

La ricostruzione del protagonismo statale nei piani di ripresa economica. I corollari dello Stato impolitico

di Francesco Tomasicchio

Abstract: *The reconstruction of state protagonism in economic recovery plans. The corollaries of the impolitic state* – The purpose of this short essay is to discuss the recognised role of public authorities in the framework of the economic recovery plans launched by the European Union and implemented by individual states. Moreover, the essay points out how private law has, over the last thirty years, replaced the role of public law in the discipline of several relevant domains. Finally, an attempt is made to highlight how the presence of the state and its public law is indispensable, particularly in times of severe economic crisis.

Keywords: State; Comparative Law; Authorities and Administration; Neoliberalism; European Union.

2225

1. Introduzione al quadro politico e giuridico della ripresa

I recenti eventi che hanno riguardato l'Unione europea e i suoi paesi membri, in particolare la pandemia da Covid-19 e la recente crisi energetica, consentono di effettuare una breve analisi sulla natura e sul ruolo dello Stato anche alla luce dei piani che il legislatore sovranazionale ha inteso approvare per la ripresa economica, a cominciare dal *Next Generation EU*. Sarebbe, tuttavia, maggiormente opportuno parlare, piuttosto di una programmazione economica verticale concepita in seno alle istituzioni di Bruxelles, delineata poi, per la gran parte, all'interno della Commissione europea e discussa tra i capi dei governi nazionali.

In questa cornice, lo Stato si attiene ad assistere gli organi di decisione sovranazionali e, successivamente, a dare esecuzione agli indirizzi politici ed economici prestabiliti. Sicché, è agevole intuire come l'apparato statale abbia sostanzialmente abdicato alle tradizionali funzioni di determinazione delle proprie politiche economiche e abbia, di conseguenza, optato per una remissione di queste principalmente nella esclusiva sfera decisionale delle istituzioni euro-unitarie, che tendono a delimitare il ruolo dei pubblici poteri per favorire, invece, le dinamiche degli operatori privati¹.

¹ In questa direzione, L. Melica, *L'Unione incompiuta*, Napoli, 2015, 151 ss., rileva come si sia, ormai, dianzi a un vero e proprio paradosso nel momento in cui l'Unione è giunta a «rapportarsi alle autorità statali sempre più come un potere di livello superiore».

Da tale impostazione deriva dunque la natura «impolitica» dello Stato affermatasi in seguito all'avvento del modello di *governance* neoliberale che contraddistingue, fin dal principio, l'Unione europea².

Come risaputo, il suddetto modello ha comportato una netta revisione dell'ambito di operatività del pubblico potere, in particolare in materia di interventismo economico e di autodeterminazione delle decisioni politiche all'interno dei classici luoghi custodi della sovranità statale, il Parlamento su tutti.

Infatti, la diretta ingerenza dello Stato, se intesa come ulteriore rispetto alla mera attività regolatoria a garanzia del libero giocato del mercato, è idonea a porre a repentaglio il meccanismo concorrenziale qualora preveda, ad esempio, posizioni privilegiate per i pubblici poteri nel campo economico. Ciò costituirebbe un ostacolo all'affermazione della *governance* unionale che deve, invece, rimanere salda nonostante le esigenze economiche e sociali avvertite in seguito alla pandemia³. Da qui il sacrificio che è stato

² Come evidenziato da A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma-Bari, 2021, 12, tra i primi ad aver impiegato la locuzione «neoliberalismo», A. Rüstow, (1938), in *Le Colloque Walter Lippmann*, Lormont, 2012, 465 ss.; Id., *Das Vergasen des Wirtschaftsliberalismus* (1945), Marburgo, 2001. Peralto, l'ideologia che ha ispirato e conformato l'intero impianto politico ed economico dell'Unione europea è conosciuta come ordoliberalismo o anche economia sociale di mercato. Sul punto, D. Gerber, *Constitutionalizing the Economy. German Neo-Liberalism, Comparative Law and the «New» Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, XLII, Oxford, 1994, 25-84; H. Tietmeyer, *The social market economy and monetary stability*, Londra, 1999, 6 ss.; M. Libertini, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, I, Napoli, 2010, 65, secondo cui è inequivocabile che il legislatore sovranazionale abbia inteso 'costituzionalizzare' le tesi ordoliberali proprie della dottrina sociale di mercato, alla cui base vi è la teoria secondo la quale «l'economia di mercato, caratterizzata dalla concorrenza fra imprese selezionate dalla libera scelta dei consumatori, costituisce il sistema migliore che l'umanità abbia mai sperimentato [...]»; G. Corso, *Il mercato: profili costituzionali*, in *Il mercato dell'energia elettrica a venti anni dalla liberalizzazione*, (a cura di) F. Vetrò, Venezia, 2021, 34 ss., ricorda come dal diritto europeo scaturisca «un notevole ridimensionamento dell'attività economica pubblica, anche per effetto delle regole europee che squalificano molti dei privilegi di cui l'impresa pubblica ha goduto in Italia sino agli anni novanta del secolo scorso [...] Al principio di concorrenza devono essere ispirate le politiche economiche generali dell'Unione (art. 119 TFUE) e la politica monetaria gestita dal sistema europeo delle banche centrali (SEBC: art. 127). L'economia sociale di mercato è richiamata nel Trattato sull'Unione europea (art. 3, co. 3)». Il sintagma «economia sociale di mercato», come ricordato da A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa*, cit., 108, è stato coniato da A. Müller-Armack, *Soziale Marktwirtschaft*, in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, IX, Stoccarda, 1956, 392. Per una prospettiva storica e critica, A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa*, cit., 13, spec. 105, ricorda come, in realtà, le tesi dell'ESM affondino le proprie radici «nella Germania nazista, quando un gruppo di economisti e giuristi costituirono la Scuola di Friburgo, nel cui ambito si delinearono i fondamenti dell'ordoliberalismo [...]».

³ Ivi, 141, evidenzia come l'Unione europea abbia preferito «affrontare la crisi del debito sovrano riproponendo e, anzi, inasprando la combinazione di ricette che l'hanno provocata: quelle volte a esaltare il mercato come principale strumento per la redistribuzione delle risorse, e a mortificare lo Stato in quanto ostacolo al corretto funzionamento del meccanismo sovranazionale».

richiesto al pubblico potere, confinato all'elaborazione di leggi funzionali alla trasformazione «del principio di concorrenza in uno strumento di direzione politica dei comportamenti individuali»⁴, realizzando, di riflesso, la piena identificazione delle sue leggi con quelle del mercato.

In prima battuta è doveroso precisare che lo Stato, nella più ampia dimensione sovranazionale e mercato-centrica ha mutato le proprie funzioni per rispondere alle esigenze neoliberali, le quali reclamano ingenti spazi di operatività per i privati all'interno del mercato. Il che ha provocato anzitutto il passaggio dallo Stato erogatore di servizi (c.d. imprenditore) allo Stato regolatore⁵: il potere pubblico si astiene dall'intervento diretto nel campo economico per porsi quale arbitro del gioco concorrenziale, predisponendo le regole indispensabili per l'accesso, la partecipazione e i comportamenti che gli operatori privati devono osservare nel mercato concorrenziale⁶. In tal modo, quest'ultimi sono divenuti i protagonisti principali dell'ambito economico finendo per occupare interamente lo spazio di partecipazione attiva che un tempo era 'anche' (o, in alcuni casi, esclusivamente) di pertinenza del pubblico potere.

L'aspetto che si intende porre in luce è che il sensibile riposizionamento dell'apparato statale nella sfera economica ha riguardato anche settori e servizi pubblici di carattere primario ed essenziale, i quali erano sottratti per intero al meccanismo della concorrenza. È il caso dell'energia, dei trasporti o delle telecomunicazioni. Così, il vuoto lasciato in settori strategici è stato colmato dall'irrompente e dilagante forza economica privata che ha relegato a *extrema ratio* l'ingerenza pubblica, nonché a quelle ipotesi in cui il mercato non nutre alcun interesse ad aggiudicarsi una determinata domanda o, ancora, allorché

⁴ Ivi, 81.

⁵ Sugli aspetti principali caratterizzanti il modello regolatorio, S. Cassese, *La «vecchia» costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in *La nuova costituzione economica*, (a cura di) Id., VI ed., Roma-Bari, 2021, 32 ss. In dottrina si è anche teorizzata la scissione tra l'intervento dello Stato nell'economia e la regolazione poiché quest'ultima rappresenterebbe il definitivo superamento delle antecedenti forme di azione del primo. Sul punto, F. Merusi, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, (a cura di) G. Gitti, Bologna, 2006, 45, sostiene che non si tratti, da una prospettiva civilistica, «di garantire l'autonomia privata contro l'ablazione amministrativa, come accadeva e accade tuttora nei settori nei quali ancora si manifesta, conseguente all'intervento dello Stato nell'economia, bensì di garantire la stessa autonomia privata».

⁶ Il contesto è stato, da ultimo, descritto da uno dei principali protagonisti dello scenario tecnico e politico della fine del XX secolo, si fa riferimento a G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022, 29 ss., secondo cui le politiche «alle quali di conseguenza ci si dedicò furono nell'insieme rivolte alla riduzione dell'intervento pubblico attraverso le privatizzazioni, il vero e proprio smantellamento degli enti che erano divenuti lazzaretti di imprese già agonizzanti in mani private, la tendenziale limitazione delle politiche industriali ai soli incentivi fiscali come i crediti di imposta, non bisognosi di istruttoria discrezionale, l'abbandono o la forte limatura delle regolazioni di settore con il ruolo dello Stato che trovava il suo epicentro nella politica della concorrenza secondo i dettami dell'ordoliberalismo, peraltro vigenti da tempo nella normativa della Comunità Europea (ma l'Italia sopraggiunse proprio negli anni Novanta)».

esso stesso sia destinato a fallire⁷. A riguardo, di recente, si è parlato di un potere «ripristinatorio» che lo Stato può esercitare in presenza di situazioni economiche avverse, ad esempio in caso di crisi industriali, ma sempre compatibilmente con i divieti di aiuti fissati dai trattati europei e senza possibilità di deroga, salvo peculiari eccezioni⁸. È agevole, nella realtà dei fatti,

⁷ In particolare, è d'uopo fare riferimento a quei fenomeni di «salvataggio» tipico di tutti i sistemi economici di matrice neoliberale quando colpiti dalle diverse crisi che originano e si consumano all'interno del mercato borsistico. In tutti questi casi, lo Stato interviene direttamente nell'arena economica per socializzare le perdite private ed evitare, così, un imminente fallimento degli operatori economici coinvolti. Non si tratta, pertanto, di un intervento nazionalizzante, volto a scongiurare *in primis*, ad esempio, l'aumento esorbitante dei prezzi delle materie prime o ad assicurare una equa e maggiore redistribuzione delle risorse. Infatti, si suole parlare di operazioni di salvataggio proprio perché se non vi fosse l'intervento pubblico in soccorso delle perdite private vi sarebbe l'inevitabile uscita di scena, dal mercato, di quegli operatori che versino in condizioni economiche disastrose e dalle quali risulterebbe impossibile risollevarsi. In quest'ottica, l'intervento dello Stato è da considerarsi una vera e propria *condicio sine qua non*. A titolo d'esempio, si pensi al recente intervento operato dal Governo tedesco per salvare dal tracollo economico la società operante nel settore energetico del gas *Uniper*. Intervento che prevede un controllo – ad opera del Governo – del quasi 99% della società, volto a assicurare, come è stato dichiarato, i mercati e le note e influenti agenzie di *rating*. In proposito, brevemente, *La Germania nazionalizzerà il colosso del gas Uniper: allo Stato una quota del 98,5%*, in *lastampa.it* del 21 settembre 2022. Sul tema concernente l'intervento dei pubblici poteri nel paradigma neoliberale, anche in relazione ai modelli di capitalismo vigenti, M. Albert, *Capitalismo contro capitalismo dieci anni dopo*, Bologna, 2001, 390 ss.; C.A. McNally, *How Emerging Forms of Capitalism Are Changing the Global Economic Order*, in *AsiaPacific Issues*, CVII, 2013, 3 ss.; A. Musacchio, S.G. Lazzarini, R.V. Aguilera, *New Varieties of State Capitalism: Strategic and Governance Implications*, in *Academy of Management Perspectives*, XXIX, 2015, 120 ss., richiamati da A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, II ed., Torino, 2019, 108, il quale tiene a precisare come l'ortodossia neoliberale non «disdegna affatto l'intervento dei pubblici poteri, che anzi sono indispensabili a rendere storicamente possibile il funzionamento del capitalismo, con i livelli di ingerenza di volta in volta funzionali a perseguire un simile obiettivo». Anche G. Amato, *Bentornato Stato*, cit., 42, ritiene che «la concorrenza molto raramente è un frutto naturale. È piuttosto un frutto da coltivare, da perseguire, da difendere ed è per questo che il mercato ha bisogno dello Stato».

