dare piena effettività ai rispettivi Piani Nazionali per la Ripresa e la Resilienza (PNRR).

¹⁷⁶ Segretariato Generale del Consiglio europeo, conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo 17-21 luglio 2020 (EUCO 10/20), punti 133ss.

In particolare, per gli strumenti tematici l'attributo di specificità si consolida nei presupposti attuativi della riserva speciale di adeguamento alla Brexit, atta a garantire supporto ai settori maggiormente colpiti dall'uscita del Regno Unito dall'Unione, del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione, finalizzato al sostegno dei lavoratori licenziati a seguito di riorganizzazioni dell'attività produttiva per la finalità *de qua* ed in particolare automatizzazione e digitalizzazione della catena del lavoro, nonché della riserva di solidarietà e per gli aiuti d'emergenza, destinata a far fronte ad eventi imprevedibili (catastrofi gravi, crisi umanitarie ed interventi di emergenza) verificatisi negli Stati già membri od in fase di adesione al Fondo di solidarietà dell'Unione europea (FSUE) ovvero in Paesi terzi.

Viceversa, per l'implementazione dello strumento unico di margine, che va a sostituire, quale strumento speciale non tematico, il margine globale per gli impegni, il margine globale per i pagamenti ed il margine per imprevisti, si dispone semplicemente la necessità di: «consentire il finanziamento di spese impreviste specifiche di impegni e pagamenti corrispondenti che non potrebbero essere finanziati diversamente.».

Tenore letterale, quindi, che lascia ampio margine d'interpretazione per valutare l'applicabilità dello strumento, il cui ammontare si consolida in 722 milioni di euro.

¹⁷⁷ Vd. *supra*, nota 176.

¹⁷⁸ Tali categorie sono articolate in base alla destinazione primaria dei programmi in oggetto. S'individuano, a tal proposito: 1) Supporto agli Stati membri, in cui sono ricompresi il Recovery and Resilience Facility, il React-EU, il Just Transition Fund ed infine i Programmi di Sviluppo Rurale; 2) Supporto al settore privato, concernente unicamente il programma Invest-EU; 3) Lezioni dalla crisi, in cui vengono ricondotti il Resc-EU e l'Horizon Europe.

In tal modo contribuire, nel quadro di una stretta e trasparente cooperazione con l'Unione, al raggiungimento di un più ampio traguardo generale che riunisce un insieme di finalità concernenti la promozione della coesione territoriale, sociale ed economica dell'Unione.

Quanto emerge dai testi e dalle varie dichiarazioni politiche dell'ultimo anno è un progetto volto a creare dei sistemi socio-economico-finanziari non solo efficienti e coordinati, ma anche simili (*rectius* ispirati dai medesimi principi) in modo da poter gestire, in futuro, un'emergenza a livello europeo con regole e direttive comuni e soprattutto unitarie.

Il problema riscontrato nelle fasi iniziali di gestione della crisi pandemica è stato un eccessivo particolarismo sociale, politico, culturale ed economico degli Stati europei.

Per quanto il decentramento rappresenti un criterio operativo alla base dell'assetto funzionale dell'Unione, alla luce del principio di sussidiarietà¹⁷⁹ e dell'attuale emergenza, i principi d'integrazione, coordinamento e solidarietà devono prevalere in maniera preponderante, realizzando il superamento della c.d. "Europa a due velocità"¹⁸⁰.

A tal proposito, nel febbraio 2021, è stato approvato il Regolamento UE 2021/241 del Parlamento e del Consiglio "che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza", in cui vengono descritti i tratti caratteristici, obiettivi e modalità operative dello strumento, da implementare nelle principali aree d'intervento, condensate nei c.d. "sei pilastri" individuati *ex art.* 3 Reg. 2021/241¹⁸¹.

Il Regolamento delinea, *ex art.* 4, le principali strade per una realizzazione degli scopi di cui sopra, attraverso il rafforzamento della resilienza e delle capacità di reazione alle crisi, attenuando l'impatto sociale ed economico della pandemia e migliorando il potenziale di crescita degli Stati ed incentivando la creazione di nuovi posti di lavoro.

Oltre ciò si stabiliscono importanti traguardi nei settori del digitale e della transizione verde, puntando al raggiungimento degli obiettivi climatici del 2030 e della neutralità climatica nel 2050, nell'ottica di una ripresa sì celere ed effettiva, ma soprattutto

¹⁷⁹ Ispiratore anche del funzionamento del NGEU, come emerge dal considerando 74 del Reg. 2021/241: «Poiché gli obiettivi del presente regolamento non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, ma possono essere conseguiti meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea. Il presente regolamento si limita a quanto è necessario per conseguire tali obiettivi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.».

¹⁸⁰ Dando così concreta attuazione alla *ratio* ispiratrice del progetto di Schuman, che si condensa nell'inciso dell'omonima dichiarazione del 9 maggio 1950: «L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto.».

¹⁸¹ I "sei pilastri" sono ampiamente descritti nei considerando (11-16) del Regolamento ed in particolare figurano, quali obiettivi tematici: «transizione verde; trasformazione digitale; crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, che comprenda coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione, e un mercato interno ben funzionante con PMI forti; coesione sociale e territoriale; salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, al fine di rafforzare, tra l'altro, la capacità di preparazione e di risposta alle crisi; politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani, come l'istruzione e le competenze.».

sostenibile.

Cruciale è, infine, l'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali, fortemente richiesta dal Parlamento europeo in cui è stata espressa la ferma volontà di dare particolare enfasi alle componenti socio-economiche e programmatiche, a favore soprattutto delle nuove generazioni.

Dopo aver elencato i vari ambiti di applicazione e descritto i principali obiettivi del Dispositivo, il Regolamento predispone la disciplina sostanziale relativa all'erogazione delle risorse messe a disposizione dall'Unione.

Risorse che, come già anticipato, vengono ad articolarsi in due macro-tipologie, ciascuna delle quali sottoposta ad uno specifico regime.

In prima facie, l'intervento europeo si traduce nel contributo finanziario non rimborsabile. Nell'ipotesi in cui, tuttavia, le necessità di spesa legate al Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza dello Stato interessato (PNRR) vadano oltre i limiti stabiliti per tale soluzione ovvero concernano riforme ed investimenti supplementari, è prevista la possibilità di stipulare uno specifico accordo di prestito, in forza del quale lo Stato potrà beneficiare di un'ulteriore sostegno economico il cui importo, questa volta, dovrà essere rimborsato all'Unione secondo le condizioni determinate *uti singoli*.

In particolare, l'ammontare del contributo finanziario non rimborsabile è stato ripartito in due tranche, rispettivamente del 70% e del 30% dell'importo massimo, da erogare in diversi intervalli temporali (il 70% nel biennio 2021-2022, mentre il restante 30% nel 2023), assegnando la relativa quota, spettante a ciascuno Stato, sulla base di criteri predeterminati al fine di garantire un contributo commisurato alle: «esigenze reali degli Stati membri relative all'esecuzione e al completamento delle riforme e degli investimenti previsti nel piano per la ripresa e la resilienza.»¹⁸².

Per i prestiti, erogabili dalla Commissione fino al 2023, è previsto come importo massimo il 6,8% del RNL nel 2019 dello Stato richiedente, naturalmente a prezzi correnti¹⁸³.

L'ammontare del sostegno, sia come contributo finanziario che come prestito, viene dilazionato nel tempo¹⁸⁴, in relazione al conseguimento dei traguardi intermedi così

¹⁸² Considerando 37 del Regolamento UE 2021/241.

Ex art. 11 del Regolamento è stabilito, per il 70% dell'importo, il calcolo del contributo per gli Stati in relazione alla popolazione, all'inverso del PIL pro capite ed al tasso medio di disoccupazione nazionale negli ultimi 5 anni rispetto alla media europea 2015-2019.

Per il 30%, fermi restando i parametri demografici e l'inverso del PIL pro capite, il tasso di disoccupazione viene surrogato dal calcolo della variazione del PIL reale del 2020 e della variazione aggregata del PIL reale per il biennio 2020-2021.

¹⁸³ È comunque prevista una deroga *ex art.* 14, par. 6 Reg. 2021/241, per cui: «[...] fatta salva la disponibilità di risorse, in circostanze eccezionali l'importo del sostegno sotto forma di prestito può essere aumentato.»

¹⁸⁴ Si prevede, inoltre, la possibilità di prefinanziamento pari al 13% dell'importo.

individuati dalla Commissione nella proposta di valutazione del PNRR diretta al Consiglio europeo, al fine di assicurare una sana gestione finanziaria del Dispositivo, efficiente e semplificata, riducendo, peraltro, il rischio di spreco economico.

Per poter accedere ai finanziamenti europei gli Stati dovranno presentare apposita richiesta, accompagnata dai PNRR o dai loro relativi aggiornamenti¹⁸⁵.

Agganciandoci a quest'ultimo passaggio, le modalità procedurali concernono un'*iter* multilivello, in chiave di stretta collaborazione tra Unione e Stati membri.

Questi ultimi, contestualmente alla richiesta di sostegno, elaborano il PNRR sulla base delle indicazioni fornite sia a livello europeo che nazionale.

3.1.1 Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza

In particolare, *ex artt.* 17 e 18 del Reg. 2021/241, nonché sulla scorta delle linee guida licenziate dalla Commissione nella Comunicazione COM(2020) 575 del 17 settembre 2020, cui si ricollega anche la Guida agli Stati dei servizi della Commissione SWD(2020) 205, sono stati elaborati i tratti caratteristici e gli attributi che i PNRR devono necessariamente possedere ai fini di ammissibilità.

Gli Stati, infatti, dovranno predisporre dei piani attraverso cui fornire una risposta globale ed effettiva, proporzionata all'attuale contesto pandemico nonché in grado di conseguire efficacemente gli obiettivi principali del Dispositivo nel novero dei sei pilastri *de quibus*.

Nonostante l'eccezionalità della situazione si richiede, ad ogni modo, che i PNRR siano coerenti e realizzino sinergie con le ordinarie attività di pianificazione nazionale concernenti progetti di riforma nel quadro del semestre europeo (PNR), l'energia ed il clima (PNIEC), la transizione giusta, l'attuazione della garanzia giovani ed infine con gli Accordi di partenariato e programmi operativi a titolo dei fondi dell'Unione¹⁸⁶.

In linea con i principali obiettivi dell'Unione nei campi della transizione ecologica e digitale, è previsto che gli importi erogati siano destinati al conseguimento di tali scopi,

¹⁸⁵ È, infatti, garantita agli Stati *ex art.* 14, par. 2 Reg. 2021/241, la possibilità di formulare richieste di sostegno sotto forma di prestito entro il 31 agosto 2023, qualora non abbiano presentato domanda unitamente alla trasmissione dei PNRR.

In tale ipotesi si prevede, ovviamente, l'allegazione di un nuovo piano aggiornato in cui figurino gli obiettivi supplementari correlati al prestito in oggetto, che andranno ad aggiungersi a quelli originariamente previsti per il contributo finanziario non rimborsabile.

¹⁸⁶ Non si vuole, quindi, che questi programmi si sovrappongano a quella che è la naturale evoluzione sociale, economica e finanziaria dell'Unione europea.

L'obiettivo è quello di un'integrazione ed un'armonizzazione delle misure adottate dall'Unione per far fronte a quella che, fino ad oggi, rappresenta la più grande crisi che abbia mai dovuto affrontare dalla sua nascita, sia "dall'alto" nel momento della loro previsione e progettazione, che "dal basso" nel momento della loro attuazione da parte degli Stati membri. Armonizzazione ed integrazione con i principi fondamentali e soprattutto con quella che sarebbe stata la programmazione dell'Unione europea in questi anni se la pandemia non si fosse verificata.

rispettivamente almeno per il 37% ed il 20%.

I Piani definiscono inoltre i presidi posti in essere dagli Stati nel quadro di un'attività di audit e monitoraggio al fine di prevenire conflitti d'interesse e la realizzazione di fattispecie illecite (corruzione e frode), nonché evitare sprechi economici che si verrebbero a produrre qualora uno Stato, per finanziare progetti di riforma ed investimento, si avvalga delle risorse erogate sia dal Dispositivo che da altri programmi dell'Unione, generando così una duplicazione dei finanziamenti nella copertura di medesimi costi¹⁸⁷.

A tal proposito si rende necessario un richiamo alla disciplina nazionale *ex* d.lgs. 231/2001, concernente forme di responsabilità, formalmente amministrativa, sostanzialmente penale, degli enti in relazione alla commissione di illeciti, come indicati dal legislatore.

In ottica comparatistica è interessante il confronto con il Regolamento in esame, posto che nel novero dei soggetti destinatari della disciplina nazionale non figura lo Stato in quanto ente pubblico.

La ragione di tale scelta da parte del legislatore è da evincersi nella contraddizione in cui lo stesso sistema verrebbe a ritrovarsi, posto che la principale modalità di supporto economico dello Stato è rappresentata dal gettito fiscale e quindi, nella sostanza, dai cittadini.

Considerato che le sanzioni in capo agli enti sono principalmente di carattere pecuniario, gli aspetti economici della vicenda paradossalmente ricadrebbero sugli stessi cittadini, i quali risulterebbero doppiamente pregiudicati anche per la mancata percezione del servizio di cui lo Stato è erogatore o quantomeno garante.

Rebus sic stantibus sul piano interno, contrariamente nel versante comunitario nulla esclude che possa configurarsi una responsabilità, quantomeno amministrativa, nei confronti dello Stato, a ragion della quale la Commissione agisce a tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea con i provvedimenti di cui si darà conto successivamente¹⁸⁸.

A tutela ulteriore dell'ambiente e della biodiversità, è stato sancito il principio di “non danno significativo”, la cui operatività orizzontale *ex* art. 5 Reg. 2021/241 circo-scrive il sostegno finanziario del Dispositivo alle riforme ed agli investimenti predisposti nei piani nazionali che non producano, per l'appunto, un danno significativo all'obiettivo ambientale *ex* art. 17 Reg. 2020/852.

Resta da chiarire la portata dell'attributo “significativo” impiegato per descrivere l'impatto che l'attività produce sull'ambiente.

¹⁸⁷ Per quest'ultimo passaggio occorre precisare, tuttavia, come l'art. 9 Reg. 2021/241 non escluda la complementarietà del supporto offerto dal Dispositivo e dagli altri programmi europei a sostegno dei progetti nazionali, ma si pone unicamente come condizione proibitiva la summenzionata copertura dello stesso costo, nell'ottica di garantire un'assegnazione dei fondi che sia efficiente e coerente, nonché il rispetto del principio della sana gestione finanziaria.

¹⁸⁸ Vd. *infra* pagg. 93ss.

Da ultimo è stata rafforzata la tutela dello Stato di Diritto.

Facendo seguito alle conclusioni rese in sede di Consiglio europeo del 21 luglio 2020, il 16 dicembre 2020, con risoluzione legislativa parlamentare, è stato approvato il Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio “relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell’Unione”.

Viene introdotto, così, un meccanismo di condizionalità previsto nel novero del QFP, estendendosi quindi alle varie rubriche di spesa, al fine di tutelare gli interessi finanziari dell’Unione nella più ampia cornice dei principi generali, tra cui figura *in primis* l’art. 2 TUE.

Con riguardo all’avverbio “*in primis*”, nonostante non si possa parlare, formalmente, di una gerarchia tra i valori fondanti dell’Unione, emerge implicitamente come lo Stato di Diritto rappresenti un sostrato sostanziale imprescindibile per tutti gli altri principi fondamentali dell’Unione europea, tale per cui, venuto meno, si minerebbero irrimediabilmente le basi del progetto comunitario di coesione umana ancor prima che politica, economica e giuridica.

In un’accezione squisitamente positivista e nozionistica, lo Stato di Diritto *ex art. 2 Reg. 2020/2092* viene prospettato come una sintesi di principi caratteristici degli Stati appartenenti alla c.d “tradizione giuridica occidentale”¹⁸⁹.

Nel quadro della comunità europea il rispetto dello Stato di Diritto rappresenta, per gli Stati candidati a divenire membri dell’Unione, una delle *condiciones sine quibus non* da dover soddisfare, come disposto *ex art. 49 TUE*¹⁹⁰.

Nella sua estrinsecazione pratica e secondo quanto riportato nell’art. 2 Reg. 2020/2092, il principio concerne la garanzia della separazione dei poteri, l’osservanza del principio di legalità e di certezza del diritto, nonché del divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, corroborato dall’accesso ad una giustizia indipendente ed imparziale, prodromico all’effettività della tutela giurisdizionale improntata ad assicurare l’uguaglianza, formale e sostanziale, dinanzi alla legge.

In presenza di condotte espressive di una violazione dei principi in oggetto: «che compromettono o rischiano seriamente di compromettere in modo sufficientemente

¹⁸⁹ Art. 2, par. 1, lett. a) Reg. 2020/2092: «Stato di diritto: il valore dell’Unione sancito nell’articolo 2 TUE. In esso rientrano i principi di legalità, in base alla quale il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale effettiva, compreso l’accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, anche per quanto riguarda i diritti fondamentali; separazione dei poteri; non discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge. Lo Stato di diritto è da intendersi alla luce degli altri valori e principi dell’Unione sanciti nell’articolo 2 TUE.».

