



**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**Cattedra di Diritto Amministrativo**

**Golden Power: evoluzione, profili problematici e prospettive di  
riforma.**

RELATORE

Chiar.mo Prof. Bernardo Giorgio Mattarella

CANDIDATO

Diana Pittelli

Matr. 165203

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Giuliano Fonderico

ANNO ACCADEMICO 2022-2023

## Indice

<b>Introduzione.....</b>	<b>5</b>
<b>I. La disciplina nazionale.....</b>	<b>9</b>
1. Fondamento dei poteri speciali .....	9
1.1 Il Golden Power tra sicurezza ed interessi economici.....	9
1.2 La nozione di sicurezza .....	15
2. I rapporti con la libertà d’iniziativa economica .....	20
2.1 L’articolo 41 come base costituzionale.....	20
2.2 il Golden Power come potere <i>eventuale</i> .....	26
2.3 La valorizzazione dell’interesse imprenditoriale .....	27
2.4 Oneri e benefici del controllo.....	29
3. Quadro normativo .....	34
3.1 Una chiave di lettura .....	34
3.2 Difesa e Sicurezza nazionale.....	40
3.3 Il 5G e le nuove tecnologie .....	53
3.4 L’articolo 2 e l’ampliamento dei settori considerati strategici.....	60
3.5 Ulteriori disposizioni e strumenti di semplificazione .....	70
3.6 Considerazioni.....	74
4. Il DICA e l’Ufficio Golden Power.....	80
<b>II. L’evoluzione dei poteri speciali.....</b>	<b>86</b>
1. L’esperienza della <i>Golden Share</i> e le censure della Corte di Giustizia. ....	86
1.1 Contesto storico.....	86
1.2 Origini e contraddizioni .....	95
1.3 La “Golden Share occulta” degli artt. 2449 e 2450 c.c. ....	100
1.4 Le esperienze inglesi e francesi.....	105
1.5 Criticità ed evoluzione dello strumento .....	106
2. Golden Share e Golden Power a confronto.....	118
3. L’estensione dei poteri nelle situazioni emergenziali .....	123
3.1 Adattabilità dei poteri speciali.....	123
3.2 La pandemia da Covid-19 ed il Decreto Liquidità.....	124
3.3 Il conflitto russo-ucraino: il Decreto Ucraina .....	128
3.4 Considerazioni.....	131

4.	Dati sull'esercizio dei poteri speciali in Italia e sul controllo degli IDE in Unione Europea.....	133
<b>III.</b>	<b>La compatibilità con il diritto europeo e i suoi principi .....</b>	<b>145</b>
1.	La compatibilità con il diritto europeo .....	145
1.1	Le deroghe ai trattati .....	145
1.2	Il Regolamento (UE) 2019/452 .....	151
1.3	Il mutato atteggiamento delle Istituzioni europee .....	158
2.	Il rapporto tra Golden Power e Divieto di aiuti di Stato .....	161
2.1	Analogie e differenze .....	161
2.2	L'utilizzo nei periodi emergenziali .....	164
2.3	Il Regolamento (UE) 2022/2560 e la disciplina IDE .....	168
2.4	Un punto d'intersezione: l'indagine sul controllo statale.....	170
<b>IV.</b>	<b>Profili problematici della disciplina.....</b>	<b>175</b>
1.	Un potere <i>a fisarmonica</i> .....	175
2.	Golden Power e potere amministrativo .....	177
2.1	L'interesse legittimo e la natura del controllo.....	182
2.2	Un caso a sé: l'articolo 1-bis .....	187
2.3	La natura provvedimentoale dell'atto di esercizio dei poteri.....	189
3.	L'applicabilità della legge n. 241 del 1990 .....	192
3.1	L'applicabilità in astratto .....	192
3.2	L'applicabilità in concreto: gli istituti incompatibili.....	193
3.3	Le zone grigie. Il silenzio .....	195
3.4	La partecipazione: posizione del terzo, comunicazione di avvio e diritto di accesso.....	196
3.4.1	Le classifiche di sicurezza.....	201
3.4.2	Il caso Invenland e gli atti di origine europea .....	203
3.5	Il responsabile del procedimento e le risultanze istruttorie.....	206
3.6	La motivazione .....	207
4.	La portata del sindacato giurisdizionale: alcuni rilievi giurisprudenziali .....	215
4.1	Il caso Verisem - Syngenta.....	216
4.1.1	Fatto e diritto .....	216
4.1.2	La strategicità degli asset .....	225
4.1.3	La valutazione dell'interesse nazionale.....	226
4.2	I limiti del sindacato .....	228

