

**La «golden share» “all’italiana” finalmente “presa sul serio” dalla Corte di Giustizia? La nuova (e forse perplessa) condanna della “Grundnorm” delle privatizzazioni ‘sostanziali’ ...**

SOMMARIO: 1. L’intervento dello Stato nell’economia e un precedente illustre: «all’insegna del buon “particolare”» ... - 2. Il diritto amministrativo dell’economia ancora sotto il severo scrutinio dei giudici del Lussemburgo: “eppur si muove” ... - 3. *Segue*: la giustizia comunitaria tra liberismo e «*soziale Marktwirtschaft*» al tempo della crisi finanziaria. - 4. *Wegmarken*. Dalle Conclusioni dell’Avvocato generale alla sentenza, le labili «tracce» di una possibile futura giurisprudenza sui «poteri speciali» nelle società privatizzate: dalla loro condanna *per se* a quella solo dei criteri di esercizio ... - 5. «Che fare?» ... Ovvero, della discrezionalità amministrativa (in eccesso?) “curata” con i principi di legalità e proporzionalità. Dopo Karlsruhe (*BVerfG* vom 30.6.2009).

1. *L’intervento dello Stato nell’economia e un precedente illustre: «all’insegna del buon “particolare”»...*

Può essere opportuno, iniziando una discussione sulla giurisprudenza comunitaria in tema di compatibilità con la Costituzione economica europea di determinate discipline nazionali tali da configurare una asserita illegittima “ingerenza” dei poteri pubblici nei confronti di società private (o quanto meno formalmente tali), allargare lo sguardo alla migliore recente storiografia sulla genesi del capitalismo moderno<sup>1</sup>.

A un certo punto del suo bel volume sulla storia del mercato nella cultura istituzionale dell’Occidente, Paolo Prodi, accingendosi a trattare degli «interventi dello Stato nell’economia», afferma che gli sembra

---

<sup>1</sup> Per una brillante confutazione delle teorie dominanti, quella marxiana dell’accumulazione originaria e quella weberiana dell’etica calvinista, cfr. L. PELLICANI, *La genesi del capitalismo e le origini della Modernità*, Marco, Cosenza 2006, per il quale affinché «si sviluppino le istituzioni tipiche della civiltà moderna - la proprietà privata, la libera iniziativa, l’economia di mercato, l’autogoverno delle comunità di base, ecc. - è imperativo che la società civile possa godere di un’ampia libertà di movimento», ivi, 142. La coincidenza dei termini capitalismo (pur nella consapevolezza dei differenti modelli in cui tuttora si inarna: anglosassone, renano/nipponico, ecc.) e mercato, usati indifferentemente per comodità anche qui, sconta la qualificazione del secondo non come luogo bensì come processo di scoperta e tendenzialmente concorrenziale, nonché garantito da istituzioni giuridicamente adeguate, e dunque storicamente e geograficamente determinabile nella cultura occidentale: cfr. ancora, in sintesi, *op.ult.cit.*, 4, e i relativi richiami (in specie ad Adam Smith e ad Autori della Scuola austriaca). Il riferimento alla funzione del diritto nei confronti del mercato tendente ad escludere una sua esclusiva partenogenesi (secondo quanto emerge in sostanza dal modello austriaco appunto) è, peraltro, ancora qui, cruciale (a maggior ragione nella presente tempeste economica ...), e dunque rimanda ad una prospettiva analitica, grosso modo, “istituzionalista”, nel senso di D.C. NORTH, *Capire il processo di cambiamento economico*, il Mulino, Bologna 2006 (*Understanding the Process of Economic Change*, Princeton University Press, Princeton, N. J. 2005); per una critica a tale ultima versione «evoluzionista» del «nuovo» istituzionalismo, ritenuta inadeguata quanto meno a spiegare le dinamiche del «potere», cfr. ora però A. PANEBIANCO, *L’automa e lo spirito. Azioni individuali, istituzioni, imprese collettive*, il Mulino, Bologna 2009, 103 ss. In conclusione, l’angolo visuale da cui ci si pone, è quello sinteticamente esposto già negli anni quaranta del secolo scorso a proposito dell’intervento dello Stato nell’economia, nell’*Introduzione alla politica economica* (Einaudi, Torino 1942, 1a e 1944, 2a) ora in C. BRESCIANI TURRONI, *Liberalismo e politica economica*, il Mulino, Bologna 2006, per il quale alla domanda «come impedire, in uno Stato liberale, che degli interessi non legittimi abbiano il sopravvento? La dottrina liberale risponde che, se lo Stato assicura la libera concorrenza, questa diventa la grande forza che mette gli interessi privati in armonia con gli interessi generali» e però essa «non è uno “stato di natura” - perché l’uomo ... tende naturalmente al monopolio ... - ma una creazione dello Stato; essa fa parte dell’ordine giuridico imposto dallo Stato», ivi, 140. Peraltro, non può sottacersi che l’assunto in parola può essere di difficile applicazione oggi, come del resto è accaduto in altri periodi: cfr. ora J. FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, in *Mercato concorrenza regole*, 1/2009, 7-22; e, per un profilo di particolare interesse in questa sede, cfr. V. GIGLIO, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, ivi, 23-36. In generale, su detti temi, e altresì con specifico riguardo proprio alla regolazione amministrativa dell’economia, cfr. anche M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il Mulino, Bologna 2008.

utile «citare qui un “avvertimento” scritto da Francesco Guicciardini (1485-1540) quasi cinquecento anni or sono:

Dico che el Duca di Ferrara che fa mercatantia [commerci], non solo fa cosa vergognosa, ma è tiranno, facendo quello che è officio de' privati e non suo: e pecca tanto verso e populi, quanto pecherebbono e populi verso lui intrromettendosi in quello che è officio *solum* del principe.»

E ritiene «di grande interesse la declinazione delle parole del celebre Fiorentino sul piano dell'intera storia europea, con ripercussioni che si fanno sentire anche sul terreno della politica attuale». A suo avviso, infatti, «la riflessione di Guicciardini appena proposta, costituisce una delle primissime definizioni del rapporto di netta distinzione tra pubblico e privato, tra la sfera politica e quella del mercato, che ha portato l'Occidente sulla via della modernità, delle libertà e dei diritti umani»<sup>2</sup>.

Non si può non consentire con quanto sopra riportato e questo è, in fondo e *si parva licet*, il vero *thema decidendum* di quanto brevemente si esporrà. Ovvero la mai risolta questione dei mobili confini tra Stato e mercato<sup>3</sup> (a meno che sia impossibile tracciarli, come sottolineato a suo tempo da Sabino Cassese ...), nonché della qualificazione della relativa disciplina giuridica, e situata ora però nel tempo di un diritto statale (e sovranazionale) alle prese con la globalizzazione (non solo economica)<sup>4</sup> e le sue crisi.

Ovviamente, trattandone nei pur angusti limiti ed ai limitati fini del commento ad una pronuncia giurisdizionale.

## 2. Il diritto amministrativo dell'economia ancora sotto il severo scrutinio dei giudici del Lussemburgo: “eppur si muove” ...

<sup>2</sup> Così P. PRODI, *Settimo non rubare. Furto e mercato nella storia dell'Occidente*, il Mulino, Bologna 2009, 322 e s.

<sup>3</sup> La cui nascita viene appunto collegata alla modernità occidentale. «La nuova sovranità, lo stato moderno, ha rinunciato negli ultimi secoli a entrare nella sfera della vita economica ma si riserva ogni intervento diretto alla sua finalizzazione in funzione del suo benessere. Quest'intervento può provenire solo dall'esterno e si estrinseca sostanzialmente in due modi: dettando le regole a cui tutti gli attori del mercato devono attenersi e prelevando una quota della ricchezza prodotta mediante il fisco, al fine di provvedere alle spese generali necessarie per l'organismo politico. Dal canto suo, il potere economico ha rinunciato a entrare direttamente nella gestione dello stato; gli è concesso di farlo, invece, attraverso forme mediate, cioè tramite la rappresentanza ... In questo modo, democrazia e mercato si sono saldati inscindibilmente»: *op.ult.cit.*, 323-324.

<sup>4</sup> Che la globalizzazione, nelle sue varie manifestazioni, abbia conseguenze non solo economiche ma impatti, più o meno severamente, sui sistemi democratici, è ormai acclarato; cfr. fra i tanti O. HOEFFE, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, il Mulino, Bologna 2007 (*Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, Beck Verlag, Muenchen 1999). Osserva poi l'Autore, nel Capitolo *Esautorazione dello stato?*, che «nel corso del suo sviluppo lo stato nazionale realizza prestazioni che direttamente o indirettamente vanno a vantaggio della democrazia qualificata; e solo per questo esso ha potuto assurgere al rango di modello, nonostante qualche orribile perversione. Tra le prestazioni rientra per esempio la separazione di stato e società, che ha come conseguenza un'autonomia pluridimensionale degli individui, come la loro libertà religiosa, economica e culturale. L'autonomia economica contribuisce a sua volta al benessere materiale, mentre l'economia moderna sarebbe a mala pena concepibile senza quell'integrazione comunicativa che solo lo stato nazione realizza; qualcosa di simile vale anche per la moderna amministrazione», da cui lo Stato di diritto e dunque «se consideriamo queste prestazioni nel loro complesso si può dire che lo stato nazionale crea il modello di una stato moderno, la democrazia liberale e sociale», *ivi*, 125-126. La globalizzazione mette perciò a rischio appunto siffatta «democrazia qualificata» esponendola fra l'altro ai pericoli di una deriva populista resa più agevole dalla «mediatizzazione della vita politica»: cfr. Y MÉNY-Y. SUREL, *Populismo e democrazia*, il Mulino, Bologna 2001, 111 ss. (*Par le peuple, pour le peuple*, Fayard, Paris 2000); e non paiono adeguate le risposte alla crisi d'una democrazia liberale rappresentativa stretta nell'alternativa, per essa letale, tra “populismo” e dominio della “tecnica”, che taluno crede di poter rintracciare nella cd. democrazia partecipativa: cfr. *ex multis* J. GASTIL, *Political Communication and Deliberation*, Sage Publications, Inc., 2008 e Y. SINTOMER, *Il potere al popolo. Giurie cittadine, sorteggio e democrazia partecipativa*, Dedalo, Bari 2009 (*Le pouvoir au peuple. Jurys citoyens, tirage au sort et démocratie participative*, La Découverte, Paris 2007); in questo filone appare già più fondata l'analisi giuridica di C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, il Mulino, Bologna 2009 (*Designing Democracy*, Oxford University Press, New York 2001). Osserva da ultimo S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino 2009, 166 e s., che «I principi della democrazia e della *rule of law* presentano, quindi, rilevanti differenze e limiti, dovuti agli stessi caratteri dell'ordine globale» e dunque ne consegue che alla domanda se «esistono limiti alla “democratizzazione” prodotta dai sistemi globali» non è stata ancora data una risposta.

“Non è tutto oro quel che luccica”: con questa brillante citazione dal Mercante di Venezia di Shakespeare<sup>5</sup>, non a caso scelta per introdurre il tema delle «golden shares» che gli Stati membri utilizzerebbero «alla stregua di re Mida» per valorizzare «le partecipazioni nel capitale di imprese che operano in settori strategici o che prestano servizi pubblici»<sup>6</sup>, l'Avvocato Generale Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer iniziava le Conclusioni presentate il 6 novembre 2008 nella Causa C-326/07, e dirette ad ottenere la condanna della Repubblica Italiana per violazione degli artt. 43 e 56 del Trattato CE. Ma l'Avvocato Generale poneva altresì a servizio della proprie richieste un imponente apparato argomentativo pure fondato su una costante giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>7</sup> nonché su ampi richiami ai diritti nazionali da quella evocati, del resto «in linea con la tradizione degli *avocats généraux* francesi»<sup>8</sup> e da lui stesso più volte utilizzato in casi ritenuti, a torto o ragione, analoghi.

Ne seguiva il 26 marzo 2009 l'inevitabile e scontata condanna della Corte nei confronti della disciplina italiana sottoposta al vaglio del giudice comunitario, dal quale peraltro già aveva subito una, invero stringatissima, censura nel 2000<sup>9</sup> pur avendo per oggetto allora un congegno normativo parzialmente differente da quello attuale (al cui esame specifico ci si dedicherà nel prosieguo, lumeggiando fra l'altro la cospicua novità della presa in considerazione appunto di un diverso congegno normativo).

Ciò nonostante, al di là dell'ancora una volta inesorabile dispositivo della sentenza, si possono forse cogliere nelle argomentazioni che pur lo sorreggono nuovi o più ampi varchi per un differente approccio al diritto amministrativo dell'economia<sup>10</sup>, magari suggeriti dal mutato contesto dell'economia mondiale: si potrebbe dire, anche qui, che «non è tutto oro quel che luccica» ...

Non v'è dubbio infatti che quella (parzialmente) criticata giurisprudenza si era andata consolidando nel decennio che aveva visto concludersi la grande fase delle privatizzazioni delle società pubbliche in tutta Europa, iniziata nel Regno Unito dei governi Thatcher a partire dagli anni '80 dello scorso secolo, e di quell'abito culturale si era, anche se non inevitabilmente, vestita.

---

<sup>5</sup> In verità già a suo tempo adottata nella stessa materia da F. FRACCHIA e M. OCCHIENA, *Società pubbliche tra golden share e 2449: non è tutto oro quel che luccica*, in *Giust. Amm.*, 12/2007 a commento della sentenza sul cd. caso AEM nelle cause riunite *Federconsumatori C-463/04 e C-464/04* ...

<sup>6</sup> *Conclusioni*, cit., punto 1. Ma, come già ripetutamente chiarito, non sempre si tratta di «partecipazioni nel capitale» ...

<sup>7</sup> Per l'esame della quale sia consentito rinviare da ultimo a G.C. SPATTINI, «*Vere*» e «*false*» «golden shares» nella giurisprudenza comunitaria. La «*deriva sostanzialista*» della Corte di Giustizia, ovvero il «*formalismo*» del principio della «*natura della cosa*»: il caso *Volksswagen*, e altro ..., in questa *Rivista*, 1/2008, 303-363 (e ivi bibliografia) e sul medesimo argomento all'ampia nota di F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, ivi, 396-410

<sup>8</sup> Così B. MARKESINIS e J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, Bologna 2009, 164 (*Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, London, UCL Press, 2006), i quali mettono in rilievo il gran lavoro preparatorio svolto dagli Avvocati generali, 165 ss, al punto che «non vi può essere dubbio che il lavoro comparatistico contenuto nelle opinioni, assai complete, dell'Avvocato Generale abbia influenzato le più brevi - e in verità talvolta criptiche - sentenze della Corte», *ibidem*.

<sup>9</sup> Sent. 23 maggio 2000, Causa C-58/99, *Commissione v. Repubblica Italiana*, su cui cfr. per tutti F. MERUSI, *La Corte di giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. e eur.*, 2000, 1236-38 e, *amplius*, G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Giappichelli, Torino 2006, *passim* (e ivi bibliografia).

<sup>10</sup> Si preferisce, *et pour cause*, questa locuzione a quella dominante di diritto pubblico dell'economia, sia per le già evocate ascendenze gianniniane (cfr. il mio *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, cit., 262 ss.), sia per mere e più recenti ragioni di fatto, tanto che Sabino Cassese ha potuto affermare nel suo ultimo libro che se è vero che «mercato, liberalizzazioni, privatizzazioni, hanno dominato l'ultimo ventennio, rovesciando l'indirizzo “colbertista” dell'epoca precedente» e però «sembrano ora perdere quota, sono in affanno», ciò nondimeno proprio su «questi temi la scienza giuridica ha dato il meglio di sé: attenzione per il dato positivo, abilità nella ricostruzione dei nuovi istituti, sensibilità per le pratiche applicative, prontezza nella indicazione di nuove vie» e dunque «il diritto pubblico dell'economia ha dimostrato di saper svolgere il proprio ruolo di *ala marciante del diritto amministrativo*» [corsivo mio] (S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Laterza, Roma-Bari 2008, 44). Per un chiaro segno di ritorno aggiornato a un certo qual «colbertismo mercantile» cfr. ora G. TREMONTI, *La paura e la speranza. Europa: la crisi globale che si avvicina e la via per superarla*, Mondadori, Milano 2008.

La crisi economica e finanziaria che maturava in USA dal 2007 per le insolvenze generate dai cd. mutui *subprime* ed è precipitata nell'autunno del 2008 a causa del fallimento della banca d'investimento Lehman Brothers, inopinatamente consentito dal governo statunitense, ha progressivamente mutato gli scenari dell'economia globale riportando in primo piano le problematiche legate all'intervento pubblico, imprimendo ancora una volta all'oscillazione del pendolo pubblico/privato una direzione favorevole ai pubblici poteri e opposta allo slogan "Rolling back the State". Un manifesto politico, quest'ultimo, che aveva aperto un'era thatcheriana (e per certi versi reaganiana), la quale aveva interrotto, pur tra contraddizioni e perplessità, l'ascesa del *welfare state* e della sua legislazione<sup>11</sup> il cui sviluppo era stato impetuoso dopo la depressione tra le guerre mondiali (in USA il *New Deal*) e ancor più dopo la fine della seconda (la *Great Society* di Lyndon Johnson)<sup>12</sup>, e in Italia aveva assunto le varieghe sembianze di un dirigismo amministrativo e di un interventismo economico giusprivatistico ben rappresentato dai cd. «enti Beneduce»<sup>13</sup>, cresciuti all'ombra della mitologia del diritto corporativo<sup>14</sup> e, svanita quella con il regime che l'aveva promossa, trasmigrati in età repubblicana nella perdurante forma della cd. «economia mista» (nozione il cui valore euristico era però notoriamente negato da Massimo Severo Giannini)<sup>15</sup>.

Peraltro, come del resto era accaduto inversamente anche nel precedente periodo, questi indicati mutamenti economici potrebbero avere conseguenze sulla riconsiderazione dei rapporti tra diritto privato e diritto amministrativo riportando in auge appunto il secondo a discapito del primo; ovvero, laddove prima privatizzazioni e liberalizzazioni erano state interpretate non soltanto come manifestazione del *retreat of the State* dal punto di vista dell'economia ma pure da quello dei settori giuridici presi in esame, prendo la via a tesi che in qualche misura vagheggiavano una possibile uscita di scena proprio del diritto amministrativo, quasi a ricomporre a suo sfavore la nota dicotomia fra ordinamenti che su di esso si reggevano, detti di *civil law* (o ad «atto amministrativo», secondo la definizione che ne dava M.S. Giannini nella sua ben nota e omonima voce dell'*Enciclopedia del diritto* datata 1959), e di *common law*, ora non sarebbe da sottovalutare l'ipotesi di una ripubblicizzazione della disciplina giuridica.

