

I vincoli all'esercizio della sovranità economica statale per il tramite del controllo degli aiuti pubblici alle imprese. Prime osservazioni*

di Giovanni Luchena**

28 dicembre 2018

1. Una delle sfere d'azione che meglio testimonia lo *spostamento* della decisione politica verso l'Unione europea è rappresentato dal complesso normativo relativo al divieto di concessione degli aiuti di Stato alle imprese come stabilito dal diritto dell'Unione europea. Com'è noto, si tratta di un *materia* che ricade nella competenza esclusiva della Commissione e che, più di altre, è spesso terreno di contrasto fra UE e Stati membri.

Le riflessioni qui sviluppate hanno lo scopo di porre in evidenza taluni aspetti critici della *politica degli aiuti di Stato*, prendendo in esame, tra le tante, alcune tematiche selezionate in ragione della loro attualità, in uno scenario in continuo movimento, fatto di aggiornamenti normativi continui determinati, per lo più, dalla necessità di adeguamenti tecnici e dal verificarsi di situazioni di carattere straordinario.

1.1. Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea prevede, in questo settore (come in altri), *norme di risultato* volte a proteggere la concorrenza imponendo agli Stati, in linea di principio, di astenersi dal praticare politiche di supporto economico delle imprese.

Si tratta di un ambito disciplinare *stabilizzatosi* nel tempo, dopo un'attuazione, per dir così, timida o «marginale»¹, nell'ambito del quale svolge un ruolo fondamentale la Commissione, la quale, *in subiecta materia*, detiene un ampio potere discrezionale² (dal quale, per la verità, come si cercherà di illustrare, spesso esorbita) dovendo esercitare la sua competenza esclusiva in funzione di promozione e di tutela dell'interesse generale comune (il che spiegherebbe, secondo taluno, la ragione per cui tale organo non possa essere eletto direttamente³).

* Relazione svolta al IV Convegno annuale dell'Associazione dei docenti di diritto dell'economia, 29-30 novembre 2018.

Il contributo mantiene il carattere colloquiale dell'intervento svolto in forma orale.

** Professore associato di Diritto dell'economia, Dipartimento di Economia e finanza, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ G.L. TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011, 3.

² Sentenza della Corte di giustizia 17 settembre 1979, *Philip Morris Holland BV c. Commissione*, C-730/79; Sentenza della Corte di giustizia 14 gennaio 1997, *Spagna c. Commissione*, C-169/95.

³ M. SZAPIRO, *60 ans de la Commission européenne*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, n. 1, 2018, 73.

Nel vaglio di compatibilità essa segue criteri rigorosi che, peraltro, aggiorna continuamente in ragione di situazioni contingenti o sopravvenute⁴, rendendo fluida una normativa che, irradiandosi su più livelli, si presenta complessa e non sempre di facile attuazione.

Sta di fatto che il vaglio della Commissione, pur essendo formalmente connotato dal carattere della tecnicità (perché basato perlopiù su di un approccio economico sempre più raffinato⁵, ma non privo di esiti talvolta contraddittori), presenta elementi di politicità nient'affatto secondari proprio perché *indirizzano* e *coordinano* l'agire statale in materia economica, quasi sostituendosi agli Stati nelle politiche di programmazione, non sempre peraltro conseguendo i successi auspicati.

Le "resistenze" statali alla "pressione" dell'UE volta a far ridurre la presenza dello Stato nell'economia sono state "vinte" da un approccio sempre più intransigente da parte dell'"esecutivo" comunitario in un settore che ha rappresentato e, sotto certi profili, ancora rappresenta un significativo segmento dell'azione politica complessivamente intesa e un formidabile strumento di consenso.

E, infatti, le "politiche europee per la concorrenza", dopo aver contribuito a mettere in disparte lo Stato imprenditore, hanno via via collocato in una posizione di marginalità la capacità di penetrazione industriale della stessa Unione europea in ambito globale. Si tratta di un disegno che, su un piano più ampio, non sempre ha contribuito alla realizzazione di una *politica comune europea* della concorrenza in termini di strategia competitiva per il migliore posizionamento delle imprese europee sulla scena della globalizzazione.

In tempi recenti, invero, il c.d. *Industrial compact*⁶ ha provato a rilanciare l'industria europea nel quadro della strategia 2020, pur se il documento in questione non da tutti viene ritenuto uno strumento particolarmente efficace perché non sembra considerare pienamente le differenze fra i territori dell'Europa, cioè fra "centro" e "periferia"⁷.

1.1.2. Dal canto suo, la Corte di giustizia ha dimostrato un atteggiamento, per dir così, fin troppo accondiscendente dinanzi alla Commissione e ha confermato come, su un piano generale, il costruttivismo giuridico costituisca una parte significativa dell'impianto dell'Unione europea alla luce del fatto che la giurisprudenza comunitaria non di rado "anticipa" nei contenuti taluni atti normativi poi formalmente adottati dalla Commissione.

Nel caso dei giudici "europei", peraltro, l'uso, fra gli altri, del metodo dell'interpretazione teleologica sposta l'attenzione sui «*goals of the rule*» con

⁴ V., in proposito, la Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (2016/C 262/01).

⁵ D NEVEN, V. VERROUDEN, *Towards a More Refined Economic Approach in State Aid Control*, in W MEDERER, N PESARESI, M VAN HOOF (eds), *EU Competition Law – Volume IV: State Aid*, Claeys & Casteels, 2008, reperibile online: ec.europa.eu/dgs/competition/economist/economic_approach_sa_control.pdf.

⁶ Comunicazione della Commissione europea del 22 gennaio 2014, "Per una rinascita industriale europea", COM (2014).

⁷ M.A. STEFANELLI, *Le small business come modello giuridico di resilienza industriale europea*, in *Percorsi costituzionali*, n. 2, 2017, 707-708.

l'obiettivo di impedire comportamenti opportunistici da parte degli Stati⁸. La Corte fa valere tutta la sua "forza persuasiva" nell'attuazione dei principi del diritto dell'Unione, come, ad esempio, quello dell'effetto utile, secondo una strategia interpretativa funzionale all'efficacia applicativa delle regole del Trattato (e quindi anche di quelle in materia di concorrenza)⁹ tanto che si tende a considerare tale organo come il "nuovo signore dei trattati"¹⁰.

Va sottolineato che la normativa in materia di divieto degli aiuti statali alle imprese ha perseguito in modo efficace gli obiettivi dei trattati contribuendo alla formazione di una cultura d'impresa spesso assente in molte realtà europee e, inoltre, ha favorito il ritiro dello Stato da settori dell'economia nei quali la presenza del "pubblico" non ha prodotto risultati soddisfacenti né per quel che concerne la tenuta dei conti pubblici né sul versante della crescita e della riduzione delle diseguaglianze.