4.3	La “ <i>political实质性</i> ” .....	231
4.4	Strategicità ed elementi di valutazione.....	233
4.5	Il punto di vista delle imprese. Prospettive di riforma .....	239
4.6	Il caso TIM-Vivendi.....	242
4.6.1	Il settore di attività e l’investitore europeo: tra discrezionalità e certezza. ....	247
<b>Conclusioni.....</b>		<b>252</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>		<b>261</b>

## Introduzione

“Potere speciale” è l’espressione con cui la legge indica il potere dello Stato di sottoporre a controllo particolari operazioni economiche e di poter incidere sul relativo esito, sebbene in presenza di determinate circostanze. La particolare forma che esso assume nell’ordinamento italiano è quella del Golden Power, definito potere *speciale* anche in ragione dell’intensità dei suoi effetti e in considerazione della limitatezza dei casi in cui può essere esercitato; questo rappresenta lo strumento di cui lo Stato si dota al fine di salvaguardare asset – attività, beni e rapporti – ritenuti strategici nei settori considerati dalla relativa normativa di settore<sup>1</sup>, così impattando in maniera evidente con la libertà d’iniziativa economica privata. Per tale ragione, detto potere può essere considerato una forma di esercizio di sovranità che trova fondamento e giustificazione nei limiti alla libertà di iniziativa economica privata di cui al secondo comma dell’articolo 41 della Costituzione: tale ultima disposizione può fungere da base per la complessa impalcatura normativa che caratterizza l’istituto e che verrà descritta ed analizzata minuziosamente nei suoi atti primari e secondari, anche attraverso la suddivisione in quattro aree delle modifiche apportate negli anni: europee, emergenziali, di semplificazione, e modifiche legate al tempo ed alla evoluzione degli interessi, con il peso delle vicende politico-economiche che interessano il Paese e l’Unione europea gravante su tutte.

Il potere in questione viene definito nel presente elaborato un potere *eventuale*, in ragione della non esatta prevedibilità del suo esercizio, che dipende dal ricorrere di determinate circostanze e, in presenza di queste, da una valutazione dell’amministrazione e da una scelta discrezionale dell’esecutivo sull’*an* e sul *quomodo*. Argine alla discrezionalità sono le estese previsioni normative in materia: il decreto legge n. 21 del 2012<sup>2</sup> – testo normativo che istituisce e regola il Golden Power – identifica le macroaree in cui l’esercizio di tali poteri è consentito, rinviando a normativa secondaria la concreta individuazione degli asset ritenuti strategici; esso prevede che il potere possa essere esercitato in tre forme distinte, via via più incisive<sup>3</sup>, ma solo in presenza di una minaccia di grave pregiudizio per gli interessi nazionali, ferma restando la

---

<sup>1</sup> Trattasi dei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dei servizi di comunicazione a banda larga basati sulla tecnologia 5G altri attivi connessi alle nuove tecnologie e rilevanti ai fini della sicurezza cibernetica, dell’energia, dei trasporti, delle telecomunicazioni e altri settori di più recente introduzione.

<sup>2</sup> Convertito dalla legge 11 maggio 2012, n. 56.

<sup>3</sup> In forma prescrittiva, oppositiva, interdittiva.

proporzionalità come criterio guida nella scelta e la permanenza dell'opzione zero, ossia del non esercizio.

Il Golden Power è dunque un potere fortemente condizionante con perimetro apparentemente delineato, ma in cui alcuni punti rimangono oggetto di dibattito, nel continuo e incessante bilanciamento tra necessità di certezza e margini di manovra, tra istanze private ed esigenze pubbliche.

Operando un raffronto con la disciplina previgente, quella della *Golden Share*, l'attuale strumento presenta confini più netti e porta con sé garanzie maggiori, che vanno aumentando e ampliandosi nel tempo. Come si dirà, lo Stato riveste il ruolo di vigile, controllore della compatibilità di determinate operazioni economiche con gli interessi nazionali, ed è importante in questo ambito che tutti gli interessi, pubblici e privati, vengano adeguatamente considerati e tutelati, riconoscendo al privato sottoposto a controllo guarentigie e certezze.

Nonostante ciò, alcuni punti applicativi rimangono incerti o poco chiari, sia per la specialità dello strumento e la particolarità della sua forma e funzione, sia perché assenti forme di coordinamento adeguato.