---

<sup>11</sup> Sulle cui vicende esiste ormai una bibliografia troppo ampia per essere qui citata: cfr. solo, da ultimo, A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, 1/2009, 1-42, il quale però attribuisce la freddezza sociale tipica dell'analisi economica del diritto alle posizioni di Guido Calabresi (nel noto volume scritto con Philip Bobbitt, *Tragic Choices*, Norton & Co., New York, tr.it. Giuffrè, Milano 1986), invece che, più correttamente, a quelle del leader della prevalente corrente chiacogiana, Richard Posner: cfr. infatti F. PULITINI, *Quante analisi economiche del diritto? Riflessioni su Yale e Chicago*, in *Mercato concorrenza regole*, 1/2003, 139-157. Ma cfr. il recentissimo ripensamento, dopo l'attuale crisi, quanto meno relativamente al mito dell'autoregolazione dei mercati finanziari, proprio di R. POSNER, *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Harvard University Press, 2009. Sui rapporti tra diritto amministrativo e EAL si è impegnato in varie opere, sopra tutti, Maurizio Cafagno (e da ultimo se ne veda un tentativo di applicazione, in chiave problematica, ad una materia di per sé "resistente", in ID., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Giappichelli, Torino 2007, 399 ss.); cfr. anche AIPDA, *Annuario 2006, Analisi economica e diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2007 (Atti del Convegno di Venezia, 28-29 settembre 2006) e in specie, pure assai problematico, F. MERUSI, *Conclusioni*, ivi, 311-323. Un esaustivo sguardo d'insieme è fornito da G. NAPOLITANO e M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, il Mulino, Bologna 2009.

<sup>12</sup> Un'esauriente ricostruzione dei percorsi del welfarismo statunitense si può leggere ora in A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti. Evoluzione e tensioni di un modello neo-liberale di assistenza sociale*, Giappichelli, Torino 2003.

<sup>13</sup> Così definiti nella bella biografia di M. FRANZINELLI e M. MAGNANI, *Beneduce. Il finanziere di Mussolini*, Mondadori, Milano 2009, 8 e *passim*, dove si parla anche di «sistema» Beneduce o addirittura di «dittatura economica» dello stesso (10) e cui si attribuisce la paternità della creazione dell'economia mista nel nostro paese (3), con un giudizio storico articolato ma nel complesso non negativo relativamente al contesto in cui la sua opera si svolse (159 ss.).

<sup>14</sup> Mitologia, infatti, presto svelata, nonostante quanto osservava N. TRANFAGLIA, *Louis Franck e il corporativismo fascista, Introduzione* a L. FRANCK, *Il corporativismo e l'economia dell'Italia fascista*, Bollati Boringhieri, Torino 1990, VIII e s., proprio riferendosi agli importanti contributi di Cassese, che vi era stata «grande attenzione, insomma, alle strutture giuridiche e alle istituzioni create dal regime; scarsa o nulla attenzione per il loro concreto funzionamento e anche per l'influenza culturale che quelle istituzioni esercitarono negli anni venti e trenta».

<sup>15</sup> Cfr. la sintesi di F. MERUSI e G.C. SPATTINI, *Economia (Intervento pubblico nell')*, voce nel *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano 2006, 2084-2103, e ivi bibliografia.

Infatti la rapida obsolescenza del *welfarism*, per ragioni economiche e finanziarie legate al suo stesso successo, divenuto appunto per ciò insostenibile sotto quel profilo, sembrava poter trascinare nel medesimo declino pure il suo specifico diritto<sup>16</sup>; vale a dire un diritto amministrativo che, dopo la nascita avvenuta secondo una nota dottrina nell'*Ancien régime*<sup>17</sup> e perciò essere stato, o esser stato ritenuto, anche per questo motivo l'espressione del privilegio della pubblica amministrazione<sup>18</sup>, era divenuto vieppiù garantistico nell'individuazione di un delicato e mobile punto di equilibrio tra i contrapposti principi di autorità e libertà<sup>19</sup>, e infine il diritto peculiare delle prestazioni ai consociati o della «erogazione», in forma amministrativa o del servizio pubblico economico; ma pervenuto anche, da ultimo, e forse proprio per rispondere alle trasformazioni in atto, ad inusitate aperture sia verso un uso alternativo del diritto privato da parte dell'amministrazione che verso forme consensuali di esercizio del potere<sup>20</sup>.

In verità, prima di azzardare ulteriori esiti sistemici, è opportuno riflettere sul fatto che è stato dimostrato che spesso sotto queste dottrine albergavano posizioni più o meno dichiaratamente ideologiche, tali da non reggere alla prova della realtà (*rectius*, all'analisi del diritto positivo). Infatti tali sono apparse abbastanza presto sia le troppo rigide contrapposizioni tra uno Stato liberale astensionista e uno Stato sempre più interventista e perciò anche per questo motivo «sociale», sia le dichiarazioni, a queste collegate, di una asserita superiorità del *common law* nei confronti del *droit administratif*. D'altronde, nel nostro

---

<sup>16</sup> Sottolinea il legame tra *Welfare State* e diritto amministrativo, come pure l'appannamento della contrapposizione tra *civili law* e *common law*, M.P. CHITI, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Clueb, Bologna 2003, 15 ss.

<sup>17</sup> Secondo la celebre tesi di A. DE TOCQUEVILLE, *L'antico regime e la rivoluzione*, tr.it. Einaudi, Torino 1989, spec. 93 ss., ove si sostiene «Che l'accentramento amministrativo è un'istituzione dell'antico regime, e non opera della Rivoluzione o dell'Impero, come si afferma» e parimenti lo sono «la giustizia amministrativa e la garanzia dei funzionari», ivi, 123. Vulgata messa in dubbio da L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari 2001, 108-109, per i quali propone «un'immagine alterata dal bisogno di assicurare alla contemporaneità una genealogia più lunga e più illustre di quella che essa abbia avuto davvero». Ma riconosce che «nell'ambito della storia costituzionale e amministrativa, una premessa comunemente accolta è quella della reciproca influenza tra nascita dello stato moderno e nascita della figura del funzionario pubblico» M. STOLLEIS, *Stato e ragion di stato nella prima età moderna*, il Mulino, Bologna 1998, 165 (*Staat und Staatsraeson in der fruehen Neuzeit zur Geschichte des oeffentlichen Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp 1990).

<sup>18</sup> Ripercorre con grande precisione questo complesso itinerario G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2003, 24 ss. In generale cfr. L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 75 ss.

<sup>19</sup> Rivendica da ultimo con forza questo profilo garantistico del diritto amministrativo, ritenuto inscindibile dalla relativa giustizia, fin dall'inizio della loro storia comune, M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008. Per S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, cit., 156, si tratta di aspetti che vanno a comporre, ma solo alla fine, la struttura dello Stato di diritto di derivazione liberale: «In una prima fase, emergono le garanzie della libertà personale e della (parziale) indipendenza dei giudici. Più tardi, le garanzie si affermano anche in relazione al potere legislativo, con l'introduzione di giudici della costituzionalità delle leggi. In una terza fase, nella seconda metà del XX secolo, si estendono al potere esecutivo, ponendovi una serie di limiti, tra cui la giustiziabilità delle pretese dei cittadini, il principio di legalità dell'agire amministrativo, il principio di trasparenza (ad esempio, la disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi), la partecipazione dei privati al procedimento amministrativo, il principio del contraddittorio amministrativo». Cfr. però, per un recente ulteriore tentativo di «decostruzione» del diritto amministrativo, C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano 2008.

<sup>20</sup> Si vedano gli artt. 1 e 1 *bis* della l. 241 del 1990 come novellati dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, in riferimento alla necessaria applicazione dei principi del diritto comunitario e all'uso del diritto privato. Cfr. un acuto esame delle novità già in A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro It.*, V, 1997, 168-180, per il quale «il quadro generale che emerge può risultare, almeno in apparenza, contraddittorio: da un lato, nelle riflessioni più recenti della dottrina, sembrano posti in discussione alcuni argomenti fondati per la specialità del diritto amministrativo, dall'altro emergono ragioni nuove a giustificazione di una specialità del diritto dell'amministrazione», ma in realtà si affermerebbe «una logica nuova, a fondamento della 'specialità'» non «condizionata dalla tipologia degli strumenti giuridici utilizzati dall'amministrazione per il raggiungimento dei suoi fini» in quanto «spesso, il ricorso a uno strumento di diritto amministrativo o invece a uno strumento di diritto privato risulta del tutto indifferente, dal punto di vista dei risultati concreti per l'amministrazione»: però a quel punto, come ammette l'Autore, subentra il problema delle garanzie da assicurare in ogni caso, ivi, 178. Una chiara opzione per una diversa qualificazione appunto della disciplina giuridica che ne risulterebbe, in luogo della tradizionale espressione «diritto amministrativo», è stata poi quella di D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, il Mulino, Bologna 2000. Una prospettazione teorica di queste mutazioni, ricavata dalla dottrina germanica, ora in M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2008.

come e più che in altri ordinamenti, si è constatato che privatizzazioni e liberalizzazioni non hanno comportato gli effetti divisati, sia perché comunque si sono rivelate parziali (si pensi, nel caso dell'Italia, alla cd. privatizzazione del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, o alla conservazione in qualche misura di riserve e monopoli), sia perché, anche quando attuate integralmente, la loro implementazione si è avvalsa degli strumenti tipici del diritto amministrativo e non solo della *regulation* intesa in senso stretto (ovvero come istituto importato dagli USA, il quale peraltro era appunto una manifestazione di intervento pubblico nell'economia volto a contenere il «potere di mercato» dei privati considerato in grado di mettere a rischio la democrazia repubblicana, mentre qui è prevalentemente associabile all'apertura di mercati già pubblici e/o monopolistici e quindi appare paradossalmente come una forma di «deregolazione»<sup>21</sup>.

Né si può tacere, in proposito, l'ambiguo ruolo giocato proprio dal sempre più pervasivo diritto comunitario<sup>22</sup>, il quale tende, soprattutto come è noto grazie alla sua giurisprudenza, a modellare gli ordinamenti dei Paesi membri proprio mediante le ancor dominanti forme di un ormai riconosciuto diritto amministrativo europeo<sup>23</sup>. E ciò nonostante le via via insorgenti difficoltà dei processi di allargamento dell'Unione e della sua integrazione costituzionale, con il secondo chiaramente paralizzato dal primo<sup>24</sup>.

E dunque se, per tutte queste ragioni or ora indicate, è apparsa certamente prematura la decretazione della primazia del diritto privato associata ad una «riduzione della sfera pubblica», della quale oltre tutto

---

<sup>21</sup> In USA la regolazione è realizzata con strumenti di natura giuridica mista, di *statutory law* per quanto riguarda l'*agencification* e i procedimenti amministrativi da applicare (l'*Administrative Procedure Act* del 1946) sia in sede di *regulation* che di *adjudication*, e di *common law* in specie per il controllo giurisdizionale. In Italia, pur con qualche incertezza, la regolazione tipicamente usa il diritto amministrativo e il «suo» giudice; con il rilevante corollario che, al caso, elude la riserva di legge «relativa» di cui all'art. 41 Cost., il comma, prevista per più tradizionali forme di intervento pubblico come le programmazioni, e pone atti amministrativi, generali o particolari, con effetti impositivi o sostitutivi di negozi giuridici (purché finalizzati al mercato concorrenziale): cfr. F. MERUSI, *La legalità delle autorità indipendenti. Atto amministrativo e negozi di diritto privato*, in ID., *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna 2007, 65 ss.

<sup>22</sup> Nel senso indicato da G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 34 ss., ovvero che «l'ordinamento comunitario rispetta le prerogative dell'amministrazione, limitandosi a colpire le distorsioni al funzionamento del mercato unico non strettamente necessarie alla cura di interessi generali» e addirittura che «le potestà pubblicistiche degli organi statali sono estese, quando ciò sia necessario ad assicurare l'osservanza del diritto comunitario» e perciò «la concezione tradizionale di un diritto amministrativo costruito attorno alla dimensione autoritativa permane e anzi trova rinnovato sviluppo» ma, «tuttavia, appare destinata a integrarsi in un quadro più complesso e articolato». Ed infatti il diritto comunitario finisce per scolpire in modo diverso concetti fondamentali come la discrezionalità, negandola come ponderazione di interessi di fronte ai diritti fondamentali (economici) o quantomeno sottoponendola ad «una regola predeterminata: quella della proporzionalità e dell'adeguatezza della decisione»: così F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2007, 436; cfr. anche il recentissimo volume di S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Giuffrè, Milano 2008, la quale peraltro spezza il principio di legalità in comunitario e nazionale non ritenendoli sovrapponibili, ivi, 91 ss. e *passim*. Le ricadute nel nostro ordinamento sono per vero disputate, in specie circa la natura, appunto asseritamente discrezionale oppure no, dei poteri spettanti alle «autorità amministrative indipendenti»: cfr., nell'ambito d'una ormai sterminata biblioteca, oltre i numerosi scritti di Merusi, da ultimo, e quasi in controcanto, l'ottima ricapitolazione di A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Giappichelli, Torino 2007, *passim*, ma spec. 127 ss., 245 ss. e 275 ss., il quale appunto afferma la politicità «intrinseca» di gran parte di essi, non riconducibili perciò a mera discrezionalità tecnica.

<sup>23</sup> Cfr., per tutti, S. VALAGUZZA, *op.cit.*, e ivi gli ampi richiami dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>24</sup> Su queste vicende sia consentito rinviare per comodità solo al mio *Ascesa e declino (eventuale) della nozione di «Costituzione economica» (nell'ordinamento italiano e in quello comunitario)*, in questa *Rivista*, 6/2005, 1579-1672; ma cfr. ora; *ex multis*, una problematica messa a punto in A. TIZZANO (a cura di), *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Giappichelli, Torino 2008 nonché, per aspetti specifici, L. SALTARI, *Il trattato di Lisbona, le promesse del governo inglese ed il legittimo affidamento*, in *Riv. Trim. di dir. pubbl.*, 1/2009, 239-244 e, soprattutto, più in generale, per temi di rilevante interesse per il diritto amministrativo, F. MERUSI, *L'integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 1/2009, 43-52. Delle ragioni dei difetti inerenti ai processi di cui sopra nel testo non sembra pienamente consapevole uno dei protagonisti di quella fase storica: cfr. R. PRODI, *La mia visione dei fatti. Cinque anni di governo in Europa*, il Mulino, Bologna 2008, *passim*, ma spec. 91 ss.; ovvero del «come si perde la bussola»: cfr. R. PERISSICH, *L'Unione europea. Una storia non ufficiale*, Longanesi, Milano 2008, 286 ss.

sarebbe incerto l'effettivo accadimento (o quanto meno la sua dimensione), occorrerà essere prudenti nel verificare se la sua riespansione, cui si assiste in questi ultimi tempi, comporti, oppure no, di nuovo un uso prevalente del diritto amministrativo.

### 3. Segue: *la giustizia comunitaria tra liberismo e "soziale Marktwirtschaft" al tempo della crisi finanziaria.*

Da quanto si è appena detto sarebbe pertanto logico presumere che appunto anche il diritto comunitario, e in specie quella sua giurisprudenza che nel recente passato, e soprattutto in ordine al tema dell'intervento degli Stati membri nei riguardi dell'assetto economico del mercato unico, si è segnalata per un corrispondente interventismo, tutto teso a negarne il fondamento o quanto meno a fortemente circoscriverlo, traessero un qualche tipo di conseguenze, anche sul piano ideologico, dal mutato quadro (e in divenire) dei rapporti tra pubblico e privato, tra Stato e mercato, indotto dalla crisi finanziaria.

Quanto alle ragioni della crisi, dalle dimensioni ritenute concordemente inusitate a far tempo da quella del 1929<sup>25</sup>, esse restano invece fortemente controverse e, per quanto non possa essere questa la sede per descrivere le varie teorie che si sono avanzate per spiegarle, la individuazione di quelle che possano apparire prevalenti non resterebbe senza influenza sull'apprestamento dei rimedi, come pure, ed è ciò che qui rileva soprattutto, sulla definizione delle modalità mediante le quali il potere pubblico possa condizionare quello privato provando a mantenersi, esso pure, ovviamente, legittimo (in particolare sotto il profilo del diritto comunitario)<sup>26</sup>.

Da questo punto di vista, nella congerie di tesi che sono state avanzate<sup>27</sup>, le quali di volta in volta prendono in considerazione prevalentemente questo o quell'aspetto specifico o insieme più d'uno tra essi - dal fallimento dell'autodisciplina dei mercati finanziari, alla sopraffazione di questi ultimi nei confronti dell'economia «reale», alla totale prevaricazione degli interessi degli *shareholders* su quelli degli *stakeholders*, alla credulità nei modelli matematici fondati sul mito della razionalità degli operatori economici, all'eccesso di debito privato o, più specificamente, all'indebita cartolarizzazione del rischio di credito, alla mancata o inefficiente regolazione pubblica, agli squilibri nei mercati internazionali, fino al perseguimento di un profitto sganciato da qualunque base etica e correlato invece al *moral hazard* e all'avidità umana, per dirne solo alcuni dei più ricorrenti - che avrebbero determinato conseguenze pur esse dispu-

---

<sup>25</sup>«Ci troviamo nel bel mezzo della peggiore crisi finanziaria dagli anni Trenta a oggi»: così già, *ex multis*, G. SOROS, *Cattiva finanza. Come uscire dalla crisi: un nuovo paradigma per i mercati*, Fazi, Roma 2009, VII (*The New Paradigm for Financial Markets. The Credit Crisis of 2008 and What it Means*, 2008), dove espone la sua teoria della «riflessività» dell'economia da parte delle condizioni sociali vigenti, di rado stabili, *passim*; e da ultimo «La selva è davvero oscura: quest'anno il PIL mondiale si ridurrà dell'1,3%; del 2,8% negli Stati Uniti e del 4,2% nell'area euro, del 4,4% in Italia (il 5% secondo Bankitalia). Il tasso di disoccupazione, nell'area euro, salirà sopra il 10% nel 2010: la peggior crisi dagli anni trenta»: così A. BOITANI e M. BORDIGNON, *Cosa ci sarà dopo la crisi*, in [www.lavoce.info/articoli/pagina1001156.html](http://www.lavoce.info/articoli/pagina1001156.html), del 14/06/2009. Per un quasi perfetto parallelismo tra le due crisi cfr., in [www.voxeu.org/index.php?q=node/3421](http://www.voxeu.org/index.php?q=node/3421), B. EICHENGREEN e K.H. O'ROURKE, *A Tale of Two Depressions*, del 9/06/2009.

<sup>26</sup> Ovvero la tesi centrale, qui condivisa, del libro di G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power. The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart, Oxford 1997.

<sup>27</sup> Delle quali ormai v'è ricca testimonianza anche nell'editoria italiana. Per limitarsi a segnalare solo una parte di quella di provenienza accademica (con ovvia esclusione perciò di quella copiosamente sfornata dai gazzettieri), cfr., oltre al già citato libro di Richard Posner non ancora tradotto, R. DORE, *Finanza pigliatutto. Attendendo la rivincita dell'economia reale*, e T. PADOA-SCHIOPPA, *La veduta corta. Conversazione con Beda Romano sul Grande Crollo della finanza*, entrambi il Mulino, Bologna 2009; A. ALESINA e F. GIAVAZZI, *La crisi. Può la politica salvare il mondo?*, il Saggiatore, Milano 2008; M. ONADO, *I nodi al pettine. La crisi finanziaria e le regole non scritte*, Laterza, Roma-Bari 2009; G(UIDO). ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Adelphi, Milano 2008 (di cui v. già *Il conflitto epidemico*, 2003, dove questo era indicato come l'elemento di rottura del modello di mercato ormai imperante in quanto ne riguardava tutti gli attori); L. GALLINO, *Con i soldi degli altri. Il capitalismo per procura contro l'economia*, Einaudi, Torino 2009; G. AKERLOF, R.J. SHILLER, *Spiriti animali. Come la natura umana può salvare l'economia*, Rizzoli, Milano 2009 (*Animal Spirits*, Princeton University Press, Princeton 2009). Addirittura profetico R.J. SCHILLER, *Euforia irrazionale. Alti e bassi di borsa*, il Mulino, Bologna 2009 (*Irrational Exuberance*, Princeton University Press, Princeton 2000).

tate - dalla temuta/vagheggiata crisi, temporanea o definitiva, del capitalismo ad una, più credibile, messa in discussione del modello anglosassone (già ritenuto vincente su quello europeo continentale)<sup>28</sup> o di alcuni suoi aspetti - sembra opportuno metterne in competizione due soltanto, però di carattere generale o sistemico, tra loro antitetiche ed entrambe, fortemente critiche dell'attuale assetto dei rapporti tra politica e mercato, provenienti dalla letteratura giuseconomica degli USA, cioè dell'ordinamento al quale se ne fa unanimemente risalire la responsabilità e la possibile conseguenza della fine del «suo» secolo<sup>29</sup>.