¹⁹⁰ Esemplificativo, a tal proposito, il considerando 5 del Reg. 2020/2092, per cui: «Quando un paese candidato diventa uno Stato membro, aderisce a una costruzione giuridica che poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l’Unione si fonda, così come precisato all’articolo 2 TUE. Questa premessa implica e giustifica l’esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, pertanto, al rispetto del diritto dell’Unione che li attua. Le leggi e le prassi degli Stati membri dovrebbero continuare a rispettare i valori comuni sui quali l’Unione si fonda.».

diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione»¹⁹¹, la Commissione avvia un *iter* di confronto con lo Stato interessato, coinvolgendo anche Parlamento e Consiglio, al cui esito adotta, in relazione alla gravità della violazione che venga rilevata nello Stato membro e, quindi, nel rispetto dei principi di gradualità, proporzionalità e trasparenza, una o più misure che si articolano nella sospensione, totale o parziale, dei pagamenti ovvero nella risoluzione degli impegni giuridici assunti a favore dello Stato.

Si tratta, in sostanza, di un meccanismo di verifica non già di carattere procedimentale-finanziario, bensì umanistico e culturale, per cui possono delinearsi due binari.

Un primo si condensa nell'osservanza dei principi di contabilità, spesa e sana gestione finanziaria, in forza dei quali l'Unione si assicura il conseguimento degli obiettivi, generali ed intermedi, alle condizioni di cui sopra¹⁹².

Un secondo guarda al rispetto del principio *de quo*, ragion per cui si è parlato anche di "condizionalità politica", in forza della quale si accerta che gli Stati beneficiari delle risorse *de quibus* accolgano, nelle proprie Costituzioni materiali, i principi del

¹⁹¹ Art. 4, par. 1 Reg. 2020/2092.

Ex par. 2: «una violazione dei principi dello Stato di diritto interessa uno o più dei seguenti aspetti: a) il corretto funzionamento delle autorità che eseguono il bilancio dell'Unione, compresi i prestiti e altri strumenti garantiti dal bilancio dell'Unione, in particolare nell'ambito delle procedure di appalto pubblico o di concessione di sovvenzioni; b) il corretto funzionamento delle autorità preposte al controllo, alla sorveglianza e all'audit finanziari, nonché il corretto funzionamento di sistemi efficaci e trasparenti di gestione e responsabilità finanziarie; c) il corretto funzionamento dei servizi responsabili delle indagini e dell'azione penale nelle indagini e nel perseguimento delle frodi, comprese le frodi fiscali, della corruzione o di altre violazioni del diritto dell'Unione che riguardano l'esecuzione del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione; d) l'effettivo controllo giurisdizionale, da parte di organi giurisdizionali indipendenti, delle azioni od omissioni compiute dalle autorità di cui alle lettere a), b) e c); e) la prevenzione e la sanzione delle frodi, comprese le frodi fiscali, della corruzione o di altre violazioni del diritto dell'Unione che riguardano l'esecuzione del bilancio dell'Unione o la tutela dei suoi interessi finanziari, nonché l'imposizione di sanzioni effettive e dissuasive nei confronti di destinatari da parte degli organi giurisdizionali nazionali o delle autorità amministrative; f) il recupero dei fondi indebitamente versati; g) l'effettiva e tempestiva collaborazione con l'OLAF e, se lo Stato membro interessato vi aderisce, con la EPPO ai sensi degli atti dell'Unione applicabili e conformemente al principio di sincera cooperazione; h) altre situazioni o condotta di autorità rilevanti per la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o per la tutela dei suoi interessi finanziari.

¹⁹² Vd. *supra* pagg. 86ss.

liberalismo¹⁹³.

Il rispetto dello Stato di Diritto interessa in particolar modo anche l'Italia, soprattutto alla luce delle lungaggini processuali e burocratiche che rischiano di pregiudicare non solo l'accesso alla giustizia, ma anche l'effettività della tutela giurisdizionale.

Ad ogni modo, dopo questa necessaria digressione circa lo Stato di Diritto, di tali attributi lo Stato dovrà darne debita e compiuta motivazione, il cui contenuto, improntato ai principi di trasparenza e stretta collaborazione, è indicato *ex art.* 18, par. 4 Reg. 2021/241.

¹⁹³ Si pone, quindi, la possibilità di agganciare questo meccanismo a qualcosa di generalmente condiviso ed incontestabile, ossia il riconoscimento dei fondamentali principi che sovrintendono le libertà degli individui e delle comunità.

Viene a generarsi, così, un'inscindibile unione tra la componente di carattere umanistico-culturale e quella economica e nel momento in cui vi è violazione dell'una, si compromette irrimediabilmente l'effettiva realizzazione dell'altra.

Nel novero dei diritti dell'individuo, infatti, vengono ricompresi i diritti di proprietà e d'iniziativa economica.

Occorre domandarsi se questa visione europea non si confonda con quella dogmatica del liberismo anglosassone, per cui la visione umanitaria-liberale assume i tratti di un *àut àut* sulla base del quale uno Stato o condivide *in toto* i principi liberali, umanitari ed economici, o si pone in una condizione di "Stato canaglia", escludendo, però, dal novero dei potenziali beneficiari delle risorse dell'Unione, non solo i sistemi economici di matrice socialista, ma anche ponendo il dubbio su tutti quei sistemi economici di carattere socio-liberale connotati da uno Stato fortemente interventista e che subordinano il rigore del sistema economico liberistico a esigenze sociali.

La consequenzialità logica per cui liberale significa anche liberista, tuttavia, non è palese e potrebbe portare a mettere in forte discussione alcune realtà di sistemi economici che non adottano in maniera rigorosa i principi liberistici e che, peraltro, rappresentano la maggioranza degli Stati membri dell'Unione europea, in cui la socialdemocrazia è risultata essere fondante.

Ancora più forte la posizione degli Stati socialisti che, in diretta opposizione con la matrice liberista, mantengono comunque la loro natura di Stati democratici.

Con riguardo a questi ultimi, nonostante alcuni Stati europei siano formalmente democratici, posto che il loro quadro costituzionale si connota per istituzioni separate tra di loro ed apparentemente indipendenti, nate dal suffragio universale, invero si palesano forti criticità nel rispetto di quelle che sono le libertà fondamentali, come sancite nei principi comunitari.

Affermando di essere "illiberistici", ma non sotto il profilo politico culturale, in realtà cadono in una contraddizione anche se questo tipo di giudizio si ritiene possa essere mosso dall'Unione europea solo in via successiva e non già preventiva.

È la sostanziale violazione a carico dei cittadini che può legittimare una reazione a livello europeo nella tutela degli interessi propri dell'Unione, tra cui il riconoscimento dell'uguaglianza formale e sostanziale tra i suoi cittadini a prescindere dallo Stato di nascita.

Concepire, quindi, la c.d. "condizionalità politica" come uno strumento di controllo e d'indirizzo non solo sulle linee politiche, ma anche sugli assetti istituzionali degli Stati, configge con l'essenza stessa dell'Unione Europea, posto che, contrariamente a quanto avviene negli Stati federali, esistono "solo" dei valori comuni e condivisi sanciti nei Trattati e nei vari atti secondari dell'Unione ragion per cui, in termini attuativi, gli Stati hanno da sempre rivendicato la loro "primazia", soprattutto sul piano della sovranità costituzionale e dei c.d. "controlimiti".

Ferma restando la previsione dell'art. 7 TUE, nel concreto si è dimostrato particolarmente ostico attuare la c.d. "clausola di sospensione" in risposta ad una violazione dei valori *ex art.* 2 TUE.

In assenza di un quadro costituzionale europeo, uno strumento di tale portata potrebbe essere giustificato trasformandone la natura, da condizionalità politica a condizionalità umanistico-culturale.

Nell'approvare il meccanismo di verifica *de quo ex Reg.* 2020/2092, sono state palesate, infatti, alcune critiche di eccessiva indeterminatezza, nonché veti da parte di alcuni Paesi, in particolare Polonia ed Ungheria, Stati socialisti che, alla luce dell'interpretazione suggerita a livello europeo, non saranno mai effettivamente liberali in quanto non liberisti.

I piani, da redigere e trasmettere entro il 30 aprile 2021¹⁹⁴, sono oggetto, quindi, di un *iter* di verifica da parte della Commissione e del Consiglio *ex artt.* 19-21 del Regolamento.

Più precisamente, la Commissione, in stretto coordinamento con lo Stato membro interessato, valuta pertinenza, efficacia, efficienza e coerenza del piano, attraverso una disamina dei sopracitati tratti essenziali.

Ciascuno dei criteri viene quindi articolato in una serie di declinazioni più specifiche, con cui si esamina l'idoneità del piano nazionale a perseguire gli obiettivi indicati dal NGEU e garantire la sostanziale soddisfazione di criticità concrete.

Prospettando riforme ed investimenti coerenti e complementari tra loro, ma soprattutto ragionevoli e plausibili, il fine è di assicurare un'efficiente gestione finanziaria di spesa, in forza della quale sia possibile dare efficace attuazione del PNRR ed espletarne un corretto monitoraggio.

Quanto sopra per prevenire la commissione di fattispecie illecite e di sprechi economici, garantendo infine un *feedback* del piano sullo Stato membro interessato effettivo e duraturo, non limitato all'attuale emergenza pandemica, bensì improntato ad un risultato a lungo termine di rinnovamento e trasformazione degli ordinamenti nazionali in un quadro di generale armonizzazione sociale ed economica¹⁹⁵.

Espletata questa prima fase, il Consiglio europeo, su iniziativa della Commissione, approva la valutazione *de quo* con decisione di esecuzione.

La proposta della Commissione definisce le condizioni per l'erogazione del sostegno, indicando il termine, non oltre il 31 agosto 2026, entro cui i progetti d'investimento e le riforme definite nel PNRR dovranno essere realizzate dallo Stato.

La stessa indica, inoltre, l'importo da corrispondere alla luce delle condizioni stabilite, i contributi finanziari non rimborsabili ed i prestiti per i quali, si precisa ulteriormente¹⁹⁶, è prevista un'erogazione rateizzata e subordinata al conseguimento dei traguardi e degli obiettivi individuati nel piano, per i quali tali somme sono state messe a disposizione,

¹⁹⁴ Ex art. 18, par. 3 Reg. 2021/241. È da precisare, tuttavia, come la disposizione puntualizzi che “di norma” i piani vengono trasmessi ufficialmente entro tale data, il che rimanda ad una natura meramente ordinatoria e non già perentoria del termine indicato.

Di conseguenza, nello spirito di flessibilizzazione che connota il quadro europeo attuale, anche i PNRR trasmessi *ex post* dovrebbero ritenersi accettabili sul piano formale fermo restando, ovviamente, il necessario espletamento della procedura di valutazione di merito.

Resta, tuttavia, da comprendere entro quando i piani possano comunque essere presentati, posto che le risorse potranno essere impegnate dall'Unione fino al 2023 ed è prevista una prima *deadline* per il 31 agosto 2026 per quanto concerne riforme, investimenti ed obiettivi da implementare e realizzare.

¹⁹⁵ Segretariato Generale del Consiglio europeo, conclusioni riunione straordinaria del Consiglio europeo 17-21 luglio 2020 (EUCO 10/20), punto A19: «Nella valutazione il punteggio più alto deve essere ottenuto per quanto riguarda i criteri della coerenza con le raccomandazioni specifiche per paese, nonché del rafforzamento del potenziale di crescita, della creazione di posti di lavoro e della resilienza sociale ed economica dello Stato membro. Anche l'effettivo contributo alla transizione verde e digitale rappresenta una condizione preliminare ai fini di una valutazione positiva.».

¹⁹⁶ Vd. *supra* pagg. 85ss.

configurando quindi un vero e proprio vincolo di destinazione¹⁹⁷.

Con riguardo ai sostegni sotto forma di prestiti, si prefigura uno step aggiuntivo rappresentato dalla valutazione, sempre ad opera della Commissione, sulla ragionevolezza e la plausibilità della richiesta dello Stato in relazione agli obiettivi supplementari indicati nel PNRR, di cui peraltro si verifica la conformità ai parametri già esposti per lo stesso piano¹⁹⁸.

Come per i contributi finanziari non rimborsabili, il Consiglio europeo adotta una decisione di esecuzione e la Commissione, quindi, procede alla stipula di un accordo di prestito con lo Stato interessato, in cui vengono delineate le condizioni sostanziali ed operative per l'erogazione dell'importo determinato come sopra.

Riassumendo, gli Stati che intendano beneficiare delle risorse messe a disposizione attraverso il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza, dapprima presentano, indicativamente entro il 30 aprile, richiesta di accesso al Dispositivo, allegandovi contestualmente il PNRR.

Qualora il contributo finanziario non rimborsabile sia insufficiente per la realizzazione delle riforme e degli investimenti indicati, sarà possibile formulare ulteriore richiesta di prestito, immediatamente o comunque entro il 2023.

La richiesta viene valutata dalla Commissione, che formulerà una proposta di decisione di esecuzione al Consiglio, che potrà deliberare positivamente o negativamente.

Nell'ipotesi di richiesta di prestito, successivamente si procederà a stipulare il relativo accordo *ex art. 15 Reg. 2021/241*.

Il ruolo delle istituzioni europee, tuttavia, non si esaurisce nella “mera” erogazione dei contributi finanziari e delle relative formalità da espletare.

Si traduce, altresì, in un monitoraggio costante volto ad assicurare l'effettiva attuazione del Dispositivo e, quindi, il conseguimento degli obiettivi generali indicati nel Regolamento.

¹⁹⁷ *Ex art. 20, par. 4* si stabilisce che il contributo finanziario non rimborsabile: «è determinato in base ai costi totali stimati del piano per la ripresa e la resilienza proposto dallo Stato membro interessato, valutato secondo i criteri di cui all'articolo 19, paragrafo 3. L'importo del contributo finanziario è stabilito come segue: a) se il piano per la ripresa e la resilienza soddisfa i criteri di cui all'articolo 19, paragrafo 3, e l'importo dei costi totali stimati del piano per la ripresa e la resilienza è pari o superiore al contributo finanziario massimo calcolato per lo Stato membro in questione conformemente all'articolo 11, il contributo finanziario assegnato allo Stato membro interessato è pari all'importo totale del contributo finanziario massimo calcolato per lo Stato membro in questione conformemente all'articolo 11; b) se il piano per la ripresa e la resilienza soddisfa i criteri di cui all'articolo 19, paragrafo 3, e l'importo dei costi totali stimati del piano per la ripresa e la resilienza è inferiore al contributo finanziario massimo calcolato per lo Stato membro in questione conformemente all'articolo 11, il contributo finanziario assegnato allo Stato membro interessato è pari all'importo dei costi totali stimati del piano per la ripresa e la resilienza; c) se il piano per la ripresa e la resilienza non risponde in misura soddisfacente ai criteri di cui all'articolo 19, paragrafo 3, allo Stato membro interessato non è assegnato alcun contributo finanziario.».

¹⁹⁸ Vd. *supra* pag. 86ss.

Monitoraggio che viene ad essere realizzato in stretta collaborazione con gli Stati membri, attraverso il coinvolgimento dei vari responsabili dell'attuazione dei PNRR ai diversi livelli, nazionale e regionale.

Questi, infatti, sono chiamati a fornire alla Commissione, in un costante flusso informativo, i dati necessari all'uopo.

In un contesto connotato da trasparenza ed auto-responsabilizzazione da parte degli Stati, il razionale operativo rimane comunque il principio di proporzionalità; gli obblighi di disclosure menzionati ed il monitoraggio della Commissione, pertanto, sono commisurati alle attività espletate nel novero del Recovery Fund.

I resoconti del monitoraggio vengono riportati dalla Commissione nel quadro di valutazione (*scoreboard*)¹⁹⁹ e nelle relazioni annuali a Parlamento e Consiglio²⁰⁰, in cui si dà conto dello stato di attuazione dei Piani Nazionali e del Dispositivo, sulla base di accordi operativi conclusi tra Stato e Commissione.

Per quanto riguarda le ipotesi in cui gli Stati membri si rendano inadempienti, occorre distinguere due macro-tipologie di fattispecie; la prima, concernente l'inosservanza del vincolo di destinazione, quindi il mancato raggiungimento degli obiettivi del Dispositivo ovvero un'insoddisfacente attuazione del piano per la ripresa e la resilienza, l'altra, identificata in gravi irregolarità, relativa alle ipotesi di conflitto d'interessi, frode e corruzione, che gli Stati non siano stati in grado di prevenire attraverso i propri sistemi nazionali di gestione del bilancio.

Ciò determina un forte pregiudizio per gli interessi finanziari dell'Unione europea, comportando altresì una violazione del principio di una sana gestione finanziaria.

¹⁹⁹ Ai fini di trasparenza si segnala che, *ex art.* 30 Reg. 2021/241, il quadro, operativo entro il dicembre 2021, sarà aggiornato dalla Commissione due volte l'anno e reso disponibile al pubblico tramite un sito web o portale internet *ad hoc*.

²⁰⁰ Sempre nel quadro rapporti istituzionali è disposto, *ex art.* 16 Reg. 2021/241, che la Commissione elabori una relazione di riesame da presentare a Parlamento e Consiglio entro il 31 luglio 2022.

Sono altresì previste, *ex art.* 32 Reg. 2021/241, una relazione di valutazione indipendente sull'attuazione del Dispositivo ed una valutazione *ex post* sui risultati conseguiti dal Dispositivo e, quindi, su efficacia, efficienza ed effettività dell'operato europeo nel lungo periodo.

Esemplificative, riguardo al c.d. "Dialogo per la ripresa e la resilienza", sono le parole della Presidente Tinagli: «la Commissione Europea verrà in audizione congiunta nelle Commissioni per i Problemi Economici e Monetari e per il Bilancio ogni due mesi. Queste audizioni permetteranno al Parlamento Europeo di acquisire informazioni importanti sullo stato di avanzamento del Recovery and Resilience Facility attraverso i Piani Nazionali (PNRR) e di farne una valutazione sui vari aspetti. Inoltre, su base trimestrale, la Commissione invierà anche una valutazione dei Piani al Parlamento. Il Parlamento potrà esprimere la propria posizione mediante Mozioni di Risoluzione, che dovranno essere tenute in considerazione da parte della Commissione.».