In molti casi, la "mano non invisibile" eurounitaria ha impedito alla "mano" altrettanto sempre meno visibile dello Stato di svolgere il suo ruolo tradizionale, salvo poi invocarlo quando le istituzioni dell'Unione sono state incapaci di assumere decisioni in momenti duri della storia europea come, ad esempio, quelli conseguenti alla crisi economica.

L'unica "mano", che a tratti si rende visibile, a tratti scompare con un abile gioco di ombre, e che restituisce in forme tangibili solo i suoi effetti, è quella del mercato o dei mercati, in particolare quelli finanziari, i quali giocano una partita a sé, lontana dallo Stato e dalle sue regole.

2. Insomma, in materia di divieto di aiuti pubblici si è pensato di fare a meno dello Stato senza considerare che, in generale, senza di esso non esisterebbe nemmeno l'Unione¹¹ e, soprattutto, senza tenere presente come la teoria dominante dell'estromissione dello Stato dalla politica sia essa stessa una politica, peraltro poco e mal contrastata in anni e situazioni socialmente complessi. È come se lo Stato avesse covato dentro di sé i germi del suo stesso depotenziamento quasi aderendo ad un'idea di sovranazionalità disgiunta dalla sovranità e, quindi, dalle singole sovranità statali.

Ogni decisione, infatti, in questo campo, ha una valenza politica perché incide sulle prerogative tipiche dello Stato e corrode i principi e le norme contenute nella c.d. costituzione economica¹².

La Costituzione, in rapporto ai trattati e, più in generale, alle questioni sollevate dalla «duttilità»¹³ delle fonti del diritto dell'Unione europea, soffre la perdita della sua

⁸ M. POIARES MADURO, *60 years of the European Court of Justice*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, n. 1, 2018, 97 ss.

⁹ I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, in part. 96 ss.

¹⁰ K. SOWERY, *The Nature and the Scope of the Primary Law-making Powers of the European Union: The Member States as "Masters of the Treaties"?*, in *European Law Review*, vol. 43, n. 2, 2018, 205 ss., 208.

¹¹ A. CARRINO, *Il suicidio dell'Europa. Sovranità, stati nazionali e "grandi spazi"*, Modena, 2016, 131 ss.

¹² F. COCOZZA, *La «Costituzione economica»*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2012, 37 ss.; S. AMOROSINO, *La "Costituzione economica": note esplicative di una nozione controversa*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2016, 125 ss.; G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, 3^a ed., Padova, 2017, 71 ss.

¹³ A. CARRINO, *Il suicidio dell'Europa. Sovranità, stati nazionali e "grandi spazi"*, cit., 131.

normatività¹⁴, con significativi riflessi anche in campo economico. Il venir meno di questo “argine” potenziale all’esercizio della sovranità economica ha fatto emergere in tutta la sua complessità il rapporto critico intercorrente tra la le norme dei trattati e la c.d. costituzione economica. Basti pensare alla recessività dell’art. 41, c. 3, della Costituzione rispetto ad ipotesi di programmazione generale delle attività economiche *anche* tramite incentivi o ai vincoli finanziari e di bilancio previsti dall’art. 81 Cost.¹⁵ che, in generale, limitano la spesa pubblica e, quindi, anche quella per le incentivazioni economiche¹⁶.

In questo senso, la “demonizzazione” dell’espressione *programmazione* non nasconde un obiettivo di fondo: essa, infatti, come sosteneva Massimo Severo Giannini, costituisce una nozione «innocente»¹⁷, perché la programmazione è sempre esistita e continua a realizzarsi da parte degli Stati (basti pensare alla programmazione delle infrastrutture pubbliche e private strategiche introdotte dalla c.d. “legge obiettivo”¹⁸, a al Piano generale dei trasporti e della logistica¹⁹, al Programma nazionale per la ricerca²⁰, e così via²¹) e perché anche il bilancio dello Stato, pur non essendo un atto di programmazione generale, è «pur sempre una programmazione con vasti effetti economici»²² che attiene strettamente all’intervento dello Stato nell’economia, «intervento che si giustifica con la necessità di garantire una migliore allocazione delle risorse a disposizione della collettività»²³.

¹⁴ P.A. CAPOTOSTI, *Intervento* svolto al Convegno su *Giurisprudenza costituzionale ed evoluzione dell’ordinamento italiano*, Roma, Palazzo della Consulta, 24 maggio 2006, reperibile in www.cortecostituzionale.it.

¹⁵ Tra gli altri, v. M. PASSALACQUA, *Pareggio di bilancio contro intervento pubblico nel nuovo art. 81 della Costituzione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 12 maggio 2012; G. DI GASPARE, *L’art. 81 della Costituzione, abdicazione della sovranità finanziaria dello Stato?*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 29 dicembre 2014; D. SICLARI, G. LO CONTE, *Finanza pubblica*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell’economia*, cit., 193 ss.; G. DI GASPARE, *Funambolismi di finanza pubblica: il nuovo art. 81 Costituzione e la legge di stabilità*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 28 marzo 2016.

¹⁶ I trasferimenti alle imprese, in Italia, ammontano a circa 32 miliardi di euro. Va detto, tuttavia, che «non tutta questa spesa incide sul deficit, come definito in termini di vincoli europei». Ciò perché parte di questi trasferimenti non è propriamente “spesa” ma «prestiti, seppure a tassi agevolati, oppure garanzie fornite su prestiti erogate dalle banche». In definitiva, questa parte di trasferimenti alle imprese non determina un indebitamento netto: cfr. C. COTTARELLI, *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare*, Milano, 2015, 140-141.

¹⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1995, 278.

¹⁸ Legge 21 dicembre 2001, n. 443, “*Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive*”.

¹⁹ Il Piano dei trasporti è stato previsto in origine dalla Legge 15 giugno 1984, n. 245, “*Elaborazione del piano generale dei trasporti*”, poi aggiornata dalla legge 27 febbraio 1998, n. 30, “*Conversione in legge, con modificazioni, dl decreto-legge 30 dicembre 1997, n. 457, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo del settore dei trasporti e l’incremento dell’occupazione*”. Il Piano generale dei trasporti e della logistica ha visto la luce nel 2001.

²⁰ D. lgs. 5 giugno 1998, n. 204, “*Disposizioni per il coordinamento, la programmazione e la valutazione della politica nazionale relativa alla ricerca scientifica e tecnologica, a norma dell’articolo 11, comma 1, lettera d), della legge 15 marzo 1997, n. 59*”.

²¹ Per un elenco dettagliato della varietà degli atti di programmazione, con particolare riferimento alle funzioni del CIPE, v. G. MOBILIO, *CIPE e Costituzione. Governare attraverso i Comitati interministeriali*, Napoli, 2018, 150 ss.

²² M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, cit., 279.

²³ A. MONORCHIO, L.G. MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, 7^a ed., Bari, 2018, 38.