E dunque, secondo il Premio Nobel per l'economia Paul Krugman, le radici, più profonde perciò di quanto comunemente si tende a credere, affondano nei grandi tornanti della storia americana; in buona sostanza, dopo che la "Grande Depressione" aveva posto fine alla cd. "*Long Gilded Age*", nella quale avevano trionfato i *robber barons* e dominato le disuguaglianze sociali ed economiche (non intaccate infatti sostanzialmente dalla "*Progressive Era*"), introducendo sia pur parziali elementi di *welfare* e realizzando a sua volta la "Grande Compressione" (dei redditi), la cultura politica del neoconservatorismo e quella economica del liberismo propugnato dal «monetarismo» antikeynesiano della Scuola di Chicago sfociate nel ventennio delle amministrazioni repubblicane e democratica ed ulteriormente enfatizzate dall'ultimo doppio mandato repubblicano, avrebbero finito per determinare un ritorno al passato, inteso ora come età della "Grande Divergenza" (tra le classi sociali) mediante il passaggio dalla disuguaglianza meramente economica a quella più propriamente sociale, in tal modo bloccando la mobilità tra le varie fasce della popolazione (il cd. «ascensore sociale»), e quindi minando addirittura la base della democrazia americana individuata nel principio (costituzionale) dell'uguaglianza delle opportunità, d'una società di liberi ed eguali (la *middle class*) di ascendenza jeffersoniana<sup>30</sup>.

La ragione della crisi, tale da comprendere in sé ogni altra spiegazione, sarebbe pertanto di natura politico/istituzionale: vale a dire che le differenti fasi della storia politica statunitense avrebbero dettato le regole giuridiche (legislative e giurisprudenziali) le quali avrebbero conformato le «regolarità» dell'economia<sup>31</sup> in ciascuna delle epoche ricordate, per finire oggi a determinare un esito da tutti deprecato non in virtù di una naturale evoluzione delle vicende economiche, bensì fortemente voluto sul piano istituzionale nelle sue conseguenze (per quanto ora generalmente criticate). Tralasciando ogni considerazione sul merito (apparentemente partigiano) di queste interpretazioni, ci sembra si possa sottoscrivere l'impostazione metodologica, cioè quella di una analisi tendenzialmente comprensiva e da situare nella già condivisa prospettiva «istituzionalista».

Di tutt'altro segno, pur basata su una condivisa analisi fattuale, e paradossalmente proveniente da un autore di preminente formazione giuridica piuttosto che economica (docente di *Public Policy* a Berkeley e uscito dalla *Yale Law School*), la tesi di Robert Reich, la quale sembra perfino ispirata a suggestioni vete-

---

<sup>28</sup> Per una critica al *mainstream* di cui sopra, del quale si è ritenuta affetta appunto la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di *golden shares*, si rinvia al mio «*Vere*» e «*false*», cit., *passim*.

<sup>29</sup> Così ben descritto da G. ALVI, *Il Secolo Americano*, Adelphi, Milano 1996.

<sup>30</sup> P. KRUGMAN, *La coscienza di un liberal*, Laterza, Roma-Bari 2009 (*The Conscience of a Liberal*, Norton, New York-London 2007), *passim*, dove si prevede e auspica, per sanare le insostenibili disuguaglianze attuali, l'avvento una nuova era, denominata "Grande Moderazione", piuttosto che ancora una "Grande Compressione", ivi, 262.

<sup>31</sup> Ciò non significa però che, pur nell'ambito della sopra ricordata prospettiva "istituzionalista", la quale afferma la preminente rilevanza delle regole giuridiche dettate da legislatori e giudici all'economia, le stesse possano contrastare impunemente le dinamiche spontanee dei mercati qualora difettino di una precisa base razionale che le sorregga (ad esempio a tutela della concorrenza); e qui, per certi versi, può risultare tuttora utile l'uso degli strumenti tipici (spesso risalenti all'antica *rule of reason*, rivisitata peraltro da *Chicago* in termini di efficienza) della *Law & Economics* (utilità rivendicata pur negli attuali frangenti da G. NAPOLITANO, *La rivincita degli stati e della politica*, ne *Il Sole24Ore*, 13 giugno 2009, p. 2). Si tratta invero di un problema, ancora una volta, di delicato e difficile equilibrio: sotto questo profilo, nel quadro dei rapporti tra diritto amministrativo e mercato, cfr. F. MERUSI, *Diritto contro economia. Resistenze istituzionali all'innovazione economica*, Giappichelli, Torino 2006.

romarxiste di preminenza dell'economia sulle istituzioni, individuando quasi esclusivamente in essa e nella sua globalizzazione di mercato la causa scatenante della crisi della democrazia liberale<sup>32</sup>. Basti qui avervi fatto solo un rapidissimo cenno, in quanto si ritiene che detta impostazione teorica, pur di carattere generale, sia del tutto priva delle necessarie basi di concretezza storica ed ispirata ad ideologie anti-globalizzazione le quali, se incontrano attualmente spesso i favori di ceti intellettuali, non sono sorrette da adeguate evidenze empiriche e inoltre possono fungere da giustificazione alle tendenze protezionistiche alimentate proprio dalla globalizzazione dell'economia e dalla sua crisi.

Ove si accolga invece, come qui si è cercato di prospettare, una tesi istituzionalista, ne discende che risulteranno altresì determinanti le risposte alla crisi date appunto in termini istituzionali, tanto come diretto intervento del legislatore, che come orientamento di quella giurisprudenza che più di ogni altra ha un potere di incisione nelle competenze degli Stati "sovrani", qual è quella espressa proprio dalla Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>33</sup>. E pertanto, come detto sopra, dall'analisi di questo tipo di risposte discenderà pure la verifica della natura giuridica prevalente degli strumenti da esse utilizzate.

Dei quali intanto si può ben dire che ne sia stato fatto (a prescindere dalla loro natura) un uso poderoso e variegato da parte dei poteri pubblici, nazionali e sovranazionali, quasi memori, questi ultimi, delle ragioni che quasi certamente avevano trasformato una recessione nella Grande Depressione e dunque ansiosi di non rinnovarle, anche a costo di prevedibili derive protezionistiche. Da cui massicce iniezioni di fondi pubblici nel sistema creditizio attraverso una pluralità di meccanismi legislativi e amministrativi, come il *TARP* (*Troubled Asset Relief Program*) negli USA<sup>34</sup>, o le nazionalizzazioni nel Regno Unito e procedure analoghe in altri Paesi europei (esclusa l'Italia, che ha fatto ricorso ai peraltro onerosi, per le banche, cd. "Tremonti bonds")<sup>35</sup>, fino alla sospensione (sia pur temporanea) da parte dell'Unione europea della disciplina relativa al divieto degli aiuti di Stato nei confronti delle imprese che fin qui era stato uno degli assi portanti del diritto comunitario a difesa dell'integrazione del mercato unico<sup>36</sup>.

Da un panorama così mosso dell'intervento pubblico ne esce redivivo in primo luogo proprio quello "Stato salvatore"<sup>37</sup> che era stato il protagonista, in America prima che in Europa benché più massicciamente nella seconda e in specie in Italia (la cd. "irizzazione" già citata sopra ...), del tentativo di uscire dalla Depressione; ma se da taluno si auspica altresì correttamente una rivitalizzazione dello "Stato re-

---

<sup>32</sup> R. REICH, *Supercapitalismo. Come cambia l'economia globale e i rischi per la democrazia*, Fazi, Roma 2008 (*Supercapitalism. The Transformation of Business, Democracy, and Everyday Life*, 2007). G(UIDO). ROSSI, *Prefazione*, ivi, XII, giunge ad affermare addirittura che «Il libro è rivoluzionario: al centro del supercapitalismo c'è la concorrenza che uccide la democrazia».

<sup>33</sup> Ma non solo: basti pensare, da ultimo alla decisione (8 giugno 2009) della Corte Suprema Federale (*Justice* Ruth Bader Ginsberg) di sospendere «fino a nuovo ordine di questo giudice o della Corte», su ricorso di tre fondi pensione dell'Indiana che eccipevano fra l'altro uno «sviamento» nell'uso di fondi previsti dal *TARP* per il sostegno alle banche (*U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit: Indiana State Police Pension Trust v. Chrysler LLC; In Re Chrysler LLC; Pascale v. Chrysler LLC*), il *merger* tra Fiat e Chrysler scaturito dall'assoggettamento di questa alla procedura fallimentare ex *Chapter 11*; poi revocata, con ordinanza collegiale unanime ("per curiam") la notte successiva, per non avere i ricorrenti potuto convincere almeno quattro giudici della necessità di *overruling* nei confronti di una Corte inferiore. Sull'«interventismo economico» delle due Corti, cfr. R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Cedam, Padova 2004, 125 ss.

<sup>34</sup> Facente parte già dell'*Emergency Economic Stabilization Act of 2008*: cfr. la fine analisi di G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale di dir. amministrativo*, 11/2008, 1083-1094. Cfr. anche D. SICLARI, *Crisi finanziaria dei mercati, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. Trim. di Dir. Pubbl.*, 1/2009, 45-113.

<sup>35</sup> Cfr. V. GIGLIO, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, cit.

<sup>36</sup> Come prefigurato dalla Comunicazione UE 2009 C 16/01, del 22 gennaio 2009, ove si prevede che fino al 31 dicembre 2010 "gli Stati membri possano, senza obbligo di notifica, erogare crediti agevolati o prestare garanzie, o sottoscrivere capitale di rischio di PMI per un massimo di € 500 mila": così, V. GIGLIO, *op.cit.*, 30, nt. 28. In Italia vi ha dato attuazione il DPCM 3 giugno 2009, "Modalità di applicazione della Comunicazione della Commissione europea - quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica"(G.U. n. 131 del 9 giugno 2009).

<sup>37</sup> Cfr. G. NAPOLITANO, *op.ult.cit.*

golatore”<sup>38</sup>, si finisce però su altri versanti per indulgere allo “Stato dirigista” o anche “imprenditore”<sup>39</sup>; il tutto utilizzando sovente proprio i modi, antichi o nuovi, del diritto amministrativo dell’economia, in una ancor difficile transizione (almeno nel nostro Paese), da concetti quali «direzione», «vigilanza», «controllo», e mediante tortuosi processi di privatizzazione ed esternalizzazione<sup>40</sup>, ad uno più raffinato di «regolazione», con le ovvie ricadute di una maggiore o minore «deferenza» del sindacato giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti amministrativi che ne sono espressione<sup>41</sup>.

Certo, come una chiara dottrina ha recentemente spiegato<sup>42</sup>, si tratta appunto di un diritto amministrativo «irto di differenze», ma nel quale, si può pensare, possano a giusto titolo rientrare (nonostante l’apparente natura giuridica ambigua, forse inconsapevolmente collocata tra pubblico e privato dal legislatore) pure quei «poteri speciali», previsti in capo al Governo italiano nei confronti delle imprese già pubbliche dalla legge “fondamentale” italiana sulle privatizzazioni “sostanziali”, nuovamente censurati dalla Corte UE nella sentenza in commento, ma che a questo punto meriterebbero una riconsiderazione sotto vari profili.

Si tratta dunque di verificare se qualche possibilità di revisione critica del sistema concettuale largamente ispirato, come detto, al modello capitalistico anglosassone che ha presieduto alle ormai numerose decisioni della Corte di giustizia in tema di “golden shares”, sia leggibile in quest’ultima pronuncia, così da accordarsi più fondatamente ai principi/valori<sup>43</sup> di quella *soziale Marktwirtschaft* connotata da tutela della concorrenza, stabilità economico-finanziaria e garanzia (però finanziariamente sostenibile) dei diritti sociali, i quali sarebbero il vero contenuto della “Costituzione economica europea”<sup>44</sup> e che paiono certamente oggi più adeguati ad animare risposte alla crisi tali da non configurare una ricaduta pura e semplice nella cd. “economia mista”<sup>45</sup>. E infine di accertare la compatibilità con il diritto comunitario, come in astratto si è ritenuto altrove che così fosse a determinate condizioni (e fin qui non del tutto rispettate nonostante le ripetute modifiche intervenute da parte del legislatore)<sup>46</sup>, ora anche nel concreto possibile evolversi della sua giurisprudenza, di un siffatto diritto amministrativo dell’economia al quale si sono già ascritti i menzionati “poteri speciali” (ovvero la “golden share all’italiana”).

---

<sup>38</sup> Cfr. F. MERUSI, *Per un divieto di cartolarizzazione del rischio di credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 3/2009, 253 ss., dove peraltro si sostiene infatti la natura solo finanziaria e non economica della crisi, donde la conseguente necessità di una forte stretta regolatoria, soprattutto a livello comunitario (anche mediante l’istituzione di un’autorità di vigilanza, che non sia la BCE), nei confronti di mercati in precedenza poco o per nulla regolamentati (derivati, *hedge funds*, ecc. ...).

<sup>39</sup> Si pensi al diretto intervento dei governi a favore delle industrie automobilistiche (v. ad es. sopra la nota 33).

<sup>40</sup> In realtà il fenomeno dell’esternalizzazione delle funzioni amministrative, che per certi versi può costituire il contraltare della privatizzazione quantomeno in termini di natura giuridica di parte dello strumentario adottato, è risalente benché di recente assai rinvigorito: cfr. in proposito l’affatto esaustiva disamina e ricostruzione teorica di A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Giappichelli, Torino 2005, il quale parla a proposito di quest’ultime a ragion veduta non tanto di «riduzione» (come, pur tra dubbi, si suole fare per le privatizzazioni), bensì di «riorganizzazione» e/o «trasformazione della sfera pubblica», ivi, spec. 95-158, dove anche il collegamento con il (peraltro controverso) principio di sussidiarietà orizzontale. Su quest’ultimo si legga, per tutti, ma in termini adesivi, P. DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, CEDAM, Padova 2004.

<sup>41</sup> Su ciò cfr. F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti “regolatrici”*, in *Mercato concorrenza regole*, 3/2000, 469-490 e A. MACCHIATI, *Poca deferenza e molta discrezione (ma dei giudici). A proposito degli argomenti di Francesco Denozza sulle autorità indipendenti*, ivi, 2/2001, 363-368; e ora, *amplius*, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 266 ss., e ivi amplissima bibliografia.

<sup>42</sup> Così G. DELLA CANANEA, *La vigilanza sulle fondazioni bancarie: percorsi prospettive*, Relazione al convegno “Quale fiscalità per le Fondazioni di origine bancaria”, Livorno, 22-23 ottobre 2008, gentilmente resa disponibile dall’Autore.

<sup>43</sup> Si preferisce però il termine principi a quello di valori, tenendosi conto dell’anatema di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano 2008 (*Die Tyrannei der Werte*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967).

<sup>44</sup> Sia permesso rinviare qui al mio *Ascesa e declino*, cit.

<sup>45</sup> Non sembra cogliere appieno le profonde differenze tra i due sistemi G. TREMONTI, *Economia sociale di mercato?*, ora in *formiche*, marzo 2009, 54-59.

<sup>46</sup> Si rinvia qui al mio *Poteri pubblici*, cit.

4. Wegmarken.<sup>47</sup> *Dalle conclusioni dell'Avvocato generale alla sentenza, le labili «tracce» di una possibile futura giurisprudenza sui «poteri speciali» nelle società privatizzate: dalla loro condanna per se a quella solo dei criteri di esercizio ...*

A). *La materia del contendere.* In apparenza la sentenza resa dalla Corte di giustizia (Terza Sezione) nella causa C-326/07 fra la Commissione e la Repubblica italiana il 26 marzo 2009 sembra iscriversi nell'ormai ampio e consolidato filone delle pronunce di condanna (salvo una che mandò assolto il regime giuridico escogitato dal regno del Belgio ...) delle cd. "golden shares" detenute dagli Stati membri negli statuti (o nei confronti) delle società privatizzate. Se così fosse non resterebbe qui che richiamare quanto già ampiamente sostenuto in questa *Rivista* a proposito di detta criticata giurisprudenza<sup>48</sup> e dichiarare "cessata la materia del contendere" ... Non vi sarebbe pertanto ragione di rinnovare le accennate critiche e non si giustificerebbe il presente contributo. In realtà, accanto a formule e principi di diritto tramandati dall'una all'altra sentenza, si vedrà che da quest'ultima pronunzia emerge un *quid novi* che ne giustifica un'autonoma presa in esame. Ebbene, prima di richiamare l'*acquis* giurisprudenziale ancora qui rinnovato (e di nuovo criticabile), si deve subito sottolineare che la principale novità, intrecciata in modo non limpido dalla Corte con i precedenti, riguarda proprio la materia del contendere, ovvero l'oggetto del ricorso della Commissione, il quale non concerne più la legislazione italiana sui "poteri speciali" (qui definita vera e propria "Grundnorm" delle privatizzazioni per la sua indubbia originalità e rilevanza nel quadro di quei processi<sup>49</sup>), bensì una normativa secondaria da quella prevista e recante i criteri di esercizio di quei poteri da parte dei ministri designati. E dunque la sentenza in commento salverebbe, tanto sulla base del ricorso che delle Conclusioni dell'Avvocato generale (peraltro perplesso su codesta omissione ...), la norma di rango primario, evidentemente considerando dal punto di vista del diritto dei Trattati adeguate le innovazioni legislative introdotte da ultimo (e delle quali invece non ci si era dichiarati pienamente soddisfatti nell'analisi a suo tempo svolta<sup>50</sup>). Il che giustifica qualche rilievo.

Ma, procedendo con un certo ordine logico, anticipata la novità, appare opportuno trattare gli elementi di continuità per lo più semplicemente dandone conto e per la loro disamina critica rinviando a quanto già scritto in precedenza.

Anzitutto, sul fulcro della controversia, per la parte attinente alle normative nazionali (e italiana in particolare), di cui si predica la violazione degli artt. 43 sulla libertà di stabilimento tra Paesi membri (peraltro, fin qui, non esaminata dai giudici perché non motivata o ritenuta assorbita) e 56 sulla libera circolazione dei capitali tra questi e pure verso i Paesi terzi, si richiama un concetto onnicomprensivo (e considerato ormai *ius receptum*) della materia relativa alle "golden shares": infatti secondo quanto ricorda l'Avvocato generale, per esse «si deve intendere qualsiasi struttura giuridica applicabile alle singole imprese, che conserva o contribuisce a mantenere l'influenza dell'autorità pubblica su tali società»<sup>51</sup>. Si tratta senza dubbio di una definizione che, come si è già avuto modo di sostenere, da un lato appare priva di ogni reale significato euristico per la sua assoluta genericità, e dall'altro lato conseguentemente

<sup>47</sup> «Wegmarken, che può essere tradotto con "segnavia", sono tracce, segni, indicazioni poste lungo un cammino o un sentiero, che servono, per chi intenda seguirlo, a riconoscerlo»: così F. VOLPI, *Avvertenza del curatore dell'edizione italiana* in M. HEIDEGGER, *Segnavia*, Adelphi, Milano 1987, IX (*Wegmarken*, Klostermann, Frankfurt am Main 1976).