Questo elaborato si propone dunque di analizzare la reale ampiezza e portata dei poteri speciali, così intendendosi non solo il loro perimetro, ma anche la profondità dell'impronta che il loro esercizio lascia, e dunque la loro incisività, e di analizzarla in relazione a situazioni ordinarie ed emergenziali, odierne e passate, così da poterne osservare compressioni e ampliamenti.

In particolare, concentrando l'attenzione sul procedimento di esercizio di detti poteri e sul lavoro svolto dalla Presidenza del Consiglio e dall'ufficio preposto (il DICA<sup>4</sup>), ci si soffermerà sulla applicabilità degli istituti della legge generale sul procedimento amministrativo, stante la qualificazione del Golden Power come forma speciale di potere amministrativo, individuando le zone d'ombra in cui si situano istituti solo apparentemente applicabili o che presentano forme applicative peculiari.

---

<sup>4</sup> Dipartimento per il Coordinamento Amministrativo.

Il procedimento presenta, inoltre, inevitabili intersezioni con altri meccanismi di controllo, soprattutto a livello comunitario. Tra questi, oltre al controllo IDE<sup>5</sup> che ne rappresenta una estensione in sede europea e dunque alle forme di cooperazione con gli altri Stati e Istituzioni europee ai fini di un vaglio comune delle operazioni (REG. UE 452/2019), vi sono il controllo sulle concentrazioni (REG. CE 139/2004) ed il recentissimo controllo sulla presenza di sovvenzioni estere (REG. UE 2022/2560).

Tali ultimi due accertamenti hanno origine comunitaria e impongono, al pari del Golden Power, che le imprese procedano a formale comunicazione prima della realizzazione di particolari operazioni ritenute rilevanti dai rispettivi regolamenti.

La presenza di questi altri controlli impone importanti e ormai improcrastinabili esigenze di coordinamento: a livello decisionale per le verifiche sulla presenza di concentrazioni, in ragione dell'esito diverso che i due procedimenti possono avere sulla medesima operazione; a livello procedimentale per le sovvenzioni estere, avendo tale controllo ad oggetto elementi e situazioni che ricadono da tempo tra le circostanze da indagare e valutare secondo la disciplina Golden Power, in particolare secondo le modifiche apportate ad essa proprio dall'intervento europeo in materia (REG. UE 2019/452 che istituisce un quadro di controllo comunitario sugli investimenti esteri diretti).

Il carattere ultimo di tale intervento porta ad interrogarsi sulle concrete modalità di coordinamento – *auspicata* anche in sede europea, ed invece espressamente richieste nell'ambito delle concentrazioni in termini di interpretazione unanime di concetti comuni – ed a formulare ipotesi applicative in tal senso, disegnando scenari possibili nelle more della piena applicabilità dello strumento e della piena operatività degli obblighi di notifica da parte delle imprese.

In relazione a tale ultimo concetto, si tenterà di ricostruire il percorso che ha portato ad una sempre maggiore considerazione dell'interesse imprenditoriale, agli effetti degli interventi di semplificazione e alle misure più direttamente mirate a fornire un aiuto sostanziale, un ristoro concreto a seguito dell'esercizio dei poteri, così riconoscendone l'incisività e le conseguenze sull'attività d'impresa.

---

<sup>5</sup> Trattasi del controllo sugli Investimenti Esteri Diretti, istituito dal Regolamento (UE) 2019/452.

Tali istanze e necessità di certezza emergono anche dalle pagine della (esigua) giurisprudenza in materia, che verrà qui analizzata nei suoi casi più significativi (Syngenta<sup>6</sup>, Tim – Vivendi<sup>7</sup> ed un accenno a Invenland<sup>8</sup>) al fine non solo di comprendere qualificazioni, considerazioni e contemperamenti operati da TAR e Consiglio di Stato, ma al fine di considerare i limiti e la debolezza del sindacato del giudice, limitato dalle sue stesse parole ove si afferma che il Golden Power è atto di alta amministrazione. In questo contesto e in relazione ai limiti procedurali interni – dunque l’applicabilità concreta degli istituti della legge n. 241 del 1990 – si tenterà di inquadrare la discrezionalità propria di questo genere di atti: a cosa si debba, come si giustifichi quella del Golden Power e quale sia il rapporto ed il confine tra discrezionalità e politicità delle scelte.