Le disposizioni costituzionali sui rapporti economici fanno costante riferimento al ruolo dello Stato, per il tramite della legge, quale promotore della socialità. Lo Stato, dunque, è chiamato a esercitare le sue attribuzioni nelle dinamiche dell'economia in funzione, di volta in volta, di garanzia dei diritti sociali, di salvataggio delle imprese, di gestione (diretta o indiretta) dei servizi pubblici, di promozione delle attività economiche, con l'obiettivo, non unico, ma prevalente, di indirizzo dell'economia in chiave redistributiva e di giustizia sociale. La compresenza del pubblico e del privato concorre alla realizzazione dell'utilità sociale in attuazione di un progetto di società fondata sulla solidarietà tra gli individui (art. 2 Cost.) e sull'uguaglianza sostanziale (art. 3, c. 2, Cost.). Si tratta di un approccio etico alla responsabilità (individuale e collettiva) – un principio propugnato da una pluralità di filoni concettuali, tutti per la verità ricompresi nell'*humus* del quale si nutre la cosiddetta costituzione economica – che innerva di persistente significato la linea di continuità sussistente tra l'art. 2 e l'art. 41, commi 2 e 3 Cost.

L'evidente contrasto tra i principi contenuti nella Costituzione e le norme del diritto dell'Unione europea (non solo) in materia di aiuti di Stato mantiene in costante tensione i due ordinamenti i quali, benché considerati integrati o contigui, faticano a trovare punti di convergenza soprattutto quando si tratta di interventi statali che hanno a che vedere, fra gli altri, con gli incentivi in materia di occupazione e di formazione, con gli aiuti alle aree depresse e quelle colpite da calamità naturali o, come si vedrà più oltre, anche con gli investimenti in infrastrutture.

Sta di fatto che il rapporto di coesistenza critica tra dimensione statale e disciplina eurounitaria degli aiuti pubblici sembra profilarsi proprio in ragione delle loro diverse configurazioni concettuali e sostanziali: due differenti prospettive in perenne contrasto, nonostante si prospetti un diversa morfologia della nozione di mercato interno, di portata più estesa rispetto a quella di mercato comune, che superi il risalente ancoraggio concettuale alle quattro libertà "classiche", quasi a volervi inglobare il concetto di *coesione fra gli Stati* – non soltanto, quindi, puramente e semplicemente quello di *cooperazione*. Il tentativo è quello di collocare la richiamata nozione oltre il puro versante economico, che cioè provi ad includervi anche fattori extraeconomici²⁴, per affrontare le nuove sfide ambientali, per rafforzare il principio di precauzione, per aumentare la protezione sociale, per ridurre le disuguaglianze e così via.

Anche se occorre sottolineare come, al contrario, l'introduzione di nuovi parametri utilizzati per valutare la sussistenza o meno di un aiuto vietato, come, ad esempio, il principio della libera concorrenza – principio dalla configurazione indeterminata che ha una portata quasi esclusivamente teorica che consente alla Commissione di esercitare il suo potere discrezionale «maniera tanto imprevedibile quanto invasiva»²⁵ –, contraddice i buoni propositi di "aprire" concettualmente a scenari interpretativi più ampi la ricordata nozione di mercato interno.

3. Si può, a questo punto, passare all'esame di taluni aspetti critici della politica degli aiuti di Stato prendendo in considerazione, tra le tante possibili, talune tematiche

²⁴ M.T. MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, Bari, 2018, 39, 56 ss.

²⁵ M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, Roma, 2018, 371.

selezionate in ragione della loro attualità, in uno scenario in costante movimento, fatto di aggiornamenti normativi continui determinati, in generale, dalla necessità di adeguamenti tecnici e dal verificarsi di situazioni di carattere straordinario o contingenti.

4. Quello che sembrava essere l'ultimo *territorio* nel quale lo Stato avrebbe potuto operare senza incorrere nell'ipotesi di collisione con l'art. 107, §1, TFUE è quello delle infrastrutture, espressamente estromesse dal controllo della Commissione sin dagli anni Sessanta, esclusione affermata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Matra* del 1993²⁶ e ribadita dalla Commissione nella sua relazione sulla politica della concorrenza del 1995²⁷.

Tuttavia, tenuto conto del progresso tecnologico, della necessità di sviluppare politiche di crescita e dei processi di privatizzazione e di liberalizzazione dei mercati, anche le infrastrutture sono divenute oggetto di sfruttamento commerciale e, pertanto, suscettive di "nuova attenzione" da parte della Commissione²⁸.

Le infrastrutture rappresentano, da sempre, un modo attraverso il quale lo Stato fa valere la sua presenza nell'economia in quanto investitore, con obiettivi di pubblico interesse, quale stimolo per l'economia nel suo complesso. Il "settore" delle infrastrutture abbraccia ambiti diversificati come i porti, gli aeroporti, le infrastrutture di ricerca, quelle a banda larga, i servizi idrici, la cosiddetta programmazione infrastrutturale parallela al Piano delle infrastrutture strategiche, i servizi di pubblica utilità e così via²⁹.

Si tratta di un modo attraverso il quale, vista la natura dell'intervento, lo Stato decide di investire le risorse pubbliche per finalità di interesse generale. Sembra pacifico, a tale proposito, dover distinguere le diverse tipologie di infrastrutture in relazione alle attività esercitate.

Non c'è dubbio sul fatto che le infrastrutture che hanno a che vedere con la difesa dello Stato non siano da ricomprendere nella disciplina sul controllo degli aiuti di Stato. Tutte le volte in cui l'attività diventa economicamente rilevante, però, i margini di apprezzamento da parte della Commissione aumentano considerevolmente.

La "rilevanza comunitaria" è del tutto evidente se solo si considerano le possibili interconnessioni disciplinari con altre norme in materia di aiuti di Stato.

In questa sede, è sufficiente fare riferimento all'intreccio funzionale con le norme di cui all'art. 106, TFUE che sembra offrire "spiragli" all'azione degli Stati consentendo l'imposizione di oneri di servizio pubblico³⁰. La costruzione di un'infrastruttura per gestire servizi di interesse economico generale (verso i quali la componente del mercato non è «prevalente (...) rispetto alla componente sociale, di

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 15 giugno 1993, *Matra SA c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-225/91.

²⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Venticinquesima relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles, 1995, punto 175.

²⁸ Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, (2016/C 262/01), punto 201.

²⁹ G. MOBILIO, *op. cit.*, 163 ss.

³⁰ L. AMMANNATI, *Verso un trasporto sostenibile. Interoperabilità, intermodalità e digitalizzazione*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA (a cura di), *Politiche per un trasporto sostenibile. Governance multimodalità fiscalità*, Napoli, 2017, 19.

soddisfazione di bisogni collettivi»³¹) costituisce una complessa trama normativa in materia di aiuti di Stato perché ha a che vedere con una pluralità di norme l'una connessa all'altra.

Ad esempio, nel caso dei trasporti, da un lato, vi è la necessità di dare impulso alla ripresa economica tramite le infrastrutture, dall'altro, le norme sulla concorrenza impongono una serie di restrizioni che limitano tale possibilità.