<sup>48</sup> Nel n. 1/2008 già citato sopra.

<sup>49</sup> Si ribadisce qui infatti la natura di "legge fondamentale" (a livello di "Costituzione materiale") per la funzione da essa assolta nella transizione dall'economia mista all'economia sociale di mercato, attribuita alla l. 474/94, nell'ambito della quale si ritiene poi di assegnare un ruolo decisivo all'art. 2 (e successive modifiche), recante appunto la disciplina dei poteri speciali.

<sup>50</sup> Cfr. il mio *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, cit., 235 ss.

<sup>51</sup> Peraltro, come ammette lo stesso Avvocato generale Colomer (al punto 3 delle *Conclusioni* cit.), «a partire dalla pronuncia della sentenza Commissione /Germania», ovvero la causa C-112/05 a proposito della vicenda *Volkswagen*, dunque un po' tarda e comunque molto controversa ...

sembra riferirsi più a concettuologie proprie di alcuni filoni della scienza economica che ad autonome valutazioni giuridiche quali ci si dovrebbe attendere da un organo giudicante. In particolare sotto questa ampia dizione si assommano strumenti invero assai disparati, dalle vere “azioni d’oro” di matrice anglo-sassone, a quelli analoghi ma pure differenti di ispirazione franco/belga, a quelli iberici caratterizzati da un chiaro regime amministrativo fondato su meccanismi di autorizzazione (appunto amministrativa), per giungere alla disciplina italiana accostabile a questi ultimi ma ancora diversa, soprattutto per la “dis-simulazione” operata dal legislatore<sup>52</sup>. Ma questa osservazione merita di essere portata ad ulteriori e qui rilevanti conseguenze: ovvero consente di rubricare, anche dall’angolo visuale specifico del giudice comunitario, almeno per questo aspetto esattamente, siffatto tipo di normative statuali sotto l’ampio mantello dell’intervento pubblico nell’economia, e dunque legittimarne una possibile adeguata presa in considerazione pure nell’ambito delle nuove (e/o antiche) modalità di esso che si è visto vanno materializzandosi per rispondere alla crisi economico/finanziaria, anche al fine di valutarne la congruità proprio sotto quel profilo. Con la doverosa ma non scontata precisazione che resta a tal proposito impregiudicata la natura giuridica delle varie forme di quell’intervento (e del qual problema non sembra però darsi troppo pena la giurisprudenza comunitaria ...), ma non di quella adottata dall’ordinamento italiano, che, in quanto tutta intessuta di atti autoritativi dei pubblici poteri, senza alcun dubbio si è inteso qualificare come “di diritto amministrativo dell’economia”<sup>53</sup>.

Peraltro la normativa italiana aveva, come dianzi sottolineato, già subito le censure (invero, si è detto, non sorrette da adeguate motivazioni) di Commissione, Avvocato Generale e Corte, ma da esse risultava travolto l’intero art. 2 della l. 474/94 nella parte in cui erano previsti tutti i quattro poteri speciali (i due allora di gradimento, quello di veto a una rilevante tipologia di delibere assembleari, e di nomina di amministratori e sindaco), non essendosi prese in considerazione, per ragioni eminentemente formali, né le novità introdotte nel frattempo con una legge finanziaria, né quelle consistenti in (ben due) DPCM di definizione dei criteri di esercizio degli stessi<sup>54</sup>. Per questo motivo, oltre che per la sostanziale rinuncia a difendersi del governo italiano, la sentenza resa nella causa C-58/99 del 23 maggio 2000 non sembra poter costituire un vero precedente nella vicenda *de qua*<sup>55</sup>.

B) *L’oggetto del ricorso*. Tralasciando la fase precontenziosa, ivi compreso il parere motivato, di cui già si è tenuto conto a suo tempo, occorre volgere l’attenzione al ricorso presentato dalla Commissione il 13 luglio 2007<sup>56</sup>.

Con esso la Commissione chiede alla Corte di giustizia di dichiarare «che mediante l’inclusione di disposizioni quali quelle contenute nell’art. 1.2 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 giugno 2004, sulla definizione dei criteri per l’esercizio dei poteri speciali di cui all’art. 2 del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 1994 n. 474, modificato dall’art. 4, comma 227 lettere a), b) e c) della legge finanziaria n. 350/2004[2003], la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dagli articoli 43 e 56 del Trattato CE».

I poteri menzionati, la cui analisi dettagliata non può qui essere ripetuta in quanto svolta nei citati precedenti lavori, sono, come noto, l’opposizione (già gradimento nella l. 474/94) all’assunzione di parte-

---

<sup>52</sup> Cfr. l’esame analitico delle varie tipologie nel mio “*Vere*” e “*false*”, cit., *passim* ma spec. 311-321.

<sup>53</sup> Per l’esame delle ragioni di detta qualificazione si rinvia necessariamente al mio *Poteri pubblici*, cit., *passim*.

<sup>54</sup> Cfr. *op.ult.cit.*, 208 ss.

<sup>55</sup> La quale è in effetti citata nelle *Conclusioni*, alla nota 21, ma in modo non pertinente, al contrario delle altre ivi menzionate. E la stessa Commissione, elencando nel proprio ricorso la giurisprudenza comunitaria cui affidare la motivata richiesta di condanna della Repubblica italiana, non ne fa cenno ...

<sup>56</sup> C 247/2005, in *Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea* del 20 ottobre 2007.

cipazioni eccedenti il ventesimo del capitale o quota minore indicata dal ministro dell'Economia, nonché alla conclusione di patti o accordi tra soci che raggiungano la stessa percentuale, e infine il potere di veto all'adozione di delibere di scioglimento della società, trasferimento dell'azienda, fusione, scissione, trasferimento della sede sociale all'estero e cambiamento dell'oggetto sociale (ma qui la Commissione dimentica quelle di modifica/revoca dei medesimi poteri speciali ...<sup>57</sup>), e che riguardano i settori, difesa, trasporti, telecomunicazioni, energia e altri servizi pubblici, mantenuti tali e quali dalla novella del 2003.

Resta fuori dal raggio d'azione del ricorso il quarto potere previsto dalla legislazione statale novellata, ovvero la nomina di un membro del consiglio d'amministrazione della società con diritto di parola ma senza diritto di voto (in luogo di quella fino a un quarto dei componenti senza limitazioni e di un sindaco, disposta dalla l. 474/94), in quanto del tutto scollegato dai criteri.

I criteri di esercizio di detti poteri sono in effetti specificati dal DPCM solo per gli altri nel senso di un «grave ed effettivo pericolo» che potrebbe verificarsi in relazione agli «interessi vitali dello Stato» presupposti dalla normativa primaria e dettagliati appunto in quella secondaria<sup>58</sup>.

Ad avviso della Commissione tali criteri però «non sono sufficientemente specifici o precisi per consentire all'investitore di un altro Stato membro di conoscere quando i poteri speciali di cui» sopra saranno utilizzati e detta «normativa va oltre quanto necessario per conseguire gli interessi pubblici» previsti dal decreto: dunque appare contraria agli artt. 43 e 56 del Trattato alla luce della giurisprudenza comunitaria<sup>59</sup>. Per i settori regolamentati poi (energia, gas, telecomunicazioni) «l'obiettivo della tutela degli interessi vitali dello stato può essere conseguito mediante l'adozione di misure di regolamentazione delle attività meno restrittive» come quelle predisposte dalle direttive comunitarie in materia. Si osserva infine che la stessa regolamentazione «garantirebbe la salvaguardia di approvvigionamenti minimi nazionali e che non esiste alcun nesso causale tra la necessità di garantire l'approvvigionamento energetico, la fornitura dei servizi pubblici e il controllo dell'assetto proprietario o della gestione dell'impresa»<sup>60</sup>.

Si evince pertanto dal testo del ricorso, in specie dalle sue conclusioni, che oggetto della pretesa punitiva della Commissione sono soltanto i criteri di esercizio della maggior parte dei poteri speciali, e non tutti questi ultimi; ovvero, la normativa secondaria di attuazione di essi, ma non quella primaria che li prevede.

Né possono revocare in dubbio tale assunto le aporie e contraddizioni che paiono parzialmente affliggere le argomentazioni poste a sostegno (si cita una «normativa in parola» sembrando intenderla tutta intera, ci si appoggia a una giurisprudenza che ha travolto o assolto quei poteri in quanto tali, non se ne fa un'esatta enumerazione ...), e neppure l'ancor più perplesso parere motivato in cui si direbbe si confondano entrambi i piani delle normative. Il tutto infatti autorizzerà solamente una linea difensiva del governo italiano tesa a dimostrare che le ondegianti motivazioni della Commissione non permettono di individuare con certezza l'oggetto del ricorso e conseguentemente lo rendono irricevibile: ma essa sarà respinta, almeno per questa parte agevolmente e correttamente, in tutte le sedi. Del resto, come osserva l'Avvocato Colomer, pur in un quadro di necessaria coerenza del procedimento precontenzioso e riconoscendo che in questo caso la Commissione non lo avrebbe del tutto rispettato «daddove i docu-

---

<sup>57</sup> Al contrario dell'Avvocato Generale che le enumera compiutamente: cfr. il punto 77 delle *Conclusioni*.

<sup>58</sup> Cfr. *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, cit., 241 e s. e nt. 102. E, più in generale, ivi (209 ss.) pure una più precisa qualificazione di natura e grado degli atti normativi e/o amministrativi incidenti nella materia.

<sup>59</sup> Si citano però soltanto le sentenze nei confronti di Spagna, Francia, Belgio e Paesi Bassi, con la significativa omissione, si è già detto, di quella contro l'Italia del 2000.

<sup>60</sup> Così le argomentazioni principali riportate nel testo pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, C 247/3 e 4.

menti precedenti al ricorso contengono alcuni criteri per mettere in discussione la validità dei poteri speciali in quanto tali», la giurisprudenza ha conferito valore determinante alla richiesta presentata in giudizio, ammettendo il potere di riduzione della pretesa fatta valere nell'atto conclusivo<sup>61</sup>.

Resta dunque che in tal modo l'oggetto del giudizio risulta definito in modo affatto diverso da quello sfociato nella prima condanna della Repubblica italiana, dove sulla base del ricorso della Commissione (nulla avendo aggiunto ad esso le Conclusioni dell'Avvocato Generale Jean Mischo), la Corte aveva dichiarato l'incompatibilità comunitaria di tutti e quattro i poteri speciali previsti dall'art. 2 della l. 474/94 e inseriti negli statuti delle società Eni e Telecom, in quanto non in grado di soddisfare le seguenti «quattro condizioni, cioè devono applicarsi in modo non discriminatorio, devono essere giustificati da motivi imperativi di interesse generale, devono essere idonei a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e non devono andare oltre quanto necessario per il conseguimento di questo»<sup>62</sup>.

La conseguenza che ne deriva è, come ammette lo stesso Avvocato Generale Colomer, pur dubbioso<sup>63</sup>, assai rilevante: egli infatti afferma che «poiché la Commissione non ha incluso nel ricorso i poteri speciali di cui all'art. 2, primo comma, del decreto legge n. 332, ribadisco che essi devono essere considerati conformi alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali garantite dal Trattato CE»<sup>64</sup>. La stessa Corte riconosce che se «è vero che la Commissione sviluppa argomenti critici riguardo ai poteri speciali ..., tuttavia essa non li rimette in questione e contesta soltanto i criteri che consentono il loro esercizio»<sup>65</sup>, e quindi detti poteri non possono essere sindacati dai giudici del Lussemburgo. Di ulteriore grande rilievo ai fini di quanto qui si sostiene, ovvero dell'appartenenza delle misure statali *de qua* al campo dell'intervento pubblico nell'economia, appare un'altra affermazione dell'Avvocato Generale, cioè che «le prerogative speciali dei poteri pubblici oggetto del presente procedimento di infrazione costituiscono norme che riguardano l'intervento pubblico nell'attività di determinate imprese, con la finalità di imporre obiettivi di politica economica, ...; l'esistenza di tali norme, di per sé, non conculca le libertà fondamentali del Trattato, sebbene, al contrario, possa farlo la loro concreta applicazione»<sup>66</sup>.

Ma se così è, da un lato si avvierebbe a conclusione inopinatamente favorevole, almeno dal punto di vista del diritto comunitario e rispetto alla mera previsione legislativa, la tormentata vicenda della “*golden share* all'italiana” che tante critiche aveva sollevato in dottrina, alcune delle quali erano state condivise, residuando soltanto, come del resto si era là sottolineato, il problema della discrezionalità eccessiva<sup>67</sup>, qui solo in ordine all'esercizio concreto dei poteri che l'hanno costituita (ma su ciò *infra*). Dall'altro lato, da questa serie di *obiter dicta* e non solo, si potrebbe cominciare a riconoscere quelle “tracce”, quei segni di una possibile evoluzione della futura giurisprudenza cui si accennava, indotta forse proprio dalle vicende della crisi (il fallimento *Lehman* precede di quasi due mesi le Conclusioni di Colomer ...), e della quale non può essere sottovalutato come elemento agevolante il (repentinamente) mutato atteggiamento della Commissione in tema di intervento pubblico nell'economia *sub specie* degli aiuti di Stato<sup>68</sup>, tale da

---

<sup>61</sup> Cfr. *Conclusioni*, punti 28-30.

<sup>62</sup> Punto 13 della sentenza C-58/99 citata.

<sup>63</sup> «Sussistono dubbi sulla legittimità dei poteri speciali di cui al decreto n. 332 alla luce delle disposizioni del Trattato sulla libera circolazione»: cfr. punto 33 delle *Conclusioni*.

<sup>64</sup> Punto 59 delle *Conclusioni*.

<sup>65</sup> Punto 30 della sentenza.

<sup>66</sup> Punto 41 delle *Conclusioni*.

<sup>67</sup> Peraltro là riferita all'intera normativa: su tutto ciò sia consentito di rinviare ancora al mio *Poteri pubblici*, cit., 208 e 253 ss.

<sup>68</sup> Mette bene in luce il collegamento fra la rapidità con cui la Commissione ha aggiornato la disciplina *de qua* e i rischi per l'integrazione concorrenziale del mercato unico che un intervento pubblico nell'economia privo di *guidelines* avrebbe potuto indurre, A. TONETTI, *La disciplina comunitaria e globale degli aiuti a favore del sistema bancario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2009, 659-672, a commento delle due Comunicazioni 13 ottobre 2008, n. 2008/ c 270/02 (*Applicazione delle regole in materia*

poter configurare proprio quell' auspicato (già in passato, invero) ripensamento della giustizia comunitaria in ordine al modello di capitalismo (*ex multis*), compatibile con il Trattato CE.

C). *Le norme del Trattato fatte valere (oppure no ...): artt. 43, 56, 295, [86, II]*. Il percorso argomentativo, assai ampio e significativo (anche per l'accorta difesa svolta, anziché in sede pregiudiziale, in questo caso nel merito, dal governo italiano), che si snoda a partire dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale per giungere, e soprattutto questa volta, alla sentenza, sembra che possa giustificare la titolazione di una "golden share all'italiana" «finalmente presa sul serio», al contrario che in precedenza (per quanto si facciano ancor preferire le prime per completezza).

Anzitutto infatti la Corte, grazie anche alla precisa ricognizione dell'Avvocato Generale, individua con la massima nettezza il «contesto normativo» costituito nel caso della disciplina italiana come detto da una normativa di rango primario presupposta e da una di esecuzione, sulla quale ultima soltanto però si esercita il sindacato dell'apparato giudiziario lussemburghese<sup>69</sup>.

---

*di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale* [GUCE 25 ottobre 2008] e 5 dicembre 2008, n. 2009/c 10/03 (*Ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria: limitazioni degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza* [GUCE 15 gennaio 2009]), «la prima, di inquadramento generale», «la seconda di carattere più specifico sulle ricapitalizzazioni», entrambe tese a fronteggiare l'azione dei governi che «uno dopo l'altro hanno varato vasti piani d'azione per stabilizzare e rilanciare il sistema creditizio, aprendo così una nuova stagione dell'intervento pubblico nell'economia, quella dello *Stato salvatore*», ivi 660.

<sup>69</sup> Punti 2-7 della sentenza. Ovvero, da un lato, «il decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, recante norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni (GURI n. 126 del 1° giugno 1994, pag. 38), ... convertito con modifiche, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474 (GURI n. 177, del 30 luglio 1994, pag. 5) ... in seguito modificato dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350, recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)»; all'art. 2, comma 1 del decreto 332 (come risultante dalle modifiche recate dall'art. 4, commi 227-231, in questo caso dal primo di essi), si prevede che «tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e degli altri pubblici servizi, sono individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del ministro dell'economia e delle finanze, di intesa con il Ministro delle attività produttive, nonché con i ministri competenti per settore, previa comunicazione alle competenti commissioni parlamentari, quelle nei cui statuti, prima di ogni atto che determini la perdita del controllo, deve essere introdotta con deliberazione dell'assemblea straordinaria una clausola che attribuisca al Ministro dell'economia e delle finanze la titolarità di uno o più dei seguenti poteri speciali da esercitare di intesa con il Ministro delle attività produttive ... » di cui sopra; altresì «dal ricorso emerge che una clausola relativa all'esercizio dei poteri speciali è stata inserita, in particolare, negli statuti delle società di diritto italiano ENI, Telecom Italia, Enel e Finmeccanica, operanti rispettivamente nei settori della petrolchimica e dell'energia, delle telecomunicazioni, dell'elettricità nonché della difesa»; infine, «l'art. 4, comma 230, della legge finanziaria n. 350/2003 dispone che con apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta dei Ministri dell'Economia e delle Finanze nonché delle Attività produttive, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge medesima, vengano individuati i criteri di esercizio dei poteri speciali, limitando il loro utilizzo ai soli casi di pregiudizio agli interessi vitali dello Stato». Su tutta questa normativa, la sua scansione in procedimenti amministrativi, come pure il significato attribuibile alle varie disposizioni e la sua integrale riconduzione al diritto pubblico (al che sembra peraltro indifferente il giudice comunitario ...) si è svolta un'ampia analisi nella citata monografia *Poteri pubblici*, cui è giocoforza rinviare. Dall'altro lato vengono in considerazione i commi 1 e 2 dell'art. 1 del decreto 10 giugno 2004 (GURI n. 139, del 16 giugno 2004) di definizione dei criteri di esercizio di detti poteri i quali così recitano, il primo: «i poteri speciali di cui all'art. 2 ..., sono esercitati esclusivamente ove ricorrano rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa, in forma e misura idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi, anche mediante l'eventuale previsione di opportuni limiti temporali [fattispecie finora non verificatasi ...], fermo restando il rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, e tra questi in primo luogo del principio di non discriminazione» (riferimenti già criticati a suo tempo perché largamente improntati a clausole di stile ed eccessivamente generici ...); il secondo: «i poteri speciali di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 2 ... [resta fuori ovviamente la lettera d) relativa alla nomina di un amministratore], ferme restando le finalità allo stesso comma 1, sono esercitati in relazione al verificarsi delle seguenti circostanze: a) grave ed effettivo pericolo di una carenza di approvvigionamento nazionale minimo di prodotti petroliferi ed energetici, nonché di erogazione dei servizi connessi e conseguenti e, in generale, di materie prime e di beni essenziali alla collettività, nonché di un livello minimo di servizi di telecomunicazione e di trasporto; b) grave ed effettivo pericolo in merito alla continuità di svolgimento degli obblighi verso la collettività nell'ambito dell'esercizio di un servizio pubblico, nonché al perseguimento della missione affidata alla società nel campo delle finalità di interesse pubblico; c) grave ed effettivo pericolo per la sicurezza degli impianti e delle reti nei

Peraltro, non v'è dubbio che il cuore della decisione sta nella selezione delle norme del Trattato che debbono fungere da parametro per valutare la legittimità comunitaria della normativa italiana secondo il principio di proporzionalità e, a questa stregua, sono rintracciabili nelle argomentazioni della Corte accanto a forti elementi di continuità, anche qui segnali se non di un diverso approccio, certamente di una maggiore attenzione ai vari profili che emergono dal raffronto tra i due sistemi, comunitario e nazionale. Ma, si deve ribadire, un raffronto che, per la prima volta, intende distinguere nettamente, fin dalle Conclusioni dell'Avvocato, la norma che contiene l'enunciazione dei poteri speciali, da quella che ne regola l'esercizio, e che dunque ha per così dire un oggetto limitato, ovvero la proporzionalità ai sensi delle norme del Trattato invocate, delle sole disposizioni del decreto presidenziale controverso<sup>70</sup>. Con la conseguenza, come si avrà agio di notare, che, invece di considerare i menzionati poteri quali strumento unitario di intervento pubblico nell'economia e perciò sotto questo aspetto scrutinarli se globalmente conformi oppure no alla normativa comunitaria fatta valere, la Corte, parzialmente sulla scia delle Conclusioni, perviene a censurare appunto i criteri di esercizio, in punto della loro adeguatezza e proporzionalità, in relazione ai differenti poteri (perciò separati in due categorie) rispetto all'art. 43 sulla libertà di stabilimento, piuttosto che all'art. 56 sulla libera circolazione dei capitali, o a entrambi esplicitamente per una di esse (in quest'ultimo caso distaccandosene); configurando in tal modo un'operazione ermeneutica di grande interesse e novità, ma di indubbia difficoltà nel tentativo non sempre riuscito di mantenere separate le due serie di norme e contemporaneamente esaminare le seconde (di attuazione) alla luce delle prime (di riconoscimento), senza che la condanna delle une si estendesse alle altre<sup>71</sup>.