⁸ V. Bontempi, *L'intervento pubblico «ripristinatorio» a fronte di crisi aziendali*, in *Il diritto dell'economia*, III, Modena, 2022, 11 ss., spec. 39, sostiene che negli ultimi anni «i vincoli imposti dalla disciplina sovranazionale pro-concorrenziale e, in particolare, il divieto di aiuti di Stato hanno solo ridotto – e certamente non annullato – lo spazio di manovra del potere pubblico «ripristinatorio» [...] Lo Stato può ancora intervenire in soccorso delle imprese in crisi, ma lo deve fare entro i paletti posti dall'Unione europea [...] è interessante constatare, tra l'altro, come questi paletti non siano sempre rigidi, ma possano subire significativi spostamenti durante le fasi avverse del ciclo economico (si pensi, da ultimo, al c.d. *Temporary Framework* necessario per rispondere alla crisi da Covid-19)». Tuttavia, è proprio quest'ultima affermazione che consente di porre in rilievo i grandi limiti – o come l'autore stesso li ha definiti «paletti» – del ridotto, in realtà, margine di intervento riconosciuto allo Stato ordinamento. Suddetto intervento si muove solo ed esclusivamente all'interno del regime concorrenziale, senza possibilità di derogarvi, costituendo non altro che un ulteriore corollario della natura impolitica odierna caratterizzante i pubblici poteri. Questi ultimi intervengono, in via sussidiaria, per sopperire alle perdite private con un intento socializzante. Tra le eccezioni degne di nota, occorre invece richiamare la 'provvisoria' sospensione del divieto di aiuti di

costatare come sovente le istituzioni di Bruxelles e la Corte di giustizia non manchino di adoperare due pesi e due misure a seconda dei paesi membri che incorrano in violazione dei Trattati⁹.

Risulterebbe, altresì, improprio parlare dello Stato come il solo arbitro del mercato concorrenziale. Infatti, lo Stato è affiancato, in questo compito, da delle apposite autorità amministrative¹⁰, al contempo indipendenti dal potere di indirizzo governativo e da quello economico, in modo tale da svincolare il più possibile il mercato dal circuito politico¹¹. Al suddetto

Stato disposta dalla Commissione europea per consentire ai governi nazionali di aiutare le imprese a causa della pandemia da Covid-19, a cominciare da COM 2020/C91 I/01 “*Temporary framework for States aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*”; prorogata il 18 novembre 2021 mediante la Comunicazione n. 2021/8442 e ulteriori.

⁹ Non a torto, si è parlato di «signoria» esercitata sul processo di costruzione e integrazione europea da parte, ad esempio, della Germania, A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018, 106. Signoria che si è più volte manifestata anche per mezzo delle pronunce adottate dal supremo organo giurisdizionale di legittimità, il *Bundesverfassungsgericht*. In proposito, sovente si è accusato il giudice delle leggi tedesco di aver adottato, nei confronti delle istituzioni sovranazionali, delle decisioni *ultra vires*. Da ultimo, il noto caso che ha riguardato il famigerato *PSPP*, conosciuto anche come *Quantitative easing*, in cui i giudici di Karlsruhe hanno censurato una misura discrezionale della Banca centrale europea. In merito, O. Chessa, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, in *DPCE online*, III, 2020, 2741 ss.; L.F. Pace, *Il BVerfG e la sentenza sul programma PSPP: “c’è della logica in questa follia”? Il prevedibile “rientro” della “crisi istituzionale” annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio 2020*, in *federalismi.it*, XVI, 2020, 298 ss.; A. Somma, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell’ortodossia neoliberale*, in *DPCE online*, III, 2020, 2869 ss.; A. Sandulli, *Il bazooka giurisdizionale tedesco e la politica monetaria della banca centrale europea*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, 2020, 4659 ss.

¹⁰ Sull’istituzione, la disciplina e i poteri delle *authorities, ex multis*, F. Merusi, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in *Accademia dei Lincei, Lo Stato delle istituzioni italiane: problemi e prospettive, Atti del Convegno 30 giugno – 3 luglio 1993*, Milano, 1994, 389 ss.; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, spec. 69 ss.; M. Trimarchi, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *Il diritto dell’economia*, vol. XXVI, III, Modena, 2013, 85 ss.; M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2013; A. Jannarelli, *L’Autorità garante e la tutela della concorrenza: tra interesse “pubblico” e interesse “generale”*, in *Il Foro Italiano*, V, Roma, 2019, 1533 ss.; L. Giani, F. Vetrò, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) F.G. Scoca, VI ed., Torino, 2019, 528 ss.; F. Cintioli, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Studi sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, Torino, 2019.

¹¹ Già M. Passaro, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996, 190; G. Grasso, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006, 36 ss. Con riguardo all’Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM), A. Police, *La tutela della concorrenza*, cit., 60, rileva, a proposito dei poteri consultivi riconosciuti all’Autorità e nonostante il silenzio della legge, che questi ultimi «non possono in nessun caso giustificare l’esercizio di una funzione di vigilanza del Parlamento o del Governo sull’Autorità stessa [...] L’esercizio in piena autonomia di tali potestà non concorre a collocare l’Autorità Garante tra gli organi ausiliari del Parlamento e del Governo, ma contribuisce a delineare la natura di una istituzione che si distacca dagli apparati tradizionalmente deputati all’elaborazione della politica nazionale, sfuggendo a qualsiasi relazione di ausiliarità rispetto ad essi».

meccanismo sfuggono esclusivamente quelle fattispecie, da ultimo oggetto di revisione ed espansione, espressamente contemplate dalla legge nazionale in materia di *golden powers*¹².

Pertanto, nell'ultimo trentennio, su particolare spinta del legislatore euro-unitario e della corrente neoliberale rappresentata, in particolare, dai nuovi tecnici a capo di diversi esecutivi susseguiti nel tempo, in Italia si è assistito alla totale dismissione del monopolio sull'energia, alla liberalizzazione e alla privatizzazione di tanti altri settori, tra cui comunicazioni e trasporti¹³.

A questo è corrisposta una notevole espansione e diffusione del diritto privato, sotto diversi e numerosi punti di vista, in sostituzione della disciplina di diritto pubblico. Alla liberalizzazione¹⁴ e alla privatizzazione seguono importanti mutamenti degli assetti societari delle partecipazioni statali: gli enti pubblici economici divengono società di capitali, anche quotate in borsa. Ora, l'obiettivo non è più esclusivamente rappresentato, nel caso ad esempio dei servizi di preminente interesse generale, dalla fornitura indistinta, a tutta l'utenza, degli stessi al minimo costo con il solo onere di evitare perdite per l'ente. Infatti, a ciò si deve sommare l'esigenza, per la nuova società di diritto privato, di conseguire profitti¹⁵. Il principio che

¹² Tra gli scritti più recenti, L. Vasques, *Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia*, in *Mercato concorrenza regole*, I, Bologna, 2020, 119-137; A. Sandulli, *Le relazioni tra Stato e Unione europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Diritto pubblico*, II, Bologna, 2020, 405-420; Id., *La febbre del Golden Power*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, III, Milano, 2022, 743-764; G. Napolitano, *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2020; G. Amato, *Bentornato Stato*, cit., 93 ss.; A. Lalli, *Effetti istituzionali e strutturali dell'espansione dei golden powers*, in *Diritto costituzionale*, II, Milano, 2022, 77-101.

¹³ Sul tema, senza presunzione di completezza, G. Oppo, *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, in *Rivista di diritto civile*, XL, Padova, 1994, 731 ss.; M. Clarich, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Diritto amministrativo*, IV, Milano, 1994, 519 ss.; A. Police, *Tutela della concorrenza*, cit., 127 ss.; M.P. Chiti, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giornale di diritto amministrativo*, X, Milano, 2009, 1115 ss.; G. Morbidelli, *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018.

¹⁴ P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, 325 ss., ha indicato questo fenomeno come «liberalizzazione controllata».

¹⁵ È il caso emblematico dell'Ente nazionale per l'energia elettrica (ENEL), istituito con l. 6 dicembre 1962, n. 1643, con il quale lo Stato è intervenuto nell'economia di mercato per nazionalizzare interamente tutti i servizi concernenti l'energia elettrica, istituendo peraltro la riserva originaria e procedendo all'esproprio, previo indennizzo, delle imprese operanti nel settore. Lo stesso art. 1 della legge prevedeva che ai fini di utilità generale, richiamandosi esplicitamente alla disposizione costituzionale di cui all'art. 43, l'ENEL «provvedesse all'utilizzazione coordinata e al potenziamento degli impianti, allo scopo di assicurare con minimi costi di gestione una disponibilità di energia elettrica adeguata per quantità e prezzo alle esigenze di un equilibrato sviluppo economico del paese». In merito, G. Di Gaspare, *La tutela dei consumatori*, in *Il mercato dell'energia elettrica*, cit., 60, ricorda come l'ENEL, quale ente pubblico economico, non avesse finalità di profitto né tantomeno era interessato a generarlo al precipuo fine di distribuire dividendi, poiché come «ente pubblico non era portato a esercitare una pressione sulla

reggeva l'attività e gli scopi degli enti pubblici era appunto il principio di economicità, non quello di generare profitto, che si è, invero, affermato successivamente e su chiara esortazione del legislatore europeo per mezzo delle misure programmate all'interno di quello che può definirsi come un vero e proprio mercato delle riforme¹⁶, volto all'apertura dei mercati e all'affermazione dei suoi operatori, in nuovo quadro giuridico che, tra le tante novità apportate, ha anche sensibilmente ridimensionato, se non quasi annullato, l'antica asimmetria che vigeva tra l'Amministrazione pubblica e, in generale, il privato cittadino.

Tale cambiamento ha sicuramente rappresentato un'importante novità all'interno del rapporto tra pubblico potere e cittadino¹⁷, ma può anche rivelarsi un problema nel momento in cui all'interno di siffatto rapporto si accresca la divergenza tra le esigenze degli operatori forti del mercato, talvolta esorbitanti (come, ad esempio, la massimizzazione dei profitti, la

tariffa perché aumentasse. La logica economica all'epoca era il principio di economicità, per cui, purché fossero pareggiati i costi e i ricavi per l'ENEL, qualunque fosse la forma in cui questo pareggio avvenisse, era sostanzialmente indifferente». Fu proprio l'istituzione dell'ente nazionale per l'energia elettrica a provocare il primo e significativo conflitto giurisdizionale fra la Corte costituzionale italiana e l'allora Corte di giustizia delle comunità europee, 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. Enel*. Sulla legittimità inerente all'istituzione del monopolio elettrico, tra i tanti autori, si rimanda ad A. Somma, *Sovranismi*, cit., 104, il quale evidenzia come nella fattispecie il giudice delle leggi avesse «stabilito che i Trattati, in quanto recepiti con legge ordinaria, non acquistavano rango costituzionale, e che si potevano pertanto applicare i principi della successione delle norme nel tempo [...] Significativamente il tutto è servito per affermare la costituzionalità di una misura keynesiana: l'istituzione dell'Enel [...]».

¹⁶ L'espressione è di A. Somma, *Il mercato delle riforme. Appunti per una storia critica dell'Unione europea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica europea*, vol. XLVIII, I, Bologna, 2018, 167 ss.

¹⁷ In questa sede, non si vuole criticare quella che è da intendersi una delle più importanti conquiste dell'ordinamento democratico repubblicano, ovvero il rafforzamento del principio di partecipazione all'attività amministrativa del cittadino. Si vuole – piuttosto – rilevare come, in seguito all'irrompere delle tesi neoliberali e del principio di libera concorrenza su cui si fonda il mercato unico europeo, l'interesse pubblico sia stato identificato, sempre più, con le ragioni e le istanze del mercato concorrenziale medesimo. Sul combinato disposto tra interesse pubblico e partecipazione attiva del cittadino all'attività amministrativa, *ex multis*, U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 73 ss., evidenzia come «il fine pubblico non è dunque l'interesse della comunità, considerata come una entità distinta da coloro che la compongono e ad essi superiore: la comunità è l'unità di una pluralità di soggetti viventi in comunione ed i bisogni e fini che le appartengono non sono di altri che di questa pluralità di soggetti cospiranti ad unità»; L. Migliorini, *Alcune considerazioni per una analisi degli interessi pubblici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, 1968, 274; M. Stipo, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 924; G. Di Gaspere, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, 385, il quale individua – nella partecipazione del privato cittadino all'attività amministrativa – il superamento della concezione secondo la quale l'interesse pubblico sia un interesse proprio ed esclusivo dell'Amministrazione; F. Benvenuti, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Democrazia e partecipazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, (a cura di) G. Marongiu, G.C. De Martin, Milano, 1993, 28 ss.; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 21.

riduzione dei costi del lavoro, i fenomeni di delocalizzazione) e le esigenze dell'individuo.

In questo senso pare possa interpretarsi il principio cristallizzato in modo definitivo dalla legge, ovvero che «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»¹⁸. Il che si è riflesso anche in altri ambiti del giuridico, a cominciare dalla delicatissima nozione di interesse pubblico e del suo bilanciamento con l'interesse privato all'interno del nuovo ordine giuridico del mercato¹⁹ eterodiretto dall'indirizzo politico ed economico delineato dal sistema di *governance* dell'Unione europea. In questa cornice, infatti, è stato coerentemente evidenziato che «ciò che specificamente caratterizza la contrattazione nell'ambito del mercato regolato è la peculiare necessità di garanzia e promozione della concorrenza e con essa di altri valori, quali la tutela del risparmio, la stabilità dei mercati, ecc.»²⁰. È la concorrenza (e i suoi corollari) il valore che *in primis* i pubblici poteri sono chiamati a promuovere e a tutelare, e solo in seguito – e compatibilmente con essa – tutti gli altri, i quali vengono *de plano* relegati a principi inevitabilmente da considerarsi di natura secondaria e sacrificabili in nome del dogma concorrenziale.