È previsto un controllo, per dir così, a monte, attraverso la compatibilità delle infrastrutture, e a valle, sull'oggetto per il quale quelle stesse infrastrutture sono state costruite. Da una parte, l'ordinamento nazionale è prevalentemente orientato alla salvaguardia delle esigenze della collettività, dall'altra, il diritto sovranazionale tende a manifestare la preferenza per il mercato³².

Nuove esigenze, però, negli ultimi tempi, proprio nel settore dei trasporti, spingono verso una valutazione più accurata degli interessi in campo e, in particolare, verso la rivalutazione della volontà politica degli Stati membri i quali, soprattutto in materia ferroviaria, «hanno richiesto di consentire una separazione "alleggerita" della possibilità di mantenere la società che eroga il servizio all'interno della stessa *holding* che controlla anche il gestore dell'infrastruttura»³³.

In questo caso, dunque, sembra che le esigenze statali abbiano (ri)conquistato una certa considerazione rispetto a quelle *lato sensu* europee anche in ragione della connessione tra la *mission* di interesse pubblico e quella, invero collegata alla prima, di garanzia dell'occupazione, della sicurezza e dell'ambiente.

4.1. Benché esista, ai fini della valutazione dei finanziamenti delle infrastrutture e del loro affidamento a terzi, un indizio quale quello della sussistenza dell'*attività economica*, di fatto, per qualificare l'intervento pubblico come aiuto di Stato, il metodo utilizzato per il vaglio di compatibilità è, come spesso accade in questo campo, l'esame caso per caso.

A partire dalla sentenza *Aeroporto di Lipzia* del 2012³⁴, le infrastrutture sono oggetto di particolare attenzione da parte della Commissione. Si tratta di un giudizio che ha aperto uno scenario nuovo, facendo da apripista per l'applicazione, per dir così, in forma analogica, dei suoi principi ad altre infrastrutture, ampliando così la sua portata³⁵.

³¹ E. SCOTTI, *Il finanziamento dei servizi pubblici locali tra vincoli di bilancio, aiuti di Stato e diritti fondamentali*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali, Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2015, 175.

³² D. MARESCA, *La regolazione delle infrastrutture tra concorrenza e interessi pubblici nella recente prassi della Commissione europea*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA (a cura di), *op. cit.*, 115.

³³ D. MARESCA, *op. cit.*, 116.

³⁴ Sentenza della Corte di Giustizia UE 19 dicembre 2012, *Mitteldeutsche Flughafen AG, Flughafen Leipzig-Halle GmbH c. Commissione*, C-288/11 P, con commenti, fra gli altri, di A. LAPIÈCE, *The Leipzig Airport judgement: The application of UE state aid rules to the financing of airport infrastructure*, in *Journal of Airport Management*, vol. 6, n. 1, 2011, 51 ss.; L.V.D. WERFF, *State aid and analysis of EU financing to regional airports. The rise of regional airports: inconsistencies in EU State aid rules or in the EU's regional funding politics?*, in *LSEU*, vol. 3, 2016, 68 ss., reperibile online: www.law.lu.se/wbuk.nsf.

³⁵ O. HATELEY, F. NEUHAUS, C. HARTSUIKE, *What is all this talk about Airport infrastructure? The gradual encroachment of the State Aid rules in the Aviation Sector*, in *State aid and Public procurement in the European Union*, 2014, 23, reperibile online: www.maastrichtuniversity.nl.

L'evoluzione del sistema del trasporto aereo, con la particolare crescita degli aeroporti regionali, non ha modificato lo scenario di riferimento per quel che concerne la realizzazione delle infrastrutture "storiche", quelle cioè che da sempre costituiscono un elemento importante delle politiche pubbliche degli Stati.

Ad ogni modo, dalla pista di un aeroporto a fini commerciali, com'era il caso dell'aeroporto di Lipzia, si è passati ad un'elencazione di infrastrutture che dovrebbe, per dir così, mettere in allarme gli Stati anche perché la differenza tra attività economica ed attività non economica si presenta alquanto complicata soprattutto per quel che concerne le infrastrutture su larga scala³⁶.

L'indicazione della presenza di possibili aiuti di Stato per le infrastrutture è presente nella comunicazione sui fondi strutturali allertando, per così dire, sulla destinazione dell'infrastruttura per finalità di natura commerciale. È la consueta modalità con la quale la Commissione "avverte" gli Stati sul modo con il quale eserciterà il suo potere discrezionale. Successivamente, dopo avere, per dir così, fatto propri i principi sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (soprattutto con riferimento all'applicabilità ad altre infrastrutture, alla luce dell'ampia valenza del giudicato della Corte), la Commissione ha inteso attribuire la qualificazione di aiuto di Stato solo per quelle infrastrutture che realizzano una condizione di potenziale distorsione della concorrenza.

La sentenza *Aeroporto di Lipzia*, ad ogni modo, ha aperto un fronte di criticità anche su un piano più generale che investe il problema degli effetti derivanti dall'intreccio fra fonti del diritto. I giudici sottolineano come gli effetti della sentenza in parola si riverberano sugli aiuti alle infrastrutture concessi non a partire dalla data del giudicato in parola ma da un momento anteriore, cioè dal 2002, data della sentenza *Aeroporto di Parigi*³⁷.

A tale *statement* ha fatto seguito un'analoga "precisazione" (*sic*) da parte della Commissione contenuta al punto n. 209 della *Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato* del 2016. I giudici comunitari applicano, in questo caso, un criterio alquanto discutibile in punto di effetti delle sue sentenze, dato che "dettano" alla Commissione i criteri con i quali valutare la compatibilità anche per il passato, quando cioè non esistevano disposizioni specifiche in tema di aiuti alle infrastrutture, se non per quelle, aventi natura e finalità del tutto diverse (relative ai Fondi strutturali) che peraltro non consideravano aiuto di Stato un finanziamento per la realizzazioni infrastrutturali. Vero è che il citato punto della *Comunicazione* esclude dalle ipotesi di controllo quei finanziamenti realizzati sulla base delle norme applicabili per la politica di coesione, un ambito verso il quale sono già emanate disposizioni specifiche, che peraltro costituisce uno degli obiettivi fondamentali dell'azione dell'Unione per favorire lo sviluppo delle regioni economicamente meno avvantaggiate. La differenza con le infrastrutture di altro tipo è però evidente solo se si considera che, sempre la *Comunicazione*, rimanda a quegli interventi per i quali è stata già dichiarata l'ammissibilità per effetto del cofinanziamento dello Stato. Per i progetti di aiuto notificati e per quelli oggetto di denuncia da parte dei terzi, invece, la Commissione procederà alla verifica di compatibilità.

³⁶ O. HATELEY, F. NEUHAUS, C. HARTSUIKE, *op. cit.*, 30.

³⁷ Sentenza della Corte di Giustizia UE 19 dicembre 2012, *Mitteldeutsche Flughafen AG, Flughafen Leipzig-Halle GmbH c. Commissione*, cit., punti 64-67.