Per ulteriori approfondimenti si veda Tinagli, *Next Generation EU, il piano europeo per la ripresa e la resilienza*, in *Conoscere l'UE*.

Si avrà, pertanto, una risposta dell'Unione²⁰¹ proporzionata alla gravità della situazione²⁰², che può spaziare, nella prima ipotesi, in una sospensione, totale o parziale, degli impegni o dei pagamenti²⁰³, mentre nella seconda potrebbe giungere ad una riduzione del contributo finanziario ed annesso recupero degli importi indebitamente percepiti od impiegati in modo improprio, nonché il rimborso anticipato delle somme nel caso di contributo sotto forma di prestito.

Come per gli aiuti di Stato si pone, quindi, la necessità di contemperare l'esigenza di tutela degli interessi finanziari con i pregiudizi concreti che potrebbero verificarsi in danno all'economia di uno Stato o, comunque, ai terzi in buona fede percettori delle somme erogate²⁰⁴.

Il tutto si celebra in una forma di contraddittorio, consentendo allo Stato di esprimere e corroborare la propria posizione.

²⁰¹ *Ex art. 10 Reg. 2021/241* si delinea una procedura che coinvolge sia Commissione che Consiglio, per cui, su proposta della prima, il secondo adotta, a maggioranza qualificata, una decisione di esecuzione delle misure *de quibus* a sostegno di una sana governance economica.

Ex art. 22, par. 5 Reg. 2021/241, relativo alla tutela degli interessi finanziari nei casi di frode, corruzione e conflitto d'interessi, è riconosciuto alla Commissione il diritto di: «ridurre proporzionalmente il sostegno nell'ambito del dispositivo e di recuperare qualsiasi importo dovuto al bilancio dell'Unione o di chiedere il rimborso anticipato del prestito» alla luce delle suddette gravi irregolarità che comportino una violazione degli accordi intercorrenti tra Stato e Commissione *ex artt. 15 e 23*.

²⁰² Per quanto concerne le ipotesi d'inosservanza degli obblighi è disposto, infatti, *ex art. 10, par. 4 Reg. 2021/241*, che: «L'ambito e il livello della sospensione degli impegni o del pagamento da imporre sono proporzionati, rispettano la parità di trattamento tra Stati membri e tengono conto della situazione socioeconomica dello Stato membro interessato, in particolare del livello di disoccupazione, povertà o esclusione sociale nello Stato membro interessato comparato alla media dell'Unione e dell'impatto della sospensione sull'economia dello Stato membro interessato.»

Nei casi di gravi irregolarità, *ex art. 22, par. 5 Reg. 2021/241*, si stabilisce che: «Nel decidere in merito all'importo del recupero e della riduzione o dell'importo da rimborsare anticipatamente, la Commissione rispetta il principio di proporzionalità e tiene conto della gravità della frode, della corruzione e del conflitto di interessi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, o di una violazione di un obbligo.»

²⁰³ *Ex art. 10, par. 2 Reg. 2021/241*: «La Commissione può presentare al Consiglio una proposta di sospensione totale o parziale degli impegni o dei pagamenti in uno dei seguenti casi: a) se il Consiglio adotta due raccomandazioni successive nella stessa procedura per squilibri eccessivi a norma dell'articolo 8, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1176/2011, motivate dal fatto che uno Stato membro ha presentato un piano d'azione correttivo insufficiente; b) se il Consiglio adotta due decisioni successive nella stessa procedura per squilibri eccessivi a norma dell'articolo 10, paragrafo 4, del regolamento (UE) n. 1176/2011, con cui accerta l'inadempimento dello Stato membro per non aver adottato l'azione correttiva raccomandata; c) se la Commissione conclude che lo Stato membro non ha adottato le misure di cui al regolamento (CE) n.332/2002 e, di conseguenza, decide di non autorizzare l'erogazione del sostegno finanziario concesso a tale Stato membro; d) se il Consiglio decide che uno Stato membro non adempie al programma di aggiustamento macroeconomico di cui all'articolo 7 del regolamento (UE) n. 472/2013 o alle misure richieste da una decisione del Consiglio adottata a norma dell'articolo 136, paragrafo 1, TFUE.»

²⁰⁴ Esemplicitativo in tal senso è un periodo incluso nel considerando 53 del Regolamento, in cui si sottolinea che: «ove possibile, il recupero dovrebbe essere garantito mediante compensazione con le erogazioni di finanziamenti in sospeso nell'ambito del dispositivo».

È disposto, inoltre, *ex art. 10, par. 2 Reg. 2021/241*, che: «Si riserva la priorità alla sospensione degli impegni; i pagamenti sono sospesi solo qualora si richieda un intervento immediato e in caso di grave inosservanza.» Sospensione che, *ex par. 3*, si applica a decorrere dal 1° gennaio dell'anno successivo all'adozione della relativa decisione.

Sempre nel quadro di ampia flessibilità che caratterizza le recenti politiche europee, è riconosciuta comunque agli Stati, *ex art. 21 Reg. 2021/241*, la possibilità di modificare o proporre un nuovo PNRR qualora, per circostanze oggettive, il piano originario ed i relativi traguardi non siano più conseguibili integralmente od anche solo parzialmente.

Da qui un coinvolgimento di Commissione e Consiglio che, valutate le motivazioni a fondamento della richiesta dello Stato, procedono nell'*iter* già descritto di proposta e decisione di esecuzione.

3.1.1.1 PNRR “#NEXTGENERATIONITALIA”

Per quanto concerne l'Italia, l'*iter* di elaborazione del piano nazionale è stato oggetto di alcune problematiche.

Sulla scorta delle linee guida elaborate dal Comitato interministeriale per gli Affari Europei (CIAE)²⁰⁵, vennero definite le prime bozze del PNRR giudicate, tuttavia, dalla Commissione Europea non conformi ai criteri di valutazione europei in quanto eccessivamente generiche e programmatiche, prive di definizione sostanziale delle riforme atte a far fronte alle criticità concrete nonché di stime effettive sugli obiettivi quantitativi fissati dall'Unione²⁰⁶.

A complicare ulteriormente il quadro, la crisi politica nei primi mesi dell'anno ha comportato un'ulteriore compressione delle tempistiche.

I lavori al PNRR, infatti, sono stati ripresi dal governo Draghi che, sulla base di quanto già fatto dal precedente Esecutivo guidato dal Prof. Giuseppe Conte, ha provveduto a puntualizzare i contenuti del precedente progetto assicurando così quel livello di definizione chiara e sistematica degli obiettivi dei vari programmi d'investimento, dei relativi tempi di realizzazione, dei parametri operativi ed ovviamente dell'ammontare di

²⁰⁵ Le linee guida si articolano su tre livelli e definiscono “sfide”, “missioni” ed “azioni”, più concretamente traducibili in obiettivi generali del Piano, specifici *cluster* d'intervento (in linea con i sei pilastri comunitari del Recovery Fund) e progetti di riforma, inquadrati negli alvei delle c.d. “politiche di supporto”, atti a garantire effettività ai primi due livelli.

Per le politiche *de quibus* — che si traducono in: 1) investimenti pubblici e concessioni; 2) riforma della Pubblica amministrazione; 3) ricerca e sviluppo; 4) riforma del Fisco; 5) riforma della Giustizia; 6) riforma del Lavoro — vengono delineate finalità e tempistiche, seppur in via fortemente programmatica.

²⁰⁶ Come rilevato nel dossier a cura del Servizio Studi del Senato e dell'Ufficio Rapporti con l'Unione Europea della Camera, *Principali iniziative dell'Unione europea per fronteggiare l'impatto economico-sociale della pandemia COVID-19*, Senato n. 89, Camera edizione aggiornata n. 39. Documentazione per le Commissioni - Attività dell'Unione Europea, 5 ottobre 2020: «Si può osservare che nelle Linee guida soltanto in alcuni casi vengono definiti in termini quantitativi gli obiettivi (ad esempio, il completamento della rete nazionale di telecomunicazione in fibra ottica e il completamento dei corridoi TEN-T per quanto riguarda la rete ferroviaria), mentre nella maggior parte dei casi essi sono richiamati soltanto in termini generali, senza specificare in che misura si intende correggere le tendenze in atto e senza precisare quante risorse verrebbero assegnate a ciascuno degli obiettivi indicati. Allo stato, gli obiettivi non sono corredati di un'analisi sul loro impatto potenziale sulle grandezze economiche né sulle diverse aree territoriali.»

Viene precisato, ad ogni modo, come il Governo fosse già all'opera per predisporre uno schema maggiormente dettagliato del PNRR e dei relativi piani d'investimento e riforme, comprensivo inoltre di dati empirici puntuali al fine di: «avviare un dialogo informale con la Commissione europea».

spesa stimato a tal fine, in armonia con le indicazioni fornite a livello comunitario.

Nel suo discorso alla Camera dei Deputati del 26 aprile, in vista della trasmissione del piano nazionale di ripresa e resilienza alla Commissione europea, il Presidente del Consiglio Draghi ha descritto, con parole concise, cristalline e risolutive, non solo gli aspetti tecnici di primario rilievo, ma anche l'importanza e la portata che tale pacchetto di riforme ed investimenti avrà sull'Italia del presente e soprattutto del futuro.

Il Piano, presentato alla Commissione il 30 aprile 2021 e sostanzialmente già vidimato nei contenuti in forza dei pregressi contatti tra Governo e Unione Europea, si caratterizza per una struttura operativa basata sui tre principali "assi strategici" della: «digitalizzazione ed innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale»²⁰⁷.

Ciascuno di essi si traduce a sua volta in un parametro di riferimento nella valutazione delle azioni intraprese nel quadro della ripresa nazionale, quale indice di funzionalità e quindi di sostanziale successo della singola attività intrapresa.

Rimandando il discorso ad un momento successivo della trattazione, tali criteri risultano essere vincolanti anche oltre il novero di investimenti e riforme previsti all'interno della cornice del PNRR, facendo richiamo ad un più ampio *revirement* ideologico e metodologico non solo nazionale, ma anche europeo.

Nel discorso del Premier si evincono alcuni snodi fondamentali per comprendere l'operatività del Piano presentato.

In primo luogo la necessità di procedere a riforme strutturali improntate non solo a standard di semplificazione ed efficienza, ma anche di finalizzazione alla realizzazione di risultati concreti.

Questo *modus operandi* consente, quindi, in secondo luogo, di poter mettere immediatamente in relazione gli investimenti predisposti per i diversi obiettivi al conseguimento ed alla quantificazione di risultati concreti materialmente apprezzabili.

Al fine di assicurare l'efficienza di questo sistema, tenuto conto anche del carattere progressivo delle erogazioni da parte dell'Unione Europea, si rendono necessari strumenti di monitoraggio e verifica delle situazioni intermedie, con cui fornire alle Istituzioni europee i dati necessari per valutare l'ottimizzazione del procedimento *in itinere*.

Condizione, questa, che consente alle stesse di valutare se promuovere o meno l'esecuzione del Piano.

Un ultimo aspetto, sicuramente innovativo, è quello dato dall'interconnessione dei processi operativi che non costituiscono una giustapposizione di strumenti ed obiettivi, ma la realizzazione di uno scopo complesso ed articolato che dovrà essere realizzato compiutamente in tutti i suoi aspetti perché si possa considerare il PNRR positivamente portato a termine.

²⁰⁷ PNRR "#NEXTGENERATIONITALIA", pag. 13.

Rebus sic stantibus si possono evidenziare come canoni fondamentali, attorno ai quali si sviluppa il documento, i principi di equità, efficienza e competitività intesi come il passaggio da procedimenti che si fondano soltanto sulla regolarità formale ad attività che invece siano volte al conseguimento di risultati concreti quantificabili e che realizzino condizioni di maggior benessere generale.

Quest'ultimo periodo riassume l'assoluta novità, ma soprattutto la portata che caratterizza il progetto *de quo*, nato con il NGEU ed estrinsecato attraverso i vari Piani nazionali.

Si supera così il "mero" livello delle dichiarazioni programmatiche e di principio.

Proseguendo con la descrizione della struttura del Piano, si nota che lo stesso è articolato nelle già menzionate sei Missioni, definite nelle linee guida sopracitate e qui maggiormente specificate²⁰⁸, a loro volta suddivise in sedici Componenti, ciascuna di esse: «riflette riforme e priorità di investimento in un determinato settore o area di intervento, ovvero attività e temi correlati, finalizzati ad affrontare sfide specifiche e che formino un pacchetto coerente di misure complementari. Le componenti hanno un grado di dettaglio sufficiente ad evidenziare le interconnessioni tra le diverse misure in esse proposte.»²⁰⁹.

I progetti di investimento e riforme rappresentano, infine, "atomo" indivisibile del PNRR. Il PNRR identifica tre tipologie di riforme: «espressamente connesse agli obiettivi generali del PNRR, concorrendo, direttamente o indirettamente, alla loro realizzazione.»²¹⁰, alle quali si affiancano le c.d. "riforme di accompagnamento", misure non facenti parte formalmente della cornice del Piano nazionale, ma che assicurano la massima funzionalità del sistema, essendo sostanzialmente concorrenti nel conseguimento degli obiettivi *de quibus*.

In *prima facie* si dà conto di quella categoria di riforme, la cui principale caratteristica è quella di riguardare tutte le Missioni e pertanto definite trasversali.

Trattasi d'interventi di carattere generale che si traducono nelle due principali riforme della Pubblica Amministrazione e del sistema giudiziario, costituendo pertanto il sostrato indefettibile in assenza del quale il PNRR non potrebbe neanche vedere una parvenza d'implementazione.

Sempre nell'alveo della categoria di cui sopra è riconducibile la seconda tipologia di riforme, prodromiche all'attuazione del PNRR e qualificate per tal motivo abilitanti.

Sono indirizzate principalmente ad una semplificazione burocratica al fine di garantire,

²⁰⁸ In ordine vengono riportate: 1) Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura; 2) Rivoluzione verde e transizione ecologica; 3) Infrastrutture per una mobilità sostenibile; 4) Istruzione e ricerca; 5) Coesione e inclusione; 6) Salute.

²⁰⁹ PNRR "#NEXTGENERATIONITALIA", pag. 14.

²¹⁰ PNRR "#NEXTGENERATIONITALIA", pag. 32.

da un lato, maggiore celerità nell'esercizio dell'attività economica e, dall'altro, una migliore erogazione dei servizi a cittadini ed imprese da parte della Pubblica Amministrazione.

Più specifiche, infine sono, le riforme c.d. settoriali.

Queste ultime caratterizzano le singole Missioni del Piano e *de facto* si traducono, in termini di finalità e risultati, nelle riforme abilitanti, con la differenza sostanziale che mentre le seconde hanno un carattere più ampio e generale, le riforme settoriali, come suggerisce la stessa nomenclatura, sono specifiche per singoli campi d'intervento.

Al fine di una migliore comprensione dell'incisività degli effetti che il PNRR intende produrre nell'ordinamento si ritiene opportuno soffermarsi brevemente sulla riforma strutturale della Pubblica Amministrazione.

Il tema ha assunto un ruolo centrale nel dibattito dottrinale sin dagli anni Settanta del secolo scorso, con il contributo di autori appartenenti al mondo politico ed accademico che hanno evidenziato criticità di immediata evidenza empirica.

La difficoltà di mettere in atto un ripensamento della burocrazia nazionale era solo in parte collegato al ricorso ad ingenti investimenti economici e finanziari che la lunga fase recessiva e il progressivo innalzamento dell'indebitamento statale rendevano problematici. Come è stato osservato da Cassese²¹¹, si poneva anche un problema culturale che vedeva nel pubblico impiego il c.d. "posto fisso", svincolato da canoni di meritocrazia, professionalità ed efficienza, relegandolo ad un forte immobilismo.

Di qui un processo di obsolescenza non solo anagrafico ma anche metodologico dell'amministrazione, che risultava incapace di rispondere agli aggiornamenti tecnici e tecnologici senza ricorrere allo strumento dispendioso ed abusato della consulenza esterna, anche per attività che sarebbero rientrate nella competenza del dipendente interessato.

Per questo motivo l'autore proponeva di formare una nuova generazione di dipendenti pubblici forgiato sulla base dei suddetti principi.

È quindi indubbio che il PNRR costituisca un'opportunità unica per realizzare una riforma che costituisce la condizione necessaria per la definizione delle altre riforme richieste a livello di Unione Europea, risolvendo *in primis* il problema del finanziamento.

Si pone quindi la questione del personale che viene affrontata in una prospettiva articolata.

Sotto un profilo formale, si rende necessaria una semplificazione dei processi di reclutamento, una rimodulazione delle competenze di accesso ed una razionalizzazione di ruoli, mansioni e qualifiche in un quadro che valorizzi la professionalità mirata.

In tal modo il pubblico impiego può tornare ad essere una meta per lavoratori di alto profilo, che altrimenti si rivolgono al settore privato anche estero.

In secondo luogo è necessario un processo di formazione, aggiornamento e

²¹¹ Cfr. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 1989.

riqualificazione professionale del personale già assunto per consentire un adattamento automatico alle esigenze sociali della collettività con piena padronanza degli strumenti che lo sviluppo tecnologico mette a disposizione per ottimizzare le prestazioni.

Se tale sviluppo tecnologico viene messo al servizio di uno standard di eco-sostenibilità, come richiesto dalle istituzioni comunitarie, il suddetto processo permetterà di formare una generazione di dipendenti pubblici attenti ad efficienza e metodo.

Un terzo elemento è quello della responsabilità da risultato.