¹⁸ Art. 1, comma 1-*bis*, l. 7 dicembre 1990, n. 241, comma aggiunto con l'art. 1, l. 11 febbraio 2005, n. 15. Più complesso, invero, il discorso in merito alla riconoscibilità – o meno – in capo alla pubblica amministrazione dell'autonomia privata che non può, in questa sede, essere oggetto di adeguato approfondimento. Qui basti ricordare che l'argomento ha diviso la dottrina tra coloro che ne affermano la configurabilità, come M.S. Giannini, *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia italiana del diritto*, III, Milano, 1958, 996, secondo cui se l'Amministrazione «agisce come soggetto comune, non può non godere dell'autonomia privata», e coloro che la negano in ragione sia della natura giuridica dell'Amministrazione medesima che in ragione dell'attività vincolata nei suoi fini alla cura dell'interesse pubblico senza gravare oltremodo sull'interesse privato. Peraltro, secondo quest'ultimo indirizzo, F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, 156, afferma che la possibilità – per l'Amministrazione – di compiere atti negoziali non implica che essa abbia autonomia privata. Infatti, l'attività di diritto privato non è «manifestazione di intrinseca libertà di soddisfacimento dei propri interessi», che è, invece, proprio ciò che contraddistingue l'autonomia privata. A questo proposito, F.G. Scoca, M.R. Spasiano, *Nozioni introduttive*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) F.G. Scoca, VII ed., Torino, 2021, 30, sostengono che se per «autonomia privata s'intende un potere libero, incondizionato, di regolamentare i propri interessi, essa non si accorda con la disciplina tipica dell'attività dell'amministrazione, che è invece finalisticamente vincolata alla cura nel modo migliore possibile dell'interesse pubblico, senza gravare più del necessario sull'interesse privato. Sulla base di questa argomentazione la dottrina ha progressivamente abbandonato le posizioni iniziali, negando che all'amministrazione possa essere riconosciuta autonomia privata». Questa chiave di lettura ha generato il grande problema relativo alla natura degli atti di diritto privato dell'Amministrazione.

¹⁹ L'espressione è coniata dalla nota opera di N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, ultima ed., Roma-Bari, 2016.

²⁰ C. Solinas, *Il contratto «amministrato». La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, 2018, 51, riprendendo, in parte, le tesi di G. Gitti, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L'autonomia privata*, cit., 106 ss.

2. Il «riposizionamento» dello Stato nella cornice neoliberale: concorrenza, regolazione e bilanciamento di interessi

Come accennato, il mutamento della concezione tradizionale di interesse pubblico è una conseguenza strumentale alla piena realizzazione del regime concorrenziale, nella misura in cui suddetto regime necessita tra gli interessi coinvolti nelle dinamiche del mercato, che sovente possono trovarsi in contrapposizione. Emerge, pertanto, la necessità di un bilanciamento, come sollecitato soprattutto da parte della dottrina privatistica; di fatti si è giunti a ritenere che, sebbene sia sensibilmente mutata la forma di presenza dello Stato nella sfera dell'economia, quest'ultimo non abbia comunque dismesso interamente la sua attività in relazione alle esigenze di rilevante carattere sociale che lo avevano precedentemente indotto a provvedere da sé, senza l'intermediazione del mercato²¹.

Semplicemente, si sostiene che i fini sociali siano perseguiti indirettamente dal pubblico potere attraverso la regolazione, la quale è subentrata all'intervento diretto nell'arena economica.

Più precisamente, alcuni ritengono che «fini sociali e principio di concorrenza spesso si conciliano tra loro»²², il che consente di sottolineare che i suddetti fini – i quali rientrano nell'alveo del concetto di interesse pubblico tutelato attraverso un intervento diretto da parte dei pubblici poteri a discapito del meccanismo concorrenziale – rinvergono oggi la propria tutela nel mercato regolato sorretto dal principio di libera concorrenza²³. Sicché, da un lato, gli interessi sociali di cui lo Stato è latore finiscono per identificarsi con quelli del mercato e delle sue leggi, e dall'altro, la competitività e la concorrenzialità divengono i nuovi e principali tratti caratterizzanti l'interesse pubblico. Interesse sempre più devoluto alle ragioni privatistiche degli operatori economici che spaziano all'interno del mercato che lo Stato si attiene esclusivamente a presidiare in conformità con le direttive verticali emanate a livello sovranazionale²⁴.

²¹ Come ricorda C. Solinas, *Il contratto «amministrato»*, cit., 48.

²² Ivi. Questa presunzione era sostenuta anche dai liberisti della prim'ora e dai sostenitori del *laissez-faire* all'inizio del XX secolo, contestata, invece, da J.M. Keynes, *La fine del laissez-faire*, Londra, 1926, ora *La fine del laissez-faire e altri scritti economico-politici*, introduzione (a cura di) G. Lunghini, Torino, 1991, secondo cui era necessario liberarsi «dai principi metafisici o generali sui quali, di tempo in tempo, si è basato il *laissez-faire*. Non è vero che sia prescritta una "libertà naturale" per le attività economiche degli individui [...] Il mondo non è governato dall'alto in modo che gli interessi privati e quelli sociali coincidano sempre, né è condotto quaggiù in modo che in pratica essi coincidano».

²³ A questo proposito, A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa*, cit., 12 ss., ricorda come secondo i sostenitori del neoliberalismo dello scorso secolo, l'interventismo dello Stato «doveva però avere carattere giuridico e non anche amministrativo, ed esprimersi con l'emanazione di legge dello Stato chiamate a rispettare e dunque a riprodurre le leggi del mercato: per trasformare il principio di concorrenza in uno strumento di direzione politica dei comportamenti individuali».

²⁴ Secondo P. Sirena, *La partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti innanzi alle Autorità indipendenti*, in *Tutela dei diritti e «Sistema» ordinamentale*, (a cura di) Aa.Vv.,

Il tentativo, oggi ben riuscito, di spolicizzare il mercato, costituisce uno dei perni fondamentali sui quali si è, sin dall'inizio, incentrata la costruzione economica europea. A questa si è accompagnata l'intenzione di rendere maggiormente flessibile il contenuto della pluralità degli interessi pubblici facendo leva sulla loro dinamicità²⁵ e idoneità a adeguarsi ai contesti in cui vengono in rilievo e, sopra tutto, facendo leva sui noti canoni che fungono, oggigiorno, da parametro per la valutazione della legittimità delle misure pubblicistiche, come la sussidiarietà e la proporzionalità²⁶. Si è così transitati da un modello di Stato, e di Amministrazione, programmatore di interventi pubblici settoriali, nei quali egli contemperava i diversi e contrapposti interessi e, al contempo, era in grado di assicurare una moltitudine di servizi (istruzione; assistenza; distribuzione di risorse e via discorrendo) garantendo la pienezza e l'effettività dei diritti sociali in cui le relative prestazioni consistono²⁷, a un modello, invece, che attribuisce questa funzione sociale al mercato concorrenziale²⁸.

Napoli, 2012, 317, il compito del nuovo Stato consiste nel garantire le condizioni migliori affinché la nuova società incentrata sul diritto privato possa effettivamente operare all'interno di un meccanismo pienamente concorrenziale e, ancora, nel presidiare l'ordine giuridico del mercato per evitare che centri di potere (privato) di fatto possano provocarne il suo dissolvimento.

²⁵ Il tema è ripreso da A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 131.

²⁶ L'esempio della sussidiarietà, quale parametro imprescindibile dell'edificio giuridico sovranazionale, rappresenta un elemento di primo piano. Sul punto, A. Moscarini, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Le trasformazioni della funzione legislativa*, (a cura di) F. Modugno, Milano, 1999, 245 ss., rileva come il principio di sussidiarietà si riferisca a quella «forma di Stato caratterizzata dalla recessività dell'intervento pubblico in economia a fronte di una "competenza" generale e prioritaria del privato»; anche P. Perlingieri, *Fonti del diritto e «ordinamento del caso concreto»*, in *Rivista trimestrale di diritto privato*, IV, Bari, 2010, 7 ss., spec. 23.

²⁷ In questo senso, G. Azzariti, *Trasformazioni dell'amministrazione e procedimento amministrativo*, in *Lezioni sul procedimento amministrativo*, (a cura di) Aa.Vv., Torino, 1992, 12, sostiene che «l'amministrazione, oltre a rappresentare una organizzazione autoritativa e di comando ed oltre a regolare i conflitti di interessi predisponendo differenziati moduli organizzativi non più solo autoritativi, ma anche di tipo partecipativo e consensuale, assume altresì la veste di soggetto distributore e regolatore di utilità sociali, diventando, in tal modo anche una organizzazione di servizi; un'Amministrazione erogatrice di servizi, tra l'altro, caratterizzata dal crescente pluralismo amministrativo, in cui i servizi pubblici competenti non sono più riducibili alla sola Amministrazione centrale, ma anzi sono prevalentemente decentrati». Il che rappresenta l'antitesi – se non la negazione – del sistema vigente.

²⁸ Si tratta di un processo, in realtà, che affonda le radici lontano nel tempo. Infatti, come sottolineato da E. Mostacci, *Integrazione attraverso il mercato e declino dello Stato democratico: appunti per un'indagine genealogica*, in *DPCE online*, I, 2020, 374, già dalla fine degli anni Settanta dello scorso secolo si fa viva, nel panorama politico europeo, la necessità «di preservare i sistemi economici dall'eccesso di domande sociali e il ripensamento circa i rispettivi ruoli dello Stato e del mercato nel promuovere crescita e benessere si coordinano agevolmente con un processo di integrazione per il tramite del mercato che presuppone un ridimensionamento evidente del ruolo degli Stati e della loro capacità di funzionalizzare l'opera del sistema economico alle esigenze sociali, per come interpretate attraverso i processi politico-democratici».

Infatti, il realizzarsi di questo scenario può configurarsi nel momento in cui i pubblici poteri offrono la necessaria protezione alla concorrenza affinché essa possa funzionare, ed «è così che lo Stato da imprenditore diventa regolatore, con la propria precipua missione di garantire e alimentare la concorrenza tra le attività economiche private»²⁹. Dunque, il nuovo Stato adotta una forma di organizzazione economica ben determinata, caratterizzata dal rapporto dicotomico concorrenza-regolazione in grado di relegare i pubblici poteri a meri protettori delle condizioni per il libero incontro di domanda e offerta nel mercato.

Delineato il contesto economico e politico, a residuare, ora, è il contesto giuridico, il quale si conforma al primo favorendo il dilagare del ricorso agli strumenti di disciplina privatistica e il corrispondente ridimensionamento degli strumenti di disciplina pubblicistica. In particolare, si sono diffusi, oltre alle norme che definiscono i poteri regolatori, meccanismi, ove possibile, di *deregulation*³⁰, codici di settore (si pensi, ad esempio, al Codice del consumo o al recente Codice europeo delle comunicazioni elettroniche)³¹ e codici di condotta, ideati anche su scala internazionale, di produzione privata e svincolati dal classico contesto politico rappresentativo³². Questi strumenti di autoregolamentazione e di *soft law*, sono prodotti direttamente dagli organi tecnici degli operatori del mercato, e di conseguenza sfuggono alla valutazione politica.

In questa direzione, non a torto, si è parlato di un «processo di traduzione di un diritto di produzione pubblica in un diritto di origine e fonte privata»³³, che ha ristretto oltremodo la legislazione del potere rappresentativo e legittimato e favorito, viceversa, quella di natura privata. È soprattutto in questa veste che si manifesta la ‘compensazione’ delle tecniche privatistiche a discapito del diritto di matrice pubblicistica.

Tuttavia, è d’uopo ribadire come la diffusione delle norme privatistiche sia sempre accompagnata non da un ritiro, ma da un cambio di posizione dello Stato, la cui presenza è assolutamente essenziale e funzionale all’affermazione dei privati e della loro libertà contrattuale all’interno della cornice concorrenziale³⁴. Una presenza che si manifesta per mezzo della

²⁹ C. Solinas, *Il contratto «amministrato»*, cit., 30.

³⁰ S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, II, Milano, 1991, 378 ss.

³¹ D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 e d.lgs. 8 novembre 2021, n. 207, che ha recepito il regolamento dell’11 dicembre 2018, n. 2018/1972/UE.

³² F. Criscuolo, *L’autodisciplina: autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, spec. 96 ss.

³³ G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 40. Come riportato dall’autore, in merito alla *extra* statualità del diritto civile, tra i primi a parlarne vi fu certamente F. Vassalli, *Estrastatualità del diritto civile*, in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano, 1960, 753 ss.