In questa vicenda, la trama normativa assume le vesti di una tela del ragno nella quale gli Stati vengono attratti senza che venga lasciata loro una via di fuga. Le sentenze della Corte di giustizia sono una particolare fonte del diritto dell'Unione europea che introduce elementi di *common law* in sistemi di *civil law* dovendosi applicare in tutti i Paesi, soprattutto quando si tratta di sentenze interpretative. Qui sembra che la sentenza, nell'estendere gli effetti della medesima ad un periodo di tempo pregresso – che non casualmente coincide con i dieci anni entro i quali la misura di sostegno economico può essere contestata – vada ben oltre il giudicato, coinvolgendo situazioni e interessi che potrebbero sollevare problematiche di non poco momento come la restituzione di quanto indebitamente percepito. Peraltro, la stessa Commissione fa proprio tale principio in una fonte atipica che si pretende non assuma valore vincolante: al contrario, essa, quanto meno in alcune delle sue parti, e certamente in questa, la *Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato* detta indicazioni precise, “confezionando” obblighi in capo agli Stati e rende noto il modo in cui applicherà le disposizioni essa contenute (si tratta delle cosiddette comunicazioni decisorie). Se pure si volesse porre in discussione il valore vincolante della Comunicazione (cosa che nel caso degli aiuti di Stato appare operazione di per sé alquanto problematica), non appaiono esserci dubbi, invece, sulla politicità della medesima, politicità che non potrà non produrre effetti di natura giuridico-amministrativa non soltanto, com'è evidente, per il futuro ma anche, non senza tratti di problematicità, per il passato, sebbene relativamente ad un arco tempo di tempo limitato.

5. Tra gli elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato quello della selettività della misura ha assunto una portata davvero significativa nella valutazione della compatibilità³⁸. I numerosi “casi” di selettività riscontrati nel corso del tempo hanno reso tale nozione alquanto fluida e, talvolta, anche variabile al punto da diventare il più pregnante elemento del controllo sugli aiuti di Stato. Basti pensare alle problematiche che può sollevare la selettività in materia di aiuti fiscali³⁹ come, ad esempio, quelle evidenziate nel caso *Gibilterra*⁴⁰ che ha permesso alla Corte di giustizia di differenziare la selettività materiale giuridica dalla selettività materiale di fatto⁴¹. Nel primo caso si fa riferimento ai criteri giuridici utilizzati ai fini della concessione della misura, nel secondo si concentra l'attenzione sugli effetti discriminatori prodotti dalla medesima benché in presenza di elementi formalmente qualificati di carattere generale.

Gli aiuti di natura fiscale vengono monitorati dalla Commissione perché possono “nascondere” una misura selettiva dietro il paravento del provvedimento di carattere

³⁸ A. BIONDI, *Per una teoria della gravità selettiva: evoluzioni della giurisprudenza della Corte europea di giustizia in materia di aiuti fiscali*, in *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, 126 ss.

³⁹ W. SCHÖN, *Taxation and State Aid in the European Law*, in *Common Market Law Review*, 1999, 911 ss.; R. GRAPPIOLO, *La valutazione delle misure fiscali di vantaggio: il ruolo della Commissione e degli organi giurisdizionali nazionali*, in A. DI PIETRO, A. MONDINI (a cura di), *Aiuti di Stato fiscali e giurisdizioni nazionali: problemi attuali. Atti e documenti del progetto di formazione e ricerca National Tax Judges and Fiscal State Aids*, Bari, 2015, 21 ss.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2011, *Commissione europea e Regno di Spagna c. Governo di Gibilterra e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P.

⁴¹ Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, cit., punti 121 e 122.

generale. L'opzione del criterio della individuazione *ex post* del beneficiario della misura fiscale può essere considerato come l'approdo concettuale meno auspicato dagli Stati.

Va notato che l'ampiezza della definizione della selettività rischia di compromettere ancora di più l'autonomia fiscale degli Stati. Si tratta di una tendenza confermata anche in casi recenti come, ad esempio, nella sentenza *World Duty Free Group SA*⁴² nella quale sembra scorgersi l'ulteriore ampliamento dell'ambito di applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato in materia fiscale focalizzandosi l'attenzione, fra l'altro, sul carattere discriminatorio della misura⁴³.

Commissione e Corte di giustizia sembrano concordare su un'idea di selettività che sembra andare oltre gli stessi confini della nozione di aiuto di Stato: e, infatti, la lotta al *dumping* e all'evasione fiscale trascendono la disciplina sugli aiuti di Stato al punto da potersi prefigurare ipotesi di contrasto con la normativa del TFUE concernente il ravvicinamento delle legislazioni⁴⁴.

Privilegiare la valutazione *ex post*, allora, assegna alle autorità dell'Unione un potere pressoché illimitato al punto da impedire l'adozione di misure promozionali per il tramite del fisco quali strumenti di incentivazione e di sviluppo economico.

La *Comunicazione* da ultima citata, dunque, "certifica" una tendenza all'allargamento della nozione di aiuto di Stato attraverso un utilizzo del criterio della selettività se non esclusivo, almeno prevalente, ai fini del controllo della compatibilità. È come se, dopo una certa "apertura" delle maglie del controllo attuata nel periodo di crisi, la Commissione cerchi di riportare le lancette dell'orologio del controllo al tempo pre-crisi.

Vi è, insomma, una sorta di attualizzazione allo scenario economico in via di ripristino che comporta, evidentemente, un "ritorno" ad una maggiore effettività in termini restrittivi.

5.1. Per il tramite degli aiuti fiscali gli Stati possono mettere in campo innumerevoli opzioni per aggirare la disciplina, anche se la Commissione, coadiuvata come sempre dalla Corte di giustizia, ha trovato il modo di rendere sempre più "complicati" gli esercizi di fantasia e di abilità da parte degli Stati che tendono ad opacizzare le misure per farle passare indenni dal vaglio (per la verità con poco successo).

Quello degli aiuti fiscali concessi ad una determinata impresa è un tema che ha impegnato molto le autorità comunitarie nel corso degli ultimi anni, consapevoli che per assicurare un'effettiva parità di condizioni fra imprese in campo fiscale è necessario rafforzare l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato⁴⁵.

Sta di fatto che, in effetti, riservare ad una singola impresa un trattamento favorevole al punto da rendere davvero irrisorio il pagamento delle imposte equivale ad un vantaggio paragonabile ad una dazione di danaro come avvenuto, ad esempio,

⁴² Sentenza della Corte di giustizia 21 dicembre 2016, *Commissione europea c. World Duty Free Group SA e a.*, causa C-20/15 P.

⁴³ G. PEROTTO, *La selettività negli aiuti fiscali: estensione della nozione e limiti alla discrezionalità fiscale nazionale*, in *EU Papers*, vol. 2, 2017, n. 3, 1017 ss.

⁴⁴ Su cui, *amplius*, v. T.M. MOSCHETTA, *op. cit.*, 15 ss., *passim*.