In relazione alle questioni appena presentate si tenterà nei capitoli che seguono di formulare parziali soluzioni, piccoli accorgimenti che, senza sconvolgere l’assetto normativo attuale, lo integrano con elementi di coordinamento e che consentono, ferma restando la necessaria discrezionalità della scelta, di accogliere le richieste di certezza da parte dei privati, dando piena attuazione ai principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento.

---

<sup>6</sup> TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486 e 4488 e Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289 (cap. IV, par. 4.3.1, pag. 179)

<sup>7</sup> TAR Lazio, sez. I, 6 settembre 2022 n. 11508 (cap. IV, par. 4.3.6, pag. 202)

<sup>8</sup> TAR Lazio, sez. I, 9 novembre 2021, ordinanza n. 11490 (cap. IV, par. 4.2.5.3, pag. 168)



## I. La disciplina nazionale

Ciò che lega saldamente l'esistenza dello Stato e la giustificazione di parte dei suoi poteri è una fondamentale esigenza di protezione di interessi primari. Tale esigenza motiva l'intromissione dello Stato nei rapporti tra operatori economici e l'interferenza con il normale e libero funzionamento del mercato, operando deroghe a tutela della propria *sicurezza*. In questo capitolo si tenterà di dare una definizione di tale ultimo concetto, nonostante esso sia in continua evoluzione e costantemente condizionato da fattori esogeni; contestualmente, si analizzeranno in maniera approfondita i settori tradizionalmente considerati strategici, contenuti nel decreto legge n. 21 del 2012<sup>9</sup>, nonché quelli di recente introduzione. Oltre ad una serie di considerazioni complessive sulla disciplina che governa l'istituto del Golden Power, si cercherà di dimostrare come l'esercizio di tali poteri corrisponda ad un esercizio di sovranità statale: verso l'interno (persone fisiche e giuridiche residenti) e verso l'esterno (soggetti non residenti, soggetti extraeuropei e Stati). Al fine di dare una giustificazione concreta all'esistenza e all'esercizio dei poteri, si indagherà il fondamento costituzionale degli stessi ed i necessari bilanciamenti con le altre libertà costituzionalmente garantite.

### 1. Fondamento dei poteri speciali

#### 1.1 Il Golden Power tra sicurezza ed interessi economici

La presenza dello Stato in economia può essere assimilata al moto di un pendolo: una presenza *altalenante*, più propriamente oscillante e perpetua, che sembra allontanarsi per poi tornare in altre vesti. Si parla, a riguardo, di un "eterno ritorno dello Stato in economia"<sup>10</sup>, riprendendo la teoria filosofica per cui la storia segue un percorso di forma ciclica, ed è per questo destinata a ripetersi.

Il Golden Power rappresenta lo strumento di cui lo Stato si dota al fine di salvaguardare asset – attività, beni e rapporti – ritenuti strategici nei settori considerati dalla relativa normativa di

---

<sup>9</sup> Convertito dalla legge 11 maggio 2012, n. 56.

<sup>10</sup> Il riferimento è a M. MANNA, *I Golden Powers dalla stagione delle privatizzazioni alle congiunture emergenziali: l'eterno ritorno dello Stato nell'economia*, in *Diritto del Risparmio*, 3 | 2022. Il riferimento storico, invece, è alle teorie dell'*eterno ritorno dell'uguale* di F. Nietzsche, contenute ne *La gaia scienza* (1882) e a quelle di G. VICO, con i suoi *corsi e ricorsi storici* (*La scienza nuova*, 1723)

settore<sup>11</sup>, fornendo così prova di una perdurante presenza, ma sottolineandone anche l'evidente assottigliamento rispetto ai periodi dell'interventismo.

Lo strumento nasce al fine di regolare i processi di privatizzazione avvenuti negli anni '90 dello scorso secolo, e la sua formulazione originaria (la c.d. *Golden Share*) relegava l'esercizio dei poteri speciali a specifiche imprese – un tempo in mano statale – sulle quali si rendeva opportuno continuare ad esercitare un'influenza in ragione del tipo di attività esercitata.