³⁴ Il che rispecchia il nucleo essenziale delle tesi neoliberali, le quali intendono superare il mito «autoregolatore» del liberalismo classico. Come ribadito da A. Somma, *Democrazia o capitalismo. Sulla inevitabile matrice autoritaria del neoliberalismo*, in *Rechtsgeschichte – Legal History*, XXX, Francoforte sul Meno, 2022, 301, il

regolazione pubblica a presidio del buon andamento del mercato.

Quanto sin qui riportato può condurre allo svolgimento di alcune considerazioni in merito alla natura – oramai conclamata – impolitica che caratterizza l'attività statale. Essa risulta essere sempre più indiretta e volta al presidio dell'effettiva realizzazione dell'equilibrio concorrenziale, rimettendo al libero gioco degli operatori privati del mercato la garanzia di servizi pubblici essenziali, anche alla luce delle recenti decisioni dell'Unione europea e dei suoi Paesi membri contenenti le misure volte a fronteggiare la crisi economica dovuta, in particolar modo, alla pandemia e alla fornitura energetica.

Una breve precisazione: il citato carattere impolitico che connota l'attività odierna dei pubblici poteri è tale poiché questi hanno affidato la tutela di interessi, anche di rilevanza primaria e generale, al mercato concorrenziale. Questo, però, non esclude che la decisione di affidare al mercato settori che riguardino la garanzia di fini e utilità sociali sia espressione di una precisa visione che è da ritenersi del tutto politica.

Da ciò scaturisce il quesito se e in quale misura si possa parlare di un ritorno del protagonismo statale nell'economia di mercato. Potendo anticipare che, da ultimo, la dottrina sembra dare una risposta positiva al quesito³⁵. Resta ora da indagare, in questa sede, se il suddetto ritorno nella sfera economica possa essere, o meno, assimilabile a quegli interventi pubblici tipici dell'epoca post-bellica del XX secolo o se, invece, si tratta piuttosto di uno *slogan* o di una formula volta a esaltare un semplice quanto transitorio momento di riappropriazione di parte della sovranità statale, stante il quadro politico, economico e giuridico nel quale essa si trova, oggi,

neoliberalismo «sorge sul finire degli anni Trenta del Novecento per impedire che dal fallimento del *laissez faire* derivi il superamento del capitalismo. Non ha certo condiviso l'idea secondo cui l'ordine politico deve immischiarsi nelle vicende di ordine economico, ma neppure ha sostenuto l'opposto: per i neoliberali i mercati sono istituzioni incapaci di affermarsi e di prosperare autonomamente. E se lo Stato non promuove attivamente il loro funzionamento, questi sono inesorabilmente condannati all'autofagia: non sono storicamente possibili». In merito, l'autore richiama esplicitamente le riflessioni svolte da Q. Slobodian, *Globalists. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge, 2018, e T. Biebricher, *Die politische Theorie des Neoliberalismus*, Berlino, 2021, 346 ss. In questa direzione, anche G. Amato, *Bentornato Stato*, cit., 41. Sulla capacità (e illusione) autoregolatoria del mercato, G. Alpa, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 113.

³⁵ È il caso, ad esempio, delle recenti e già menzionate riflessioni svolte da G. Amato, *Bentornato Stato*, cit., 30, il quale sostiene che, a differenza degli ultimi anni in cui lo Stato è rimasto a osservare i privati che si contendevano il mercato, il panorama di oggi «è davvero molto, molto diverso [...] torna la proprietà pubblica delle imprese ritenute strategiche e torna anche l'intervento pubblico nel capitale delle imprese in difficoltà, torna lo Stato investitore, che impegna i suoi capitali nelle intraprese di medio e lungo periodo destinate a fornire innovazione e quindi sia maggiore produttività all'intero sistema economico, sia maggiore capacità del cambiamento climatico da parte di tutti. Per non parlare dello "Stato provvidenza" che ha segnato il trascorrere della pandemia con misure di generalizzato sostegno dei redditi, che mai avevamo visto nei decenni precedenti». Sul tema anche V. Minervini, *Il ritorno dello Stato salvatore. Nuovi paradigmi (post Covid) nel rapporto fra Stato e mercato?*, in *Mercato concorrenza regole*, III, Bologna, 2020, 471-506.

a spaziare.

3. Alcune misure per l'incentivazione alla ripresa economica. Quali margini di intervento per i pubblici poteri?

L'impatto della crisi economica, causato *in primis* dall'avvento della pandemia, ha posto nuovamente al centro della discussione politica l'interventismo dei pubblici poteri all'interno di settori che sono stati, nel corso degli ultimi decenni, oggetto di liberalizzazione e, di riflesso, soggetti alla sola regolazione o di drastici tagli finanziari al fine di contenere, il più possibile, la spesa pubblica e l'incremento del debito. È sintomatico, ad esempio, il caso della sanità, uno dei settori in Italia più colpiti dalla nota *spending review* europea per far quadrare il bilancio dello Stato in conformità ai vincoli sovranazionali, in particolare per mezzo di politiche di *austerity* e di controllo dell'inflazione, ma anche, tra i tanti altri, dell'istruzione e del lavoro³⁶.

Tuttavia, queste misure di politica economica non sono state ritenute dalla stessa Commissione dell'Unione le migliori per reagire – quantomeno in un primo momento – alla grave depressione economica, la quale necessita di un grande piano di investimenti che, a quanto pare, difficilmente può sortire effetti positivi senza che vi sia un intervento diretto ad opera degli Stati nazionali. Occorre dunque valutare i criteri, gli ambiti e il raggio d'azione che l'Unione europea, mediante gli indirizzi delineati all'interno dei programmi di ripresa (ad esempio, il *Next Generation EU* o la normativa per il contrasto al cambiamento climatico e per la sostenibilità energetica), ha inteso riconoscere e delegare ai pubblici poteri. Questo, altresì, all'ulteriore scopo di parametrare i sacrifici che le istituzioni unionali hanno, eventualmente, preventivato per il mercato concorrenziale e fino a che punto esse abbiano inteso spingersi e, in secondo luogo, tentare di comprendere se effettivamente vi sia – e in che modi e misure – una riscoperta e un ampliamento della disciplina pubblicistica.

A questo proposito, la recente legislazione europea e italiana offre degli spunti interessanti per le riflessioni che si intendono svolgere di seguito.

Il primo punto di riferimento è, senza ombra di dubbio, il Piano nazionale per la ripresa e la resilienza (c.d. PNRR) con il quale lo Stato italiano ha programmato gli investimenti da effettuare in base alle direttive indicate e ai fondi stanziati dalle istituzioni di Bruxelles³⁷. Il programma è stato

³⁶ Si tratta di una formula politica ed economica non sconosciuta al continente europeo. Si è deciso di riproporre il c.d. mercato delle riforme attuato già alla fine degli anni Settanta in Gran Bretagna, che ha aperto, definitivamente, le porte al neoliberalismo thatcheriano. L'*iter* storico è ricostruito da A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa*, cit., 74.

³⁷ Il Governo italiano ha trasmesso alla Commissione dell'Unione europea il PNRR il 30 aprile 2021. Successivamente, il 22 giugno dello stesso anno, la Commissione ha espresso la propria valutazione positiva in merito al piano presentato dall'esecutivo italiano. I fondi stanziati per l'Italia ammontano a un totale di circa 191,5 miliardi di

prontamente consegnato e sottoposto al vaglio della Commissione UE per la verifica, nel merito, della conformità e dell'adeguatezza alle prescrizioni sovranazionali. Ciò, a ben vedere, potrebbe costituire un dato sufficiente per escludere quantomeno un ritorno da protagonista dei pubblici poteri nel tessuto economico, poiché è preclusa a questi una libera, vera e propria attività imprenditoriale per come la si è conosciuta e intesa durante gli anni del compromesso keynesiano, ovvero durante l'epoca in cui si era raggiunto un soddisfacente equilibrio tra capitalismo e democrazia³⁸.

Infatti, risulterebbe improprio – quanto fuorviante – parlare di un ritorno del protagonismo statale poiché non è prospettata, nella ripresa sovranazionale, alcuna forma di interventismo tale da interferire effettivamente con il mercato. Continuano a non essere ammesse azioni dirette da parte dei pubblici poteri idonee a limitare sensibilmente l'iniziativa economica privata o, financo, a escluderla del tutto mediante l'istituzione di monopoli legali o riserve originarie in ragione del perseguimento dell'utilità sociale. Ovvero, rimane precluso l'esperimento di quelle misure economiche che solo il potere statale può, in via astratta, attuare attraverso una programmazione di investimenti pubblici, ridimensionando, così, in predeterminati settori, l'attività privata. In questa direzione, un caso emblematico è stato quello, già menzionato, della nazionalizzazione dell'energia elettrica italiana del 1962.

Nella prospettiva di ripresa europea e nell'attuazione della stessa da parte dell'Italia non si configura un intervento di questa portata: a riguardo, esso non è in principio pianificato in seno alle istituzioni rappresentative nazionali. Esso non è libero poiché non segue, sin dalla sua nascita, la volontà

euro, di cui 68,9 consistenti in sovvenzioni e 122,6, invece, di prestiti. La valutazione positiva della Commissione, in merito al PNRR italiano, è stata riassunta da F. Maturilli, *La Commissione europea approva il PNRR italiano da 191,5 miliardi*, in *europeanaffairs.it* del 25 giugno 2021, la quale riporta che la Commissione europea, nella valutazione e, di poi, nell'approvazione del piano nazionale «ha preso in considerazione molteplici criteri stabiliti nel regolamento sul dispositivo per la ripresa e resilienza. In particolare, ha valutato se gli investimenti e le riforme esposti nel piano italiano sostenessero la transizione verde e digitale, se contribuissero a risolvere le criticità individuate e se rafforzassero il potenziale di crescita, la creazione di posti di lavoro e la resilienza economica e sociale italiana. L'approvazione, dunque, è giunta dopo aver constatato che il piano dell'Italia dedica il 37% della spesa totale a misure di sostegno agli obiettivi climatici; il 25% della dotazione del piano va a favore della transizione digitale in generale, con particolare attenzione alla digitalizzazione della pubblica amministrazione, della sanità, della giustizia e dell'istruzione. In generale, il piano prevede un'ampia gamma di riforme e investimenti nell'ambito delle principali sfide economiche e sociali per l'Italia di oggi: aumentare la sostenibilità delle finanze pubbliche e la resilienza del settore sanitario; rendere più efficaci le politiche attive del mercato del lavoro; ridurre le disparità regionali; accrescere l'efficacia della PA e del sistema giudiziario; migliorare il contesto imprenditoriale ed eliminare gli ostacoli alla concorrenza».

³⁸ A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa*, cit., 53, si riferisce a «quella particolare forma di redistribuzione della ricchezza incentrata sull'ampliamento dei sistemi di sicurezza sociale e sull'incremento salariale, fonte di una crescita dei consumi e con ciò dei livelli occupazionali».

e la discrezionalità politica statale. Essa è esercitata dagli organi politici nazionali in una forma meramente recettiva e solo in seguito a quanto stabilito e programmato all'interno degli organi tecnici sovranazionali, i quali, ancor oggi, sono caratterizzati da un *deficit* democratico tutt'altro che irrilevante³⁹.

Ragion per cui, pare maggiormente opportuno parlare, piuttosto, di uno Stato «attuatore» di decisioni politiche – rilevantissime sotto il profilo economico – già assunte in altra sede e i cui meccanismi dispositivi, adottati dai paesi membri, sono sottoposti al penetrante sindacato tecnico-politico di chi ha varato le linee guida del piano di ripresa, ovvero la Commissione europea stessa. Pertanto, non è arduo constatare come il «ritorno dello Stato» di cui tanto si parla consista, in fin dei conti, nel plasmare il contesto politico ed economico nazionale seguendo i *desiderata* espressi dalla *governance* sovranazionale, la quale continua a operare sempre mediante il meccanismo della condizionalità dei finanziamenti che essa intenda erogare⁴⁰.

Il *Next Generation EU* rappresenta *prima facie* un'iniezione di fiducia e ripresa verso i paesi maggiormente colpiti dalla pandemia, l'Italia su tutti. Tuttavia, questa fiducia rischia di venir meno nel momento in cui il legislatore sovranazionale non abbia contemplato, tra le soluzioni prospettate, la possibilità di rivedere, una volta per tutte, i vincoli e le condizionalità a tutela della sostenibilità finanziaria, i quali rimangono, a

³⁹ L'espressione risale al deputato britannico J. Marquand, *Parliament for Europe*, Londra, 1979. Sul problema del *deficit* democratico caratterizzante le istituzioni dell'Unione europea, si rimanda a G. Majone, *Europe's Democratic Deficit: the Question of Standards*, in *European journal law*, I, 1998, 5-28; S. Illari, *Sulla nozione di forma di governo e l'ordinamento dell'Unione europea. Aspetti problematici del difficile cammino verso un nuovo ordine politico*, in *Nomos*, III, Roma, 2008, 1-32; R. Bellamy, A. Palumbo, *Il deficit democratico dell'Unione europea*, in *Governance e democrazia*, (a cura di) Id., S. Vaccaro, Milano, 2009, 109-136; M. Luciani, *L'ordine costituzionale. Nozioni e vicende*, in *L'ordine costituzionale come problema storico. Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del Diritto, Parma, 15-16 dicembre 2011*, (a cura di) S. Puliatti, Torino, 2017, 73 ss., in merito parla di una «prospettiva che a me sembra un vero e proprio "ordine anarchico", aperta dalla diffusa dottrina delle "reti decisionali" o del costituzionalismo multilivello»; A. Somma, *Europa a due velocità. Postpolitica dell'Unione europea*, Reggio Emilia, 2017; Id., *Quando l'Europa tradì se stessa*, cit., 66; A. Sandulli, *Il bazoooka giurisdizionale tedesco*, cit., 4664.