Anche per le norme del Trattato selezionate in funzione della decisione però ve ne sono alcune che in qualche modo svolgono un ruolo «pregiudiziale», nel senso cioè che la loro positiva presa in considerazione da parte del giudice comporterebbe l'esclusione di quelle altre di cui si pretende la violazione. Si allude qui agli art. 295, sull'indifferenza comunitaria dei regimi proprietari, e 86, II comma, sulla missione di servizio pubblico come esimente, che, se applicati alla controversia in esame ben avrebbero potuto produrre l'assoluzione, almeno parziale, della normativa *de qua*. Peraltro rispetto al loro trattamento sembrano riscontrarsi più elementi di continuità che di innovazione nell'*iter* logico/argomentativo del *continuum* Conclusioni/sentenza, pur con qualche sfumatura di differenziazione tra le due norme ora citate.

In particolare, dell'art. 86, II comma, non si fa assolutamente menzione, né da parte dell'Avvocato né della Corte, ignorando i ripetuti inviti della dottrina, in specie italiana, riferiti in altra occasione, del resto in linea con tutta la giurisprudenza pregressa, e dunque di ciò non può che prendersene atto sia pure con rammarico e rinviare a quelle critiche<sup>72</sup>.

Meno lineare, e quindi maggiormente foriero di nuovi possibili sviluppi, il caso dell'art. 295. In questo infatti, non c'è unità di pensiero: da un lato l'Avvocatura, ma in specie Colomer, reitera qui, come nelle Conclusioni presentate nelle cause che si susseguono nei confronti delle *golden shares*, l'invito alla Corte a prendere in esame pregiudizialmente l'applicabilità di detto articolo e dunque, ove fosse ritenuto diri-

---

servizi pubblici essenziali; d) grave ed effettivo pericolo per la difesa nazionale, la sicurezza militare, l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica; e) emergenze sanitarie» (si era peraltro ritenuto che in tal caso si potessero avanzare critiche meno severe che nel primo caso, più che altro legate alla difficoltà di realizzazione delle fattispecie abilitative ...).

<sup>70</sup> Punto 31 delle *Conclusioni* citate; punto 31 della sentenza.

<sup>71</sup> Di questa difficoltà si è mostrato ben consapevole l'Avvocato Generale il quale, attribuendola principalmente al contenuto stesso del ricorso, ne ha individuato la responsabilità nella Commissione invitandola «ad improntare il proprio impegno inquisitore ad una certa coerenza, che gioverebbe altresì all'economia processuale, garantendo un miglior utilizzo delle risorse pubbliche»: punto 34 delle *Conclusioni*.

<sup>72</sup> Cfr. «*Verum* e «*false*», cit., 326-327.

mente come si esponeva, a porle sotto il suo usbergo, con la conseguenza che, fatti salvi i principi generali del diritto comunitario, quest'ultimo non era in grado di travolgerle ma, tutt'al più, di condizionarne la concreta configurazione (si parla a tal proposito di «presunzione di validità» delle misure contestate, indotta dalla norma base in questione<sup>73</sup>); dall'altro lato i giudici, o non prendevano in considerazione l'eccezione sistemica *de qua*, oppure se ne liberavano mediante tralattizie formule di stile come lamentava, e lamenta ancora, lo stesso Avvocato Generale<sup>74</sup>, che invece la ripropone di nuovo con grande *vis* argomentativa<sup>75</sup>, sia pure non in consonanza con l'intera Avvocatura<sup>76</sup>. Nella causa C-326/07 la Corte peraltro ha del tutto ignorato il problema, probabilmente approfittando del fatto, ammesso dall'Avvocato<sup>77</sup>, che la difesa del governo italiano non l'aveva inserita fra gli argomenti del controricorso. Ciò non toglie che si tratti di una problematica ineludibile, soprattutto ora al tempo della crisi finanziaria, e pertanto meritevole di una attenta rilettura alla luce di questa, con tutta probabilità proprio secondo le linee di quel discorso logico-giuridico che nel tempo è andato esponendo l'Avvocato Colomer.

Accantonati però nei pur diversi modi ora detti gli articoli del Trattato che rivestivano una funzione per così dire “pregiudiziale”, restano in campo i consueti 43 e 56, di cui si eccepisce da parte della Commissione al solito congiuntamente e indifferentemente la violazione, peraltro declinati da Avvocatura e Corte con accenti e precisazioni che segnalano una maggiore cura che in passato nel farli valere nei confronti delle singole disposizioni impugnate, e nella cui trattazione si intrecciano adesso elementi di novità e di continuità.

Di codesto intreccio già si possono osservare segni nei primi svolgimenti delle Conclusioni, per poi divenire leggibili finanche nelle motivazioni della sentenza.

Infatti, da un lato abbiamo la riconferma dell'opinione «che il settore naturale e idoneo per valutare le varie restrizioni che discendono da quelle che vengono definite “golden shares”, sia quello della libertà di stabilimento, poiché lo Stato membro in questione aspira abitualmente a controllare, utilizzando poteri d'intervento nella formazione dell'azionariato, la formazione della volontà sociale degli enti priva-

---

<sup>73</sup> Punto 40 delle *Conclusioni*: «la clausola di neutralità di cui all'art. 295 CE non comporta in alcun modo un'esenzione dalle norme fondamentali del Trattato, che esplicano i loro effetti secondo i propri termini, ed in particolare, il divieto di discriminazione a causa della nazionalità», ed esso non annulla quelle norme, «ma implica semmai che dette misure di per sé non si possono considerare incompatibili con il Trattato, in quanto protette dalla “presunzione di validità” che deriva loro dalla legittimità dell'art. 295 CE».

<sup>74</sup> *Op. ult. cit.*, 331. Punti 38 e 39 delle *Conclusioni*.

<sup>75</sup> *Op. ult. cit.*, 330 ss., per le cause precedenti. Ribadisce ancora una volta la centralità pregiudiziale di siffatta norma anche nella presente controversia il Colomer: «Confermo pertanto l'opinione che l'espressione “regime di proprietà” di cui all'art. 295 CE non fa riferimento all'ordinamento privato dei rapporti patrimoniali, bensì all'esame ideale di norme di qualsiasi tipo, incluse quelle di diritto pubblico [corsivo mio], idonee a conferire la titolarità di un'impresa, vale a dire, che autorizzano chi la possiede ad esercitare un'influenza decisiva sulla definizione e sull'esecuzione di tutti o di alcuni dei suoi obiettivi. Del pari, la necessaria interpretazione teleologica della disposizione prescinde da una distinzione fra imprese pubbliche e private, ai fini del Trattato, che si basi sulla mera composizione dell'azionariato; la detta distinzione dipende invece dalla possibilità che abbia lo Stato di imporre alcuni criteri di politica economica, diversi dalla ricerca del massimo profitto che caratterizza l'attività privata. Ricordo che il Trattato rispetta il regime della proprietà negli ordinamenti giuridici nazionali, riconosciuto nell'art. 295 CE, estendendolo a ogni misura che, mediante l'intervento nel settore pubblico, inteso in senso economico, consente allo Stato di contribuire alla configurazione dell'attività produttiva del paese, soprattutto nei processi di privatizzazione di imprese che operavano in settori considerati “strategici”, che sono stati liberalizzati gradualmente. Penso, in concreto, al controllo dei poteri pubblici in determinate attività di interesse vitale per il paese, al fine di istituire una strategia di politica economica». Così i punti 36 e 37 delle *Conclusioni*.

<sup>76</sup> Basti pensare alle assai ampiamente motivate argomentazioni contrarie di Miguel Poiarés Maduro, di cui si è largamente riferito nel mio «*Vere*» e «*false*», cit., 332 ss. All'impostazione della Corte consonante con queste ultime, sembra aderire S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 351 ss., anche per la scelta di privilegiare l'art. 56, in quanto libertà fondamentale «originaria», rispetto al 43.

<sup>77</sup> Punto 35 delle *Conclusioni*.

tizzati (incidendo sulla composizione dell'assetto azionario o sugli atti concreti di amministrazione), aspetto che ha poco a che vedere con la libera circolazione dei capitali»<sup>78</sup>, e che pertanto l'ostacolo a quest'ultima «che ne consegue presenta natura sussidiaria e non necessaria»<sup>79</sup>. Dall'altro, si affianca una considerazione intrisa di una novità che sembra riecheggiare preoccupazioni a suo tempo segnalate<sup>80</sup> e che testimonia di una nuova sensibilità dell'Avvocato, ovvero quella per cui «siffatta distinzione acquista una rilevanza pratica di primo ordine, se si tiene conto del fatto che il principio della libera circolazione di capitali vige non soltanto tra gli stati membri ma anche tra questi ultimi e i paesi terzi» con la conseguenza che una misura come ad esempio il veto alla delibera di scioglimento dichiarata incompatibile con l'art. 43 sarebbe comunque opponibile agli azionisti di questi<sup>81</sup>, mentre invece «il fatto di considerare tale potere esorbitante in contrasto con l'art. 56 CE avrebbe l'effetto di spianare la strada a questi stessi azionisti extracomunitari per realizzare lo scioglimento della società, a detrimento degli interessi dello Stato membro alla continuità della prestazione del servizio pubblico fornito dall'impresa interessata»<sup>82</sup>.

Si tratta in ogni caso di affermazioni di un certo rilievo, che paiono risentire del mutato clima culturale indotto dalla crisi, e tali da prefigurare ulteriori sviluppi in quella direzione di una giurisprudenza comunitaria più attenta a certe esigenze anche se non ancora pronta a recepirle.

In effetti pure la Corte questa volta svolgerà un esame distinto dei due principi della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali anziché considerare come di consueto il primo assorbito nel secondo, segnando dunque un altro elemento di novità, pur non approdando ai medesimi esiti delle Conclusioni, cioè senza giungere ad escludere la norma ritenuta inidonea dall'Avvocatura, ma asseverando in caso motivatamente la violazione di entrambi e quantomeno definendone l'ambito di applicazione con la maggiore precisione da questa auspicata.

Del resto anche l'Avvocato Colomer, nonostante la perentoria affermazione di principio sopra riportata, finisce per valorizzare almeno in parte l'art. 56. Infatti egli non si esime dal sostenere, rifacendosi, «in mancanza di una definizione della nozione di “movimenti di capitali” nel Trattato CE» alla consolidata giurisprudenza della Corte secondo la quale violano detto articolo «le misure nazionali che impediscano o ostacolino l'acquisizione di azioni delle società interessate oppure che dissuadano gli operatori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di tali società», «che tanto il veto [*sic*: *rectius*, leggasi opposizione ...] all'acquisto di pacchetti azionari che rappresentino almeno il 5% del capitale di un'impresa, quanto l'opposizione alla conclusione di patti tra i titolari di tali azioni, sono misure che devono essere valutate, per quanto riguarda la loro conformità al diritto comunitario, alla luce dell'art. 56 CE, perché risultano evidenti le interferenze che le dette misure provocherebbero, quantunque con effetto meramente dissuasivo, nell'acquisto di azioni»<sup>83</sup>. Da quanto precede sembrerebbe si sostenga di nuovo l'illegittimità dei poteri speciali di per sé, ma per quanto non troppo felice risulti in questo caso l'esposizione del Colomer, lo si deve escludere per espressa precisazione premessa dal medesimo<sup>84</sup>; in

---

<sup>78</sup> Così il punto 44 delle *Conclusioni*.

<sup>79</sup> Punto 45 delle *Conclusioni*.

<sup>80</sup> Cfr. il mio «*Vere*» e «*false*», cit., laddove si sottolineavano i rischi che potevano derivare da una troppo severa applicazione da parte della Corte UE del principio della libertà di circolazione dei capitali rispetto agli investimenti dei cd. «fondi sovrani», ivi, 307. Cfr. ora F. BASSAN, *Una regolazione per i fondi sovrani*, in *Mercato concorrenza regole*, 1/2009, 95-132, *passim*.

<sup>81</sup> Punto 46 delle *Conclusioni*.

<sup>82</sup> Punto 47 delle *Conclusioni*.

<sup>83</sup> Punti 64-66 delle *Conclusioni*.

<sup>84</sup> Cfr. l'inizio del punto 66 delle *Conclusioni*: «Benché io abbia già precisato che nel presente ricorso non sono in discussione i poteri speciali conferiti ai suddetti ministri, ...».

realità si tratta di un segnale della richiamata difficoltà di censurare in ordine agli articoli dedotti e sotto il profilo della proporzionalità soltanto i criteri di esercizio dei poteri contenuti nel decreto contestato e non questi stessi previsti in astratto dalla norma primaria: ma tant'è ... Quello che appare chiaro però è che, almeno per i criteri contenuti in detto DPCM relativamente ai «poteri speciali» di opposizione (lett. a e b, dell'art. 2, primo comma, decreto legge 332), la libertà fondamentale rispetto alla quale valutare la loro proporzionalità è quella di circolazione dei capitali. Viceversa, si afferma di seguito la pertinenza alla libertà di stabilimento ex art. 43 del Trattato CE, dei criteri di esercizio dei poteri speciali, laddove si riferiscano al terzo di essi, ovvero quello di veto alle delibere assembleari enumerate alla lett. c del decreto legge. Infatti, basandosi ancora sulla costante giurisprudenza comunitaria secondo la quale «rientrano nella libertà di stabilimento le disposizioni nazionali che si applicano alla detenzione da parte di un cittadino di uno Stato membro, nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro, di una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di intromettersi nelle sue attività»<sup>85</sup>, egli afferma che «chi induce o promuove l'adozione di tali decisioni deve poter disporre di una quota di azioni sufficiente per ottenere una delibera favorevole dell'assemblea generale degli azionisti, perché solo in tale posizione si riuscirebbe ad ottenere la maggioranza necessaria per influenzare tanto intensamente la vita dell'impresa»<sup>86</sup>, e dunque va a ribadire la convinzione «che questo tipo di comportamento degli organi societari debba essere ricondotto alla sfera della libertà di stabilimento di cui all'art. 43 CE e non a quella della libera circolazione dei capitali, che non ... sembra rilevante, nemmeno in considerazione di un presunto effetto dissuasivo sui fondi stranieri, a causa della debolezza del nesso»<sup>87</sup>.

Il che appare in linea con quanto sostenuto dall'Avvocato nelle cause precedenti, ma ora come allora con una cospicua incertezza (nonostante qualche inciso citato sopra facesse ben sperare ...<sup>88</sup>), ancora enfatizzata dalla Corte, sul regime giuridico dei poteri speciali il quale, si deve confermare, nulla ha a che vedere con il diritto societario; è ben vero che il riferimento a maggioranze azionarie più o meno potenzialmente decisive conseguibili da azionisti stranieri alle quali i governi intenderebbero opporsi, serve all'uno e all'altra per fondare la rilevanza del *vulnus* inferto alle libertà fondamentali in parola che in tal caso verrebbero incise dalla normativa nazionale, ma così si finisce per mettere in ombra la sostanza del problema, ovvero che si dovrebbe discutere, almeno per ciò che concerne la disciplina italiana, del vero oggetto del contenzioso, vale a dire della legittimità comunitaria del "mero" svolgimento di funzione amministrativa discrezionale da parte di pubbliche autorità tipicamente (o così dovrebbe essere secondo il principio di legalità) diretta alla cura di interessi pubblici definiti e attribuiti da una norma primaria; ciò che autorizza una seconda osservazione, ossia la sostanziale incongruenza dell'eventuale citazione a sostegno delle tesi di illegittimità di detti poteri (quand'anche riferiti, come qui, solamente ai criteri di esercizio degli stessi), delle direttive comunitarie in materia societaria che fa capolino qua e là nella giurisprudenza<sup>89</sup>, il che può confondere a tal punto da indurre, come si vedrà, a suggerire ai governi, al fine di non incorrere nell'inevitabile censura, di mantenere quote rilevanti di azioni nelle società privatizzate, quasi fosse appunto una disputa di diritto commerciale e non amministrativo.

---

<sup>85</sup> Punto 79 delle *Conclusioni*.

<sup>86</sup> Di qualche interesse il prosieguo del ragionamento: «di fatto, qualche delibera potrebbe perfino mettere in pericolo la sopravvivenza della società, ragione per cui i legislatori nazionali hanno introdotto la precauzione di richiedere una maggioranza qualificata del capitale rappresentato nell'assemblea generale degli azionisti per la sua adozione»; il che è corrispondente al vero, fatta salva l'osservazione, di carattere generale, che si tratta di una giustificazione impressionistica posto che il regime nazionale di cui si discute in tema di veto alle delibere ne consente l'esercizio «discrezionale» ad un Ministro non titolare di neppure un'azione.

<sup>87</sup> Punti 80 e 82 delle *Conclusioni*.

<sup>88</sup> Cfr. il già citato punto 36 delle *Conclusioni*.