L'odierna disciplina nazionale ancora l'esercizio dei poteri a criteri non più soggettivi, ma *oggettivi*, individuando dei precisi settori all'interno dei quali attività, beni e rapporti assumono particolare rilevanza strategica a causa dello stretto collegamento con funzioni essenziali dello Stato. Dunque, il decreto legge n. 21 del 2012 stabilisce, definisce e regola i poteri esercitabili nei settori della difesa e della sicurezza nazionale (art. 1), nell'ambito dei servizi di comunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G e altri attivi connessi alle nuove tecnologie e rilevanti ai fini della sicurezza cibernetica (art. 1-*bis*) e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (art. 2); tale ultima previsione è stata ampliata in ragione della rilevanza europea che lo strumento ha assunto, tale da giustificare un intervento normativo che ha prodotto un cospicuo ampliamento degli asset considerati strategici (art. 2) e modifiche alla disciplina nazionale in ragione di esigenze di coordinamento e cooperazione tra Commissione europea e Stati membri. Nei citati settori e a condizione che sussista una minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, il Governo è legittimato a esercitare il potere dorato in forma interdittiva (veto), oppositiva (opposizione) o prescrittiva (imposizione di condizioni o prescrizioni)<sup>12</sup> nei confronti di delibere, atti od operazioni considerate pericolose per gli interessi statali.

Per comprendere appieno la legittimazione di quello che Machiavelli definì per la prima volta “Stato”<sup>13</sup> a imporsi in quanto tale, a derogare alle ordinarie regole del mercato, e ad esercitare

---

<sup>11</sup> Trattasi dei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dei servizi di comunicazione a banda larga basati sulla tecnologia 5G altri attivi connessi alle nuove tecnologie e rilevanti ai fini della sicurezza cibernetica, dell'energia, dei trasporti, delle telecomunicazioni e altri settori di più recente introduzione.

<sup>12</sup> Da qui il plurale dell'espressione *poteri speciali*.

<sup>13</sup> «*Tutti gli stati, tutti e' dominii che hanno avuto e hanno imperio sopra gli uomini, sono stati e sono o repubbliche o principati*» Nicolò Machiavelli, *incipit* de “*Il Principe*”.

Seppur gli uomini protagonisti del pensiero di filosofi come Hobbes, Locke e Rousseau furono i primi a sentirne la necessità, Nicolò Macchiavelli fu il primo a parlarne e ad attribuire un nome all'entità terza posta al di sopra delle parti.

i propri poteri, compresi quelli c.d. *speciali*, ciò che si deve indagare è la ragione dell'attribuzione a tale entità della sua autorità. Ciò che accomuna la nascita dello Stato e l'esistenza di poteri speciali attribuiti allo stesso – c.d. Golden Power – è una fondamentale esigenza di *sicurezza*.

Il Golden Power può infatti essere inquadrato nell'ottica di uno strumento di protezione di cui lo Stato si dota; un potere pubblico esercitabile a difesa del tessuto economico nazionale, contro atti lesivi di interessi pubblici da parte di operatori del mercato e posto a garanzia del corretto funzionamento di imprese considerate *strategiche* e di tecnologie definite *critiche*, ossia dotate di capacità che rendono possibili sviluppi tecnologici e industriali.

Il difficile compito di questo strumento è proprio quello di riuscire a garantire un tendenziale equilibrio tra esigenze di sicurezza ed esigenze di mercato, combattendo i rischi potenziali di particolari operazioni, delibere ed acquisizioni di imprese italiane da parte di imprese straniere – in particolare imprese che rispondono a fondi sovrani o legate a filo doppio al potere esecutivo di altri Stati, che non siano mosse da intenti prettamente commerciali, quanto intenzionate ad acquisire tecnologie al fine di squilibrare il rapporto competitivo tra l'acquirente e le target – e contemporaneamente riuscire ad attrarre investimenti stranieri, purché coerenti o quantomeno compatibili con gli interessi nazionali di tipo strategico protetti.

Il meccanismo in questione è assoluta espressione di un potere sovraordinato, cioè di un potere che non trova (più<sup>14</sup>) una legittimazione nel diritto *tra eguali*, ma è invece riconducibile ad un rapporto *tra diseguali*, un rapporto regolato dal diritto pubblico. Anche alla luce di questa distinzione, il Golden Power può essere considerato come uno strumento di esercizio di

---

<sup>14</sup> Il riferimento è al d.l. 332/1994 che, introducendo lo strumento della Golden Share, antenato del Golden Power, interveniva sugli statuti delle società: in questo modo, le conseguenze si producevano sul piano civilistico poiché previste da uno strumento a questo ambito riconducibile. Come si vedrà, il nuovo strumento del Golden Power muove da premesse normative diverse.