⁴⁰ F. Losurdo, *Italexit. Trasformazione del vincolo europeo e sovranità condizionale*, in *DPCE online*, I, 2020, 358 ss., sostiene che la politica «della condizionalità asimmetrica ha consentito alle istituzioni di Bruxelles di "orchestrare" radicali mutamenti dei modelli economico-sociali dei paesi periferici, aggirando il principio di attribuzione e gli strumenti di controllo democratico e giurisdizionale previsti dagli ordinamenti nazionali [...] Il vero "idealtipo" dello Stato condizionato è stata la Grecia. Dopo il diktat dell'Euro-summit del luglio 2015, l'esercizio delle funzioni essenziali pertinenti alla sua sovranità è *subordinato*, per il presente e come per il futuro (secondo le prudenti stime di Bruxelles all'incirca fino al 2060) al rimborso integrale dei crediti concessi dal MES e dal FMI. La Grecia è stata così ricondotta su una traiettoria di "normalità": riacquisizione dell'accesso al credito dei mercati finanziari, bilanci pubblici "sani" e rilancio della competitività esterna. Al prezzo di drammatici effetti collaterali quali impoverimento e disoccupazione di massa, azzeramento delle prestazioni del Welfare State e svendita del patrimonio pubblico».

quanto pare, stabili nella loro rigidità⁴¹. In particolare, le deroghe mirate e disposte in materia di divieto di aiuti di Stato pare siano concepite in un'ottica transeunte, volte a contenere i rischi contingenti di irreparabili dissesti economici dovuti alla pandemia, così come la provvisoria sospensione del Patto di stabilità. Ancora, permangono rigidi i vincoli sulla mancanza di flessibilità per le manovre economiche nazionali, soprattutto per quei paesi con un elevato rapporto debito pubblico-PIL. Questo impedisce manovre economiche realmente espansive, in grado di superare la soglia unionale fissata al 3%, in deroga ai vincoli dell'equilibrio di bilancio⁴².

Manca, dunque, un serio ripensamento sull'efficacia delle ricette economiche neoliberali sul versante redistributivo e della ripresa economica per i paesi maggiormente colpiti dalla pandemia. Le soluzioni prospettate sono pensate sempre secondo il medesimo schema e si collocano entro il paradigma classico euro-unitario, rappresentato dalla condizionalità dei finanziamenti, seppur ingenti, e dai meccanismi di semplificazione richiesti agli Stati nazionali⁴³. Il recepimento da parte del legislatore italiano per mezzo dell'adozione del Piano nazionale per la ripresa e la resilienza si muove all'interno di questo alveo.

Si è già detto del ruolo «attuatore» spettante ai pubblici poteri fatto proprio dal PNRR. Resta, ora, da menzionare qualche esempio concreto in proposito anche al fine di valutare se vi sia o meno una riesplorazione della disciplina pubblicistica e, sopra tutto, se essa vada a integrare o sostituirsi a quella privatistica.

Orbene, il piano di ripresa è incentrato sul raggiungimento di alcuni principali obiettivi raggruppati all'interno di sei missioni, in particolare: la promozione della digitalizzazione del paese; la transizione ecologica; la realizzazione di infrastrutture per una mobilità sostenibile; il miglioramento della qualità dell'istruzione e della ricerca; l'inclusione sociale e l'attuazione delle politiche lavorative attive; il rafforzamento delle strutture e dei presidi sanitari⁴⁴. Ma nel perseguire gli obiettivi auspicati, nel piano non sembra esserci un ruolo attivo e di rilievo per lo Stato, se non quello, appunto, di indirizzare i fondi stanziati agli organi decentrati, come regioni, comuni e amministrazioni e qualche timida forma di interventismo, comunque non

⁴¹ A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa*, cit., 150 ss.

⁴² Ivi. Il riferimento normativo è al Regolamento, 7 luglio 1998, n. 1466/97/CE, artt. 5 e 9, modificato dal successivo Regolamento, 8 novembre 2011, n. 1177/2011/UE, il quale fissa la provvisoria sospensione della vigilanza sovranazionale a condizione che la sostenibilità del bilancio stesso, a medio termine, non venga compromessa.

⁴³ Il che, come si vedrà brevemente, ha indotto il legislatore italiano a rivedere sensibilmente la disciplina degli appalti pubblici regolati dal d.lgs. 50/2016 e modificata in seguito al d.l. in materia di semplificazione.

⁴⁴ Per maggiori approfondimenti, si rinvia direttamente a www.mef.gov.it/focus/Il-Piano-Nazionale-di-Ripresa-e-Resilienza-PNRR/. Il PNRR è volto all'attuazione del regolamento del 12 febbraio 2021, n. 2021/241/UE che ha istituito il dispositivo per la ripresa e la resilienza, di concerto con il precedente regolamento dell'11 dicembre 2018, n. 2018/1999/UE recante la nuova disciplina sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima volto al raggiungimento della «neutralità climatica».

minimamente assimilabile ad attività di impresa diretta.

Alcuni utili spunti emergono, ad esempio, dal decreto-legge che ha disposto la *governance* del PNRR (c.d. decreto semplificazione)⁴⁵. Il decreto varato dall'esecutivo italiano affida la gestione di oltre il 30% dei finanziamenti previsti agli enti locali, i quali hanno l'onere di contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al piano nazionale.

Un ambito di operatività dello Stato è individuato dall'art. 12 del decreto, il quale prevede dei «poteri sostitutivi» da esercitare nei confronti degli enti locali o dei soggetti su cui grava il compito di perseguire gli obiettivi intermedi indicati all'interno del PNRR.

Nella fattispecie delineata, al Presidente del Consiglio dei ministri è riconosciuta la facoltà di assegnare al soggetto attuatore del caso un termine di trenta giorni per provvedere agli adempimenti indicati nel piano.

Se quest'ultimo non provvede e «ove sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR» a causa di una perdurante inerzia, su proposta dello stesso Presidente o del Ministro competente, il Consiglio dei ministri può individuare l'amministrazione, l'organo, l'ente, l'ufficio o, in ultima analisi, nomina un commissario *ad acta*, a cui attribuire, in via sostitutiva, il potere di adottare gli atti necessari⁴⁶.

Questi poteri possono essere altresì esercitati in presenza di eventuali dissensi provenienti dagli organi statali, al fine di superarli e attuare le misure imposte dal piano. L'iniziativa può essere presa sia dal Presidente del Consiglio che dal Ministro per gli affari regionali in ragione dei poteri riconosciuti direttamente dall'art. 117, comma V della Costituzione e dall'art. 120, comma II della stessa⁴⁷. La norma, dunque, enuclea una serie di azioni da esercitare in caso di inerzia degli organi locali originariamente incaricati di dare esecuzione alle direttive contenute all'interno del piano di ripresa nazionale, i quali consistono in una sostituzione, appunto soggettiva, imposta verticalmente dal potere esecutivo statale⁴⁸.

Un rafforzamento della disciplina pubblicistica, sotto il profilo del controllo in materia di valutazione ambientale, pare scaturire dal dettato dell'art. 17 del decreto, il quale dispone l'istituzione di un'apposita commissione tecnica costituita da un numero massimo di quaranta unità, posta alle dipendenze funzionali del Ministero della Transizione ecologica, per lo svolgimento delle procedure di valutazione ambientale di competenza statale dei progetti rientranti all'interno del PNRR e del PNIEC (Piano nazionale integrato per l'energia e il clima). Peraltro, la selezione dei

⁴⁵ D.l. 31 maggio 2021, n. 77, successivamente convertito, con delle modifiche, in l. 29 luglio 2021, n. 108.

⁴⁶ Ivi, art. 12, c. I. In ultimo luogo, i suddetti poteri sostitutivi possono essere altresì delegati alle società a partecipazione pubblica disciplinate dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

⁴⁷ Ivi, art. 13.

⁴⁸ G. Amato, *Bentornato Stato*, cit., 68, sostiene che nella fattispecie «lo Stato compare come regolatore ma anche come gestore, come promotore di attività, ma anche come distributore di risorse a chi è forzatamente inattivo».

componenti della commissione avviene all'interno del personale di ruolo già impiegato presso le amministrazioni statali e regionali⁴⁹. L'intento è quello di instaurare una fitta e proficua cooperazione in relazione al controllo pubblico tra commissione tecnica e organo politico.

Una cooperazione analoga si prospetta anche in materia di efficienza energetica, senza ombra di dubbio, una delle preoccupazioni maggiori del tempo presente. In particolare, l'art. 33-ter introduce una riforma del sistema di riscossione degli oneri generali di sistema concernenti l'energia. Il maggior margine di intervento pubblicistico viene qui affidato al rapporto tra l'Autorità di regolazione per l'energia, reti e ambiente (ARERA), la quale può riformulare le modalità di riscossione degli oneri generali, attraverso una proposta indirizzata ai Ministri delle Finanze e della Transizione ecologica, i quali provvederanno a dare attuazione alla proposta medesima mediante decreto. La rideterminazione del caso è fondamentale poiché, come previsto dalla norma in questione, anche per mezzo di un soggetto terzo autonomo e indipendente, le partite finanziarie legate alla riscossione degli oneri generali possono essere destinate direttamente alla Cassa per i servizi energetici e ambientali (CSEA)⁵⁰ senza entrare nella disponibilità e nel controllo dei venditori.

È bene ricordare che la CSEA è, a oggi, un ente pubblico economico⁵¹, – a differenza della maggior parte delle società che sono divenute tali in seguito all'inarrestabile fenomeno di liberalizzazione e privatizzazione della fine del secolo scorso –, e che pertanto agisce secondo le regole di diritto privato, con prerogative rilevanti nell'intero settore energetico e ambientale, dovendo tener conto anche delle responsabilità che a essa fanno capo in materia di finanza pubblica. L'ente è sottoposto alla vigilanza dell'autorità amministrativa indipendente del settore e del Ministero dell'economia e delle finanze. Di conseguenza, potrebbe desumersi che il legislatore abbia voluto affidarsi, nella fattispecie della riscossione degli oneri generali di sistema, proprio all'ente pubblico economico, destinando a quest'ultimo i suddetti proventi e, sopra tutto, sottraendoli al contempo alla disponibilità dei venditori. Il che costituisce, di fatto, una limitazione se non una vera e propria preclusione. È questa, forse, una delle novità più significative e riconducibili a una forma di interventismo, da parte dei pubblici poteri, atta a interferire con l'attività privata in ragione dell'importanza rappresentata

⁴⁹ D.l. n. 77, cit., art. 17, sono elencati i requisiti necessari per poter far parte della commissione tecnica PNRR-PNIEC, ovvero il possesso di un diploma di laurea o laurea magistrale, con almeno cinque anni di esperienza professionale e con competenze adeguate in materia di valutazione ambientale. I componenti sono eletti per cinque anni ed eleggibili nuovamente per una sola volta.

⁵⁰ Da ultimo, D. Andracchio, *La Cassa per i servizi energetici e ambientali. Contributo allo studio delle forme di gestione pubblica dei flussi finanziari nel diritto dell'economia*, Milano, 2022, spec. 127 ss.

⁵¹ Così ha voluto il legislatore italiano mediante l'approvazione della l. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, c. 670, recante "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*" (c.d. legge di stabilità).

dal settore e dal servizio a esso collegato.

L'intervento dello Stato «attuatore», invece, è presente anche nella sezione dedicata agli appalti pubblici, in cui sono previsti degli obblighi e delle garanzie che gli operatori economici devono rispettare, ad esempio, per ciò che concerne la parità di genere, mediante l'inserimento di apposite clausole, a opera delle stazioni appaltanti, all'interno dei bandi di gara che prevedano l'erogazione di fondi stanziati attraverso il PNRR. È quanto prescritto dagli artt. 47 e seguenti dello stesso decreto relativo alla semplificazione e alla *governance* del piano nazionale di ripresa, che non manca, tuttavia, di subordinare la redazione e il contenuto delle clausole ai «principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi dell'Unione europea [...]»⁵².

A tutela del regime concorrenziale nell'erogazione dei fondi del PNRR per ciò che attiene alle procedure a evidenza pubblica vi è l'art. 47-*quater*, il quale prevede soltanto che, per gli investimenti pubblici, vi possano essere, all'interno del bando di gara o dell'invito o avviso, alcuni criteri premiali volti ad agevolare la partecipazione e la valutazione delle offerte presentate dalle piccole o medie imprese. Salvo, infine, aggiungere che i presenti criteri trovano applicazione «compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità»⁵³. Una precisazione che sembra far passare in secondo piano le rilevanti esigenze di ripresa di cui necessitano le imprese *de quibus* in seguito all'emergenza economica provocata dalla pandemia e dalla recente crisi energetica.