<sup>89</sup> ... che sembrano invece ritenute idonee alla bisogna da S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 356.

In una certa misura le motivazioni della sentenza si adageranno, sia pur con i distinguo già accennati, abbastanza agevolmente in questo “letto di Procuste” così ben argomentato dall’Avvocato Generale.

Difatti la Corte, dopo aver provato a fornire una definizione il più possibile precisa degli ambiti di applicazione degli articoli 43 e 56 del Trattato almeno qui astrattamente in sintonia con l’Avvocato<sup>90</sup>, ne contesta la violazione separatamente e in parte congiuntamente nei confronti dei criteri di esercizio relativamente alle due differenti categorie dei poteri speciali da quest’ultimo individuate.

Così che, dopo aver premesso la considerazione secondo la quale «una normativa nazionale che non è destinata ad applicarsi esclusivamente alle partecipazioni tali da conferire una sicura influenza sulle decisioni di una società e da consentire di indirizzarne le attività, ma che si applichi indipendentemente dall’entità della partecipazione detenuta da un azionista in una società, può rientrare nell’ambito di applicazione sia dell’art. 43 CE, sia dell’art. 56 CE»<sup>91</sup>, si sostiene che «va operata una distinzione a seconda che i criteri siano applicati ai poteri di opposizione dello Stato all’acquisizione di partecipazioni e alla conclusione di patti tra azionisti che rappresentino una determinata percentuale dei diritti di voto o al potere di porre un veto a talune decisioni della società».

Nel primo caso si eccepisce tanto la violazione dell’art. 56 nei casi ordinari, che quella dell’art. 43 nel caso di società ad azionariato diffuso in ragione della «sicura influenza nella gestione» che deriverebbe da tali pur esigue quote di capitale<sup>92</sup>. Questa sottile distinzione testimonia la cura inusitata con cui la Corte ha esaminato la normativa italiana ma pure una sorta di bulimia giurisdizionale; infatti, una volta accertata la violazione della libera circolazione dei capitali non si vede l’utilità nel caso di specie di contestare pure quella della libertà di stabilimento, come detto per certi versi minore dell’altra e dunque in essa ricompresa: meglio sarebbe stato qui ricorrere ancora alla tecnica dell’assorbimento ... Nel secondo caso, invece, trattandosi di criteri attinenti un potere di veto su decisioni di gestione (invero tutte assai rilevanti) della società e perciò concernenti «soltanto azionisti in grado di esercitare un’influenza sicura» essi devono essere esaminati «unicamente sotto il profilo dell’art. 43 CE»<sup>93</sup>, il che pare una soluzione adeguata.

Infine la Corte rammenta che, poiché detti criteri «definiscono le circostanze in cui possono essere esercitati i poteri dello Stato» e dalla propria giurisprudenza si evince che il ricorso ad essi può essere contrario alle libertà fondamentali, «il punto controverso nella presente causa è quello di chiarire se tali criteri stabiliscano condizioni atte a giustificare l’esercizio di tali poteri»<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> Punto 34 della sentenza: «Ricadono nell’ambito di applicazione ratione materiae delle disposizioni del Trattato CE, relative alla libertà di stabilimento, le disposizioni nazionali che si applicano alla detenzione da parte di un cittadino di uno Stato membro, nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro, di una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni e da consentirgli di indirizzarne le attività (v. in tal senso, segnatamente, sentenze 13 aprile 2000, causa C-251/98 Baars, Racc. pag. I-2787, punto 22, e 23 ottobre 2007, causa C-112/05, Commissione/Germania, Racc. pag. I-8995, punto 13)»; punto 35: «Rientrano nelle disposizioni di cui all’art. 56 CE, relativo alla libera circolazione dei capitali, segnatamente gli investimenti diretti, vale a dire gli investimenti di qualsiasi tipo effettuati dalle persone fisiche o giuridiche e aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l’impresa cui tali fondi sono destinati per l’esercizio di un’attività economica. Tale obiettivo presuppone che le azioni detenute dall’azionista conferiscano a quest’ultimo la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di tale società o al suo controllo (v. sentenza Commissione/Germania, cit., punto 18 nonché la giurisprudenza ivi citata)»

<sup>91</sup> Punto 36 della sentenza.

<sup>92</sup> Punto 38 della sentenza.

<sup>93</sup> Punto 39 della sentenza: «del resto, ammesso che tali criteri producano effetti restrittivi sulla libera circolazione dei capitali, questi sarebbero l’inevitabile conseguenza di un possibile ostacolo alla libertà di stabilimento e non giustificerebbero un esame autonomo alla luce dell’art. 56 CE».

<sup>94</sup> Punto 40 della sentenza. E, come detto, risulta difficile separarne lo scrutinio, censurando solo i criteri, come fa la Corte.

D). *Poteri discrezionali delle autorità pubbliche e principio comunitario di proporzionalità*. In conclusione, dunque, il prisma attraverso il quale l'apparato giudiziario lussemburghese legge l'illegittimità comunitaria ex artt. 43 e 56 del Trattato CE dei criteri di esercizio dei «poteri speciali» previsti dal decreto legge 332 come disciplinati dal DPCM impugnato, è il principio di proporzionalità delle misure nazionali.

Da questo angolo visuale, già l'Avvocato Generale chiarisce subito, dopo aver ribadito che «la Commissione critica unicamente la mancanza di proporzionalità, alla luce del Trattato CE, di determinati aspetti del decreto controverso relativi all'esercizio dei poteri speciali conferiti allo Stato italiano dal decreto legge 332», che «il principio di proporzionalità, che si può sintetizzare come la premessa che adegua l'intervento regolatore dello Stato all'obiettivo perseguito, rientra tra i principi generali dell'ordinamento comunitario, che costituiscono i parametri per valutare la legittimità di tali facoltà esorbitanti nelle mani degli Stati membri»<sup>95</sup>. Non solo: egli in seguito osserva che «quando si tratta di valutare la compatibilità con il Trattato di normative nazionali che interferiscono con le libertà fondamentali, il principio di proporzionalità si fa promotore dell'integrazione dei mercati e la Corte di giustizia lo applica in maniera più rigorosa che nel caso delle norme emanate dalle istituzioni comunitarie»<sup>96</sup>. Il che indica piuttosto una discutibile prassi giurisprudenziale non infrequente, ma non perciò meno criticabile, essendo stato riscontrata e censurata per quel che riguarda l'implementazione della normativa comunitaria in tema di tutela della concorrenza<sup>97</sup>. Nel merito, ad avviso dell'Avvocato, paiono adeguate le doglianze esposte nel ricorso della Commissione, laddove questa «adduce che il decreto controverso non definisce in maniera sufficientemente precisa i criteri per l'esercizio dei poteri esorbitanti di cui trattasi», e che le espressioni «grave ed effettivo pericolo» ed «emergenze sanitarie» non descrivono neppure esse «in maniera sufficientemente oggettiva e specifica le circostanze in presenza delle quali operano i poteri straordinari, lasciando alle autorità italiane un ampio margine di discrezionalità», talché lo stesso giudice nazionale competente a conoscere dell'eventuale ricorso contro il loro esercizio non sarebbe posto in condizione di poterla sindacare<sup>98</sup>.

Pertanto egli ritiene di poter concludere in punto dell'analisi sulla proporzionalità del decreto, «che tale strumento non potrebbe superare neppure il test dell'idoneità», mancando il nesso logico fra i poteri speciali e le modalità di esercizio degli stessi, quantomeno con riguardo alle opposizioni di cui alle lettere a) e b), in quanto non si vedrebbe come l'acquisto di azioni o l'accordo tra azionisti potrebbe mettere in pericolo gli interessi vitali specificati (si fa per dire) dal DPCM<sup>99</sup>. Poiché il Governo italiano non sarebbe stato in grado di confutare con prove valide i dubbi della Commissione, tale giudizio negativo da un lato rende superfluo «l'esame dell'argomento relativo all'applicabilità delle direttive elettricità, gas e telecomunicazioni, giacché non si potrebbe sanare il difetto originario costituito dall'incongruenza tra i poteri speciali e le modalità del loro esercizio» anche per la scarsa «rilevanza di tali testi normativi, poiché si limitano ad alcuni aspetti regolatori»<sup>100</sup>. Dall'altro lato non varrebbe a salvare la validità del decreto l'invocazione del principio di sussidiarietà, «come garanzia dell'intervento degli Stati membri finaliz-

<sup>95</sup> Punto 42 delle *Conclusioni*.

<sup>96</sup> Punto 61 delle *Conclusioni*. Su questo tema cfr. D.-U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1998, 103 ss. cui si appoggia l'Avvocato. Cfr. anche, da ultimo, S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Giuffrè, Milano 2008.

<sup>97</sup> Si leggano in proposito le fondate critiche di G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power*, cit., *passim*, relativamente al fatto che la Corte applica il diritto comunitario della concorrenza in modo non limpido e uniforme, aggravandone o viceversa alleggerendone detta applicazione a seconda che contrasti oppure no con l'obiettivo dell'integrazione del mercato comune.

<sup>98</sup> Cfr. punti 51-53 delle *Conclusioni*. Per la verità si è a suo tempo ritenuto che almeno i profili attinenti al sindacato giurisdizionale fossero stati complessivamente abbastanza ben risolti dalla legge 350 e decreto applicativo: cfr. *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, cit., 239-40 e 242-46.

<sup>99</sup> Punti 68 e 69 delle *Conclusioni*.

<sup>100</sup> Punti 70 e 71 delle *Conclusioni*.

zato alla difesa degli interessi nazionali vitali», in quanto «l'applicazione di tale principio avviene, a termini dello stesso Trattato CE, nel rispetto delle disposizioni generali e degli obiettivi del Trattato, con particolare riguardo al completo mantenimento dell'acquis comunitario»<sup>101</sup>; infatti, «la Corte di giustizia ha statuito che, sebbene gli Stati membri restino liberi di determinare le esigenze dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza conformemente alle loro necessità nazionali, tali esigenze, tuttavia, nel contesto comunitario, vanno interpretate restrittivamente di guisa che la loro portata non può essere determinata unilateralmente, senza il controllo delle istituzioni comunitarie» da cui ne consegue che, attesa la vaghezza e imprevedibilità delle circostanze abilitative dei poteri «esorbitanti», «un'applicazione del principio di sussidiarietà in termini così generici si scontrerebbe con la certezza del diritto ..., permettendo agli Stati membri di eludere il rigore degli impegni assunti»<sup>102</sup>. Ma, come vedremo, vi sarebbe da chiedersi se non sarebbe piuttosto proprio un uso amplissimo e sostanzialmente arbitrario da parte della Corte del principio di proporzionalità a minare una certezza del diritto interpretata nel senso del *rule of law* ovvero dell'equilibrio dei poteri.

Relativamente infine al potere di veto alle delibere assembleari di cui alla lettera c) del decreto legge 332, l'Avvocato Colomer peraltro sembra portare l'esame di proporzionalità quasi direttamente sul potere stesso, entrando in contraddizione con quanto prima sostenuto, laddove afferma di credere «che, a parte il caso delle modifiche dello statuto societario che sopprimono o alterano i poteri speciali nelle imprese pubbliche, il veto sulle altre operazioni costituisca una misura idonea al conseguimento dello scopo perseguito, giacché, per esempio, lo scioglimento della società e la modifica del suo oggetto sociale possono interrompere la continuità dell'approvvigionamento energetico e/o la fornitura di altri servizi pubblici, pregiudicando l'interesse legittimo e vitale dello Stato membro, impegnato a garantire il livello di benessere dei suoi cittadini»<sup>103</sup>. Considerazioni invero ampiamente condivisibili, nonostante l'incertezza, forse inevitabile, dell'oggetto del giudizio di proporzionalità, se non che subito dopo egli stesso si premura di smentirle, con una serie di affermazioni opinabili o addirittura francamente discutibili e improprie. Infatti, da un lato, afferma, in generale, di nutrire «seri dubbi sulla necessità di tale misura, poiché esistono soluzioni meno gravose per il funzionamento del mercato comune, che conferiscono una maggiore prevedibilità agli atti degli investitori stranieri»<sup>104</sup>; dall'altro lato, ed è l'aspetto decisamente più criticabile, suggerisce allo «Stato italiano il mantenimento di una minoranza di blocco nelle società in cui ritenesse opportuno mantenere la propria presenza», in quanto, «e sempreché non se ne faccia un abuso, mantenere una quota di titoli sufficiente a sventare ogni tentativo di sottomettere le società che prestano servizi pubblici ad un accordo societario con la portata di quelli controversi presenta l'indubbio vantaggio di adattare gli interessi generali perseguiti dalle pertinenti disposizioni amministrative allo schema del diritto societario nazionale, senza violare il diritto comunitario»<sup>105</sup>.

Il che si presta già ad una duplice serie di osservazioni critiche: da un lato sembra proseguire il fraintendimento della reale natura giuridica dei poteri speciali italiani che, si ribadisce, nulla hanno a che fare con la sostanza del diritto societario e molto invece con quella del diritto amministrativo e al contempo una mal riposta fiducia negli strumenti del diritto commerciale; dall'altro lato, a conferma di quanto di-

---

<sup>101</sup> Punto 72 delle *Conclusioni*.

<sup>102</sup> Punti 73 e 75 delle *Conclusioni*.

<sup>103</sup> Punto 83 delle *Conclusioni*.

<sup>104</sup> Punto 84 delle *Conclusioni*.

<sup>105</sup> Punto 86 delle *Conclusioni*. Ma ci si spinge pure a dare suggerimenti in tema di finanza pubblica ...: «nella quasi totalità dei casi, tale soluzione non comporta costi aggiuntivi per lo Stato, giacché non è necessario che le autorità pubbliche acquistino un determinato ammontare di capitale, ma è sufficiente che, in considerazione delle caratteristiche peculiari di tali società, fino a poco tempo fa sotto il controllo assoluto del governo, si privino di una quantità di quote tale da poter continuare a controllare il destino di dette società», *ivi*.

visato a suo tempo<sup>106</sup>, si va molto semplicemente a mettere a rischio i processi di privatizzazione delle imprese pubbliche impedendo la vendita della totalità delle azioni, e a conformare sul piano del diritto comunitario quei processi, in tal caso del tutto al di fuori delle previsioni dei Trattati.

Ma infine, ed è ciò che rileva, si conclude da parte dell'Avvocato per un giudizio di non proporzionalità anche per i criteri attinenti al potere di veto e *sub specie* dell'art. 43 soltanto<sup>107</sup>.

Su queste basi, anche per quest'ultimo aspetto, si iscrive la motivazione della sentenza, pur con qualche differente sfumatura. La Corte infatti rammenta che benché, quando manchi l'armonizzazione comunitaria, «in linea di principio spetta agli Stati membri decidere il livello al quale intendono garantire la tutela di tali legittimi interessi, nonché il modo in cui questo livello deve essere raggiunto», essi «possono tuttavia farlo soltanto nei limiti tracciati dal Trattato e, in particolare, nel rispetto del principio di proporzionalità, il quale richiede che le misure adottate siano idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario per il suo conseguimento». Non solo: «anche nei settori che hanno formato oggetto di un'armonizzazione, il principio di proporzionalità è applicabile nel caso in cui il legislatore comunitario abbia lasciato agli Stati membri un potere discrezionale».<sup>108</sup>

Pertanto, con riguardo ai criteri relativi ai poteri di opposizione si statuisce che la loro applicazione «non è atta a conseguire gli obiettivi perseguiti nel caso di specie a causa della mancanza di un nesso tra detti poteri e tali criteri», non avendo la Repubblica italiana fornito prove e neppure indizi del contrario.<sup>109</sup> Ad avviso della Corte infatti «sebbene i criteri in esame riguardino diversi tipi di interessi generali, essi sono formulati in modo generico e impreciso» e l'assenza del nesso «accentua l'incertezza in ordine alle circostanze in cui i medesimi possono essere esercitati e conferisce un carattere discrezionale a detti poteri tenuto conto del potere discrezionale di cui dispongono le autorità nazionali per il loro esercizio», pertanto siffatto potere «è sproporzionato rispetto agli obiettivi perseguiti»<sup>110</sup>. Potere discrezionale giudicato sproporzionato non solo in relazione al mancato rispetto dell'art. 56 ma anche dell'art. 43<sup>111</sup>, distinguendosi qui, come detto, dalle Conclusioni. Su questa concezione della discrezionalità sarà però giocoforza tornare ...

In riferimento ai criteri relativi al potere di veto, questi sono da valutarsi anche sotto il profilo della proporzionalità esclusivamente con riguardo all'art. 43.

In questo più ristretto ambito, secondo la Corte, se è vero che le decisioni societarie vietabili concernono aspetti importanti della gestione o addirittura la sussistenza della società e proprio per questi motivi possono finire per incidere «segnatamente sulla continuità del servizio pubblico o il mantenimento dell'approvvigionamento nazionale minimo di beni essenziali per la collettività, i quali costituiscono interessi generali contemplati dal decreto del 2004», e dunque si possa ammettere, al contrario che nel ca-

---

<sup>106</sup> Cfr. il mio «*Verre*» e «*false*», cit., 362.

<sup>107</sup> Punto 88 delle *Conclusioni*.

<sup>108</sup> Punti 42 e 43 della sentenza.

<sup>109</sup> Punti 47 e 49 della sentenza. Nonostante alcuni esempi addotti in udienza dal governo italiano sulla possibilità dell'acquisizione di partecipazioni da parte di stranieri coinvolti nel terrorismo la Corte ha obiettato che di tali specifiche circostanze non vi sarebbe traccia nel DPCM: punto 50 della sentenza. Peraltro parrebbe pretesa eccessiva esigere pur dalla normativa d'attuazione una previsione così dettagliata delle circostanze abilitative dell'esercizio del potere: infatti, qualora tale pretesa fosse soddisfatta, la conseguenza sarebbe, piuttosto che la limitazione, l'annullamento di un potere discrezionale delle autorità pubbliche peraltro ammesso ...

<sup>110</sup> Punto 52 della sentenza. Né valgono come esimenti da un lato l'enunciazione, di cui all'art. 1, comma 1 del DPCM, della subordinazione dell'esercizio dei poteri al diritto comunitario, dall'altro la previsione del sindacato giurisdizionale: punti 53 e 54 della sentenza.

<sup>111</sup> Punto 56 della sentenza.

so degli altri poteri, l'esistenza di un nesso tra il potere di veto e i relativi criteri<sup>112</sup>, «tuttavia, le circostanze in cui tale potere può essere esercitato sono imprecise»<sup>113</sup>. A questa stregua infatti, detto decreto non parrebbe contenere sufficienti indicazioni sulle stesse, in quanto «sebbene tale potere possa essere esercitato soltanto in situazioni di pericolo grave ed effettivo o di emergenze sanitarie ... ossia segnatamente per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica e di difesa, in mancanza di precisazioni sulle circostanze concrete che consentono di esercitare il potere in parola gli investitori non sanno quando tale potere di veto possa trovare applicazione». Da ciò conseguirebbe «come sostenuto dalla Commissione, che le situazioni che consentono di esercitare il potere di veto sono potenzialmente numerose, indeterminate e indeterminabili e che esse lasciano alle autorità italiane un ampio potere discrezionale»<sup>114</sup>. A parte ogni ulteriore considerazione sul concetto di detta discrezionalità in uso presso la Corte, si potrebbe obiettare che essa chiede allo Stato membro una sorta di *probatio diabolica* in ordine alla precisa descrizione delle circostanze legittimanti che qui si pretende, fino al punto di prevedere l'imprevedibile ... Lo svuotamento del potere in esame che ne risulterebbe appare evidente; né da questo punto di vista è agevole liberarsi del principio di sussidiarietà, come si fa, negando che possa autorizzare il fatto «che gli Stati membri devono conservare un ampio potere discrezionale, in quanto si trovano nella migliore posizione per fronteggiare situazioni di emergenza che incidono su interessi vitali dello stato»<sup>115</sup>. Da un lato non si può negare a detto principio almeno pari dignità rispetto a quello di proporzionalità, dall'altro se è vero che le deroghe alle libertà fondamentali inscritte nel Trattato devono essere interpretate restrittivamente e sotto il controllo delle istituzioni comunitarie, la questione da discutere è appunto se e quando le deroghe siano ammissibili (e non da vietare del tutto ...) e dei modi ed esiti di detto controllo ...