*sovranità*<sup>15</sup>, poiché lo Stato autolegittima il proprio e diretto intervento, un'ingerenza che incide sui rapporti privati senza necessità di consenso, manifestazione del potere d'imperio<sup>16</sup>.

La sovranità<sup>17</sup>, elemento costitutivo imprescindibile dello Stato, è dunque, ciò che consente allo Stato di imporsi e far rispettare la sua volontà, ricada essa su persone fisiche o su persone giuridiche.

Si suole parlare di sovranità *interna* e di sovranità *esterna*.

Con la prima ci si riferisce al controllo ed al comando che possono essere esercitati in un determinato territorio; con la seconda, all'*indipendenza* di uno Stato rispetto agli altri. Questa forma di sovranità è stata definita come “un assetto istituzionale per l'organizzazione della vita politica che si basa sulla territorialità e sull'autonomia. Gli Stati esistono in territori specifici. All'interno di questi territori, le autorità politiche nazionali sono gli unici arbitri del comportamento legittimo”<sup>18</sup>.

Il Golden Power nasce come strumento di sovranità economica propria dei singoli stati. Come strumento idoneo a (ri)stabilire delle regole in mercati (ormai) liberalizzati.

Discende direttamente dall'idea di sovranità, di capacità di poter incidere sui rapporti altrui al fine di perseguire un precipuo scopo, e ne è esercizio, in quanto gli interessi tutelati sono quelli che attengono alla vita e alla conservazione dello Stato.

---

<sup>15</sup> Nella sovranità teorizzata da J. Bodin, il primo teorico moderno della sovranità, il potere sovrano era assoluto ma non illimitato e si arrestava dinanzi alle leggi che regolavano i rapporti privati tra sudditi. Questi rapporti, si diceva, erano regolati da un diritto *tra eguali*, al contrario del diritto pubblico, diritto *tra diseguali*. Ebbene, in questa cornice era comunque consentito al sovrano di oltrepassare il limite della tipologia dei rapporti quando la ragione giustificatrice era rappresentata dalla “salvezza dello Stato”. Cfr, sul punto, N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli editore, Torino, 1976.

<sup>16</sup> Cfr, sul punto, R. Bin - G. Pitruzzella, “Territorio e sovranità nell'economia globale” in Istituzioni di diritto pubblico, XXVI edizione, Giappichelli editore, Torino.

<sup>17</sup> Il primo teorico moderno della sovranità fu Jean Bodin, a cui si deve la formulazione dell'elenco di caratteristiche proprie del potere sovrano: assolutezza, perpetuità, indivisibilità. Cfr. N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli editore, Torino, 1976.

<sup>18</sup> Citazione di Stephen Krasner, professore di relazioni internazionali della Stanford University riportata da A. RUGGERI in *Quale sovranità?* in rivista Il mulino e da F. GIORDANO in *Sviluppo e diffusione delle criptovalute e loro dimensione sovranazionale*, Diritto.it. Peraltro, secondo alcuni lo Stato avrebbe perso ormai la piena sovranità sul suo territorio anche a causa dei condizionamenti che i mercati internazionali sono in grado di esercitare. A questo assottigliamento progressivo, gli Stati, e l'Italia, non possono rimanere indifferenti. E poiché “contemporaneamente anche l'Unione europea è vittima di un'erosione di sovranità, un'erosione causata dal mercato internazionale” (R. BIN, “*La sovranità nazionale e la sua erosione*”, cit.) anch'essa non ha potuto restare inerme spettatore.

Può essere paragonato, al contempo, ad una *potestà* e ad un *diritto potestativo*: è esercitato dallo Stato a tutela del *proprio* interesse alla sopravvivenza, e nell'interesse alla protezione *dei consociati*, intesa in senso lato.

Ad esser più precisi, il Golden Power consiste nell'esercizio di una *potestà amministrativa*<sup>19</sup>, è esercizio del potere autoritativo proprio dell'amministrazione statale, che si esprime nell'*imperatività* degli atti (*rectius*: provvedimenti) che da essa promanano, ossia nell'idoneità di incidere nelle sfere giuridiche altrui, modificandole o costituendole, senza necessità di consenso.

I poteri speciali del governo, dunque, devono essere intesi come esercizio di sovranità rivolta non solo nei confronti di "cittadini" (sovranità *interna*), ma anche di "stranieri" e di "omologhi" (sovranità *esterna*).