È ampiamente noto il processo culturale prima che normativo, culminato nel seminal d.lgs. 29/93, che ha riorganizzato in forma manageriale le amministrazioni pubbliche, passando dal rapporto gerarchico a quello di direzione di un personale valorizzato nelle proprie funzioni discrezionali, corredate da corrispondenti responsabilità sostanziali.

Nella realtà attuale si richiede una amministrazione che disponga del personale più preparato ed aggiornato che abbia strumenti per rilevare le necessità dei cittadini in modo da assicurare risultati concreti e misurabili.

Tale giudizio dovrà mettere in relazione i suddetti risultati con i mezzi in dotazione, che non devono essere solo più cospicui, data la maggior disponibilità di risorse assicurata dal PNRR, ma anche i più idonei ed adatti nel rispetto di un criterio di economicità che non va considerato di minore importanza.

Per assicurare tale condizione di piena efficienza si devono attivare procedure chiare, trasparenti e soprattutto di rapida definizione, dal momento che la celerità della tutela sostanziale è un canone su cui le istituzioni comunitarie sono molto sensibili.

A conferma di quanto appena scritto, la stessa terminologia impiegata nel PNRR (*in primis* il nuovo e peculiare concetto di Missione) rimanda finalmente a quella responsabilità da risultato di cui sopra, che tutte le amministrazioni pubbliche dovrebbero avere, come teorizzato anche da M.S. Giannini²¹², e che finalmente trova una sua concretizzazione.

Per completezza di discorso l'attuazione del Piano coinvolge tutti i livelli amministrativi, dalla dimensione locale fino a quella centrale, nello spirito di sussidiarietà ed in relazione alle specifiche competenze richieste per le riforme che devono essere implementate nel rispetto dei principi di razionalità, proporzionalità, buon andamento della Pubblica Amministrazione, semplificazione e risparmio di spesa.

A livello centrale è stata predisposta una struttura *ad hoc* presso il MEF - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, con funzione di coordinamento centralizzato tra i vari livelli operativi.

Suddetta struttura opera in collaborazione con la c.d. "Cabina di regia per il PNRR", istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e con compiti indicati nel documento traducibili essenzialmente in funzioni di monitoraggio, di coordinamento e propositive, in particolare queste ultime volte ad indicare quelle necessarie modificazioni

²¹² Cfr. M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1981.

del sostrato normativo al fine di assicurare non già un'efficace attuazione del Piano, bensì la "più efficace"²¹³.

Per garantire l'osservanza dei principi di cui sopra e verificare l'efficace ed effettiva implementazione del PNRR è stata predisposta una complessa rete di controllo e monitoraggio concernente come protagonisti gli stessi soggetti chiamati all'attuazione del Piano, quindi le Amministrazioni, la struttura di coordinamento centralizzato e la Cabina di Regia.

In ossequio ai principi di sussidiarietà e di auto-responsabilizzazione, la raccolta delle informazioni avviene a tutti i livelli amministrativi coinvolti e, sulla base dei dati trasmessi, il coordinamento centrale presso il MEF procede ad una loro rielaborazione generale ed infine ad una comunicazione, sullo stato di avanzamento dell'attuazione del Piano, che sia pubblica e trasparente.

Dell'attività di verifica il MEF fornirà periodicamente resoconti alla Cabina di Regia e fungerà, inoltre, da raccordo con la Commissione europea nell'espletamento delle formalità di rendicontazione costante come previste dal Reg. 2021/241.

Attività di controllo e monitoraggio che si traducono non solo in una verifica circa la regolarità formale delle procedure espletate al fine di attuare il PNRR, ma anche in una concreta predisposizione di presidi volte a neutralizzare o quantomeno attenuare il rischio di discostamento dal naturale *iter* finalistico-sostanziale così previsto per l'impiego delle risorse *de quibus*, nel rispetto soprattutto del principio di spesa e dei livelli finanziari originariamente delineati per sostenere l'implementazione delle riforme previste.

Oltre al c.d. controllo di "performance", si ha un'attività di audit legata alla prevenzione e gestione del rischio di fattispecie illecite.

A tal fine, è stato istituito presso il Ministero un apposito ed indipendente Organismo di audit del PNRR, chiamato a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione *ex art.* 22 Reg. 2021/241, prevenendo la commissione delle fattispecie di frode, corruzione, conflitti d'interesse e di duplicazione dei finanziamenti di cui si è già data menzione sopra²¹⁴.

Sempre in un quadro di auto-responsabilizzazione ed alla luce dei principi di cui sopra, l'attività di controllo *de qua* è svolta, inoltre, dalle stesse amministrazioni con riferimento agli alvei di rispettiva competenza.

²¹³ PNRR "#NEXTGENERATIONITALIA", pag. 241.

Più specificamente, le funzioni della Cabina di Regia vengono delineate nel: «compito di verificare l'avanzamento del Piano e i progressi compiuti nella sua attuazione; di monitorare l'efficacia delle iniziative di potenziamento della capacità amministrativa; di assicurare la cooperazione con il partenariato economico, sociale e territoriale; di interloquire con le amministrazioni responsabili in caso di riscontrate criticità; di proporre l'attivazione dei poteri sostitutivi, nonché le modifiche normative necessarie per la più efficace implementazione delle misure del Piano.».

²¹⁴ Vd. *supra* pagg. 93ss.

Per concludere il discorso, è opportuna una sintesi ragionata che, mettendo in primo piano i caratteri tipizzanti del PNRR, ne descriva l'assetto non solo da un punto di vista contenutistico, ma anche per la dimensione attuativa e di monitoraggio, che si traduce in meccanismi operativi retti da sussidiarietà e cooperazione trasparente tra i vari soggetti agenti.

Individuando i principi fondanti a sostrato delle varie Missioni e riforme, interconnesse e funzionali al più ampio risultato di “rivoluzione digitale ecosostenibile”, si evidenzia *in primis* la natura sinergica e complementare dell'intero Piano, in forza della quale le misure ivi previste sono state intese e concepite non già come sistemi chiusi (una sorta di “monadi”), bensì complessivamente finalizzate al generale obiettivo di assicurare una ripresa economica nazionale, riorganizzando al contempo le fondamenta stesse dell'ordinamento, portando così l'Italia in una nuova dimensione sociale, economica, culturale e giuridica.

Un complesso di riforme ed investimenti volti, dunque, a conseguire un risultato concreto quantitativamente misurabile.

Si rende necessaria, pertanto, una completa riformulazione delle modalità operative dello Stato-apparato.

Il fine è creare quel sostrato d'interconnessione tra le diverse amministrazioni non solo per semplificarne il coordinamento nelle attività di direzione e gestione della *res publica* (improntate ai canoni di efficacia, efficienza e celerità), ma anche, e soprattutto, per una sostanziale attività di controllo e monitoraggio volta ad assicurare il buon andamento della Pubblica Amministrazione nonché la prevenzione di rischi e gravi irregolarità.

Tale processo coinvolge tutta la catena amministrativa nazionale dalla dimensione territoriale fino al vertice governativo, finalizzato altresì a garantire sinergia e complementarietà anche a livello procedurale.

Per assicurare l'omogeneità d'azione e l'effettività dell'operato si richiedono *in primis* una semplificazione burocratica ed una standardizzazione dei criteri e parametri valutativi di performance.

Oltre ciò, la definitiva adozione di sistemi informatici: «trasversali e altamente cooperativi»²¹⁵ è volta a creare un “linguaggio amministrativo universale” con cui poter dare materialmente vita alla sopracitata interconnessione burocratica tra i vari livelli operativi e di controllo, nel quadro di effettiva attuazione dei principi di sussidiarietà, di cooperazione e di coerenza strategica e funzionale che anche l'Unione Europea ha sottolineato e definito²¹⁶.

²¹⁵ PNRR “#NEXTGENERATIONITALIA”, pag. 245.

²¹⁶ PNRR “#NEXTGENERATIONITALIA”, pag. 244.

Il Piano: «richiama i principi fondamentali delle politiche dell'UE, così come enunciati nella “Carta della Governance Multilivello in Europa” (Charter for Multilevel Governance in Europe), adottata dal Comitato europeo delle Regioni nel 2014: il principio di sussidiarietà, il principio di proporzionalità, il partenariato, la partecipazione, la coerenza delle politiche, le sinergie di bilancio, con l'obiettivo di potenziare la capacità istituzionale e l'apprendimento delle politiche tra tutti i livelli di governo.».

Il tutto volto a costituire: «un quadro organizzativo fortemente orientato al continuo Rafforzamento della Capacità Amministrativa di tutta la filiera amministrativa di gestione e attuazione»²¹⁷, superando così quel “groviglio” burocratico nato in origine con l’intento di prevenire la commissione di gravi irregolarità e di fattispecie illecite, attraverso anche la c.d. “segregazione dei poteri”, ma che a lungo andare ha intossicato lo stesso agire della Pubblica Amministrazione che, paradossalmente, si ritrova ad oggi essere eccessivamente bloccata ed ostacolata.

In questo ampio quadro di riforme, che interesseranno il nostro Paese nel prossimo futuro, un ruolo cruciale, nella valutazione del rispetto dei criteri negli interventi legislativi attuativi del Piano nazionale, sarà svolto dalla Consulta in qualità di “Custode” dei valori di kelseniana memoria.

Il PNRR pone le basi per una svolta definitiva che consenta all’Italia di uscire dalla stagnazione economica e sociale in cui versa da anni.

Tutto ciò sarà possibile solo grazie all’avvio del Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza, di cui la Vice Presidente esecutiva della Commissione Vestager ha invocato celere attivazione.

È stato confermato ancora una volta il supporto da parte dell’Unione Europea, richiamando altresì l’impegno degli Stati alla ratifica del NGEU, in assenza della quale non sarà possibile per l’UE attivare la procedura di reperimento dei fondi sul mercato attraverso l’emissione dei bond europei e così dare effettività all’*iter* di erogazione delle risorse.

Il riferimento indiretto è al già citato ricorso d’urgenza al Bundesverfassungsgericht, che ha comportato in attesa di definizione della controversia, la sospensione temporanea della ratifica da parte della Germania²¹⁸.

Il rischio, tuttavia, è quello di un generale pregiudizio alla pianificazione europea e, di conseguenza, ai vari programmi già elaborati dai singoli Stati, che potrebbero subire una dilatazione delle tempistiche per la ricezione delle somme stanziare attraverso il NGEU e quindi un’ulteriore ostacolo nel rilancio delle economie nazionali già compromesse dalla crisi pandemica.

4. Nuovi orizzonti ideologici di regolamentazione dell’attività imprenditoriale. Superamento della dialettica ed adesione consapevole alla dimensione etica dell’economia.

In quest’ultima parte della trattazione si vuole dare più corpo all’analisi descrittiva della disciplina del Temporary Framework e delle varie garanzie a tutela delle imprese così

²¹⁷ PNRR “#NEXTGENERATIONITALIA”, pag. 245.

²¹⁸ Vd. *supra* pag. 82, nota 175.

come descritte nel secondo capitolo.

È opportuno richiamare le relative considerazioni e domandarsi se, alla luce dell'eccezionale situazione in cui il mondo intero continua a versare, non si stia assistendo ad un più complesso mutamento ideologico di fondo, concernente i principi cardine dell'attuale realtà di stampo prevalentemente liberale e liberista.

La dimensione etica della vita si ritrova a stretto contatto con il mondo del diritto, attraverso una "giuridicizzazione" di principi e canoni etico-morali, come già avvenuto nella determinazione dei parametri operativi e valutativi dei PNRR elaborati dagli Stati membri nel quadro del NGEU²¹⁹.

Emblematica, a tal fine, è la descrizione della peculiare vicenda che interessa una delle principali realtà economico-industriali dell'Italia e che fin dal 2014 è oggetto di un ampio dibattito concernente l'opportunità delle scelte strategiche a livello corporate.

L'analisi casistica della richiesta di finanziamento garantito da SACE S.p.A. ad opera di FCA N.V. per il tramite della sussidiaria FCA Italy S.p.A., nonché dei relativi sviluppi oggetto di trattazione in seguito, permetterà quindi di corroborare le considerazioni fin qui svolte completando il quadro analitico della materia oggetto d'esame.

Si prenderanno in considerazione pertanto, alcuni aspetti significativi della condotta della società in parola al fine di valutarne la virtuosità alla luce non solo delle condizioni esplicite del contratto di finanziamento, ma anche di quelle implicite ricavabili dai principi e dai parametri di cui si è data menzione *ab origine*.

Tali parametri, nonostante siano stati delineati *ex post* l'erogazione delle somme, devono considerarsi comunque vincolanti in quanto ritenuti prevalenti dall'Unione Europea e dai vari Stati membri nell'attuale *status quo*, fermo restando, peraltro, che lo stesso finanziamento garantito s'inserisce già nella cornice di misure temporanee previste per far fronte proprio alle conseguenze negative della pandemia.

Ad ogni modo, tali canoni devono considerarsi come vincolanti per la parte debitrice in quanto concreta o è contestualizzata la buona fede esecutiva cui il contraente è sempre tenuto *ex art 1175 c.c.*, che integra un principio metagiuridico²²⁰.

I principi elaborati nel quadro del QFP e del NGEU riguardano non già esclusivamente una misura temporanea, bensì tradiscono un *revirement* ideologico e metodologico di ben più ampia portata, volta a vincolare gli Stati membri in un futuro oltre la pandemia e

²¹⁹ Per maggior chiarezza si richiamano i principali obiettivi (*rectius* assi strategici) della riconversione tecnologica e dello sviluppo economico ecosostenibile che, strettamente interconnessi, danno luogo al più ampio traguardo della tecnologia verde, attraverso cui realizzare processi di riconversione industriale non solo nel settore privato, ma anche in quello pubblico.

Terzo elemento, infine, è la ritrovata dimensione sociale dello sviluppo economico, per cui si assiste al passaggio da politiche di austerità alla prevalente condizione di benessere dei cittadini dell'Unione Europea, legata a beni primari quali salute, inclusione e lavoro, in un quadro di sostegno alle fasce più deboli secondo un concetto di giustizia proporzionale.

²²⁰ Cfr. Cannata, *Le obbligazioni in generale in Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, Utet, 1999, p. 43; C.M. Bianca, *Diritto Civile: vol 3, Il contratto*, Giuffrè, 1978.

L'attuale situazione di eccezionalità²²¹.

Data la premessa di una loro operatività *pro futuro*, i criteri *de quibus*, svincolandosi dal presupposto della crisi pandemica, necessariamente dovranno coinvolgere le misure già erogate ed ancora in fase di esecuzione, tra cui il prestito garantito ad FCA rientrando nei suddetti interventi di sostegno²²².

Al contrario ne verrebbe limitata l'effettività portando ad una conclusione del tutto irragionevole.

In un contesto così fortemente dinamico, in cui il *modus operandi* per circa un anno è stato improntato ad un approccio "*day by day*" di stampo assistenzialista, ogni evoluzione di principio e di metodo rappresenta un nuovo tassello che non condiziona, tuttavia, solo l'operare del domani, ma adegua anche quanto è stato già fatto in un'ottica di costante miglioramento e di coerenza sistematica.

Non è un caso che si siano voluti ricondurre gli interventi spasmodici e torrenziali della prima fase pandemica nel quadro sistematico e composito di atti che vengono definiti come "programmi a medio termine"²²³.

Il consolidarsi dei tre parametri già descritti determina, a rigor di logica, che gli stessi non siano solo condizionanti per le misure che verranno erogate dal 2021 in poi, ma anche per quelle che sono già state disposte a partire da marzo 2020.

Si avrebbe al contrario una segmentazione della pandemia in due fasi non già in chiave storica, bensì operativa.

Per quanto possa risultare non agevole prevedere la retroattività dei principi, sarebbe ancor più difficoltoso non prevederla, determinando in tal caso una loro applicazione del tutto irragionevole ed una disparità di trattamento, che si tradurrebbe nella distinzione tra misure erogate nel corso del 2020 in un quadro liberale e liberista, da cui trarre il massimo dei benefici potendo usufruire sia di ingenti risorse che del più ampio margine decisionale, ed aiuti operativi dal 2021 condizionati dai parametri *de quibus* più rigorosi e

²²¹ Come da alcuni autori eccepito riguardo al Temporary Framework, anche se già allora erano percepibili segnali di un cambiamento del sostrato che trascendesse lo strumento stesso e la sua natura di *soft-law*. Per maggior chiarezza si veda *supra* pagg. 75ss.

²²² A. Serpetti, *Doveri di buona fede e diligenza nell'adempimento delle obbligazioni e somministrazione dei mezzi necessari all'esecuzione del contratto di mandato*, in *Diritto civile e commerciale*, pag. 3: « la buona fede oggettiva si configura come un atteggiamento "*onesto, corretto, leale*" e, conseguentemente, deve rispondere, oltre che a parametri tecnico-giuridici, anche a criteri di ordine etico-sociale.».

Per ulteriori approfondimenti cfr. U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, 1968, pag. 6.

<https://www.diritto.it/doveri-di-buona-fede-e-diligenza-nell-adempimento-delle-obbligazioni-e-somministrazione-dei-mezzi-necessari-all-esecuzione-del-contratto-di-mandato/>

²²³ Sulla funzione di programmazione nella politica dell'Unione Europea si veda G. Merlo, *La programmazione sociale: principi, metodi e strumenti*, allegato web box n.1, Carocci, 2014: «Il sistema di programmazione europea, pertanto, si basa essenzialmente su due cardini: il perseguimento dei propri specifici obiettivi di sviluppo in settori di particolare interesse (attraverso forme di finanziamento diretto di progetti attuati da una pluralità di attori), un'azione strutturale che mira ad affrontare in profondità e nel lungo periodo (cicli settennali) lo sviluppo complessivo dell'Unione e le disparità tra i diversi Stati (attraverso forme di concertazione con gli stessi).»