⁴⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione sulla politica di concorrenza 2016*, Bruxelles, 31.5.2017, COM(2017) 285 final, 3 ss.

nel caso *Apple*⁴⁶. L'impresa statunitense avrebbe versato nelle casse della Repubblica d'Irlanda un importo davvero esiguo sulla base di un calcolo sulla determinazione degli utili imponibili non corrispondente alla realtà economica di quel Paese: gli utili sulle vendite prodotti da due società del gruppo *Apple* (*Apple Sales International* e *Apple Operations Europe*) venivano imputati internamente ad una "sede centrale" fuori dall'Irlanda, esistente solo sulla carta non avendo né sede fisica né dipendenti; l'aliquota era determinata all'1 per cento nel 2003, poi ridotta allo 0,0005 per cento nel 2014. La decisione di incompatibilità dell'aiuto ha avuto quale diretta conseguenza l'ordine di recupero a carico dell'Irlanda per un ammontare di 13 miliardi di euro più interessi. Certo, non pare credibile che la misura sia stata frutto di distrazione da parte dell'Irlanda né che l'aliquota così bassa fosse uno strumento *solo* per attrarre imprese sul proprio territorio. Si è trattato di uno strumento discriminatorio e selettivo che «ha reso l'operazione profittevole solo per *Apple*»⁴⁷.

5.2. Il tema riguarda ed interessa non soltanto la disciplina di cui agli articoli 107 e seguenti del Trattato ma anche, su di un piano più generale, quella relativa alle competenze della Commissione che, per il tramite della sua azione di contrasto agli aiuti fiscali selettivi, ha ampliato di molto il suo raggio d'azione fino ad invadere campi riservati agli Stati e agli altri organi comunitari, in particolare quelli del Consiglio.

Anzi, verrebbe da dire che il comportamento della Commissione non sia da registrare quale frutto di un fatto accidentale ma si iscrive in un solco di scelte precise volte a travalicare i limiti competenziali previsti dai Trattati. In definitiva, la Commissione usa i suoi poteri in materia di aiuti di Stato per perseguire scopi di armonizzazione e di ravvicinamento della legislazione fiscale che, in realtà, spettano al Consiglio il quale, peraltro, in *subiecta materia* delibera all'unanimità proprio al fine di tutelare gli interessi degli Stati, così interferendo con l'esercizio della sovranità fiscale⁴⁸.

Ad esempio, l'adozione del principio del *creditore privato* – di cui è principale tributaria la Corte di giustizia⁴⁹ e che, in qualche modo, riecheggia un altro principio ormai acquisito nel settore del controllo degli aiuti di Stato quale quello dell'investitore privato in un'economia di mercato – viene utilizzato per effettuare controlli sui comportamenti delle pubbliche Amministrazioni quando accordano dilazioni dei pagamenti e determinano il tasso di interesse

Si è dinanzi a comportamenti delle Amministrazioni che possono tradursi in un aiuto di Stato vietato quando la scelta della dilazione di pagamento non sia una misura di carattere generale ma sia stata adottata sulla base di una valutazione discrezionale tale da integrare una discriminazione fiscale. Lo Stato, cioè, quale creditore avveduto,

⁴⁶ Decisione della Commissione del 30 agosto 2016, n. C(2016) 5605 final, *On State Aids SA 38373 (2014)C (ex 2014/CP) implemented by Ireland to Apple*.

⁴⁷ M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, cit., 375.

⁴⁸ M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, cit., 15-17.

⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia 29 giugno 1999, *DM Transport*, causa C-256/97; sentenza della Corte di giustizia 24 gennaio 2013, *Frucona Košice (Fruconal)*, causa C-73/11 P; sentenza della Corte di giustizia 21 marzo 2013, *Buczek*, causa C-405/11 P; sentenza della Corte di giustizia 20 marzo 2014, *Rousse Industry AD*, causa C-271/13 P; sentenza della Corte di giustizia 20 settembre 2017, *Frucona II*, causa C-300/16 P.

deve sempre esigere i suoi crediti a meno che reputi la situazione del debitore come definitivamente compromessa e praticare un tasso di interesse proporzionato alla solvibilità del debitore. Se, infatti, il debitore è o tornerà ad essere solvente lo Stato non potrà applicare dilazioni o tassi di interesse sproporzionati, cioè non di mercato, distonici rispetto a quelli praticati per i debiti nei confronti del debitore privato⁵⁰.

Va notato, infine, come la lotta all'elusione fiscale rappresenti l'ulteriore frontiera percorsa dalla Commissione attraverso la leva del controllo sugli aiuti di Stato.

Si tratta di una politica avviata sin dal Consiglio Ecofin del 1997, chiamato a verificare, fra l'altro l'efficacia applicativa del codice di condotta in materia di tassazione diretta delle imprese⁵¹. Tale codice ha agito da *monitor* equivalente al controllo degli aiuti di Stato, riconducendo nell'alveo della giuridicità una situazione non giuridica quale espressa dalle raccomandazioni o, per l'appunto, dai codici di condotta.

Le cosiddette *advance transfer pricing agreement*, ad esempio, operazioni che consentono il trasferimento degli utili aziendali delle multinazionali e che sono previste dalla normativa di numerosi Stati, vengono adottate quando risulta complesso e difficoltoso applicare alle filiali di imprese straniere le normali metodologie per stabilire la correttezza dei prezzi applicati nelle transazioni fiscali tra imprese dello stesso gruppo e, quindi, per determinare la base imponibile. Per tale ragione, le imprese e amministrazioni fiscali si accordano preventivamente su tali prezzi di trasferimento, almeno fornendo una base di certezza alle imprese in ordine all'ammontare dei tributi da pagare. Naturalmente, si tratta di strumenti perfettamente legittimi ed anzi servono a proprio a smascherare quelle operazioni volte ad assegnare vantaggio tributari non consentiti. Il punto è che, quando gli Stati utilizzano questi accordi per favorire una determinata impresa possono incorrere nella violazione dell'art. 107, TFUE se utilizzano criteri discrezionali volti ad appiattare la base imponibile per una delle imprese impegnate nella transazione oppure se applicano il regime di favore secondo una metodologia irrazionale. Tali "interventi" statali, almeno in passato, erano volti, perlopiù, a salvaguardare i posti di lavoro al proprio interno o a mantenere professionalità che diversamente sarebbero state perse o per mantenere la presenza sul territorio di determinate imprese in quanto locomotive per trainare altri settori industriali. Insomma, si trattava di una politica tipicamente statale per il tramite della fiscalità di vantaggio che da sempre è stato uno strumento di incentivazione delle attività economiche. Ora, però, si ritiene che i vantaggi fiscali non siano nemmeno più così convenienti per le imprese ma servano quasi esclusivamente agli Stati per aumentare il gettito. E, infatti, le autorità fiscali agiscono da "predatori" di imposte in danno degli altri Stati attraendo contribuenti⁵².