In primo luogo, lo strumento dispiega i suoi effetti verso i residenti che esercitino attività d'impresa, sotto la forma giuridica della società o nelle vesti di singoli imprenditori: si impone che le decisioni imprenditoriali considerate degne di particolare attenzione poiché rientranti in particolari settori e/o a causa degli effetti che ne potrebbero discendere, vengano sottoposte preventivamente al vaglio governativo. Al fine di potenziare il vincolo imposto e la sua autorità, non solo si prevedono sanzioni pecuniarie per le eventuali violazioni, ma anche che l'eventuale decisione governativa contraria possa dispiegare i suoi effetti a prescindere dalle azioni già compiute dall'impresa, e quindi si rimette a carico di questa un obbligo di *riduzione in pristino*. Appare lampante, dunque, l'ampiezza, la cogenza e l'incisività del potere di cui il governo è dotato, capace di condizionare lo svolgimento dell'attività dal momento anteriore alla decisione fino a quello successivo alla materializzazione dei suoi effetti.

In secondo luogo, i poteri speciali simboleggiano la sovranità *esterna* di cui sopra si è detto nel momento in cui si rivolgono ad imprese "straniere", europee ed extracomunitarie.

Con differenze di trattamento che derivano dal rapporto che lega gli stati europei, ponendoli congiuntamente sotto al tempio retto dalle tre colonne (o meglio, *tre pilastri*), il governo tenta

---

<sup>19</sup> Nella sentenza n. 198 del 22 ottobre 2021, la Corte costituzionale afferma che tramite lo strumento del d.P.C.M. il Presidente del Consiglio eserciterebbe una potestà amministrativa. "La fonte primaria, pertanto, non soltanto ha tipizzato le misure adottabili dal Presidente del Consiglio dei ministri, in tal modo precludendo all'autorità di Governo l'assunzione di provvedimenti extra ordinem, ma ha anche imposto un criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa, che è di per sé del tutto incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa ed è molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale".

di arginare l'influenza - anche economica - che altri possano esercitare sul suo territorio. Attraverso un sistema di *screening*, di controllo degli investimenti esteri, implementato dalla maturata convinzione anche in sede europea della necessità di un tale controllo e dunque dell'intervento che in questa sede si è avuto, si sottopongono a verifica gli investimenti "sospetti", così intendendo quelli che avvengono nei settori in cui la normativa Golden Power si dipana e quelli che superano determinate soglie, fino alla conseguenza di un eventuale "controllo"<sup>20</sup> della società *target*<sup>21</sup> e dunque di acquisizioni di rilevanza tale da determinare lo stabile insediamento dell'acquirente nel territorio nazionale.

Infine, il potere viene esercitato indirettamente anche nei confronti di altri Stati. La normativa prevede una nozione di soggetto esterno all'Unione Europea a maglie volutamente molto larghe, in modo da ricomprendervi tutti quei soggetti che tentino di eluderla mascherandosi da abitanti di uno dei 27. Rientrano, ad esempio, le persone, fisiche o giuridiche, che manchino del requisito della residenza pur avendo la cittadinanza o che non vi abbiano stabilito il centro della propria attività o dei propri interessi (domicilio)<sup>22</sup>. Nei confronti di questi soggetti i controlli si fanno più stringenti, prendendo in considerazione fattori ulteriori, tra i quali l'eventuale controllo diretto o indiretto che l'amministrazione di un altro Paese eserciti sull'impresa acquirente interessata<sup>23</sup>. In questo senso, l'argine che si pone è direttamente rivolto all'impresa, ma indirettamente produce effetti nei confronti dello Stato che si trova dietro. Come anticipato, il fine ultimo è quello di evitare una presenza e un'influenza di attori statali diversi, magari poco graditi, all'interno dei confini nazionali<sup>24</sup> ed è in relazione a questo che autorevole dottrina ha paragonato il ruolo dello Stato a quello di un *doganiere*<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> Il controllo deve essere inteso ai sensi dell'art. 93 del TUF -Testo Unico della Finanza e dell'art. 2359 del Codice Civile.

<sup>21</sup> Così viene denominata la società oggetto dell'investimento, su cui dunque questo ricade.

<sup>22</sup> Cfr. art. 2, comma 5-*bis* del decreto legge n. 21 del 15 marzo 2012.

<sup>23</sup> Nell'art 2, comma 3-*bis*, si parla di un controllo diretto o indiretto, svolto dall'amministrazione pubblica, organismi statali o forze armate e anche se risultante dall'assetto proprietario o perpetrato attraverso finanziamenti.