Cfr. inoltre R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 2^a ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2017.

stringenti²²⁴.

4.1 Libertà economiche e valori sociali a confronto. Dal dualismo tra capitale e lavoro al bilanciamento ed all'integrazione degli interessi

Si pone pertanto la questione se si possa rilevare, pertanto, una contraddizione logica nella strategia normativa dell'Unione Europea.

Per maggior concretezza di discorso riprendiamo il confronto tra due cardini strettamente legati all'analisi del caso oggetto di trattazione.

Nel più ampio bilanciamento d'interessi possiamo notare come la libertà di stabilimento, colonna portante del liberalismo europeo, risulti essere ad oggi un principio difficilmente attuabile, in una fase storica caratterizzata da una recessione aggravata da una pandemia e recessivo rispetto ai parametri quale quello della conservazione dei livelli di occupazione, di cui l'obbligo-divieto di delocalizzazione rappresenta una chiara estrinsecazione.

Confronto risolto in questa maniera nel quadro di una preminente necessità di risanamento economico e sociale delle realtà nazionali, funzionale ovviamente alla ripresa collettiva dell'Unione Europea, dando quindi prevalenza alla tutela degli interessi nazionali ed al mantenimento di livelli occupazionali all'interno degli Stati membri.

Delocalizzare, oggi, non significa permettere una migliore funzionalità dell'investimento fatto mediante il prestito, bensì peggiorare le condizioni occupazionali del Paese che il prestito ha garantito, cioè l'Italia²²⁵.

Se una scelta di gestione, pertanto, si pone in contrasto con i suddetti principi di prevalenza, non si può considerare più solo una scelta che eticamente non deve essere tollerata, ma anche una decisione operativa non già "meramente lecita", perché in contrasto con uno dei parametri alla base di qualsiasi altra attività posta in essere con la garanzia dello Stato italiano, nello specifico, il mantenimento dei livelli occupazionali del nostro Paese.

Per temperare l'asprezza di questa considerazione, il sopracitato bilanciamento d'interessi, come anche sancito dalla più consolidata giurisprudenza costituzionale, va fatto caso per caso, tenuto conto del contesto storico, sociale, economico e culturale, nei quali l'iniziativa imprenditoriale viene esercitata e le eventuali ricadute economiche e sociali che potrebbero giustificare in ultima analisi l'esecuzione in ossequio ai principi suddetti.

²²⁴ Sul principio di uguaglianza Corte Giust. del 29 giugno 1995, causa C-56/94, *SCAC*.

Si veda inoltre V. Piccone, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*, reperibile all'indirizzo https://www.questionegiustizia.it/articolo/parita-di-trattamento-e-principio-di-non-discriminazione-nell-ordinamento-integrato_15-02-2017.php

²²⁵ A riguardo si rileva come il nostro dettato costituzionale abbia percorso di decenni tale svolta sociale e democratica, subordinando le libertà economiche al rispetto della libertà, dignità e sicurezza degli individui sia *uti singuli* che nell'alveo di comunità sociali come quella aziendale, alla luce del combinato disposto degli artt. 2, 3, 41 e 42 Cost.

Se trasponiamo queste considerazioni nell'ambito del diritto comunitario, in sintesi si può notare come, da un lato, riscontriamo ancora un'Unione Europea, liberale e liberista, che sostiene la libertà di stabilimento come principio fondante del libero scambio e della concorrenza, peraltro progressivamente ampliata dalla giurisprudenza della CGUE, anche in materia fiscale²²⁶.

Al riguardo, si circoscrive l'ambito di operatività di detti principi nei limiti del lecito, contrastando quindi fenomeni di *foreign abuse*, per cui resta ancora da interrogarsi sulle zone grigie del "meramente lecito", nelle quali si inseriscono, come si vedrà nel proseguo, pratiche dal chiaro connotato elusivo.

Per altro verso, la stessa Unione Europea, in relazione all'emergenza pandemica ha posto dei vincoli e dei principi che determinano una recessività dei cardini di cui sopra, seppur in un'ottica di eccezionalità e temporaneità, auspicando quindi un ritorno alla "normalità" quanto prima possibile.

Si assiste pertanto ad una situazione di contraddizione logica, posto che l'UE non abbia potuto/voluto mettere da parte quei capisaldi fondanti di natura liberistica che assicuravano condizioni di concorrenza basata su principi fortemente liberali, che si trovano ancora operanti né tantomeno dichiarati recessivi.

Gli stessi principi che, considerata la natura del tutto eccezionale del contesto attuale, possiamo effettivamente dichiarare successivi rispetto ai tre assi strategici di riferimento.

Ma l'affermazione diventa domanda per cui, una volta superata la crisi, si potrebbe effettivamente considerare superata la concezione liberista dell'Unione?

Questo *modus operandi*, connotato da una rivalutazione di principi etici nell'organizzazione del mondo economico, imprenditoriale e finanziario, potrebbe considerarsi effettivamente come un ripensamento storico dell'Unione Europea circa la tradizionale impostazione rigida ed austera, che ha portato a forme di reazione anche forti quali sovranismi di alcuni Paesi?

Viceversa rappresenta soltanto una condizione dettata dall'estrema urgenza di una situazione unica nel suo genere e che quindi si giustifica, come alcuni soggetti istituzionali vogliono dire, quale eccezione alla regola, da inquadrare soltanto nel medio termine, con un ritorno poi a condizioni di stabilità e rigore finanziario?

In realtà l'essenza stessa di questi "nuovi" parametri non si estrinseca in una chiave estemporanea, legata esclusivamente alla pandemia, ma tradisce un ben più ampio loro perdurare anche nel futuro.

Ferma restando la volontà di evitare una sovrapposizione di questi programmi alla naturale evoluzione sociale, economica e finanziaria dell'Unione Europea, i principi *de quibus*, tuttavia, non devono intendersi come stravolgimento, bensì come un ulteriore step

²²⁶ Corte Giust. del 9 marzo 1999, causa C-212/97 *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (Centros)*; 5 novembre 2000, causa C-208/00 *Überseering*; 13 dicembre 2005 causa C-411/03 *Sevic*; 12 luglio 2012, causa C-378/10, *Vale*; 25 ottobre 2017, causa C-106/16, *Polbud*.

evolutivo dell'Unione stessa.

Per quanto la trattazione appaia dirigersi verso una soppressione della libertà di stabilimento a favore di una nuova fase di politiche maggiormente “statocentriche” ed individualistiche, violando gli stessi pilastri ideologici dell'Unione Europea, invero si richiama un più basilico e concreto temperamento della stessa in relazione a quei nuovi parametri che vanno delineandosi, quindi una maggior attenzione alle istanze ambientali, all'inclusione sociale e problematiche più ampie che, se apparentemente vanno oltre i “meri” confini ed interessi dell'impresa, in realtà rappresentano ormai parte integrante della stessa e si pongono, in una scala di valori, al pari dell'interesse primario di una sua continuità nel tempo.

L'uno non esclude l'altro e si deve dar luogo ad un'integrazione ed un'armonizzazione di entrambi nella più ampia cornice dell'Unione economica, politica, ma soprattutto sociale. In una linea temporale uniforme di sviluppo e progresso non si assiste, pertanto, ad una frattura tra quello che doveva essere e quello che invece è, ma al contrario è un continuo divenire dell'Unione Europea.

Dalla contraddizione logica a livello di principi si passa quindi ad una “schizofrenia” normativa ed operativa.

Nel quadro delle principali libertà così individuate nei Trattati europei, tra cui figura in particolare quella di stabilimento *ex art. 49 TFUE*, progressivamente ampliata dalla CGUE, si è addivenuti ad una politica di *forum shopping* all'interno del mercato unico europeo, generando peraltro un fenomeno “Delaware-like” con protagonisti Regno Unito (*ante* Brexit) ed Olanda.

Gli Stati hanno visto, per converso, una progressiva “spuntatura” degli strumenti a loro disposizione atti a preservare e garantire la permanenza delle imprese nazionali sul proprio territorio.

Alla luce di quanto detto sopra è possibile notare come l'Unione si stia trasformando, quindi, in una sorta di Giano Bifronte, sebbene comunque non sia stata data una formale prevalenza dei principi attuali rispetto quelli tradizionali sui quali si fonda.

Sempre nel quadro di prevenire un *foreign abuse* e contrastare quindi fenomeni di trasferimenti fittizi con finalità elusive, specie in ambito fiscale²²⁷, gli ordinamenti nazionali hanno comunque attuato strategie di varia natura atte, più che a disincentivare il trasferimento all'estero, ad incentivare ed attrarre la localizzazione, giuridica, fiscale ed operativa.

Si determina in questo modo una concorrenza tra Stati non osteggiata dall'Unione Europea la quale, al contrario, promuove una sana competizione favorendo il liberalismo ed il liberismo economico, che si concretizza a sua volta nella primaria possibilità per le società di scegliere il regime giuridico-economico più favorevole per l'esercizio della

²²⁷ Ad esempio la fattispecie della c.d. “esterovestizione” *ex art. 73 TUIR*.

propria attività²²⁸.

Proseguendo nella “discesa” deduttiva, passando dal livello concettuale a quello normativo, si riporta la trattazione ad una dimensione empirica.

Quali vincoli un’impresa incontra nell’implementare la scelta strategica della delocalizzazione?

Se giuridicamente, anche alla luce della giurisprudenza CGUE, tutte le condizioni sono state eradicte, favorendo una libera circolazione delle società nell’alveo del MEC, esistono ulteriori limiti sui quali è bene interrogarsi?

In primis come si osservava sopra, le condizioni lavorative, l’occupazione nazionale, la tutela ambientale rappresentano aspetti che, nel trasferimento da uno Stato ad un altro, si pongono inesorabilmente in primo piano.

Se da un punto di vista imprenditoriale, il benessere della società, nello spirito essenziale di una sua continuazione nel tempo, è primario, dall’altro elementi come la conservazione del posto di lavoro e gli standard sull’economia circolare, più incisivi in alcuni Stati e meno in altri (laddove, presumibilmente, tutte le imprese mirano a trasferirsi, considerati anche i costi che tali aspetti comportano) rappresentano oramai interessi che, nel quadro di contemperamento di cui sopra, non passano più in subordine.

Il finanziamento ad FCA, in quanto erogato nel contesto di cui sopra, deve necessariamente adattarsi a quello che è il dinamismo economico-sociale attuale ed oltre alle condizioni esplicite se ne individuano di implicite, legate indissolubilmente alla parte duttile del contratto ed alla sua modificabilità in relazione alle particolari condizioni precarie della realtà attuale in continuo divenire che richiede maggior capacità di flessibilità, elasticità e più in generale di mobilità.

Si conferma, dunque, come il divario tra etica e diritto vada sempre più attenuandosi. Stante quanto affermato nelle prime battute del paragrafo circa la natura “sociale” dell’impresa, è necessario comunque dar conto di aspetti puramente pratici, legati principalmente alla questione economico-finanziaria.

Errato sarebbe considerare le imprese come meramente avidi; fermo restando che le considerazioni di cui sopra, circa la natura sociale dell’impresa, rappresentino un quadro sì attuale, ma ancora in divenire, possiamo affermare comunque l’esistenza di società che, pur dando estrema importanza a problematiche di ecosostenibilità, inesorabilmente rimangono legate ad aspetti contabili e finanziari.

Di conseguenza, ambiti come quelli indicati dai nuovi parametri restano elementi squisitamente formali, superati dalla realtà del principio economico su cui si basano le imprese.

Come accennato prima, un’impresa localizzata in uno Stato in cui il processo di riconversione tecnologica ecosostenibile presenti ingenti costi in grado di minare la solidità societaria, sarà sicuramente incentivata a ricercare migliori sedi, economicamente

²²⁸ Vd. *supra* pagg. 7 e 76.

e giuridicamente più appetibili, nonostante tale scelta comporti l'accantonamento degli obiettivi in esame.

Una soluzione potrebbe essere l'ottimizzazione degli aspetti sopracitati, principalmente attraverso una riduzione dei costi²²⁹, che permetta agli Stati di vedere le proprie società non espatriare verso “mete più favorevoli” ed al contempo garantire un soddisfacimento sia degli interessi societari “tradizionali”, improntati all'efficienza smithiana, che dei “nuovi” parametri etici *de quibus*, ormai sempre più “giuridicizzati”.

Considerati questi principi sotto un profilo ideale, diamo conto delle condotte effettivamente poste in essere da FCA nell'intervallo di tempo che va da maggio 2020 ad oggi.

Capitolo III — Il caso FCA. Analisi dei profili formali e funzionali del finanziamento garantito in relazione alle criticità emerse da una valutazione complessiva della condotta della società debitrice. Il parametro di virtuosità sotto il profilo giuridico ed etico.

1. Analisi degli aspetti sostanziali dell'operazione finanziaria. Le condizioni e le relative finalità del prestito garantito a FCA Italy S.p.A.

Per chiarezza espositiva occorre fornire una celere descrizione dello sviluppo delle dinamiche di richiesta del finanziamento ad opera di FCA attraverso il meccanismo “Garanzia Italia”, così come strutturato in base al Decreto Liquidità ed alle ulteriori fonti normative, nazionali e sovranazionali, già ampiamente discusse, prima tra tutte la Comunicazione sul Temporary Framework.

Come già descritto, l'*iter* di approvazione ed erogazione della garanzia si distingue in una procedura semplificata ovvero ordinaria in relazione alle dimensioni dell'impresa.

In questo caso si è fatto ricorso a quella ordinaria ed in seguito ad un dialogo serrato tra i principali attori della vicenda, nello specifico FCA Italy S.p.A., Banca Intesa San Paolo, SACE S.p.A., nonché il MEF, nel mese di maggio 2020 il procedimento di erogazione del finanziamento garantito si è concluso con via libera della Corte dei Conti e successivo decreto ministeriale che ha autorizzato la suddetta garanzia.

Nel rapporto “trilaterale” che si è innestato tra FCA Italy S.p.A. (FCA), Intesa San Paolo e SACE S.p.A. occorre distinguere diverse relazioni.

In particolare tra le prime due è in essere un contratto di finanziamento pari a 6,3 mld di euro per la durata di tre anni, con un preammortamento fino al 31 dicembre 2021 e

²²⁹ Attraverso detrazioni fiscali, eco-bonus, incentivi all'assunzione.

rimborso del capitale in 15 mesi suddiviso in cinque rate, atto ad innestare liquidità nel c.d. capitale circolante di FCA.

Tra Intesa San Paolo e SACE S.p.A. sussiste un rapporto di garanzia, autorizzato con provvedimento governativo, di cui è beneficiaria FCA, posto che SACE offre una copertura dal rischio d'insolvenza per l'80% del finanziamento.

È chiara, quindi, la natura politica ed il provvedimento autorizzativo *de quo* concerne un sostrato discrezionale avente come base suggestioni culturali, sociali ed economiche che si traducono nella sostanza in premesse causali essenziali, non tanto con riferimento al contratto di finanziamento intercorrente tra FCA ed Intesa San Paolo, quanto più propriamente all'impegno dello Stato nell'offrire garanzia per la somma così percepita.

Premesse che concernono un dato culturale non trascurabile posto che, ancor prima di FCA, FIAT è “simbolo dell'Italia nel mondo”.

Non si può negare, pertanto, che la valutazione politica del debitore sia rilevante con conseguente connotato obbligatorio per la stessa di quei parametri di riconversione industriale, eccellenza tecnologica ed ecosostenibile, nonché tutela dei livelli occupazionali, che divengono essenziali all'intera operazione, con piena consapevolezza di FCA sul punto, come dimostrato dal fatto che la stessa ha giustificato la misura ingente del prestito con la sua sostanziale rilevanza per l'economia del Paese.

Oggetto del finanziamento così erogato non è la “mera” restituzione della somma percepita, compresi gli interessi ed il costo, comunque irrisorio, per la garanzia *de quo*, ma anche la destinazione delle risorse ad attività specifiche.

Queste condizioni sono poste dallo Stato stesso attraverso SACE S.p.A., acconsentendo sì ad offrire garanzie alle banche per scongiurare il fenomeno del *credit crunch*, ma al tempo stesso vincolando l'impiego delle somme non già a fini “individuali” delle singole imprese beneficiarie, bensì ad una loro destinazione funzionale a garantire una tutela ed una ripresa collettiva dalla crisi pandemica, alla luce dei tre parametri di politica economica e sociale che con il Temporary Framework, ma soprattutto in forza del NGEU, hanno assunto importanza prevalente.

Considerata la natura strategica di FCA, non solo per il settore dell'automotive, ma per l'economia in sé, il finanziamento ha rappresentato un sostegno indefettibile per la salvaguardia degli interessi nazionali.

Si auspica, quindi, la produzione di un beneficio più ampio, a favore di tutta la comunità, in forza degli investimenti che la società è chiamata a realizzare, sia sul piano occupazionale (non solo mantenendo il livello d'impiego, ma anche aumentandolo), che produttivo, interessando in quest'ultimo ambito non solo un miglioramento dell'intera catena del valore, ma anche una riduzione dell'impatto ambientale, in linea con le più recenti politiche europee.

Oltre ai benefici strettamente correlati alla percezione di tali somme, si guarda a vantaggi “indiretti”, tra cui ad esempio un miglioramento delle condizioni di finanziamento erogati da FCA Bank alla rete di concessionari.