In proposito, non può neanche considerarsi un'inversione di rotta quella intrapresa dall'Unione in materia di sospensione della disciplina di divieto di aiuti di Stato alle imprese nell'ambito dei piani di ripresa. Infatti, oltre a essere di natura provvisoria, essa deve seguire una serie di procedure di controllo rigorose, in particolare per quelle misure che fuoriescano da quelle strettamente consentite dal regolamento generale di esenzione per categoria (c.d. GBER)⁵⁴. Per le misure esterne a questo regolamento, vige in capo agli Stati un obbligo di notifica preventiva alla Commissione, la quale potrà autorizzare la concessione degli aiuti stante la compatibilità con l'art. 108 TFUE, c. III. A questo fine, l'Unione ha messo a disposizione degli Stati ben undici modelli di orientamento per conformarsi pienamente alla disciplina in materia di aiuti nella redazione dei piani nazionali di ripresa⁵⁵.

⁵² D.l. n. 77, cit., art. 47. Un'ulteriore forma di tutela verso la concorrenza, anche in relazione alla previsione di criteri premiali, è contenuta nell'art. 48, c. VI dello stesso decreto.

⁵³ Ivi, art. 47-*quater*, c. II.

⁵⁴ Regolamento 17 giugno 2014, n. 2014/651/UE.

⁵⁵ I modelli di orientamento sono consultabili *online* sulla piattaforma *competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/coronavirus/rjf-guiding-templates_en*.

Inoltre, sono soggetti a obbligo di notifica, al controllo e concessi solo in seguito all'approvazione da parte della Commissione UE anche gli aiuti previsti all'interno degli interventi di ripresa che risultino essere integrativi e complementari all'attuazione del PNRR⁵⁶. Dunque, permane sostanzialmente intatto il nucleo fondamentale delle politiche unionali.

La novità è rappresentata, in sintesi, dagli ingenti finanziamenti che vengono erogati (a vario titolo) e, in linea di massima, dalla sospensione e dalle proroghe di quest'ultima in materia di divieto di aiuti di Stato. Il che può ritenersi per un verso un elemento, in parte, positivo, dacché lo Stato può, negli stretti limiti fissati dalla Commissione e dalla normativa del caso, sostenere in parte le imprese nel cammino di ripresa economica. D'altro verso, invece, rappresenta un'ambiguità nella quale l'Unione incorre spesso e volentieri nei momenti di grave crisi economica. Infatti, allorché l'Unione si rende conto dell'inefficienza del mercato concorrenziale chiede o consente agli Stati, previa propria autorizzazione, di intervenire con delle misure espansive correttive, ma sempre ben mirate e calibrate nel tempo, ovvero provvisorie. Provvisorie perché le suddette misure sono esclusivamente funzionali a evitare fallimenti del mercato o aiutare questo anzitutto a risollevarsi dalle conseguenze economiche negative, in modo tale da agevolare la restaurazione, non appena possibile, della cornice concorrenziale.

In sostanza, quando il mercato unico arranca, intervengono i pubblici poteri nei soli limiti indicati dal legislatore sovranazionale. Sintomatiche sono le numerose proroghe disposte dall'Unione in materia di sospensione del divieto di aiuti⁵⁷ e, al contempo, la sua totale indisponibilità e chiusura nel rivedere, se non nel riformare completamente, la stessa disciplina, contenuta nei Trattati euro-unitari, nonostante il complesso andamento economico dei suoi Paesi membri.

Alla luce di quanto rilevato, pare che lo spirito che ha informato il legislatore «recettore» per la ripresa economica sia caratterizzato da un *file-rouge*, che vede nel gioco della libera concorrenza nel mercato un principio irrinunciabile e non sacrificabile al pari di nessun altro, che trascende finanche il carattere di *primus inter pares* poiché suscettibile esclusivamente di qualche eccezionale e ponderata deroga o, al massimo, qualche correzione. Il principio concorrenziale non smette di essere il principale punto di riferimento della linea politica ed economica delle istituzioni sovranazionali cui gli Stati membri devono osservare rigorosamente il perimetro tracciato

⁵⁶ D.l. 6 maggio 2021, n. 59, art. 2, c. VIII, convertito in l. 1° luglio 2021, n. 101.

⁵⁷ Dapprima con la comunicazione n. 2020/C91 I/01 “*Temporary framework for States aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*”; poi con l'intervenuta proroga del 18 novembre 2021, Comunicazione n. 2021/8442. A queste si è aggiunta la proroga ‘esterna’, fino al 31 dicembre 2022, disposta dalla Comunicazione, 24 marzo 2022, n. 2022/C/131 I/01, “*Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina*”.

ed entro cui, di riflesso, possono esercitare la loro «discrezionalità condizionata». Discrezionalità condizionata dall'ideologia propria dell'Unione europea, quella neoliberale.

Per concludere sulla questione, pare opportuno svolgere una breve considerazione. Probabilmente, sarebbe da ritenere un'affermazione enfaticizzata quella secondo la quale si stia assistendo a un ritorno dello Stato, a un suo nuovo e incisivo intervento nel campo economico, paragonabile all'interventismo e alle tanto vituperate storture che esso ha prodotto, ai danni del mercato, in passato. Questo poiché, in fin dei conti, lo Stato non è mai uscito completamente di scena. Si è semplicemente adattato alle richieste che gli provenivano dagli operatori di mercato, esortati e protetti dal proliferare della legislazione onni pro-concorrenziale di Bruxelles.

Sicché, è da considerarsi inappropriata la tesi volta a sostenere un ritorno del protagonismo statale negli assetti economici degli Stati e delle imprese concorrenti. Tuttalpiù, può parlarsi, come d'altronde si è fatto, di un qualcosa che in realtà già era presente, come ad esempio di un incremento della funzione regolatoria, di uno Stato «ripristinatore»⁵⁸, ovvero anche di uno Stato «abilitatore»⁵⁹, allorché assista di concerto con i soggetti privati la gestione di crisi aziendali⁶⁰. Si è giunti, financo, a parlare di uno Stato «provvidenza»⁶¹, ma non di un ritorno dello Stato *tout-court*, (libero) imprenditore, in cui i pubblici poteri intervengono direttamente, senza vincoli esterni, nell'arena economica al fine di bilanciare gli squilibri generati dal mercato e dalle inevitabili situazioni di iniquità che esso genera o dai suoi fallimenti, mediante, ad esempio, leggi di nazionalizzazione istitutive di monopoli, anche se solo transeunti; preclusione al mercato di una determinata parte di domanda in un dato settore o di uno specifico bene; redistribuzione di risorse e garanzie dirette ai consumatori più fragili etc.

Anche per quest'ordine di motivi, parrebbe più il caso affermare, se si vuole insistere nel sostenere la tesi secondo cui vi sia un ritorno dello Stato nei piani di ripresa, che suddetto ritorno si definisca come un ritorno apparente. Infatti, i ruoli che vengono da ultimo attribuiti allo Stato hanno tutti in comune alcuni elementi, tra i quali spicca l'ambito di operatività all'interno della dimensione sovranazionale dominata dal mercato e dalle sue regole di cui l'assetto poco rappresentativo del potere esecutivo dell'Unione è fedele garante; la possibilità per gli operatori privati di contendersi – anche in situazioni di rilevante emergenza – la domanda di settori e servizi economici essenziali e di preminente interesse generale; un'ampia autonomia privata nel mercato temperata dalla vigilanza delle *authorities* di settore e

⁵⁸ V. Bontempi, *L'intervento pubblico «ripristinatore»*, cit., 11 ss.

⁵⁹ M. Macchia, *La società turnaround, ossia per la patrimonializzazione e la ristrutturazione delle imprese in crisi*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, IV, Bologna, 2015, 747 ss., spec. 759.

⁶⁰ D.l. 24 gennaio 2015, n. 3, art. 7.

⁶¹ È questa una delle tesi più suggestive contenuta nelle recenti riflessioni di G. Amato, *Bentornato Stato*, cit., 95.

insindacabile, pertanto, dal potere politico; un divieto ordinario per i pubblici poteri di interferire all'interno del mercato concorrenziale erogando finanziamenti, perché si ritiene che il mercato sia il miglior allocatore della redistribuzione delle risorse.

Tutti aspetti, quest'ultimi, che fanno propendere per una visione servente dello Stato e funzionale al corretto svolgimento delle ordinarie dinamiche di mercato.

4. Il protagonismo statale «al di fuori» dei piani di ripresa economica. Un paradosso? Le misure per la sostenibilità energetica, gli interventi durante l'emergenza pandemica, i *golden powers*

Il discorso potrebbe concludersi sostenendo che si possa parlare di un ritorno dello Stato soltanto apparente. Tuttavia, al fine di corroborare quanto sin qui argomentato, è possibile richiamare alcuni riferimenti normativi che hanno investito i pubblici poteri statuali di prerogative maggiormente interventiste, volte a una latente, e in ogni caso ancora lontanissima, ricostruzione del loro protagonismo. Una prima e timida apertura, a opera del legislatore sovranazionale, può essere rappresentata dalla recente direttiva europea che ha istituito le comunità energetiche e dalla normativa sulla sostenibilità e il contrasto al cambiamento climatico⁶².

In relazione a ciò che attiene a questa sede, è utile ricordare come il legislatore sovranazionale abbia introdotto la figura degli autoconsumatori di energia rinnovabile, di autoconsumatori che agiscono collettivamente e delle comunità energetiche. Si tratta di soggetti giuridici composti interamente da cittadini, sia consumatori che produttori. In particolare, è da sottolineare l'istituzione delle comunità energetiche, le quali possono essere partecipate, anche interamente, e controllate dalle amministrazioni pubbliche locali⁶³. Il che potrebbe rappresentare ulteriore incentivo, per i cittadini, ad associarsi alle comunità in questione e ad attivarsi per la produzione e il consumo di energia da fonti rinnovabili giacché è lo stesso potere pubblico che si fa promotore e carico dell'iniziativa.

⁶² Direttiva 11 dicembre 2018, n. 2018/2001/UE (c.d. RED II); regolamento 11 dicembre 2018, n. 2018/1999, in materia di *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima, attuato, in Italia, tramite la pubblicazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (c.d. PNIEC), consultabile *online* sulla piattaforma www.mise.gov.it/index.php/it/notizie-stampa/pniec2030. In riferimento alla legislazione italiana che ha recepito la direttiva unionale in materia di autoconsumo e di comunità dell'energia, si considerino soprattutto il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 e la delibera dell'ARERA, 4 agosto 2020, n. 318/2020/R/eel. In dottrina, di recente, F. Vetrò, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.*, in *Il diritto dell'economia*, I, Modena, 2020, 501-536; F. Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetica*, Torino, 2020; E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto pubblico*, II, Padova, 2021, 415-442.

⁶³ Direttiva 11 dicembre 2018, n. 2018/2001/UE, art. 22.

A questo proposito, quantunque vi sia un qualche spazio di partecipazione e d'intervento pubblico riconosciuto dall'Unione stessa in materia di sostenibilità energetica, un ordine di problemi si pone nel momento in cui, anche in una materia così essenziale e di interesse pubblico generale, il legislatore sovranazionale abbia previsto e, di conseguenza, subordinato questa disciplina alle esigenze del mercato concorrenziale, il quale non deve essere alterato, in nessun modo, dall'ingerenza dei pubblici poteri.

Sicché, anche nella previsione dei regimi di sostegno finanziario per le comunità energetiche, gli Stati nazionali non devono incorrere nel divieto di aiuti di Stato di cui agli artt. 107 e 108⁶⁴ del TFUE né provocare distorsioni del funzionamento dei mercati dell'energia elettrica⁶⁵. Infatti, nella prospettiva sostenibile dell'Unione, i regimi di sostegno si incentrano sui criteri di mercato e hanno l'onere sia di rispondere ai segnali del mercato stesso sia di evitare che si configurino alterazioni dei mercati energetici⁶⁶. Pertanto, è agevole dedurre come le suddette comunità siano state istituite per operare all'interno del mercato concorrenziale, al pari degli altri operatori, al fine di integrare e migliorare la competitività del mercato stesso. Pare non esservi traccia, nella normativa europea in esame, di particolari forme di deroghe o eccezioni per queste figure giuridiche chiamate ad assolvere a un compito delicatissimo, come quello rappresentato dalla produzione e dal consumo di energia rinnovabile e dal contributo da dare per il raggiungimento della neutralità climatica. Esse sono destinate a integrare il mercato retto dal principio di libera concorrenza⁶⁷: è questo il piano e il metodo tramite il quale le istituzioni europee hanno inteso promuovere l'energia rinnovabile.

In questa direzione, è sintomatica anche la disciplina regolatoria scelta per i nuovi soggetti giuridici, ovvero quella privatistica. Infatti, gli autoconsumatori di energia rinnovabile e le comunità energetiche «regolano i loro rapporti tramite un contratto di diritto privato che [...] individua univocamente un soggetto, responsabile del riparto dell'energia condivisa»⁶⁸. Dunque, si registra sì un lieve ampliamento dell'ambito di operatività del potere statale, ma sempre in funzione di una precisa sostenibilità, quella del mercato autoreferenziale e impolitico.