5. «*Che fare?*» ...  *Ovvero, della discrezionalità amministrativa (in eccesso?) "curata" con i principi di legalità e proporzionalità. Dopo Karlsruhe (BVerfG vom 30.6.2009).*

Si è riportato sopra con larghezza finanche eccessiva l'ampio e argomentato tessuto motivazionale che ha sorretto il *continuum* (al di là di diversità di toni e di alcune non marginali differenze) di Conclusioni e sentenza, proprio per dar conto della «presa sul serio» della disciplina italiana, senza sottacere le perplessità che sembrano in qualche misura avvolgerlo. Ma ora è il momento, di concludere rapidamente sul merito della pronuncia in esame, e poi di svolgere qualche puntualizzazione sui concetti utilizzati in quella sede e sulle ideologie giuridiche ed economiche che pare li sottendano.

Si è appena affermato che la decisione con la quale la Corte ha dichiarato il venir meno della Repubblica italiana, per aver adottato le disposizioni di cui all'art. 1, comma 2, del DPCM 10 giugno 2004, recante definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali previsti dal decreto legge 332, agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 43 CE e 56 CE per i poteri di opposizione e 43 CE per il potere di veto, è assistita da un impianto argomentativo assai articolato e rappresenta certamente una novità nel panorama del contesto giurisprudenziale precedente, ma ciò non di meno si deve ritenere che essa si presti a numerosi rilievi critici. Riassumendo qui quanto già sostenuto nelle pagine che precedono il giudice del Lussemburgo: *a)* ha mostrato ancora una volta di fraintendere (o quantomeno sottovalutare) la portata dell'effettiva natura giuridica dei poteri in questione, non distinguendoli dalle vere e proprie *golden*

---

<sup>112</sup> Punti 60-62 della sentenza.

<sup>113</sup> Punto 63 della sentenza.

<sup>114</sup> Punto 66 della sentenza.

<sup>115</sup> Cfr. il punto 67 della sentenza.

*shares*, laddove invece sarebbe stato necessario discernere tra gli uni e le altre al fine di trarne possibili differenti conseguenze<sup>116</sup>; *b*) ha scartato, sia pur con minore superficialità del consueto, ma scostandosi parzialmente dalle stesse Conclusioni, la presa in considerazione di norme e principi di diritto comunitario che avrebbero potuto condurre ad un esito opposto (dall'art. 295 CE sull'indifferenza del Trattato rispetto ai regimi proprietari, all'art. 86, II comma sulla missione di servizio pubblico, al principio di sussidiarietà, quest'ultimo addirittura interpretato in senso contrario); *c*) ha fatto un'applicazione totalizzante e comunque preferenziale della libertà di circolazione dei capitali, la quale, valendo anche per gli investitori extracomunitari, può rivelarsi pericolosa per gli interessi essenziali degli Stati membri (come evidenziato dall'Avvocato Generale); *d*) ha pronunciato una sentenza che contiene il vecchio e il nuovo, ma il primo era già stato criticato e il secondo non è chiaro; vale a dire, si condanna la disciplina italiana, *more solito*, ma non in astratto come in passato era accaduto per essa e quelle analoghe degli altri Stati membri, bensì in concreto solo in relazione ad una norma applicativa di definizione dei criteri di esercizio di quei «poteri speciali» ora, astrattamente, assolti, ma non si chiarisce come si possano separare i due ambiti se non per il fatto che così risulta dal dispositivo, che fa stato peraltro e dunque integra il *quid novi* di cui si diceva e che comunque deve essere, in definitiva, giustamente valorizzato: sembra quasi che qui la Corte, stretta tra l'ormai consolidato *acquis* giudiziario e le novità economiche e politiche del periodo, abbia lanciato un «messaggio in bottiglia» ai governi (e segnatamente a quello italiano), per far sapere a quali nuove, meno gravose, condizioni che nel passato, i loro poteri sarebbero potuti uscire indenni dalla sua verifica; *e*) infine, per giungere comunque alla declaratoria d'inadempimento, ha utilizzato come un grimaldello il principio di proporzionalità finendo in tal guisa per superare tutti quegli altri sopra richiamati e (anziché correttamente circoscriverne la dimensione) cancellare ogni vera discrezionalità amministrativa in capo alle autorità pubbliche titolari di quei poteri.

E, concludendo, di quest'ultimo aspetto conviene brevemente occuparsi per le sue ben possibili e rilevanti implicazioni.

*Quanto alla discrezionalità.* Invero, il rapporto tra discrezionalità e diritto amministrativo dell'economia è sempre stato abbastanza stretto e, in una prima fase, non molto controverso, nel senso che non si dubitava della presenza diffusa e penetrante della prima nel secondo (si pensi alla vicenda delle autorizzazioni bancarie), con situazioni soggettive quasi sempre qualificabili come di interesse legittimo, il che era tutto sommato logico in costanza di «Costituzioni economiche» materiali dirigitte o comunque ad «economia mista». In una seconda fase questo rapporto è andato incrinandosi, proprio per le trasformazioni costituzionali nella direzione di una economia sociale di mercato dove la libertà economica acquisiva un ruolo centrale, e lo Stato se non totalmente in «ritirata» appariva trasformato in «regolatore»,

---

<sup>116</sup> In questa pronuncia la Corte non ha tratto l'ulteriore conseguenza, sollecitata invece dall'Avvocato generale come detto dianzi, del doversi accordare la preferenza a rimedi confinati nell'ambito del diritto societario per la cura di interessi generali rispetto alle normative nazionali in esame; peraltro ciò era accaduto nella giurisprudenza precedente (e qui non rinnegata, anzi richiamata): di tale aspetto dà conto, invero con accenti di adesione, S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 356, ma criticamente in relazione al caso AEM, *ivi*, 361 ss.; né riemerge qui esplicitamente la fiducia nello strumento della regolazione al fine della tutela di detti interessi, presente in alcuni precedenti, ma ancora non rifiutata e anzi riproposta surrettiziamente tramite la loro citazione (e condivisa in *op. ult. cit.*, 350). Su ciò si possono comunque svolgere ulteriori osservazioni critiche. Quanto al primo aspetto: *a*) se la soluzione della cura degli interessi generali fosse trovata conservando una quota del capitale di controllo (a qualunque livello le normative nazionali e le prassi societarie lo collochino), il problema della legittimità dei «poteri speciali» semplicemente non esisterebbe (l'azionista dominante fa quel che gli aggrada, pubblico o privato che sia ...), e comunque in un caso la Corte aveva assolto i poteri pubblici (*ivi*, 360-1); *b*) così facendo però si cade in ulteriori contraddizioni, affidando la cura di interessi pubblici a soggetti privati, con inevitabili distorsioni del diritto privato piegato a fini impropri, non utilizzando in tal caso lo strumento corretto e noto delle esternalizzazioni (cfr. A. MALTONI, *op. cit.*); *c*) infine, come detto, si destabilizza il processo delle privatizzazioni «sostanziali» (*alias* cessione del controllo) delle imprese, se l'unico modo per controllarne l'esito è ... non farle. Quanto al secondo aspetto, certamente le autorità di regolazione curano interessi della collettività, ma d'altro genere ... (sul punto era già stato chiarissimo G. DELLA CANANEA, citato nel mio *Poteri pubblici*, 135, nt. 48).

nonché per l'influenza del diritto comunitario: ovvero si è iniziato a chiedersi se dinnanzi a diritti soggettivi fondamentali (di libertà economica) fosse ancora predicabile un potere discrezionale della pubblica amministrazione, quantomeno della larghezza precedentemente conosciuta. E da parte di autorevole dottrina si è giunti ad affermare che poiché di fronte, ad esempio, ai poteri di regolazione delle autorità indipendenti stavano diritti fondamentali di libertà, i primi non potevano avere natura discrezionale intesa nel significato di ponderazione di interessi pubblici primari e secondari e privati (secondo la celebre definizione di Massimo Severo Giannini), in quanto era il diritto che regolava il potere e non viceversa come in passato<sup>117</sup>. Quand'anche poi dovesse ammettersene una residua persistenza ne risulterebbe depotenziata la funzione, sottoposta dal diritto comunitario ad un severo scrutinio, come detto, appunto secondo i canoni di proporzionalità e adeguatezza<sup>118</sup>. Con il che viene a scomparire il merito come nucleo centrale, ma non esaustivo, della discrezionalità, inattuabile dal giudice<sup>119</sup>. Ma, portando alle estreme conseguenze questi ragionamenti, a scomparire è anche l'ineliminabile "politicità" del potere discrezionale<sup>120</sup>, la quale, pur rigorosamente delimitata nel suo svolgimento da principi di logicità e ragionevolezza della cui presenza il giudice nazionale può ben accertarsi, se può essere messa in dubbio, e non in tutte le circostanze, per le *authorities*, non sembra *a fortiori* del tutto revocabile per la pubblica amministrazione in generale, pena il venir meno della sua stessa ragion d'essere<sup>121</sup>.

Certo è che proprio in questa direzione pare volgersi la criticata giurisprudenza della Corte di giustizia nella materia *de qua*, nel senso che tra le possibili definizioni<sup>122</sup> di un potere discrezionale comunitaria-

---

<sup>117</sup> Cfr. F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in AIPDA, *Annuario 2002*, Giuffrè, Milano 2003, 175-200. Benché non in tutti i casi, parrebbe: cfr. ancora F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, voce in *Enc. del dir.*, VI Agg., Giuffrè, Milano 2002, 177-79. Per implicazioni di ampia portata cfr. sempre F. MERUSI, *Diritti fondamentali e amministrazione (o della «demarchia» secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Diritto amministrativo*, 3/2006, 543-550.

<sup>118</sup> F. MERUSI, *Il principio di legalità*, loc. cit. Cfr. anche, dello stesso AUTORE, *L'integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, cit., 51: «E' perciò da escludere in toto la discrezionalità come ponderazione di interessi? Non necessariamente, perché la funzione del potere attribuito ad una pubblica amministrazione può anche consistere nella ponderazione di due o più diversi interessi, sol che gli interessi da ponderare devono essere predeterminati e la ponderazione deve anch'essa seguire una regola predeterminata. Quella della proporzionalità e dell'adeguatezza della decisione».

<sup>119</sup> «Non può esserci il merito dietro alle figure dell'eccesso di potere. Anche il potere deve soggiacere all'interpretazione»: *op. ult. cit.*, 50

<sup>120</sup> Si rinvia qui alle notazioni critiche di A. POLICE, *op. cit. e loc. cit.*

<sup>121</sup> Cfr. F. MERUSI, M. PASSARO, *op. cit.*, 178: «da descrizione della valutazione amministrativa in termini di asettica dichiarazione della regola del caso concreto implica che l'apprezzamento delle amministrazioni si muova nel solco della mera legittimità se non dell'agire vincolato, finendo per ricondurle nell'area dell'attività interpretativa (...) che è propria della funzione giurisdizionale», ma siffatta «ricostruzione presenta, peraltro, evidenti limiti di impostazione», ovvero, in un sistema ispirato al principio di separazione dei poteri, la pubblica amministrazione non è un giudice ...

<sup>122</sup> Se ne legga ora una ragionata e aggiornata rassegna in E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Jovene, Napoli 2008, *passim*. Dove si rifiutano tanto la «discrezionalità ermeneutica» che quella della «discrezionalità amministrativa come sfera libera limitata positivamente» per configurarla infine come «ponderazione di interessi regolata», il che sembra condivisibile: cfr. rispettivamente 49 ss., 240 ss. e 393 ss. Per una sostanziale demolizione del paradigma dell'eccesso di potere e perciò della visione consueta della discrezionalità cfr. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit.: «La discrezionalità, sinteticamente indicativa di un ambito decisionale riservato all'amministrazione, può esistere o meno. Se c'è discrezionalità, nessun giudice e nessuno strumento (eccesso di potere o buona fede) possono sostituire la decisione amministrativa. Se però non vi è discrezionalità, nessun ostacolo può frapporsi al controllo del comportamento dell'amministrazione né al riconoscimento del diritto dell'amministrato a che quel comportamento si svolga correttamente. La discrezionalità (nella sua concezione tradizionale) non viene dunque assorbita dalla enucleazione di limiti esterni al suo esercizio, ma si spezza in due componenti: da un lato un'attività soggetta a vincoli, in cui il momento amministrativo è caratterizzato da obblighi di comportamento; dall'altra un'attività riservata all'amministrazione, e perciò stesso assolutamente libera, e che è il vero cuore (o ciò che rimane) della discrezionalità», *ivi*, XXI. Tale prospettiva non può essere condivisa: essa porta semplicemente alla scomparsa della discrezionalità amministrativa sotto forma di sua riduzione al solo merito, identifica quindi una parte con il tutto, pone l'alternativa secca tra vincolo e libertà e non sembra tener conto adeguatamente che l'attività «assolutamente libera» è politica, e non amministrazione ... con buona pace di un secolo e mezzo di giurisprudenza del giudice amministrativo (su cui cfr. invece G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano 2001, *passim*, e *ivi* la loro *Introduzione* e la Prefazione di S. CASSESE, *Il Consiglio di stato come creatore di diritto e come amministratore*, 1 ss.).

mente accettabile, pur in una qual confusione concettuale sembrerebbe far cadere la sua scelta su quella, che appare meno valida, della discrezionalità come interpretazione, ovvero la tesi che le autorità pubbliche sono dotate di poteri discrezionali esorbitanti (e perciò illegittimi) tutte le volte che non si limitano ad applicare delle norme, di rango primario o secondario che siano, sufficientemente precise<sup>123</sup>, che dunque è solo possibile interpretare prima di applicarle, annullando in tal guisa la doverosa intermediazione procedimentale. Ma, si deve ribadire<sup>124</sup>, l'amministrazione non è un giudice ...

*Quanto al principio di proporzionalità (e/o di legalità).* Si tratta, come noto, di un principio fondamentale del diritto comunitario, che si è addirittura iniziato a far valere dalla sua giurisprudenza all'epoca della CECA<sup>125</sup>, ma non da questo inventato perché da tempo presente nei diritti nazionali come strumento di controllo della discrezionalità amministrativa: in Germania dove si condensava nella «nota metafora di Walter Jellinek» secondo la quale «il problema della proporzionalità consiste nell'accertare se, per sparare ai passeri, si è utilizzato un cannone», come pure in Italia, dove il primo riferimento «risale a Gian Domenico Romagnosi, secondo cui la regola direttrice dell'amministrazione consisteva nella prevalenza della "cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità" e cioè, "nel far prevalere la cosa pubblica alla privata *col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà*"», per poi svolgersi, con periodiche emersioni dovute alla giurisprudenza «pretoria» del Consiglio di Stato, nel criterio di ragionevolezza<sup>126</sup>. E, prima ancora che in relazione al diritto amministrativo nazionale o comunitario, sarebbe rinvenibile a livello di altri diritti, interni (si pensi, tra l'altro, alla graduazione della pena dal minimo al massimo editale ...) e del diritto internazionale<sup>127</sup> o addirittura «può definirsi universale e poliedrico e, attraversandola trasversalmente, trova applicazione in quasi tutti i settori della scienza»<sup>128</sup>. In ogni caso sembrerebbe associata la sua natura di principio generale del diritto<sup>129</sup>, in specie di quello pubblico, analogamente all'altro di buona fede e affidamento del cittadino<sup>130</sup>, ancora qui in connessione con una giurisprudenza comunitaria<sup>131</sup> che, prima ancora del riconoscimento espresso dei Trattati, lo avrebbe estratto dai principi comuni degli Stati membri<sup>132</sup> e poi sui loro diritti nazionali lo avrebbe riversato così rinvigorito, in quanto espressione a sua volta anche del principio di legalità e in ultimo dello Stato di diritto<sup>133</sup>.

---

<sup>123</sup> Sembra aderire all'esito di questa impostazione S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 365 e s.: «si è potuto verificare che laddove siano coinvolte libertà fondamentali sancite dai Trattati, la giurisprudenza della Corte impone agli stati membri di procedere ad un'attuazione del diritto comunitario ... con disposizioni precise e puntuali ... privando, di riflesso, l'attività amministrativa di parte della propria discrezionalità, intesa come possibilità di scelta tra diversi risultati tutti astrattamente legittimi, al fine di renderla predeterminata nei risultati e nei criteri applicativi», affermandosi così la prevalenza della situazione giuridica comunitaria (definita frammentata come fattispecie) nei confronti dei poteri discrezionali nazionali, *ivi*, 368.

<sup>124</sup> Cfr. sopra F. MERUSI, M. PASSARO, *loc. cit.* E sulle «usurpazioni» del legislatore cfr. F. MERUSI, *Sentieri interrotti*, *cit.*, 19-26.

<sup>125</sup> Cfr. D.-U. GALETTA, *op. cit.*, 74.

<sup>126</sup> Quanto sopra è tratto da A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, CEDAM, Padova 1998, 1, 10-11, 285 ss.

<sup>127</sup> Cfr., ad esempio, E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano 2000, per il quale sarebbe un principio generale di quell'ordinamento, 429 ss.

<sup>128</sup> A. SANDULLI, *op. cit.*, 2.

<sup>129</sup> D.-U. GALETTA, *op. cit.*, 74.

<sup>130</sup> Cfr. per tutti F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano 2001, dove si afferma la loro pertinenza all'eccesso di potere non come sua figura ma come parametro di giudizio per sintomi, 240.

<sup>131</sup> Cfr. in tal senso molto nettamente S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino 2005, 235 ss. «Come è noto, l'interpretazione comunitaria, che ha chiaramente accolto l'impostazione tedesca, ha ritenuto il legittimo affidamento riconducibile allo stato di diritto tramite il principio di certezza giuridica»: *ivi*, 254.