Giungendo all’analisi delle condizioni poste da SACE S.p.A., le previsioni generali già descritte nel quadro del secondo capitolo vanno concretizzandosi per FCA nell’implementazione del piano industriale previsto fino al 2022, che vede come obiettivo primario la realizzazione del percorso di transizione ecologica e digitale, *in primis* attraverso l’adattamento degli impianti di produzione per il loro sostentamento attraverso fonti energetiche rinnovabili, ma soprattutto ampliando la gamma di veicoli ibridi ed elettrici²³⁰.

La destinazione delle somme si traduce, come anticipato, nel supporto alla filiera produttiva nazionale, che si articola nella sostanza in tre principali aree d’intervento.

In linea con le condizioni generali poste da SACE S.p.A. si guarda *in prima facie* all’occupazione negli stabilimenti italiani, sostenendo i costi del personale e con l’ulteriore obiettivo di raggiungere i livelli di piena occupazione nel 2023.

Va sottolineato, invero, come dei 6,3 mld di euro solo 800 mln di euro si stima siano stati destinati all’uopo il che, tenuto conto del NGEU e dell’importanza data ai fattori d’inclusione sociale, potrebbe destare qualche perplessità.

Ad ogni modo è da rilevare la particolare attenzione data alla sede produttiva di Melfi, per cui è stato ampliato di ulteriori 200 mln di euro l’originale piano industriale da 5 mld di euro, portando in sostanza l’ammontare delle somme disposte per sostenere i livelli occupazionali ad 1 mld di euro circa.

Lo stabilimento rimane, tuttavia, ancora fortemente colpito dalle conseguenze della crisi pandemica sul mercato motivo per cui, oltre ad ulteriori problemi legati alla fornitura di semiconduttori, è stata disposta un’ulteriore chiusura dal 3 al 10 maggio, con il rischio di ripercussioni sulla situazione salariale dei dipendenti.

Altra principale divisione, alla luce soprattutto degli obiettivi del piano industriale sopra descritti, è ricerca e sviluppo, per cui è stata stimata la destinazione di 1 mld di euro.

Cruciale è inoltre il sostegno dei fornitori (circa 10 mila PMI che nel complesso rappresentano il 6,2% del PIL italiano), con cui si realizza concretamente l’obiettivo più ampio di supporto all’economia nazionale.

Da rilevare, comunque, come FCA si appoggiasse anche a fornitori esteri, a garanzia dei quali è stata riservata una porzione del finanziamento garantito per la quale si è stimato un ammontare massimo di 1,2 mld di euro.

Motivo per cui è stato paventato un sostanziale aggiramento della *ratio* della condizione primaria di divieto di delocalizzazione e quindi la destinazione delle risorse a favore della

²³⁰ Traguado, peraltro, perfettamente in linea con le più recenti politiche europee e nazionali, alla luce del Next Generation EU e delle iniziative di Francia e Germania nel sostegno alle rispettive filiere dell’automotive. Vd. *supra* pagg. 83ss.

filiere produttiva italiana.

Al fine di garantire l'effettività e l'osservanza degli impegni assunti dalla società, è stato previsto da Banca Intesa San Paolo un meccanismo di erogazione delle somme basato sull'apertura di conti correnti dedicati esclusivamente alla gestione operativa degli importi, che l'istituto di credito provvederà direttamente a destinare al pagamento di lavoratori e fornitori.

Si prevede, inoltre, una rendicontazione periodica circa il rispetto dei vincoli di destinazione *de quibus* e nel caso d'inadempimento, come precisato dall'AD di SACE S.p.A. Latini in sede di audizione presso la Commissione industria al Senato: «partirà un processo di rimedio che può arrivare fino alla accelerazione del rimborso dell'intero finanziamento.».

Ulteriori condizioni a fondamento del finanziamento garantito s'identificano nel sopracitato divieto di delocalizzazione, di cessione dei vari brand facenti capo alla società (tra cui figurano Maserati, Abarth, Alfa Romeo e Fiat), nonché il divieto di distribuzione dei dividendi per il 2020.

Per quest'ultima limitazione, già disposta nel quadro delle condizioni generali di SACE S.p.A., è interessante notare come, nonostante FCA abbia rinunciato al dividendo di 1,1 mld di euro relativo al periodo 2019, nel 2021 Stellantis abbia previsto un dividendo *una tantum* di pari importo legato all'esercizio 2020.

Si potrebbe configurare come una sostanziale violazione della condizione, sebbene si tratti di due entità societarie distinte, benché facenti capo alla medesima realtà imprenditoriale?

1.1 Lo strumento del prestito garantito dallo Stato come modalità di sostegno all'economia nazionale. Natura giuridica e rapporto con la normativa degli aiuti di Stato

Per comprendere pienamente le implicazioni di politica sociale ed economica dell'operazione in esame sono opportune alcune considerazioni di fatto.

La filiera dell'automotive fa parte delle c.d. "eccellenze del Made in Italy", fortemente produttive e riconosciute all'estero come simbolo di qualità.

Rappresentano, quindi, un prezioso elemento per sostenere il risanamento dell'economia nazionale, motivo per cui si determina la necessità di una maggior tutela, posta la loro pericolosa esposizione a forme d'imitazione servile da parte di altri Stati.

Alla luce di quanto già affermato, l'interesse sotteso al finanziamento garantito in esame è quello di concedere, ad una delle principali industrie italiane, la liquidità necessaria per un piano d'investimenti atto a riportare la produzione nazionale ad una posizione di prestigio.

È necessario, a questo punto, verificare come l'esito del “*balancing test*” cambi completamente in relazione al momento storico di riferimento.

In un contesto ordinario, infatti, sarebbero state considerate lecite quelle attività “*borderline*” che, pur non violando direttamente norme giuridiche italiane o comunitarie, avessero realizzato un vantaggio di sviluppo economico accettabile rispetto alla forzatura della norma giuridica.

La libertà di stabilimento avrebbe consentito così di far fruttare al massimo il prestito cercando soluzioni che garantissero maggiori profitti mediante un taglio dei costi di produzione.

Una delocalizzazione produttiva avrebbe dovuto prevedere che i profitti si realizzassero comunque in Italia ed un piano di relazioni sindacali che prevedesse una riconversione del personale.

In virtù dei principi che sono adesso condivisi, invero, il divieto di delocalizzazione deve intendersi come prevalente sul principio *ex art. 49 TFUE*, posto che la finalità primaria del prestito non è tanto il sostegno ad FCA in sé quanto alla sopracitata eccellenza italiana.

Divieto di delocalizzazione che, peraltro, si trasforma da un elemento negativo, come indicato nel Temporary Framework, ad uno positivo.

Nel quadro temporaneo, infatti, si esclude semplicemente la possibilità di introdurre, come condizione per accedere alle misure di sostegno, un obbligo a delocalizzare le attività produttive, mentre le condizioni del prestito *de quo* fanno esplicito riferimento al divieto di tale pratica.

Se da un lato, citando le parole dell'allora Ministro dell'Economia e delle Finanze Gualtieri: «È un'operazione di sistema con la quale si punta a preservare e rafforzare la filiera automotive italiana e a rilanciare gli investimenti, l'innovazione e l'occupazione in un settore strategico per il futuro economico e industriale del Paese»²³¹, dall'altro non pochi detrattori hanno confutato l'opportunità del progetto sostenendo, sia a livello politico che giuridico, il vizio di fondo dell'intera operazione, relativo al sostegno ad un'impresa *de facto* estera²³².

Non essendo il merito politico della discussione aspetto d'interesse ai fini di questa trattazione, si valuterà la problematica analiticamente, prendendo a riferimento il dato normativo e giurisprudenziale, sia nazionale che sovranazionale, per una migliore

²³¹ Comunicato Stampa n. 150 del 24 giugno 2020 del Ministero dell'Economia e delle Finanze. <https://www.mef.gov.it/ufficio-stampa/comunicati/2020/Via-libera-alla-garanzia-di-Sace-al-prestito-per-FCA-Italy/>

²³² La questione rimanda all'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia e della preminenza del criterio d'incorporazione rispetto a quello della sede effettiva. Vd. *supra* pag. 4.

comprensione delle reali dinamiche del problema.

2. Ricognizione delle criticità che si evidenziano nell'esecuzione dell'operazione finanziaria in esame con particolare riguardo alle scelte gestionali della società debitrice

2.1 Considerazioni sulla compatibilità di "Garanzia Italia" con la politica di libera concorrenza tra gli Stati membri

Alla luce di quanto detto nel primo capitolo circa il trasferimento della sede legale e fiscale all'estero da parte di Fiat S.p.A, con l'attuale crisi pandemica il quadro relazionale economico-imprenditoriale tra FCA e l'Italia è stato oggetto di recenti sviluppi, così come descritti qui sopra.

Il finanziamento garantito, come accennato, cela una più ampia dimensione politico-economica che va oltre la finalità formale di sostegno alle imprese, traducendosi in un sostanziale strumento politico per garantire non solo la permanenza di FCA in Italia, ma anche la realizzazione dei piani d'investimento innovativi ed operativi.

In un contesto di libera concorrenza tra Stati, come sopra descritto, il meccanismo "Garanzia Italia" gestito da SACE S.p.A. s'inserisce perfettamente come strumento per "vincolare" le imprese beneficiarie ad impegni ad investimenti sul territorio italiano, anche in forza delle condizioni sancite dal Decreto Liquidità.

Sono state mostrate alcune criticità di carattere politico-strategico e giuridico proprio nell'inserimento della suddetta operazione nel quadro della citata normativa vigente.

Si discute, quindi, della possibilità che le condotte poste in essere dalla società (o dalla capogruppo per essa) possano configurare gli estremi di una violazione non solo delle condizioni esplicite, ma anche di quelle implicite nonché delle premesse causali essenziali cui è subordinata l'esecuzione stessa.

A tal proposito vengono riportati gli ambiti in cui sono state ravvisate le principali criticità del quadro operativo.

Si è ipotizzato, *in primis*, che il gruppo FCA avesse la liquidità interna per supportare la sussidiaria italiana, che negli ultimi anni ha registrato perdite alla fine del periodo di esercizio (384,2 mln di euro nel 2019 e 1,26 mld di euro nel 2018), ma che, in prossimità della fusione con PSA abbia preferito preservarla per garantire anche il dividendo

straordinario di 5,5 mld di euro, poi ridotto a 2,9 mld di euro²³³.

Ulteriore *punctum dolens* è rappresentato dalla sede estera della capogruppo FCA N.V., motivo per cui è stato posta in dubbio l'effettiva destinazione delle somme percepite tramite il finanziamento *de quo*, ma soprattutto l'opportunità etica dell'operazione.

Del primo aspetto si darà conto successivamente, anche alla luce del recente sviluppo della struttura societaria a seguito della fusione con il gruppo PSA.

Per quanto concerne, invece, il secondo punto si dà menzione, in particolare, del ricorso presentato dal Codacons presso il Tar Lazio, dal quale emergono perplessità circa la lacunosità e la carenza della legge.

Oggetto della controversia, infatti, è rappresentato dalla paventata illegittimità della disciplina *ex art. 1 d.l. 23/20*, per cui è stato impugnato il decreto nella parte in cui non esclude l'erogazione di finanziamenti a società, formalmente italiane, ma facenti parte di un gruppo controllato da una società con sede legale in Olanda e domicilio fiscale a Londra.

Il ricorso, intercetta la dimensione etica del finanziamento a FCA e lo traduce (*rectius* prova a tradurlo) in chiave giuridica.

Il Codacons, infatti, ha sottolineato come finanziare un'impresa, sostanzialmente estera, a scapito di altre imprese italiane costituirebbe un pregiudizio in quanto si tradurrebbe in una disparità di trattamento e diretta violazione dei principi costituzionali.

A destare clamore sarebbe nello specifico la distribuzione dei dividendi e relativa tassazione all'estero.

Sotto il profilo tecnico, tuttavia, la possibilità di finanziamento per FCA è ineccepibile, essendo l'operazione conforme al dettame del Decreto Liquidità e delle altre fonti regolatrici della materia indicate anche nella decisione del TAR.

eticamente qualche dubbio si pone e si è tentato di verificarlo attraverso un ricorso, quindi per il tramite di uno strumento giuridico.

Il TAR, per contro, ha confutato la posizione della ricorrente, non solo dichiarandolo inammissibile per difetto di legittimazione ad agire, ma escludendo qualsiasi forma di pregiudizio sia in concreto, nel caso *uti singuli*, che in via astratta.

Ferme restando alcune perplessità circa la legittimità della legge in relazione al dettame costituzionale e, più in generale, alla Costituzione materiale che va delineandosi negli ultimi tempi, si ritiene in prima battuta che legge non sia "sbagliata" a livello di principio, non ponendo una questione sulla forma (la nazionalità dell'impresa beneficiaria), bensì sulla sostanza e quindi volgendosi a conservare nel nostro Paese strutture industriali che

²³³ Una posizione, quindi, che confermerebbe l'assunto "*too big to fail*", per cui alcune società, per la loro rilevanza strategica e la loro diffusione capillare nel sostrato economico di un Paese, vengono sostenute con qualsiasi mezzo necessario (si pensi al meccanismo del *bail-in* ed al salvataggio di numerosi istituti di credito durante la crisi del 2008).

Da ultimo, tuttavia, c'è stata un'apparente inversione di tendenza da parte del Governo italiano, non riguardo ad FCA (ora Stellantis), bensì nei confronti di un'altra realtà societaria oggetto di ampi dibattiti nel corso degli anni, Alitalia.

siano all'avanguardia tecnologica, a mantenere livelli occupazionali e favorire uno sviluppo dell'ecosostenibilità.

Se una società straniera (*rectius* formalmente italiana, ma facente parte di un gruppo estero), garantisce queste tre condizioni all'interno degli stabilimenti nazionali in difficoltà, ben può lo Stato italiano garantire un prestito.

La *ratio*, si precisa ancora una volta, è quella di attuare le direttive di politica sociale dello Stato, garantendo standard economico-industriale alti, livelli occupazionali costanti (o migliori) ed in generale una realtà ecosostenibile.

Obiettivi, già delineati nelle condizioni generali di SACE S.p.A. ed ora ulteriormente rafforzati dalla previsione a livello generale con il PNRR.

2.2 Valutazione critica delle scelte gestionali di FCA Italy S.p.A. nel quadro del “formalmente lecito” ovvero del “sostanzialmente illecito” in virtù dei nuovi parametri etici evidenziati dalla politica comunitaria recepita a livello nazionale dal PNRR

L'evento ci riporta comunque ad una considerazione più ampia circa la discrasia tra attività formalmente lecite o non formalmente illecite, che nello spirito liberale potrebbero definirsi come “meramente lecite”.

Se è vero che nel nostro ordinamento, alla luce di quel processo sintetizzabile come “commercializzazione del Diritto privato”, vige un principio di prevalenza della sostanza sulla forma, allora è necessario interpretare in chiave teleologica l'operazione di finanziamento e valutare se il risultato ultimo concretamente realizzato sia elusivo dell'obblighi nascenti dal contratto, ovvero delle condizioni cui la legge ha subordinato la misura di sostegno o, in forma più macroscopica, dei principi di giustizia sociale ed economica che sono alla base della legge stessa, generando quindi responsabilità ed aprendo la strada a misure risolutorie e restitutorie.

A tal proposito, il mancato rispetto delle condizioni, oramai assunte anche a livello europeo, crea delle ricadute sul contratto nella forma di un illecito contrattuale concernente, come anticipato, anche quelle premesse causali essenziali che FCA non può considerare pleonastiche, tenuto conto del suo ruolo nell'economia italiana.

Resta da chiedersi però quali siano gli effetti di una decisione di recupero delle somme erogate.

Il rischio principale che si profila è il pregiudizio che verrà subito non tanto dalla società, che potrà ricevere liquidità dal gruppo (anche nella forma di prestiti infragruppo), ma sostanzialmente dai lavori della filiera produttiva italiana, privati in tal modo del sostegno economico, determinando così un ulteriore aggravio delle condizioni delle economie nazionali dovendo lo Stato provvedere al loro supporto attraverso il sistema degli ammortizzatori sociali.

Nel contemperamento d'interessi, quindi, si rende opportuno accettare comunque condotte “meramente lecite” per non aprire una crisi sociale ancor più grave considerati i tempi?

Tenuto conto della risposta del TAR, ci s'interroga inoltre su quali soggetti possano effettivamente agire per tutelare diritti eventualmente lesi.

2.3 Ricognizione delle condotte sospette. Delocalizzazione della sede legale, della sede fiscale e del centro sostanziale dell'attività produttiva. Probabili ricadute in condotte di elusione fiscale.

Per quanto concerne, invece, la dimensione politica del dibattito, sono state riportate correnti di pensiero fortemente divergenti circa l'opportunità dell'operazione, tenuto conto del particolare contesto che caratterizza la posizione di FCA nei confronti dell'Italia.

Possono identificarsi due principali filoni, uno di ispirazione maggiormente liberale, l'altro di stampo più rigoroso e meno favorevole all'operazione.

La controversia ha riguardato fondamentalmente l'ubicazione di sede legale e fiscale in Paesi esteri ed un loro auspicato rientro in Italia, il dividendo straordinario per un ammontare di 2,9 mld (originariamente previsto per 5,5 mld di euro) correlato alla fusione con il gruppo PSA²³⁴ e, infine, la necessità di ulteriori garanzie sulla destinazione degli investimenti in territorio nazionale.

La posizione istituzionale, per quanto favorevole all'accordo²³⁵, ribadiva anch'essa la necessità di condizioni statuarie che garantissero l'impiego delle risorse per il sostegno alla liquidità della filiera produttiva italiana, corroborate da ulteriori vincoli quali divieto di delocalizzazione, potenziamento del piano d'investimenti ed il mantenimento dei livelli occupazionali, in un generale quadro di trasparenza e di rendicontazione.