Soltanto di recente, a causa dell'insorgere del conflitto ucraino-russo che ha comportato una crisi energetica senza precedenti in ragione delle

⁶⁴ Un divieto onnipresente all'interno del provvedimento *de quo*, recitato «come le poste di un rosario», *ex multis*, Ivi, art. 4, in cui è specificato che la norma di riferimento si applica «fatti salvi gli articoli 107 e 108 TFUE». Ivi, art. 6.

⁶⁵ Ivi, cons. n. 16; n. 25.

⁶⁶ Come ricorda G. Amato, *Bentornato Stato*, cit., 47, gli incentivi «sono sempre forme diverse di aiuti di Stato e gli aiuti di Stato, a certe condizioni, rientrano fra le alterazioni non consentite della concorrenza. Occorre essere certi, dunque, di non ricadere in tali condizioni».

⁶⁷ Direttiva, n. 2018/2001/UE, cit., cons. n. 71.

⁶⁸ D.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, art. 32, lett. c).

sanzioni commerciali comminate alla Russia, l'Unione europea si è vista costretta a adottare misure emergenziali per contenere la crisi. La *governance* dell'Unione ha optato per delle scelte di politica economica analoghe a quelle impiegate per far fronte alla ripresa in seguito alla pandemia. Così, sono state disposte appositamente delle deroghe e delle sospensioni in merito al divieto di aiuti di Stato, secondo le consuete procedure: previa notifica e autorizzazione della concessione dell'aiuto da parte della Commissione al Paese membro richiedente⁶⁹. Questo conferma che, anche nel quadro della sostenibilità e nell'approvvigionamento energetico europeo, il mercato è la regola, l'intervento pubblico diretto nell'economia l'eccezione.

Un intervento sicuramente incisivo da parte dello Stato nell'economia si è verificato, viceversa, nel pieno dell'emergenza pandemica, allorché l'Italia, il paese inizialmente più colpito, si è ritrovata a dover dichiarare lo stato di emergenza e a paralizzare tutta l'attività economica, pubblica e privata, per contenere l'impellente emergenza epidemiologica. Il blocco improvviso e totale delle imprese, di gran parte dei servizi e il rischio di un tracollo delle strutture sanitarie ha reso obbligatorio l'intervento dei pubblici poteri affinché l'emergenza potesse – quantomeno agli albori – essere contenuta e gestita con maggior organizzazione. In questa fase storica, si scorge lo «Stato provvidenza»⁷⁰. Questi irrompe nello scenario economico per garantire il necessario sostegno «generalizzato dei redditi nelle fasi di *lockdown*»⁷¹, elargisce denaro direttamente alle persone per il loro sostentamento quotidiano, fino alle imprese, per evitare che esse, a causa della chiusura provvisoria coatta dovuta alla pandemia, chiudano definitivamente i battenti e, di riflesso, che i lavoratori finiscano per divenire disoccupati.

Si rivela significativa (e salvifica) l'azione dei pubblici poteri in questa drammatica fase: implodono innumerevoli sussidi, *bonus*, indennità e risorse che consentono all'economia e al mercato di sopravvivere. Tuttavia, come è stato precisato, si tratta pur sempre di una «parentesi e quindi di una esperienza eccezionale, che ha in questa eccezionalità le sue irripetibili ragioni»⁷².

Un quadro di questo genere invita a ritenere, con una certa insistenza, che un intervento diretto, di questa portata, dello Stato nell'economia è davvero eccezionale se non irripetibile, non più configurabile in futuro. Soltanto l'emergenza pandemica ha condotto e giustificato misure di interventismo di rilievo, anche se in realtà sono mancate, almeno in Italia,

⁶⁹ Comunicazione, 24 marzo 2022, n. 2022/C/131 I/01, «*Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina*»; seguita dalla comunicazione, 21 luglio 2022, n. 2022/C 280/01, «*Modifica del quadro temporaneo di crisi per misure di aiuti di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina*», spec. par. 2, nn. 15, 16, 17.

⁷⁰ Si veda nota n. 61.

⁷¹ G. Amato, *Bentornato Stato*, cit., 94.

⁷² Ivi, 95.

misure di maggior ingerenza e proprie di quello Stato che una volta era conosciuto come imprenditore. Probabilmente, non sarebbe del tutto sbagliato se si ridimensionasse l'eccessiva enfasi che è stata, da ultimo, posta sulle recenti misure di politica economica adottate dal potere pubblico nazionale per fronteggiare le emergenze provocate dalla pandemia.

Certo è che le suddette misure si sono rivelate essenziali e imprescindibili: che cosa sarebbe accaduto se lo Stato non fosse intervenuto 'provvidentemente', così come ha fatto, durante la terribile crisi economica? La risposta è alquanto prevedibile, per ora basti escludere l'ipotesi secondo cui il mercato e i suoi operatori più grandi avrebbero potuto disciplinarsi autonomamente per evitare un fallimento preannunciato⁷³.

Quanto sin qui riportato pare condurre sempre alla stessa conclusione e allo stesso punto di partenza: in questa cornice, lo Stato è sempre al servizio del mercato concorrenziale e il suo ruolo assume, in base alle esigenze di quest'ultimo e alle contingenze storiche del momento, alle volte le sembianze di astensione o di regolazione, altre volte, invece, assume le forme di interventismo più o meno graduate a seconda delle circostanze in cui è chiamato, dal mercato, ad agire. Ed è proprio di queste azioni che è «ben difficile negare il fondamento e l'utilità, oltre che la permanenza entro i confini di un ruolo pubblico, che è e rimane di programmazione e che di certo non arriva alla conformazione del privato»⁷⁴.

Quest'ultima affermazione consente, in ultima analisi, di prendere in considerazione lo strumento più importante e straordinario nelle mani dell'esclusivo potere statale per interferire direttamente all'interno degli assetti strettamente privati degli operatori del mercato. Si fa riferimento ai *golden powers*⁷⁵, i poteri speciali, una sorta di asso nella manica restante al potere politico per limitare, paralizzare, se necessario imporre un fare o non fare a un singolo o a una pluralità di operatori economici, sia pubblici che privati⁷⁶. Con molta probabilità, si tratta dell'unico strumento, a oggi, veramente interventista a disposizione dei pubblici poteri, quasi a rappresentare l'ultimo baluardo della sovranità nazionale all'interno della dimensione multilivello incentrata sul libero mercato. I *golden powers* mirano a bilanciare i poteri esorbitanti che il massiccio processo di liberalizzazione

⁷³ È d'uopo precisare come la pandemia da Covid-19 che ha colpito anche e sopra tutto il mercato concorrenziale non ha, tuttavia, con lo stesso vigore, colpito indistintamente tutti gli operatori. Tutt'altro. Ad esempio, si sono registrati enormi incrementi di fatturato per le *websoft company* e per gli operatori della grande distribuzione, che hanno visto le proprie vendite aumentate di circa il 115%, rispetto al tempo pre-pandemico, grazie alle piattaforme *online*. In merito, *Covid, chi ha guadagnato di più durante la pandemia: colossi a confronto*, in *quifinanza.it* del 1° aprile 2021.

⁷⁴ G. Amato, *Bentornato Stato*, cit., 97.

⁷⁵ Sull'*iter* politico e giuridico che ha condotto dapprima all'approvazione della disciplina della *golden share* (d.l. 31 maggio 1994, n. 332), di poi alla più recente del *golden power*, A. Sandulli, *Le relazioni tra Stato e Unione europea*, cit., 405 ss.; A. Lalli, *Effetti istituzionali*, cit., 81.

⁷⁶ Sul tema, per ragioni di opportunità, si rinvia alla nota n. 12.

dei mercati ha prodotto, rendendo singoli operatori di mercato, con il passare del tempo, più ricchi anche di intere economie nazionali.

Per ciò che attiene particolarmente a questa sede, è necessario in primo luogo evidenziare che i poteri in commento rientrano fra le prerogative esclusive del potere politico esecutivo e che sono interamente soggette alla disciplina pubblicistica. In secondo luogo, è da evidenziare che lo schema giuridico in questione è stato oggetto di alcune e significative procedure di infrazione avviate dall'Unione europea a causa della rilevata ed eccessiva discrezionalità riservata al potere politico. Procedure sfociate in pronunce giurisprudenziali che ne hanno ravvisato il contrasto con gli stessi trattati euro-unitari⁷⁷. Tra le tappe fondamentali che interessano, si menziona anzitutto la riforma della materia (introdotta dapprima nel 1994, che disciplina il meccanismo della *golden share*) modificata, in seguito, con il d.l. 15 marzo 2012, n. 21 (che introduce, invece, il *golden power*).

Sostanzialmente, si disegna una forma di controllo pubblicistico, esperibile da parte del potere esecutivo in casi tassativi e predeterminati per legge, sugli investimenti esteri diretti⁷⁸. Un controllo che corrisponde a «una potestà amministrativa del tutto svincolata dalla dimensione privatistica»⁷⁹ e in grado di incidere profondamente all'interno dell'autonomia contrattuale delle parti, a prescindere dalla natura e dalla proprietà, pubblica o privata, dei soggetti coinvolti. L'ambito di operatività dello schema giuridico è predeterminato, come detto, dalla legge, ma da ultimo esso è stato ampiamente, come si vedrà, esteso ad altri settori ritenuti sensibili e strategici per l'interesse nazionale⁸⁰.

Così, l'azione amministrativa è arrivata a toccare gli investimenti di tutte le società operanti sul territorio nazionale in virtù dell'«attività di rilevanza strategica per il sistema di sicurezza nazionale»⁸¹ che queste svolgono o, ancora, a causa dei c.d. attivi strategici all'interno del settore energetico, dei trasporti e delle comunicazioni. Il controllo che ha a oggetto il *golden power* è capillare e per questa ragione esso è strutturato secondo un vero e proprio apparato organizzativo operante presso la sede della Presidenza del Consiglio. Vi è, in proposito, un apposito Gruppo di coordinamento istituito presso la Presidenza e un Dipartimento per il coordinamento amministrativo stesso, il quale ha l'ufficio di proporre, ove ritenuto opportuno, al Presidente del Consiglio l'attivazione, o meno, dei poteri speciali tramite l'adozione di un proprio decreto.

La crisi pandemica⁸², di poi quella energetica⁸³, hanno rappresentato

⁷⁷ *Ex multis*, CGUE, 23 maggio 2000, C-58/99.

⁷⁸ Regolamento 19 marzo 2019, n. 2019/452/UE, art. 2, n. 1).

⁷⁹ A. Lalli, *Effetti istituzionali*, cit., 82.

⁸⁰ Le attività di rilevanza strategica sono state inizialmente inquadrate all'interno del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, 30 novembre 2012, n. 253.

⁸¹ D.l. 15 marzo 2012, n. 21, artt. 1 e 2.

⁸² D.l. 8 aprile 2020, n. 23, artt. 15 ss.

⁸³ D.l. 21 marzo 2022, n. 21, artt. 24 ss., convertito in l. 20 maggio 2022, n. 51.

un valido motivo per una revisione della disciplina in materia di poteri dorati, le cui fattispecie di azionabilità sono state ulteriormente estese a causa dei rischi che le recenti crisi possono arrecare sul piano economico e della sicurezza nazionale. Non a caso, si è parlato di *golden power rafforzato*⁸⁴, anche con vena polemica, nel momento in cui il legislatore nazionale, sia nel corso dell'emergenza Covid che in seguito all'avvento del conflitto ucraino-russo, ha deciso di estendere ulteriormente la regolazione della materia, prevedendo non solo un ampliamento delle fattispecie, ma anche del controllo nei confronti di investimenti che provengono da imprese interne all'Unione europea stessa⁸⁵. Donde l'esigenza, da parte delle istituzioni di Bruxelles, di elaborare una disciplina quadro entro cui i suddetti poteri possano operare, approvata mediante regolamento⁸⁶, la quale prevede principalmente una cooperazione tra Stati membri in merito allo scambio di informazioni sensibili⁸⁷, senza tuttavia pregiudicare l'eseribilità del potere dorato che continua a rimanere una prerogativa esclusiva dello Stato nazionale⁸⁸, nella fattispecie italiana del Governo per mezzo del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (c.d. DPCM).

Infine, resta da illustrare concretamente il perché il controllo esercitabile mediante l'esperimento dei *golden powers* costituisca, attualmente, uno dei più grandi strumenti attraverso cui l'autonomia privata possa essere fortemente limitata dall'intervento dello Stato, con una certa pervasività della sua azione⁸⁹. A questo proposito, nelle materie e sussistendone i presupposti indicati dalla legge, il Governo può esercitare le due procedure di controllo, a seconda degli interessi pubblici da proteggere: una procedura riguardante la difesa e la sicurezza nazionale, un'altra procedura riguardante l'ordine pubblico e la sicurezza delle reti e degli impianti e del loro relativo funzionamento.