<sup>132</sup> Si tratta di una questione delicata, in ordine all'interpretazione che la giustizia comunitaria ha dato dell'art. 288 CE il quale «pur trattando della responsabilità extracontrattuale, richiama con una formula ampia i principi generali *comuni* ai diritti degli stati membri»: S. ANTONIAZZI, *op. cit.*, 250; infatti, prosegue l'Autrice, «la Corte non ha interpretato questa espressione in senso letterale e cioè considerando solo quei principi che fossero realmente propri a tutti gli ordinamenti; è stato invece adottato un metodo di comparazione valutativa, accogliendo quei principi che più sono vicini alle caratteristiche dell'ordinamento comunitario e che in concreto hanno rappresentato la soluzione migliore, senza che di necessità il principio

In realtà però, quel che qui rileva è proprio la sua costruzione come principio fondamentale del diritto comunitario e la sua potenzialità esplicabile nei confronti degli altri principi comunitari e delle tradizioni giuridiche presenti nelle costituzioni nazionali. Da questo punto di vista, ossia «quanto al rango rivestito dal principio ed alla sua collocazione all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario, la giurisprudenza della corte di giustizia ha riconosciuto al principio di proporzionalità la natura di norma giuridica vincolante, alla quale può appellarsi qualunque cittadino dinanzi ad un tribunale e che i tribunali devono rispettare ed applicare. Ha inoltre affermato, che al principio spetta rango costituzionale, quale principio generale per la limitazione delle misure comunitarie restrittive, comprese quelle adottate dal legislatore comunitario».<sup>134</sup> Ne deriva pertanto che sarebbe il principale «strumento di salvaguardia dei diritti fondamentali»<sup>135</sup>. Ciò peraltro non dovrebbe esimere la Corte nell'utilizzare questo potentissimo mezzo di *enforcement* del diritto comunitario dal verificare la presenza di altri principi di pari o superiore dignità: come riconosce la dottrina appena citata, il «principio di sussidiarietà e quello di proporzionalità appaiono strettamente correlati, ma certamente non si identificano», anzi il primo, così sbrigativamente tralasciato dalla Corte nella sentenza qui commentata (come sovente nelle precedenti), può ben prevalere, posto che il secondo «entra infatti in gioco solo in un secondo momento»<sup>136</sup>, ovvero prima si deve accertare se non vi sia una competenza riservata allo Stato membro.

Non solo, esso non può divenire il parametro “arbitrario” (nel senso che i suoi contorni, come di quello simbiotico di legalità che appunto lo esprime, sono definiti a insindacabile giudizio della Corte) alla stregua del quale bilanciare diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni statali benché non corrispondenti alla visione prevalente nel diritto comunitario, con quelli stabiliti dai Trattati a favore delle imprese. Questo però è proprio quanto avvenuto di recente nel caso *Viking* del 2007 (Causa C-438/05), dove i giudici del Lussemburgo hanno ritenuto di poter “proporzionare” il diritto di sciopero rispetto alla libertà di stabilimento<sup>137</sup>, pervenendo così al risultato di soffocare il conflitto sociale che è uno degli elementi irrinunciabili della stessa democrazia liberale; ovvero, laddove una disposizione costituzionale nazionale sancisca un diritto fondamentale nei limiti delle leggi che lo disciplinano, una volta verificata la loro osservanza non c'è spazio per una sua ulteriore riduzione da parte del giudice comunitario in base al principio di proporzionalità: altrimenti si assegnerebbe, come in questa vicenda, un ruolo predominante ai diritti delle imprese nei confronti di quelli dei cittadini, con una perfetta nemesi del principio medesimo, indotta dall'adesione a pregiudizi ideologici di stampo liberista, e con l'ulteriore conseguenza di mettere in crisi il *rule of law* come base di una “nuova” certezza del diritto<sup>138</sup>.

---

debba ravvisarsi nella maggioranza degli ordinamenti nazionali»; il che pone l'ennesimo problema di espansionismo giudiziario della Corte in quanto risulta evidente che di tale valutazione che può travolgere le tradizioni costituzionali nazionali è unico e inappellabile giudice ...

<sup>133</sup> Osserva D.-U. GALETTA, *op. cit.*, 75 che «in favore della sua derivazione dal principio dello Stato di diritto si esprime poi, in termini chiari, la sentenza *Mannesmann*». Per la stretta connessione con il principio di legalità si spende tra gli altri A. SANDULLI, *op. cit.*, 13 ss.; ma v. anche i vari scritti citati sopra di Merusi. Per una concezione autonoma e specifica del principio di legalità nel contesto del diritto comunitario cfr. S. VALAGUZZA, *op. cit.*, *passim* e spec. 45 ss.

<sup>134</sup> Così D.-U. GALETTA, *op. cit.*, 76. Peraltro detto rango rivestirebbe due differenti modalità: per il riconoscimento espresso nei Trattati, con riguardo al solo profilo della necessità, per l'azione degli organi comunitari; in qualità di principio generale giurisprudenziale, negli altri casi. Ma ne deriverebbe «comunque, in entrambe le ipotesi, una sua sovraordinazione rispetto alle norme di diritto comunitario di rango primario»: *ivi*, 77.

<sup>135</sup> *Op. ult. cit.*, 83 e ss.

<sup>136</sup> *Op. ult. cit.*, 78.

<sup>137</sup> Su ciò cfr. G. PALOMBELLA, *Global Threads: Weaving the Rule of Law and the Balance of Legal Software*, in CARROZZA, FONTANELLI, MARTINICO, *editors, Shaping Rule of Law through Dialogue: International and Supranational Experiences*, Europa Law Publishing, Forthcoming, 2009, spec. ntt. 31-35 e la dottrina *ivi* richiamata.

<sup>138</sup> Cfr. ancora, in generale, G. PALOMBELLA, *Il "Rule of Law" oltre lo Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2009, 325-357.

*Dopo Karlsruhe (BVerfG, Zweite Senat, BvE 2/08 vom 30.6.2009)*. Da quest'ultimo angolo visuale si può ritenere che cada ben a proposito la recentissima sentenza emessa dal Secondo Senato del Tribunale Costituzionale Federale della Repubblica Tedesca, la quale peraltro si iscrive in una ormai solida tradizione di ben argomentate risposte ai ricorsi che con una certa ostinazione cittadini di quello Stato rivolgono al loro giudice supremo avverso il processo di integrazione costituzionale europeo<sup>139</sup>. Non è certo possibile svolgere qui un esame dell'imponente apparato motivazionale di detta pronuncia (ben 421 punti); basti sottolineare, al fine di constatarne la indubbia rilevanza per alcuni dei profili qui trattati<sup>140</sup>, che il *BundesVerfassungsgericht* ha condizionato la compatibilità della legge di approvazione del Trattato di Lisbona con il *Grundgesetz* a determinati requisiti di partecipazione degli organi rappresentativi del popolo tedesco<sup>141</sup>: infatti la corposa cessione di ulteriore sovranità dalle istituzioni costituzionali tedesche a quelle comunitarie, se disposta con atti unilaterali di quest'ultime non potrebbe legittimamente superare le tradizioni giuridiche dello Stato nazionale. In altre parole, i Trattati dell'Unione non possono fare *tabula rasa* di dette tradizioni: in specie, nel caso tedesco, di quella *soziale Marktwirtschaft* che ne connota l'ordinamento (e dunque neppure la Corte di giustizia, come invece ha fatto mediante l'uso "sproporzionato" del principio di proporzionalità nel caso *Volkswagen*)<sup>142</sup> ...

«*Che fare?*» ... Quanto sopra detto dovrebbe essere in grado di gettare nuova luce, nel tempo odierno della crisi finanziaria, sul diritto amministrativo dell'economia, così come configurato dai «poteri speciali»<sup>143</sup>, nel quadro di un abbandono, ancora non del tutto percepibile, da parte della giurisprudenza comunitaria, di quei pregiudizi ideologici che ne avevano segnato la pregressa condanna (come di tutte le cd. *golden shares*, tranne una). Ovvero, se può considerarsi patologica l'eccessiva latitudine della discrezionalità amministrativa che pervade la normativa italiana, peraltro assai diffusa anche nella sequenza procedimentale che circonda la previsione e l'esercizio di quei poteri, ma non presa in esame dalla Corte, la cura proposta da quest'ultima tramite i detti principi ucciderebbe il malato ... Ma intanto, e davvero conclusivamente, occorre prendere atto della novità contenuta in questa pronuncia; vale a dire quella rappresentata da una censura limitata ad una normativa di secondo grado, agevolmente modificabile in costanza dell'altra primaria ora assolta (pur essa affetta, anche dopo la novella del 2003, da probabili eccessi di discrezionalità), precisando ulteriormente, allo scopo di finalmente soddisfare le residue ribadite esigenze della giustizia lussemburghese, nei limiti del "ragionevolmente" possibile (e una guida ben potrebbe essere altresì la sentenza che approvò il congegno giuridico predisposto dal Belgio<sup>144</sup>), le condizioni di esercizio dei poteri «esorbitanti» di per sé scagionati: sempre che il governo italiano voglia raccogliere il "messaggio in bottiglia" ...

---

<sup>139</sup> Per i celebri precedenti delle sentenze *Maastricht Urteil* del 1993 e cd. *Euro-Beschluss* del 31 marzo 1998, cfr. L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Giappichelli, Torino 2002, *passim* ma spec. 13-45. La seconda decisione «oltre a dichiarare i ricorsi manifestamente infondati, ha ribadito anche i confini del riparto delle competenze e delle responsabilità fra Parlamento, Governo e Banca centrale. Sulla base dei principi formulati nella sentenza Maastricht del 12 ottobre 1993, i giudici costituzionali tedeschi hanno infatti sottolineato come non fosse più possibile porre in discussione la legittimità costituzionale dell'ingresso nella terza fase dell'Unione economica e monetaria», *ivi*, 2-3; nonostante le riserve sul processo di integrazione che le percorrono sotto traccia entrambe.

<sup>140</sup> Della segnalazione di detta importanza sono debitore a Gianluigi Palombella, con l'avvertenza che non si può qui anticipare l'esito di una discussione appena iniziata e che si spera proficua.

<sup>141</sup> Sull'importanza di tali processi per quell'ordinamento, cfr. M. BONINI, *Il potere costituente del popolo tedesco. Riunificazione della Germania e integrazione europea*, Giuffrè, Milano 2001, *passim*.

<sup>142</sup> Su questa vicenda, oltre il mio «*Vere*» e «*false*», *cit.*, cfr. ora anche G. PALOMBELLA, *Global Threads*, *cit.*, *passim*.

<sup>143</sup> Che ad esso quelli appartenessero l'aveva già affermato G. MORBIDELLI, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino 2001, 257-301.

<sup>144</sup> Messa in rilievo da S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 360-1, secondo cui esso configurava un regime di eventuali opposizioni successive fondato su criteri oggettivi verificabili in sede giurisdizionale, rispettando così la legalità comunitaria. In realtà, pure in quella sentenza assolutoria era rinvenibile il tipico uso "impressionistico", per non dire appunto arbitrario, del principio di proporzionalità/legalità da parte della giurisprudenza comunitaria, già presente, e qui criticato, in quelle di condanna.

*Per concludere* ... Vale la pena forse, in conclusione, rannodare gli sparsi fili di una ipotesi di ricerca, o meno ambiziosamente considerata la sede sua di svolgimento, ch'è pur sempre come detto il commento ad una sentenza, di ragionamento, che si sono fin qui dipanati nel corso del presente contributo. Si era partiti infatti da una pur sommaria analisi della temperie economica e politica rappresentata dalla più grave (e presumibilmente perdurante) crisi finanziaria (e non solo) del dopoguerra, per sottolineare l'esigenza di risposte da parte dei poteri pubblici differenti che nel più recente passato ispirato alle ideologie liberiste che hanno caratterizzato l'epoca delle grandi privatizzazioni e liberalizzazioni, e si era altresì evidenziato come in questo ambito apparissero decisivi, tenuto conto della natura sistemica o più precisamente "istituzionale" di detta crisi, proprio gli strumenti tipici di un diritto amministrativo dell'economia antico e rinnovato al tempo stesso, ovvero fatto di consuete forme di direzione pubblica («dirigismo») e al contempo delle più aggiornate e sofisticate regolazioni, più o meno indipendenti. E qui viene a riproporsi con forza il problema risalente che ha caratterizzato una fase storica e giurisprudenzialmente assai ricca del diritto amministrativo, e che appare molto rilevante proprio in relazione all'economia: vale a dire la ricerca di un punto di equilibrio tra libertà (dei singoli) e autorità (nella cura degli interessi pubblici predeterminati normativamente). Non v'è dubbio che tale rapporto risulta viepiù decisivo quando a confrontarsi sono libertà economiche (individuali) costituzionalmente riconosciute con altre che parimenti esprimono interessi garantiti a livello generale e sul medesimo piano costituzionale. Con la conseguenza che diviene opinabile la misura del potere discrezionale di cui le pubbliche autorità dispongono nello svolgimento delle funzioni loro assegnate dalla legge nell'attuare tali interessi nelle specifiche circostanze date e nel bilanciamento delle varie libertà. Come pure si dovrà verificare quali situazioni soggettive si trovino di fronte al potere, se di interesse legittimo o di diritto soggettivo<sup>145</sup>, e di quanto la discrezionalità amministrativa appaia ridotta per effetto dello stesso diritto comunitario (si pensi alla conversione di «concessioni» in «autorizzazioni» da questo operata<sup>146</sup>), giungendo a conformare l'attività provvedimento della pubblica amministrazione connotata dall'agire discrezionale (e necessariamente «proporzionato») e dunque il campo tradizionale del diritto amministrativo<sup>147</sup>, al quale appartengono gran parte delle misure messe in gioco dai governi in questo frangente, e, si è detto, pure senz'altro la disciplina italiana dei «poteri speciali» che, anche dal punto di vista del diritto comunitario è riconducibile ad una delle forme di intervento pubblico nell'economia.

Del resto, mentre a livello globale tale tipo di interventi pubblici tardano a tradursi in misure concrete, si può constatare che a livello nazionale e sovranazionale queste non sono viceversa mancate e parrebbero pure dotate di qualche efficacia. Si sono anche segnalate sopra le «interferenze» di quegli organi giudiziari che con la loro nota «potenza di fuoco» possono dimensionare, sostanzialmente a loro piacimento, la caratura di detto interventismo, statale e comunitario. Un particolare rilievo in questo quadro così mosso prima sommariamente delineato si è inteso assegnare appunto a quest'ultima pronuncia del-

---

<sup>145</sup> Ovvero, ancora, accertare se il primo sia una situazione soggettiva che dialoga "necessariamente" con il potere amministrativo, dunque a prescindere dal fatto che esso sia classificabile come discrezionale o vincolato, secondo la nota e approfondita ricostruzione svolta da F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Giuffrè, Milano 1990, *passim*.

<sup>146</sup> Cfr. L. MUSSELLI, *La conversione dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2003, 87 ss. e con specifico riguardo a dette trasformazioni, 107 ss.

<sup>147</sup> Per una giusta valorizzazione di questo carattere dell'attività amministrativa nell'ambito di una impostazione che si può definire classica, cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino 2006; e, nel senso di una rivalutazione dell'autoritarità, non solo come elemento pure discriminante della giurisdizione, si può interpretare anche una recente e ormai celeberrima giurisprudenza costituzionale: cfr. L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, in *Foro amministrativo - T.A.R.*, 2004, 2a, 119 ss. Cfr., peraltro, un'esauriente analisi della varietà e sostanziale irriducibilità delle posizioni dottrinali che nel tempo sono state elaborate in ordine al concetto in parola, già in B. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, CEDAM, Padova 2000.

la Corte di giustizia, sia per i profili più specificamente di merito contenuti nelle motivazioni che (tanto nelle Conclusioni che nella sentenza, fatte salve le differenze annotate) hanno condotto a ribadire una condanna giudiziariamente consolidata dei meccanismi giuridici nazionali costituiti dalle cd. *golden shares*, sia e soprattutto per il valore che a quelle argomentazioni, per la diversità dell'oggetto prescelto, si può attribuire con riguardo ai profili appena evidenziati di una possibile nuova caratterizzazione dello stesso diritto amministrativo dell'economia vigente sottoposto al suo severo scrutinio. Ovvero si potrebbe inferire dalle novità che si sono qui commentate, le quali senza dubbio contrassegnano detta sentenza al di là del permanere di formule tralattive e di sbrigative omissioni (si pensi alla consueta sottovalutazione o addirittura mancata presa in considerazione dell'art. 295 e dell'art. 86, II, Trattato CE)<sup>148</sup>, vale a dire principalmente la modifica e tutto sommato la "strana" riduzione dell'oggetto del giudizio dalla normativa di rango primario a quella attuativa, il possibile *iter* logico di un nuovo progressivo riconoscimento agli Stati membri della facoltà loro spettante di tutelare direttamente senza eccessive limitazioni da parte del diritto comunitario una serie di interessi pubblici attribuiti alla loro sovranità.

Certo, resterebbe disputabile, come si è ricordato sopra in via generale, il modo in cui tali interessi andrebbero tutelati, e qui cadono le osservazioni circa la concezione della discrezionalità amministrativa che ha la Corte, la quale sembrerebbe ancora assegnarla direttamente al potere politico (che sia in sede di norma primaria o secondaria), piuttosto che, come sarebbe invece corretto, agli uffici della pubblica amministrazione quando svolgano la verifica concreta delle circostanze abilitative dell'esercizio dei «poteri speciali»; spingendosi poi attraverso un uso non condivisibile del «principio di proporzionalità» fino a sostanzialmente esigerne l'abbandono. Restano dunque delle ombre su questo tracciato che si è tentato di divisare come segno di un nuovo clima che potrebbe pervadere il diritto comunitario sotto la spinta dei mutamenti globali, ma non tali da offuscare del tutto il nuovo che fa capolino sotto il vecchio. E, certamente ancora, da questo punto di vista la Corte di giustizia non potrà trascurare l'impatto, al di fuori delle inevitabili strumentalizzazioni partitiche<sup>149</sup>, che potrà avere lo *statement* di Karlsruhe sul diritto comunitario e la sua giurisdizione, laddove si intendono in quello mantenere chiaramente prerogative del *Bund*, da assicurare come ha stabilito il *BVerfG* mediante apposita legge, rispetto a tutta una serie di politiche pubbliche rilevanti, tra le quali proprio anche quelle attinenti il *Welfare State* e in generale l'economia e la finanza, con un obiettivo ridisegno dei rapporti fra le competenze riconfermate ai "signori dei Trattati" e le altre più limitate che residuerebbero in capo all'Unione europea. A meno che non si proceda finalmente, come sarebbe auspicabile ma oggi non realistico sperare, sulla strada dell'integrazione politica<sup>150</sup>, non bastando più quella solamente economica fin qui dominante per l'insipienza e l'ignavia delle classi dirigenti degli Stati membri ...\*

---

<sup>148</sup> Lo stesso Avvocato Generale Colomer che dell'art. 295 aveva fatto anche nelle *Conclusioni* relative alle precedenti sentenze un cavallo di battaglia, sembra infine quasi tralasciarlo, per concentrarsi pressoché solo sui rapporti tra art. 43 e 56 CE.

<sup>149</sup> Per le quali cfr. C. BASTASIN, *Europa è in Baviera la tua ultima fermata*, ne *Il Sole 24Ore*, 21 luglio 2009, 1 e 13. Ma l'unico modo per superarle è invocare una effettiva sovranità comunitaria, forse ormai *mission impossible* ...: cfr. il mio «*Vere*» e «*false*», cit., 363.

<sup>150</sup> Ma non è poi scontato che questa indicazione debba coincidere, in tutto o in parte, con il farraginoso processo di approvazione (purtroppo non del tutto parlamentare) del nuovo Trattato: per una critica vigorosa cfr. anzi G. GUARINO, *Ratificare Lisbona?*, Passigli, Firenze 2008.

\* Il presente contributo, ultimato nell'agosto 2009, è stato pubblicato, in una versione precedente a questa, sul n. 6/2009 della Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario. Lo si ripubblica qui nella redazione corretta grazie alla cortesia del Prof. Giuseppe Morbidelli.