In particolare venne manifestata la volontà di procedere quanto prima ad una riforma del diritto societario e tributario al fine di rendere maggiormente competitivo l'ordinamento nazionale in quel quadro di concorrenza tra Stati cui si è fatto riferimento sopra.

²³⁴ Cui va ad aggiungersi, indirettamente, un ulteriore dividendo approvato da Stellantis N.V. per un totale di un miliardo di euro relativo all'esercizio 2020.

²³⁵ Accordo che sostanzialmente si traduce in un piano di politica industriale considerato l'impatto che FCA ha nel settore dell'automotive. Come riportato dalla stessa società in un comunicato stampa datato 16 maggio 2020, in cui dava notizia dell'avvio della procedura per attivare la linea di credito attraverso “Garanzia Italia”: «FCA è la più grande società industriale in Italia, che impiega in maniera diretta 55.000 persone in 16 stabilimenti produttivi e 26 poli dedicati alla Ricerca e Sviluppo. Inoltre, più di 200.000 posti di lavoro nelle 5.500 società fornitrici italiane altamente specializzate, sono direttamente legati al successo della continuità operativa della Società. Altri 120.000 posti di lavoro in 12.000 imprese di tutte le dimensioni sono coinvolti nei concessionari e nell'assistenza ai clienti a supporto dell'industria automobilistica italiana. Inoltre, il 40% del fatturato annuale dal settore italiano della componentistica automotive - pari a 50 miliardi di euro - deriva dalle commesse di FCA.».

Riforme che avrebbero introdotto non solo maggiori semplificazioni sul piano societario, ma anche agevolazioni fiscali al fine di contrastare il c.d. *dumping*.

È interessante dar conto di come nelle prime bozze del d.l. 34/20 (Decreto Rilancio) s'introducesse la possibilità di estendere il voto plurimo²³⁶ anche alle società quotate, tuttavia poi accantonata in seguito.

A proposito di *dumping* fiscale e delle problematiche connesse, si menziona il contributo di Tommaso Faccio, Segretario della Commissione indipendente per la riforma della tassazione delle multinazionali (ICRICT), per cui: «Il vantaggio della tassazione dei dividendi nel Regno Unito non è l'unico né il più importante motivo che spinge una multinazionale a spostare la sua sede lì [...] Lo strumento principale dell'elusione fiscale delle multinazionali è il *profit shifting*, i trasferimenti di fondi infragruppo [...] Per esempio, il ramo finanziario lussemburghese di un'azienda può fare un prestito a quello brasiliano, e in questo modo i profitti emergono in Lussemburgo, dove non sono tassati: a quel punto se la casa madre è a Londra, c'è una tassazione secca del 5 per cento, regime molto favorevole rispetto ad altri paesi, compresa l'Italia.»²³⁷.

Ci sono autori che hanno visto in questo modus operandi, peraltro molto praticato nelle dinamiche finanziarie dei gruppi, una potenziale pratica volta a nascondere i profitti.

Tale eventualità potrebbe essere facilmente arginata riconducendo quindi tali procedimenti ad una corretta valutazione in base ad un canone di piena trasparenza, mediante il meccanismo di cooperazione.

Non a caso Faccio, nel corso dell'intervento sopra citato, parla dei meccanismi di trasparenza dei *country by country reports*.

Dal passaggio si evince, in chiave prospettica, come una condizionalità esplicita possa essere aggirata nella pratica, ma in virtù del principio di collaborazione e cooperazione e di una sua implementazione sia possibile porvi un rimedio o quantomeno assicurare un meccanismo di attenuazione del rischio.

²³⁶ Il voto plurimo ha rappresentato uno dei principali motivi dell'operazione FCA e quindi del trasferimento della sede legale di Fiat S.p.A. in Olanda, considerata ad oggi la "Delaware europea".

Ciò permise ad FCA di eludere il principio "*one share, one vote*", suscitando una reazione immediata dell'Italia che introdusse, attraverso il d.l. 91/14 ("Decreto Competitività"), un regime normativo parzialmente più flessibile circa il voto maggiorato ed il voto plurimo, ma comunque fortemente limitato per le società quotate, contrariamente alla disciplina olandese.

Come segnalato dal G.D. Mosco in *Le società quotate, Casebook, Quaderni di LUISS Law Review* 1, Cacucci Editore, 2018, p. 334, il progetto di riforma italiano aveva come finalità primaria l'incentivazione alla quotazione, riducendo al contempo il timore dell'imprenditoria nazionale (il cui spirito si identifica nel c.d. "capitalismo familiare") di subire una forte diluizione del capitale azionario e, di conseguenza, perdere il controllo delle rispettive società.

Le "nuove" tipologie di voto sarebbero servite, inoltre, ad accantonare mezzi alternativi di consolidamento del controllo quali gruppi piramidali, estremamente rischiosi da un punto di vista dell'indebitamento qualora il meccanismo di leva finanziaria impiegato come razionale operativo venga abusato.

²³⁷ Per approfondimenti si veda <https://www.internazionale.it/notizie/roberta-carlini/2020/05/19/fca-prestito-italia>.

Il che ci rimanda nuovamente alle considerazioni di cui sopra, sul paventato rischio di elusione della *ratio legis*, offrendo una potenziale ed effettiva soluzione al problema.

Come ulteriore riprova della volontà dell'Unione Europea nel contrastare fenomeni di *foreign abuse* si precisa che nel 2019 il Tribunale²³⁸ ha confermato la decisione della Commissione Europea nel sanzionare un particolare accordo fiscale (c.d. *tax ruling*, che si consolidano principalmente negli *advanced pricing agreements*) intercorso tra FCA N.V. ed il Lussemburgo, qualificandolo come aiuto di stato illegittimo in quanto generante un vantaggio fiscale indebito.

La società olandese è stata condannata ad estinguere 30 mln di euro di arretrati fiscali, non versati in forza di tale accordo.

Da ultimo la recente fusione dei gruppi FCA e PSA nella società di diritto olandese Stellantis N.V., del cui *iter* si è già dato accenno nel primo capitolo²³⁹, ha aggiunto un ulteriore tassello al mosaico fin qui descritto.

In quanto strategia d'integrazione orizzontale, il rationale strategico si coglie coerentemente sotto il profilo dell'economia di scopo.

Stanti gli elevati costi fissi del settore automobilistico, una delle soluzioni per farvi fronte è data proprio dalla produzione congiunta di prodotti diversi sfruttando i medesimi fattori produttivi, ripartendo così i costi tra diversi brand.

Ciò si è tradotto primariamente nello sfruttamento d'interdipendenze e, quindi, nella generazione di sinergie tra i due gruppi per un ammontare pari a 3,7 mld di euro, poi concretizzatesi in 5 mld di euro, attraverso l'ottimizzazione degli investimenti ed una generale maggiore efficienza orientata a conseguire risparmi nella catena del valore, sia per le attività primarie che di supporto.

La concentrazione è stata sottoposta al controllo preventivo della Commissione che, a seguito d'indagine *ex Reg.* 2004/139²⁴⁰, ha approvato il progetto, pur subordinandolo al

²³⁸ Tribunale dell'Unione Europea (Settima Sezione ampliata), 24 settembre 2019, Granducato di Lussemburgo e FCA c. Commissione, cause riunite T-755/15 e T-759/15.

Sono stati proposti due ricorsi di annullamento della decisione presso la CGUE (cause C-885/19 e C-898/19) ad opera di FCA e dell'Irlanda.

²³⁹ Vd. *supra* pag. 42, nota 93.

²⁴⁰ Regolamento CE del Consiglio 2004/139, "relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese" ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni").

rispetto di misure correttive ed impegni promossi dai gruppi societari *de quibus*²⁴¹.

La Vice Presidente esecutiva della Commissione Vestager, che riveste anche l'ufficio di commissario per la concorrenza, ha sottolineato come: «L'accesso a un mercato competitivo per i veicoli commerciali leggeri di piccole dimensioni è importante per molti lavoratori autonomi e per le piccole e medie imprese in tutta l'Europa. Possiamo approvare la fusione tra Fiat Chrysler e Peugeot SA perché i loro impegni agevoleranno l'ingresso e l'espansione nel mercato dei veicoli commerciali di piccole dimensioni. Negli altri mercati in cui i due produttori di autoveicoli sono attualmente attivi, la concorrenza rimarrà vivace dopo la concentrazione.»²⁴².

L'operazione in sé ha suscitato comunque delle perplessità in merito all'effettiva destinazione del sostegno italiano garantito da SACE S.p.A., ma soprattutto circa le garanzie per i piani d'investimento della neonata Stellantis, la cui guida strategica sarà rimessa *de facto* all'ex AD di PSA, Carlos Tavares.

Fermi restando gli impegni assunti e garantiti dal vertice italiano di FCA alla luce del finanziamento *de quo ante* fusione, lo stesso risulta, oggi, essere sostanzialmente esautorato da un effettivo potere decisionale.

Si compone in tal modo il difficile mosaico tracciato da un piano di finanziamento nato per fornire supporto alla realtà industriale ed imprenditoriale italiana, che viene però a mescolarsi con una realtà francese a cui è riconosciuta la direzione strategica della riconversione industriale.

Si rimanda, ancora una volta, alle riflessioni circa la natura meramente lecita delle operazioni condotte fin qui da FCA N.V. (ora Stellantis N.V.), per cui si paventa un forte dubbio di attendibilità degli impegni assunti dalla struttura apicale italiana in relazione al finanziamento *de quo* e la possibilità che si appalesi un'operazione (la fusione con PSA) elusiva della *ratio* sottesa al prestito garantito²⁴³.

Formalmente si tratta di un'operazione legittima e conforme al dettame contrattuale, ma per quelli che sono gli effetti sostanziali si crea un intero contesto “non lineare”, tale da far sorgere indubbiamente delle perplessità.

²⁴¹ Come riportato nel comunicato stampa della Commissione in data 21 dicembre 2020, le misure correttive sono essenzialmente: «una proroga dell'accordo di cooperazione attualmente in vigore tra PSA e Toyota Motor Europe (“Toyota”) per i veicoli commerciali leggeri di piccole dimensioni in base al quale PSA produce i veicoli destinati alla vendita da parte di Toyota con il marchio Toyota, principalmente nell'Unione Europea. Ciò avverrà attraverso un aumento della capacità disponibile per Toyota e una riduzione dei prezzi di trasferimento per i veicoli e i relativi pezzi di ricambio/accessori. Tale impegno riflette la natura pervasiva della condivisione delle piattaforme nel settore automobilistico; e una modifica degli accordi di "riparazione e manutenzione" delle autovetture e dei veicoli commerciali leggeri in vigore tra PSA, FCA e le loro reti di riparatori, al fine di facilitare l'accesso dei concorrenti alle reti di riparazione e manutenzione di PSA e FCA per i veicoli commerciali leggeri. Ad esempio, per i clienti dei veicoli commerciali leggeri FCA/PSA non sarà necessario alcuno spazio specifico per la marca per il ricevimento, l'attesa o ingresso e sarà abolito qualsiasi divieto per i riparatori di utilizzare strumenti e attrezzature di PSA/FCA per provvedere alla manutenzione e riparazione dei veicoli commerciali leggeri dei concorrenti.».

²⁴² Commissione Europea, comunicato stampa del 21 dicembre 2020 “Concentrazioni: la Commissione approva, a determinate condizioni, la fusione di Fiat Chrysler Automobiles N.V. e Peugeot S.A.”.

²⁴³ Vd. *supra* pag. 116.

Timori concretizzatisi in una sospensione delle commissioni ai fornitori italiani per lo stabilimento polacco di Thychy²⁴⁴ alla luce del cambiamento tecnologico e dell'impiego delle metodologie produttive di PSA per la fabbricazione di automobili il che, a detta di alcuni, potrebbe comportare una preferenza dei fornitori francesi già ampiamente avviati nella produzione delle risorse necessarie, determinando quindi un sostanziale pregiudizio all'iniziale destinazione delle risorse percepite per il tramite del finanziamento garantito, atto a sostenere direttamente FCA (*rectius* Stellantis), ma indirettamente una larga parte della filiera produttiva italiana dell'automotive, come precisato sopra.

Tra le censure che sono state mosse all'asse strategico di FCA diverse riguardano il regime fiscale, che potrebbe costituire la chiave di volta per rinvenire condotte scarsamente virtuose della stessa.

Si assiste, invero, ad un'articolazione complessa e ripartita diversamente a seconda della categoria reddituale di riferimento.

Ricostruire in forma unitaria il regime fiscale della suddetta società diviene arduo qualora la si inserisca nel contesto del gruppo FCA, che ha eletto, per la società madre, sede legale in Olanda e sede fiscale nel Regno Unito²⁴⁵.

Ne consegue, ai fini della trattazione, che sia più opportuno adottare una prospettiva più composita, alla luce del fatto che i cespiti sono assoggettati a tassazione diversa a seconda dello Stato in cui vengono in essere.

In primo luogo, bisogna quindi domandarsi se sia possibile armonizzare i diversi regimi fiscali al fine di avere una visione chiara della posizione in cui si trova la società in esame. Si tratta di una problematica non priva di riflessi sotto il profilo dei principi di trasparenza, correttezza e buona fede nell'esecuzione degli obblighi contrattuali assunti dalla società debitrice.

La questione involve, *a fortiori*, anche profili relativi alla tutela degli investitori nazionali che potrebbero vedersi assoggettare ad una tassazione più esosa nel regime nazionale e che devono considerarsi la parte più debole.

In seconda analisi, si deve verificare se possano considerarsi fondate le perplessità espresse da parte dei commentatori circa una presunta elusione fiscale da parte di FCA.

Non sorgono problemi significativi per quanto riguarda gli utili realizzati in territorio nazionale, che saranno regolati dal nostro regime fiscale.

Si tratta del principale argomento sostenuto dalla debitrice che ribadisce di avere una presenza rilevante nell'economia nazionale, con 11 stabilimenti attivi e più di 55 mila dipendenti.

Ne consegue che i profitti della produzione e delle vendite saranno assoggettate a tassazione nel nostro Paese come derivanti da FCA Italy che è la beneficiaria effettiva

²⁴⁴ Stabilimento che ha da sempre rappresentato uno sbocco strategico prezioso per le forniture nazionali.

²⁴⁵ Si precisa che ad oggi, ultimata la nascita di Stellantis N.V., sia sede legale che domicilio fiscale sono localizzati in Olanda.

della operazione.

Per le attività produttive realizzate in Italia, infatti, sulla base del principio di localizzazione della fonte del reddito *ex art. 23 d.P.R. 917/86* (TUIR - Testo Unico delle Imposte sui Redditi) devono essere versate allo Stato italiano le imposte IRES e IRAP²⁴⁶.

Argomento questo rilanciato anche dalla parte del sindacato favorevole alla suddetta operazione in quanto a sostegno della conservazione dei livelli occupazionali.

Non si può ignorare ad ogni modo che la debitrice sia subordinata al controllo della capogruppo FCA N.V. (oggi Stellantis N.V.).

I profitti, pertanto, sono destinati a migrare all'estero trasformandosi in dividendi, liquidati in un Paese con un regime di tassazione più favorevole e quindi creando una iniqua sperequazione rispetto agli azionisti i cui dividendi vengono liquidati da società con sede fiscale in Italia.

Non convince, al riguardo, l'obiezione fondata sulla condizione che ha subordinato l'operazione al divieto di distribuire dividendi per il 2020, dal momento che la stessa ha uno sviluppo triennale ed è proprio nel 2021 che FCA N.V. conta di distribuire il dividendo straordinario nel quadro della fusione con il gruppo PSA.

Le dimensioni della manovra elusiva potrebbero essere più ampie del previsto.

Più complicata la posizione degli investitori nazionali che vedono i loro introiti gravati dalla tassazione secca del 26%, con una possibile disparità di trattamento rispetto a quelli che ricorrono ad un trader straniero per lo stesso tipo di finanziamento.

Si configura una condotta scarsamente virtuosa della suddetta società che, per un verso, si avvale del sostegno del proprio Stato naturale di origine e della garanzia esplicita, dall'altro disincentiva gli investimenti dei cittadini di quello stesso Stato valendosi di una tassazione interna meno favorevole.

Per questo motivo, si diffonde la convinzione che sia necessario un processo di riforma ed armonizzazione che possa ostacolare tali pratiche ed evitare che condotte non virtuose possano sfociare in un vero e proprio *foreign abuse* volto ad occultare illecitamente profitti, selezionando e combinando i regimi fiscali più favorevoli.

Sulla base di quanto già richiamato sopra, nello specifico l'intervento del Segretario Faccio e la vicenda giudiziaria che ha coinvolto la stessa FCA circa il *tax ruling*, emergono ulteriori dubbi circa l'opportunità di dare "luce verde" ad una operazione di finanziamento a beneficio di una struttura societaria che ha già dimostrato tattiche di gestione di tale dubbia correttezza.

La soluzione deve quindi ricercarsi negli strumenti operativi, in particolare quelli di monitoraggio, coordinamento e valutazione comparata tra gli Stati, come i *country by country reports*, che sempre secondo Faccio potrebbero garantire la dovuta trasparenza delle

²⁴⁶ Si guarda, nello specifico, al criterio della stabile organizzazione *ex art. 162 TUIR*, alla luce anche delle convenzioni internazionali stipulate tra gli Stati sulla base di modelli predisposti dall'OCSE allo scopo di evitare il fenomeno della c.d. "doppia tassazione internazionale".

operazioni di finanziamento interno e sbarrare la strada a pratiche di occultamento di profitti ed elusione fiscale.