6. In generale, la competenza esclusiva della Commissione in materia di aiuti di Stato è stabilita in termini alquanto chiari e ne viene specificata la funzione in relazione ai fini predisposti dall'ente sovranazionale.

⁵⁰ M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, cit., 291 ss.

⁵¹ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese (98/C 384/03).

⁵² M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, cit., 317.

Benché si ricerchino forme di collaborazione fra organi sovranazionali e autorità interne, sembrerebbe trattarsi, per la verità, della istituzionalizzazione di sorta di *collaborazione servente* posto che la competenza esclusiva della Commissione pone lo Stato quale mero esecutore delle decisioni assunte da quest'ultima.

Sembra peraltro privo di utilità pratica per gli Stati la *camera di compensazione* del *Comitato consultivo sugli aiuti di Stato* che, da quando è stato istituito con fondate aspettative, non ha inciso in maniera rilevante nella materia *de qua*.

Inoltre, tra le situazioni foriere di difficoltà si riscontrano le ben note problematiche concernenti l'utilizzo di talune fonti del diritto dell'Unione europea che non agevolano i rapporti fra la Commissione e gli Stati e che si ripercuotono sul processo di integrazione.

6.1. La *varietà* delle fonti del diritto dell'Unione europea ha reso sempre più complesso il rapporto con gli ordinamenti nazionali, anche per la già evocata *duttilità* delle medesime.

Solo a titolo di esempio, è sufficiente fare riferimento agli atti atipici quali comunicazioni, *framework*, codici di condotta, linee guida, libri bianchi, e così via, per evidenziare la *fluidità* delle fonti del diritto dell'economia in grado di originare alterazioni dell'assetto normativo degli Stati fondati sull'*hard law* considerando gli effetti pratici prodotti dal c.d. *diritto debole*⁵³.

Si tratta di una spia di un fenomeno più ampio quale esito della «disgregazione del paradigma delle fonti della modernità»⁵⁴ secondo un'impostazione sostanzialista⁵⁵ volta a privilegiare l'efficienza quanto all'uso di una determinata fonte in funzione del raggiungimento di uno scopo preordinato.

Le fonti atipiche costituiscono un'alta cifra normativa in materia di aiuti di Stato: le norme di *soft law* sembrano essere apparentemente «innocue» o «irrilevanti»⁵⁶, cioè non vincolanti, o almeno così si ritiene che siano; al contrario, nel momento nel quale queste stabiliscono il modo con il quale la Commissione eserciterà il suo potere discrezionale, come nel caso delle cosiddette comunicazioni decisorie che impongono agli Stati l'adozione di determinati comportamenti⁵⁷, esse assumono una valenza del tutto diversa collocabile fra la politicità degli obiettivi da perseguire e la percezione dell'obbligatorietà dei suoi elementi, tanto da renderle appunto vincolanti. Oltre tutto, la Corte di giustizia, sin dalla sentenza *Grimaldi*, ha ritenuto che anche i giudici nazionali devono tenere conto degli atti comunitari non vincolanti ai fini della corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea⁵⁸.

A volte, peraltro, la fonte atipica viene inglobata in fonti tipiche⁵⁹, quasi a voler «legittimare» la stessa previsione contenuta in un atto di *soft law*. Non si tratta, come

⁵³ L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 112.

⁵⁴ G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, 2016, 57.

⁵⁵ M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1990, 159.

⁵⁶ M. ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995, 107.

⁵⁷ G. LUCHENA, *Le incentivazioni economiche alle imprese tra politiche statali e decisioni comunitarie*, Bari, 2012, 80 ss.

⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia 13 dicembre 1989, *Salvatore Grimaldi e Fonds des maladies professionnelles*, causa C-322/88, punto 18.

⁵⁹ Art. 1, lett. *mmm*), D. Lgs. 16 novembre 2015, 180, *Attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE*

correttamente evidenziato⁶⁰, di un processo di legificazione ma almeno di trasposizione degli orientamenti consolidati della Commissione, la cui esclusione dall'area del diritto appare alquanto problematica⁶¹. Il *soft law*, in questo caso, non necessiterebbe nemmeno di un riconoscimento formale da parte degli Stati stante il contenuto sostanziale che esso esprime (in termini di *binding effects*): nello specifico, dunque, le comunicazioni hanno finito per svolgere un vero e proprio ruolo di regolatore materiale degli aiuti di Stato come, ad esempio, quelli concessi in favore delle banche nel corso della crisi⁶² o in materia di aiuti fiscali. Si tratta di «variabili»⁶³ del diritto dell'economia che, spesso, rendono composita e multiforme l'articolazione complessiva delle regole, talvolta a detrimento della certezza del diritto.

Anche una semplice *draft notice* può diventare un atto sostanzialmente vincolante. È accaduto nei casi *Starbucks*⁶⁴, *Apple*⁶⁵ e *FIAT*⁶⁶ riguardanti l'interpello fiscale nei quali l'organo comunitario ha fondato le sue decisioni in base a quanto contenuto nella *Draft notice on the Notion of State Aid*⁶⁷, cioè un atto chiaramente non vincolante e poco più che una bozza di comunicazione⁶⁸.

Inoltre, le linee guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali⁶⁹, che indicano le modalità attraverso le quali le amministrazioni fiscali possono rettificare in aumento la base imponibile delle filiali nazionali o delle società appartenenti alle multinazionali⁷⁰, sono diventate uno strumento utilizzato dalla Commissione per applicare il principio di libera concorrenza alle situazioni connesse con la concessione di aiuti Stato. Tali linee guida certamente non sono vincolanti⁷¹, né sono norme di armonizzazione né, ancora, possono essere considerate quali *standard* internazionali e, tuttavia, la Commissione considera tale strumento quale «utile guida» per la valutazione della sussistenza o meno della violazione del principio di libera concorrenza. In sede di interpello fiscale, quando la Commissione accetta prezzi di trasferimenti troppo bassi opera sostanzialmente

del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE), n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁶⁰ F. GUARRACCINO, *op. cit.*, 402.

⁶¹ M. BARBERIS, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna, 2008, 274 ss.

⁶² G. LO SCHIAVIO, *State Aids and Credit Institution in Europe: What Way Forward?*, in *Economic Business Law Review*, 2014, vol. 25, n. 3, 447 ss.

⁶³ S. AMOROSINO, *Trasformazioni dei mercati, nuovi modelli regolatori e e mission del diritto dell'economia*, in *Riv. Triv. Dir. Econ.*, n. 2, 2016, 177.

⁶⁴ Decisione della Commissione del 21 ottobre 2015, n. 2017/502, *relativa all'aiuto di Stato SA 38374 (2014/C ex 2014/NN) al quale i Paesi Bassi hanno dato esecuzione a favore di Starbucks*.

⁶⁵ Decisione della Commissione del 30 agosto 2016, n. C(2016) 5605 final, *cit.*

⁶⁶ Decisione della Commissione del 21 ottobre del 2015, n. 2016/2326/UE, *relativa all'aiuto di Stato SA38375 (2014/C ex 2014/NN) cui il Lussemburgo ha dato esecuzione a favore di Fiat*.