Tralasciando le analogie e le differenze tra le due procedure, ciò che si deve porre in rilievo sono le modalità di esercizio dei *golden powers*, in sostanza in cosa esattamente le misure esperibili consistano.

Sicché, ad esempio, grava su coloro che fanno luogo alle operazioni l'onere di notificare e di informare l'amministrazione competente a seconda

⁸⁴ A. Lalli, *Effetti istituzionali*, cit., 85, ha criticato la novella legislativa in quanto, a suo dire, essa comporta «uno snaturamento della *ratio* originaria dell'istituto che è divenuto uno strumento ordinario con finalità essenzialmente protezionistica delle produzioni nazionali, anche nei confronti di investimenti provenienti da imprese di Paesi membri UE».

⁸⁵ A. Sandulli, *Le relazioni tra Stato e Unione europea*, cit., 416.

⁸⁶ Regolamento 19 marzo 2019, n. 2019/452/UE, spec. considerando n. 16 e art. 4, par. 1. In merito, G. Napolitano, *Il Regolamento controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena globale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, I, Torino, 2019, 1-19.

⁸⁷ Regolamento n. 2019/452/UE, cit., art. 9, "Obblighi informativi".

⁸⁸ Ivi, cit., cons. 17.

⁸⁹ Sull'ampliamento dei poteri speciali generato dalla recente modifica normativa del 2022, G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di diritto amministrativo*, V, Milano, 2019, 551 ss.

dei casi⁹⁰; è disposta, in seguito all'operazione economica, la sospensione (*ex lege*) fino alla notifica e fin quando non sia scaduto il termine di 45 giorni entro cui il Governo può esercitare i poteri speciali conferitigli, dei diritti di voto relativi alle azioni che riguardano la partecipazione rilevante; ancora, può esservi un intervento d'ufficio, entro lo spirare del termine di 45 giorni, anche in assenza di notifica da parte dei soggetti che abbiano posto in essere l'operazione; possono essere disposte sanzioni amministrative per violazione degli obblighi di notifica; la possibilità, per l'Amministrazione coinvolta, di imporre la riduzione in pristino dello *status quo ante* in seguito alla violazione della disciplina.

Non solo, ma l'intervento può rivelarsi maggiormente incisivo prevedendo delle misure ancor più dettagliate, come nel caso di acquisto di partecipazioni in imprese che operano nelle materie rientranti nella disciplina *de qua*. In questo caso, infatti, il Governo può prevedere delle condizioni di acquisto molto rigide, esercitando la propria discrezionalità politica al fine di tutelare al meglio gli interessi pubblici coinvolti nell'operazione.

2252

È il caso del potere di veto che l'organo esecutivo può esercitare nei confronti di delibere, atti od operazioni assembleari vertenti sui settori rientranti nelle previsioni di legge, le quali risultino idonee a modificare sensibilmente la stessa attività di impresa. Il suddetto potere di veto implica, altresì, la facoltà per i pubblici poteri di indicare le condizioni che gli stessi atti assembleari devono contenere⁹¹. Il veto può esplicarsi financo in un totale blocco dell'operazione di acquisto qualora l'ammontare delle partecipazioni assunte in ragione dell'operazione medesima comporti una posizione di partecipazione al capitale societario tale da attribuire un diritto di voto idoneo a compromettere, nella fattispecie, gli interessi inerenti alla difesa e alla sicurezza nazionale.

5. Il rafforzamento del controllo amministrativo centralizzato e l'esigenza di ri-politicizzazione del potere pubblico

Giungendo alla conclusione, i poteri speciali legittimano un controllo amministrativo considerevole a discapito, come visto, della libertà di impresa e dell'autonomia privata *lato sensu*⁹². Sintomo di come lo stesso legislatore

⁹⁰ Sul valore della notifica in un procedimento passibile di *golden power*, da ultimo TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022, nn. 4486 e 4488, ha precisato che essa non rappresenta una domanda che mira all'ottenimento di un bene della vita, bensì un obbligo e un atto dovuto. Si tratta, in sostanza, di un adempimento di un obbligo informativo, tenendo ben presente che i poteri speciali possono essere esperiti anche prescindendo dalla notifica dell'operazione.

⁹¹ Per la procedura che inerisce alla difesa e alla sicurezza nazionale, A. Lalli, *Effetti istituzionali*, cit., 89, ricorda che, per quanto concerne le delibere, «la valutazione della minaccia attiene all'idoneità dell'assetto risultante dalla delibera a garantire l'integrità del sistema di difesa e sicurezza nazionale».

⁹² Ivi, 92, con un cenno di preoccupazione, sottolinea «che i poteri speciali possono

nazionale, pur nell'osservare rigorosamente i vincoli esterni provenienti dall'ordinamento euro-unitario e dalle logiche del mercato unico, non intenda rinunciare *in toto* alla propria e legittima sovranità, in particolar modo qualora vengano posti a repentaglio settori che questo considera di preminente interesse generale e strategico⁹³.

Per questa ragione, si è disposta una tutela che si sostanzia in un controllo pubblico di natura essenzialmente amministrativa e verso cui gli interessi contrattuali privati degradano inevitabilmente a interessi secondari e che non possono, pertanto, godere di una egual tutela se in gioco vi siano interessi pubblici così rilevanti, se non irrinunciabili da parte dello Stato⁹⁴. Si tratta, dunque, di fattispecie in cui lo Stato è chiamato a esercitare la propria piena sovranità per tutelare i rispettivi interessi strategici e la sicurezza dei suoi cittadini posti a rischio da alcune operazioni di mercato dalle dimensioni esorbitanti⁹⁵. Il che non può che comportare una nuova espansione della disciplina pubblicistica implicante un penetrante controllo amministrativo esercitato dal potere esecutivo e dagli organi ausiliari *ad hoc* istituiti per la valutazione delle singole fattispecie.

Tuttavia, gli operatori che abbiano posto in essere l'investimento e che si siano visti opporre una delle misure governative impeditive contemplate dalla disciplina sui poteri dorati non rimangono scoperti di tutela. Essi possono infatti impugnare il diniego contenuto nel decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o altro provvedimento che incida sul contenuto o sulla realizzazione dell'operazione dianzi al giudice amministrativo. In caso di instaurazione del giudizio, infatti, la controversia rientra nelle fattispecie di giurisdizione esclusiva di questo giudice⁹⁶. L'impugnazione è consentita in quanto il provvedimento contestato non è considerato un atto politico

stabilmente essere esercitati anche nei confronti di imprese nazionali e in operazioni dove non vi sia alcun collegamento con realtà straniere [...] Ciò rende i poteri speciali una forma di controllo pubblico particolarmente invasiva sul merito della gestione imprenditoriale».

⁹³ In questa direzione, lo stesso giudice amministrativo del Consiglio di Stato, sez. VI, 26 luglio 2004, n. 5288. Inoltre, per quanto attiene alla natura del potere in questione, A. Lalli, *Effetti istituzionali*, cit., 93, svolgendo un parallelismo con il controllo esercitabile dall'Autorità *Antitrust* (AGCM), afferma che si sia, pertanto, al cospetto non di «un potere autorizzatorio» quanto di «un potere di controllo in funzione repressiva dell'autonomia privata, quando l'operazione progettata, espressione della libertà di impresa, in concreto possa dare luogo ai rischi che la normativa intende evitare».

⁹⁴ Ivi, 99; M. Clarich, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., 118 ss.

⁹⁵ Ad esempio, dall'innovazione della disciplina, apportata con legge del 2012, al 31 dicembre 2020 il potere di veto governativo risulta essere stato esercitato in soli tre casi sulle circa ottocento operazioni che sono state oggetto di controllo. Per un'analisi casistica approfondita, si rimanda direttamente alla Relazione al Parlamento del Dipartimento per il coordinamento amministrativo consultabile *online* su www.governo.it/it/dipartimenti/dip-il-coordinamento-amministrativo/dica-att-goldenpower-relparlamento/9298. In dottrina, *ex multis*, E. Freni, *Le privatizzazioni*, in *La nuova costituzione economica*, cit., 316 ss., spec. 318.

⁹⁶ D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 133, *z-quinquies*).

stricto sensu, e pertanto insindacabile da parte dell'organo giurisdizionale, bensì un «atto di alta amministrazione», per il quale è ammesso il sindacato del giudice amministrativo «nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità delle decisioni assunte»⁹⁷. Questo aspetto, in ottica comparatistica, costituisce una netta differenza con altre scelte: ad esempio, negli Stati Uniti si riconosce la natura strettamente politica dei provvedimenti adottati dal Presidente, in materia di *golden powers* e, di conseguenza, tali provvedimenti non sindacabili da alcun giudice⁹⁸.

Il quadro sin qui delineato consente, infine, di confermare la permanenza della centralità dello Stato, indipendentemente dal ruolo che questi sia chiamato a svolgere. A questo proposito, è da rilevare come i pubblici poteri non si siano, in nessun caso, ritirati dalla scena politica ed economica, ma si siano prestati, piuttosto, a dei mutamenti di posizione a seconda delle esigenze che si affermavano – e affermano tuttora – nella società. Così, ad esempio, fino agli anni Novanta dello scorso secolo questi poteri si manifestavano per mezzo di un intervento diretto e costante all'interno della sfera economica. È il caso delle diverse forme di partecipazione pubblica attraverso appositi enti o mediante la configurazione di situazioni monopolistiche. In Italia vi era financo un Ministero delle Partecipazioni statali. Il che aiuta a rendere l'idea di quanto fosse considerata dirimente la presenza, in prima persona, dello Stato. Oggi, invece, la presenza dei pubblici poteri si rivela essere funzionale esclusivamente al buon andamento del mercato concorrenziale e all'affermazione, al suo interno, delle libertà di cui gli operatori privati necessitano.

Gli esempi, in questo senso, sono molteplici e diversi, ma tutti pare convergono in una medesima direzione, ovvero al riconoscimento di quanto, ancora oggi, lo Stato non sia pronto per essere superato dai sostenitori del libero mercato e del dogma concorrenziale, avendo questi necessità, a seconda delle circostanze, di un intervento volto o a prevenire i fallimenti o ad assicurarsi una legislazione di favore, di maggiore *laissez-faire*. Né, tantomeno, lo Stato può essere sostituito dai sostenitori di un ordinamento sovranazionale europeo unico e federale, maggiormente solidaristico e maggiormente vigile nei confronti delle insidie che provengono dall'esterno, dal momento che gli stessi Stati continuano a non voler rinunciare a quote importanti di sovranità che non sono ancora state erose dall'ordine sovranazionale. In merito, un caso emblematico è rappresentato proprio dalla prerogativa di esercizio in materia di *golden powers* riservata al pubblico

⁹⁷ Così TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022, n. 4488. In merito al sindacato del g.a. e alla natura degli atti *de quibus*, R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, XVII, 2019, 1-14, spec. 13 ss.

⁹⁸ Ad es., United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 15 luglio 2014, n. 13-5315, *Ralls Corporation v. Committee on Foreign Investment in United States*, ove in più punti si evidenzia come, nella fattispecie, la decisione presidenziale sia da ritenersi «unreviewable». L'intera trattazione del caso è consultabile su caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1672928.html.

potere⁹⁹.

Se vi è un'esigenza che si fa sempre più spazio e che il dogma neoliberale non riesce, al momento, a occultare, è proprio quella della ri-politicizzazione dello Stato e di alcuni settori del mercato che toccano interessi sensibili e di preminente rilievo pubblico e generale. Tuttavia, al momento, continua a registrarsi l'amara constatazione che la crisi pandemica non sia risultata sufficiente a far cambiare idea alle istituzioni di Bruxelles, stando ai piani di ripresa, per ciò che attiene al ruolo e alla natura interventrice dei pubblici poteri, con la sola eccezione rappresentata dalla disciplina dei *golden powers*¹⁰⁰. Tutt'altro. Ne emerge l'evidente paradosso per cui i compiti diretti e attivi dello Stato riguardano per lo più provvedimenti che esulano, quantomeno *de iure*, dall'ambito della legislazione di ripresa.

Francesco Tomasicchio
Università La Sapienza di Roma
francesco.tomasicchio@uniroma1.it

2255

⁹⁹ Anche se da ultimo, in sede europea, si sta diffondendo la convinzione secondo la quale vada formulata una disciplina comune e meno discrezionale per i singoli Stati membri. In merito, si consideri la decisione del Consiglio europeo del 21 marzo 2022 “*A Strategic Compass for Security and Defence – For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security*”.

¹⁰⁰ Un'eccezione che però risulta essere del tutto incompatibile con il dogma neoliberale unionale, dati i profondi limiti che il potere dello Stato può apportare all'autonomia negoziale delle parti. Il tema non è sfuggito, in relazione alla disciplina italiana, ad A. Lalli, *Effetti istituzionali*, cit., 99, secondo cui questa «consente forme di protezione estesa del sistema economico nazionale nei confronti degli altri Paesi membri dell'UE e dei Paesi terzi e non appare del tutto compatibile con l'ortodossia ordoliberal dei Trattati. Il principio di concorrenza cui tutta la regolazione economica doveva sino a ieri essere ispirata, oggi appare controbilanciato dal principio della tutela degli interessi strategici dello Stato che si pone sul medesimo piano».