Da ultimo, a conferma ulteriore di quanto sostenuto all'inizio del capitolo, in relazione alle dinamiche con il PNRR il Presidente Draghi ha rimarcato i punti focali dell'azione italiana sulla transizione digitale ecosostenibile, pianificando un processo di riconversione industriale e tecnologica secondo parametri di ecosostenibilità per il nostro Paese che chiaramente dovranno essere presi in considerazione per tutte le operazioni già in essere e future, di garanzia e d'investimento, compresa quella relativa FCA.

Di conseguenza, qualora FCA dovesse ritenere di poter contravvenire a questi presupposti, sostenendo come nel nostro Paese non vi siano le condizioni sostanziali per assicurare quelle capacità di sviluppo tecnologico e di ecosostenibilità assunte a presupposto indefettibile del buon esito del finanziamento, così facendo si porrebbe in aperto contrasto con quanto indicato dal Presidente Draghi, determinando la commissione di altrettanti illeciti che porterebbero a misure risolutorie del contratto con restituzione delle somme già erogate e risarcimenti del danno, come già sottolineato dall'allora Ministro dell'Economia e delle Finanze Gualtieri, nonché dallo stesso AD di SACE S.p.A Latini.

3. Considerazioni finali

A conclusione di quanto fin ora trattato, emergono alcune considerazioni.

Il giudizio sulle forme di reazione poste in essere dalle Istituzioni comunitarie ad un fenomeno come quello pandemico non può che essere positivo, considerando la loro tempestività e soprattutto l'idoneità a fornire una risposta adeguata ed efficace alle criticità sanitarie, sociali ed economiche.

In particolare, è apprezzabile il carattere composito di tali interventi, che fanno seguire ad una fase di sostegno, anche in deroga al regime economico vincolistico del periodo pregresso, un'attività programmatica di ripresa degli investimenti, nel quadro di un complessivo superamento anche della precedente fase di recessione.

Questo aspetto composito si coglie proprio in materia di aiuti di Stato, oggetto di una politica comunitaria restrittiva, come si evince dagli artt. 107 e 108 TFUE, connotati da una certa diffidenza verso gli Stati che utilizzano questo strumento per influenzare il gioco della concorrenza.

Nel Temporary Framework, ed in forma più coerente nei suoi atti esecutivi a livello statale, si registra un allentamento dei vincoli, finalizzato ad una politica di investimenti statali che incida sulla ripresa economica, in piena sintonia con le direttive dell'Unione sulla libera concorrenza. In questo senso deve essere inteso anche lo strumento di Garanzia Italia, che consente un sostegno accessibile e finalizzato al mantenimento dei livelli produttivi ed occupazionali nazionali.

Sono state sollevate, peraltro, perplessità sul fatto che in casi concreti, come quello emblematico di FCA Italy, questo strumento, pur costituendo una garanzia e non un sostegno diretto, possa tradursi in una misura accordata in via preferenziale ad imprese strategiche.

Sulla fondatezza di tali perplessità si è dato conto partendo dai fatti concreti che hanno caratterizzato l'attività di gestione imprenditoriale della debitrice.

Sotto tale profilo, la condotta della stessa evidenza scelte improntate al trasferimento di sede fiscale e legale, di spostamento del ciclo produttivo ed una politica di gestione dei profitti e degli utili, che possono configurare ipotesi di arbitraggio normativo, *forum shopping* e nel complesso elusione fiscale.

Il discorso potrebbe estendersi, pertanto, alla mancanza di una efficace politica comunitaria che possa contrastare una pratica, non virtuosa, di concorrenza tra gli Stati membri nell'attrarre importanti realtà societarie e gruppi nel proprio territorio, mediante regimi normativi, nello specifico fiscali, di maggior favore rispetto a quelli dello Stato in cui esse siano storicamente radicate.

Dare copertura normativa a tale politica consentirebbe di contrastare il dilagare di condotte come quelle rilevate in FCA Italy, che in un sistema prettamente liberale e liberistico, come quello comunitario, possono trovare ricetto sotto l'ombrello del meramente lecito in difetto di un divieto posto da una norma positiva.

Una funzione vicaria della suddetta può essere svolta in *medio tempore* proprio da quei canoni etici, che la normativa recente non si è limitata a riscoprire come direttive operative, ma ha posto, come si evince dal contesto del PNRR, come pilastri strutturali delle forme di intervento e parametri di verifica dei risultati raggiunti in concreto.

Per questo motivo, si è voluto richiamare l'attenzione del lettore, sin dal titolo del presente elaborato, su una ritrovata interconnessione tra etica e diritto, in una prospettiva meno idealistica e più sostanziale, configurando i canoni etici alla stregua di norme strumentali sulle quali fondare la normativa sostanziale.

È, inoltre, particolarmente significativo che tale processo non si compia in settori di carattere sociale, ma in un ambito come quello societario e finanziario, tradizionalmente governato dal principio utilitaristico del profitto.

Bibliografia essenziale:

- ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 2^a ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2017;
- BIANCA C.M., *Diritto Civile: vol 3, Il contratto*, Giuffrè, 1978;
- BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, 1968;
- CANNATA C.A., *Le obbligazioni in generale in Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, Utet, 1999;
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 1989;
- CIPRANDI A., *Aiuti di Stato nell'emergenza COVID-19: il legislatore italiano sospende la c.d. "clausola Deggendorf". Deroga giustificata o deviazione eccessiva da un principio fondamentale?*, ne *I Post di AISDUE, II (2020)*, Sezione "Note e commenti", n. 4, 15 luglio 2020;
- DE LUCA N., GENTILE A., SCHIAVOTTIELLO F., *Trasformazione transfrontaliera in Europa: prime considerazioni su Polbud*, in *Società*, 2018/1, 5-11;
- ENRIQUES L., ZORZI A., *Armonizzazione e arbitraggio normativo nel diritto societario europeo*, in *Rivista delle società*, fascicolo 5, Milano, Giuffrè Editore, 2016;
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1981;
- GRASSO B., in MAZZONI e NIGRO (a cura di), *Credito e Moneta*, Milano, 1982;
- LA ROCCA D., *Il mutuo di scopo*, in CUFFARO (opera diretta da), *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna, Zanichelli Editore, 2001;
- MAZZAMUTO, *Il rapporto di finanziamento "agevolato": aspetti privatistici dell'attuazione*, in MAZZONI e NIGRO (a cura di), *Credito e Moneta*, Milano, 1982;
- MERLO G., *La programmazione sociale: principi, metodi e strumenti*, allegato web box n.1, Carocci, 2014;
- MOSCO G.D., *Le società quotate, Casebook, Quaderni di LUISS Law Review 1*, Cacucci Editore, 2018;
- PASSANITI G. *Deficit democratico dell'Unione Europea, il difficile cammino verso la piena integrazione*;
- PICCONI V., *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*;
- POLLICE P., in MAZZONI e NIGRO (a cura di), *Credito e Moneta*, Milano, 1982;
- SERPETTI A., *Doveri di buona fede e diligenza nell'adempimento delle obbligazioni e somministrazione dei mezzi necessari all'esecuzione del contratto di mandato*, in *Diritto civile e commerciale*;

SCHEPISI C., *La valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato. Alcune riflessioni sulla discrezionalità e sui limiti della Commissione*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, fascicolo 2, 2019;

TESAURO G., *Proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, nell'incontro delle Corte Costituzionali di Portogallo, Spagna e Italia, Roma 24 ottobre 2013;

VARANO V. - BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, 6^a ed., Giappichelli Editore, Torino, 2018;

VILLANI U., *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*, 5^a ed., Cacucci Editore, Bari, 2017;

Giurisprudenza:

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 27 settembre 1988, *Daily Mail*, C-81/87;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA (Sesta Sezione), 13 novembre 1990, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentación SA (Marleasing)*, C-106/89;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 19 novembre 1991, *Francovich e Bonifaci c. Italia*, cause riunite C-6/90 e C-9/90;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 21 novembre 1991, *Technische Universität München*, C-269/90;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 15 marzo 1994, *Banco Exterior de España*, C-387/92;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 29 giugno 1995, *SCAC*, C-56/94;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 30 novembre 1995, *Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 29 febbraio 1996, *Belgio c. Commissione*, C-56/93;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cause riunite C-46/93 e C-48/93;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 11 luglio 1996, *Syndicat français de l'Express International (SFEI) e a.*, C-39/94;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 15 maggio 1997, *TWD c. Commissione*, C-355/95 P;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 9 marzo 1999, Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (*Centros*), C-212/97;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 12 settembre 2000, Pavlov e altri, cause riunite da C-180/98 a C-184/98;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 5 novembre 2000, *Überseering*, C-208/00;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 16 maggio 2002, Francia c. Commissione (*Stardust*), C-482/99;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 21 ottobre 2003, van Calster e a., cause riunite C-261/01 e C-262/01;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA (Grande Sezione), 13 dicembre 2005, *Sevic*, C-411/03;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 10 gennaio 2006, Cassa di Risparmio di Firenze S.p.A. e altri, C-222/04;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 13 giugno 2006, Traghetti del Mediterraneo c. Italia, C-173/03;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 6 settembre 2006, Portogallo c. Commissione, C-88/03;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 5 ottobre 2006, Transalpine, C-368/04;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 18 luglio 2007, *Lucchini*, C-119/05;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 12 febbraio 2008, CELF e Ministre de la Culture et de la Communication, C-199/06;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 11 settembre 2008, Unión General de Trabajadores de La Rioja, cause riunite da C-428/06 a C-434/06;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 11 settembre 2008, Germania e a. c. Kronofrance, C-75/05 P e C-80/05 P;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 6 novembre 2008, Paesi Bassi c. Commissione, C-405/07 P;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 30 aprile 2009, Commissione c. Repubblica Italiana, C-494/06 P;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 16 dicembre 2010, *AceaElectrabel Produzione S.p.A. c. Commissione*, C-480/09 P;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 12 luglio 2012, *Vale*, C-378/10;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 8 maggio 2013, *Libert e altri*, cause riunite C-197/11 e C-203/11;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 14 gennaio 2015, *Eventech c. The Parking Adjudicator*, C-518/13;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 8 marzo 2016, *Grecia c. Commissione*, C-431/14 P;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 19 luglio 2016, *Tadej Kotnik e a.*, C-526/14;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 26 ottobre 2016, *Orange*, C-211/15 P;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 21 dicembre 2016, *Commissione c. World Duty Free Group*, C-20/15;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 27 giugno 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, C-74/16;

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 25 ottobre 2017, *Polbud*, C-106/16;

TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA (Terza Sezione ampliata), 12 dicembre 2000, *Alitalia c. Commissione*, T-296/97;

TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA (Quarta Sezione ampliata), 4 aprile 2001, *Friuli Venezia Giulia*, T-288/97;

TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA (Quinta Sezione ampliata), 8 luglio 2004, *Technische Glaswerke Ilmenau c. Commissione*, T-198/01;

TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA (Prima Sezione ampliata), 22 febbraio 2006, *Le Levant c. Commissione*, T-34/02;

TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA (Seconda Sezione), 6 settembre 2006, *Repubblica Italiana e Wam S.p.A. c. Commissione*, T-304/04 e T-316/04;

TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA (Settima Sezione ampliata), 24 settembre 2019, *Granducato di Lussemburgo e FCA c. Commissione*, cause riunite T-755/15 e T-759/15;

CORTE DI CASSAZIONE (Sezione I Civile), ord. n. 10303/2018;

Indice degli atti citati:

COMUNICAZIONE della Commissione COM(2005) 107 “Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato. Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009”;

COMUNICAZIONE della Commissione 2007/C 272/05 “Verso l’esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili”;

COMUNICAZIONE della Commissione 2009/C 85/01 relativa “all’applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali”;

COMUNICAZIONE della Commissione COM(2010) 2020 “Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva”;

COMUNICAZIONE della Commissione COM(2012) 740 “Piano d’azione: diritto europeo delle società e governo societario – una disciplina giuridica moderna a favore di azionisti più impegnati e società sostenibili”;

COMUNICAZIONE della Commissione C(2016) 2946 “sulla nozione di aiuto di Stato di cui all’articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell’Unione europea”;

COMUNICAZIONE della Commissione C(2018) 4412 “Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato”;

COMUNICAZIONE della Commissione 2019/C 247/01 “sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili”;

COMUNICAZIONE della Commissione COM(2020) 112 al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, alla Banca Europea per gli investimenti e all’Eurogruppo “Risposta economica coordinata all’emergenza COVID-19”;

COMUNICAZIONE della Commissione COM(2020) 575 al Parlamento Europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, al Comitato Economico e Sociale Europeo, al Comitato delle Regioni e alla Banca Europea per gli investimenti “Strategia annuale per la crescita sostenibile 2021”;

COMUNICAZIONE della Commissione COM(2020) 1863 “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19”;

COMUNICAZIONE della Commissione COM(2020) 4509 “Terza modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza della Covid-19”;

COMUNICAZIONE della Commissione C(2020) 7127 “Quarta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19 e modifica dell’allegato della comunicazione della Commissione agli Stati

membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine”;

COMUNICAZIONE della Commissione C(2021) 564 “Quinta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine”;

CONCLUSIONI della riunione straordinaria del Consiglio europeo 17-21 luglio 2020 (EUCO 10/20);

CONDIZIONI GENERALI - “Garanzia Italia”;

CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI, 1950;

COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA, 22 dicembre 1947;

DECISIONE della Commissione C(2020) 3482, avente ad oggetto “State Aid SA.57021 (2020/N, ex 2020/PN) – Italy - COVID-19 Regime Quadro”.

DECISIONE del Consiglio (UE, Euratom) 2020/2053 “relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom”;

DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA del 22 dicembre 1986, n. 917 “Testo Unico delle Imposte sui Redditi”;

DECRETO LEGISLATIVO dell'8 giugno 2001, n. 231 “Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300”;

DECRETO-LEGGE del 17 marzo 2020, n. 18 “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”;

DECRETO-LEGGE dell'8 aprile 2020, n. 23 “Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali.”;

DECRETO-LEGGE del 19 maggio 2020, n. 34 “Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”;

DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI del 24 gennaio 2017 “Termini e modalità di svolgimento della verifica della completezza della documentazione contenuta nelle notifiche di aiuti di Stato da parte del Dipartimento per le politiche europee, in attuazione dell'articolo 45 della legge 24 dicembre 2012, n. 234.”;

DECRETO MINISTERIALE del MISE 115/17 Regolamento recante la disciplina per il funzionamento del Registro nazionale degli aiuti di Stato, ai sensi dell'articolo 52, comma 6, della legge 24 dicembre 2012, n. 234 e successive modifiche e integrazioni;

DICHIARAZIONE Schuman, 9 maggio 1950;

DIRETTIVA UE 2019/2121 del Parlamento e del Consiglio “che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere”;

DOCUMENTO di lavoro dei servizi della Commissione “Metodologia comune per la valutazione degli aiuti di Stato”;

DOSSIER del Servizio Studi del Senato e dell'Ufficio Rapporti con l'Unione Europea della Camera, *Principali iniziative dell'Unione europea per fronteggiare l'impatto economico-sociale della pandemia COVID-19*, Senato n. 89, Camera edizione aggiornata n. 39. Documentazione per le Commissioni - Attività dell'Unione Europea, 5 ottobre 2020;

GUIDA agli Stati dei servizi della Commissione SWD(2020) 205;

LIBRO BIANCO della Commissione COM(2020) 253 “relativo all'introduzione di pari condizioni di concorrenza in materia di sovvenzioni estere”;

LEGGE del 24 dicembre 2012, n. 234 “Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea.”;

MANUALE OPERATIVO “Garanzia dello Stato su finanziamenti concessi dalle banche”;

PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA “#NEXTGENERATIONITALIA”;

REGOLAMENTO CE del Consiglio 2004/139, “relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese”;

REGOLAMENTO CE della Commissione 2004/794 recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE;

REGOLAMENTO CE della Commissione 2006/1998 relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato agli aiuti d'importanza minore («de minimis»);

REGOLAMENTO UE della Commissione 2013/1407 “relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «de minimis»;

REGOLAMENTO UE del Parlamento e del Consiglio 2013/472 “sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria”;

REGOLAMENTO UE della Commissione 2014/651 “che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato”;

REGOLAMENTO UE del Consiglio 2015/1589 recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea;

REGOLAMENTO (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio “relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione”;

REGOLAMENTO UE del Parlamento e del Consiglio 2021/241 “che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza”;

TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA 2012/C 326/01;

Sitografia:

Decreto Liquidità. I vincoli alla distribuzione dei dividendi e all'acquisto di azione proprie come condizione per accedere alle garanzie, reperibile all'indirizzo <http://www.assonime.it/attivita-editoriale/news/Pagine/News1004020.aspx>;

Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, <https://www.regione.fvg.it/rafvfg/cms/RAFVG/fondi-europei-fvg-internazionale/aiuti-stato/FOGLIA4/#id2>;

<https://www.diritto.it/doveri-di-buona-fede-e-diligenza-nell-adempimento-delle-obbligazioni-e-somministrazione-dei-mezzi-necessari-all-esecuzione-del-contratto-di-mandato/>;

https://www.questionegiustizia.it/articolo/parita-di-trattamento-e-principio-di-non-discriminazione-nell-ordinamento-integrato_15-02-2017.php;

<https://www.internazionale.it/notizie/roberta-carlini/2020/05/19/fca-prestito-italia>;

https://www.diritto.it/deficit-democratico-dellunione-europea-il-difficile-cammino-verso-la-piena-integrazione/#_ftn2;

<https://www.aisdue.eu/agnese-ciprandi-aiuti-di-stato-nellemergenza-covid-19-il-legislatore-italiano-sospende-la-c-d-clausola-deggendorf-deroga-giustificata-o-deviazione-eccessiva-da-un-princi/>