⁶⁷ Communication from the Commission, *Draft Commission notice on the Notion of State Aid Pursuant to Article 107(1) TFEU*, 2014, reperibile online: http://ec.europa.eu/competition/consultation/2014_state_aid_notion/draft_guidance_en.pdf.

⁶⁸ M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, *cit.*, 352.

⁶⁹ "Linee guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali", luglio 2017, 2018, OECD.

⁷⁰ M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, *cit.*, 341.

⁷¹ M. BARBERIS, *op. cit.*, 277.

tenendo conto delle linee guida OCSE comportandosi come se stesse applicando norme obbligatorie⁷².

Il ricorso al *soft law* in materia di aiuti di Stato, insomma, indice del consistente potere discrezionale della Commissione⁷³, risale ad un periodo ben anteriore alla crisi economica, a dimostrazione del fatto che in un'area "riservata" come quella degli aiuti Stato la rinuncia o anche solo l'affievolimento del controllo (possibile, magari, solo in via temporanea e in situazioni di carattere straordinario) appare davvero poco probabile anche in futuro.

Non solo ma l'uso sempre più disinvolto di tali strumenti, magari per far fronte a situazioni inattese ed urgenti di particolare gravità o anche quale forma ordinaria di produzione del diritto, non sempre è garanzia del rispetto del principio della certezza del diritto ed anzi è divenuto sempre più uno strumento di azione politica.

6.2. Nel corso dei suoi ormai lunghi anni di vita, l'ente sovranazionale ha conosciuto momenti di esaltazione e di crisi, stretto fra i dubbi degli euroscettici e le accelerazioni degli euroeuforici.

La caratterizzazione originaria dell'Unione europea non è stata mai smentita nei suoi principi di fondo e, anzi, il modello economico prescelto dai Trattati, ed espressamente canonizzato in quello di Lisbona⁷⁴, è segno di un chiaro orientamento che può essere considerato come il principale riferimento ideologico della disciplina sugli aiuti di Stato.

Se si volesse, dunque, individuare una costante del processo di integrazione, questa può essere indicata nella *trasformazione o scomposizione della sovranità*. Al fattore "integrazione europea" quale causa della frammentazione della sovranità, vanno aggiunti altri elementi, diversi ma concorrenti con il primo, come il fenomeno del multilateralismo economico⁷⁵ e della globalizzazione finanziaria.

In definitiva, lo Stato sembra abbia rinunciato sia al ruolo di guida nell'economia sia di garante della socialità.

Il nesso tra i luoghi di esercizio del potere e la sovranità economica, così, è stato reciso, come una sorta di canale di comunicazione interrotto, come appare anche in crisi il rapporto tra lo Stato e la c.d. costituzione (economica). Tale binomio un tempo saldamente coeso – in verità un *unicum* da considerarsi ontologicamente inscindibile – ora appare in corso di disgregazione, rendendo ancora più problematico il tentativo di (ri)trovare punti di congiunzione e di fattori di unità, non ostante il richiamo alle

⁷² Cfr. M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, cit., 344.

⁷³ A. CANEPA, *Dai salvataggi ai crediti deteriorati: la complessa applicazione delle regole sugli aiuti di Stato fra flessibilità e rigidità*, cit., 264.

⁷⁴ Com'è noto, l'art. 3, §3, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea stabilisce che l'Unione europea «[s]i adopera per lo sviluppo sostenibile [...], basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente» promovendo, altresì, «il progresso scientifico e tecnologico», contrastando «l'esclusione sociale e le discriminazioni» e sostenendo «la coesione economica, sociale e territoriale».

⁷⁵ L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007, 85 ss., *passim*.

cosiddette tradizioni costituzionali comuni dovrebbe rappresentare la sintesi dei diversi modelli e sistemi costituzionali di riferimento.

6.3. Anche i *territori*, le antiche fortezze da difendere da parte degli Stati, sono divenuti spazi funzionali dell'economia della globalizzazione.

Insomma, lo Stato-mercato (*market-State*) teorizzato da Philip Bobbit⁷⁶ avrebbe già preso il posto non solo dello Stato-nazione ma anche delle sovranità, ormai "contese" da una pluralità di enti ed organismi che, «pur in assenza di ogni legittimità, esercitano funzioni sovrane tradizionalmente appartenenti agli Stati»⁷⁷.

L'adesione al progetto Unione europea è maturata in una situazione di crescita dell'economia; oggi, invece, in un periodo di crisi (non solo economica), se ne mette in discussione persino la legittimità. E' pur vero come sostiene Sabino Cassese che l'Europa, per sua natura «un'istituzione a formazione progressiva»⁷⁸, è vissuta e cresciuta *fra le crisi e nelle crisi* traendone, di volta in volta, nuova linfa, così favorendo aggiustamenti, perfezionamenti e rifondazioni a scapito, però, dell'esercizio della sovranità in termini soprattutto di assunzione di responsabilità dello Stato in funzione «di garanzia dell'ordine politico e sociale». Si è fatta strada così una teorica della "cessione" della sovranità che ha permeato di sé il dibattito giuridico. Il concetto di sovranità, invece, rappresenta proprio «un modo di essere unitario che non consente frammentazioni o cessioni parziali» e, anzi, proprio nel momento nel quale lo Stato decide di farlo, «è in quel momento che la esercita tutta»⁷⁹.

I rapporti intercorrenti tra Unione europea e Stati membri si sviluppano sulla base di deleghe di competenze, sempre eventualmente revocabili e negoziabili, senza la necessità di «evocare un'idea di sovranità *in itinere*, che si trasferisce dagli Stati membri all'Unione stessa». Anche perché giova ricordare, infine, che la sovranità non è patrimonio del pensiero giuridico ma di quello politico e che, quindi, la stessa "appartenenza" all'Unione europea «si fonda sulla volontà politica degli Stati e cioè sul consenso di questi ultimi»⁸⁰. L'esercizio della sovranità economica, dunque, anche in materia di aiuti di Stato, si dilata o si ritrae a seconda degli interessi degli Stati che si manifestano nell'agire collettivo sovranazionale. È un modo per mettere costantemente in gioco la disponibilità a "contrattare" l'esercizio della sovranità dinanzi alle sfide economiche, tecnologiche e finanziarie di volta in volta determinati dalla variabile indipendente della globalizzazione.

⁷⁶ P. BOBBIT, *The Shield of Achilles. War, Peace and the Course of History*, New York, 2002.

⁷⁷ A.L. VALVO, *Il ruolo dell'Unione europea nel quadro della nuova politica mondiale cosmopolita*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, 151.

⁷⁸ S. CASSESE, *L'Unione europea: un ordine giuridico oltre lo Stato*, in ID., *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, 2016, 109.

⁷⁹ A.L. VALVO, *op. cit.*, 153.

⁸⁰ A.L. VALVO, *op. cit.*, 154.