<sup>24</sup> Nella *Relazione sull'attività svolta dal 10 febbraio al 19 agosto 2022* del Comitato Parlamentare sulla Sicurezza della Repubblica (COPASIR) si legge "Il Comitato, non ha perso occasione per sottolineare la pericolosità di operatori economici, che spesso hanno alle spalle attori statali, i quali in un modo o nell'altro attaccano il tessuto economico nazionale con lo scopo di guadagnare posizioni dominanti e di depauperarne il *know*".

<sup>25</sup> Il riferimento è a G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del Golden Power e la rinascita dello stato doganiere* in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2019, 5, p. 549.

## 1.2 La nozione di sicurezza

Qual è dunque, al netto di quanto esposto, il fondamento e la giustificazione dei cd. *poteri speciali* che lo Stato può esercitare, e che questo scritto si propone di analizzare?

La sicurezza.

Filosofi come Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau, autori delle tre più importanti teorie contrattualistiche<sup>26</sup>, formulano ipotesi nettamente distinte su come gli individui interagissero tra loro nel mondo senza leggi<sup>27</sup>, convergendo però sull'elemento di difetto che porterà alla nascita dello Stato: la sicurezza<sup>28</sup>. Al fine di raggiungere tale obiettivo, gli uomini rinunciano alla piena libertà. Proprio quest'ultima condizione può forse trarre in inganno: la libertà senza limiti è probabilmente la chimera di molti, ed anche l'illusione di tanti. Gli uomini comprendono come questa non sia la vera libertà, e come, al contrario, la tanto desiderata condizione di uomini liberi si raggiunga solo da uomini limitati. Le teorie contrattualistiche convergono quindi nell'individuare come esigenza giustificatrice della creazione dello Stato, la *sicurezza*.

L'interrogativo sorge spontaneo: cosa s'intende – o si deve intendere - per sicurezza?

La prima e immediata risposta non può che ancorarsi ad una concezione primordiale, e quindi: la pelle. La sicurezza fisica. Il non incorrere in pericolo di morte o ferimento. La protezione dalle guerre.

Esattamente ciò che nella normativa Golden Power troviamo all'articolo 1. Difesa e sicurezza nazionale come primo punto d'intervento, come primo motivo che giustifica l'esercizio del potere statale e in cui lo stesso si esplica.

---

<sup>26</sup> Thomas Hobbes ne *“Il Leviatano”*, John Locke ne *“Due trattati sul governo”*, Jean-Jacques Rousseau nel *“Discorso sull'ineguaglianza”*.

<sup>27</sup> Divergendo, ad esempio, sulla descrizione dello stato di natura quale *locus amoenus*<sup>27</sup> (J. Locke, *Due trattati sul governo, Secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*) o quale luogo di vita “sgradevole, brutale e breve” (T. Hobbes, *Leviatano*, I, cap. XIII)

<sup>28</sup> Locke parla di *ius in omnia*, mentre Hobbes lamenta assenza di ordine, descrivendo la situazione come “la guerra di tutti contro tutti”, in cui uomini vanagloriosi lottano per la conquista di beni scarsi, titolari del diritto di perseguire la sopravvivenza con ogni mezzo utile, poiché dotati di illimitata libertà.

Ma la protezione dalle guerre, oltre ad essere interesse del popolo, è *interesse* dello Stato stesso che vuole conservare il suo potere ed i suoi confini. La nozione di sicurezza, quindi, è – e non può non essere – fortemente legata a quella di *interesse nazionale*.

Il Glossario Intelligence<sup>29</sup> 2019 del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza, come suggerisce il nome, si pone l'obiettivo di fornire definizioni ed elementi di conoscenza dettagliati al fine di inquadrare correttamente determinati termini nel contesto in cui vengono utilizzati.

La sicurezza viene definita «condizione in cui ad un paese risultino garantite piene possibilità di sviluppo pacifico attraverso la salvaguardia dell'intangibilità delle sue componenti costitutive, dei suoi valori e della sua capacità di perseguire i propri interessi fondamentali a cospetto di fenomeni, condotte ed eventi lesivi o potenzialmente tali. È un bene costituzionale che gode di tutela prioritaria.» e «A tale dimensione “oggettiva” del concetto di sicurezza nazionale ne viene spesso affiancata una “soggettiva”, che indica la percezione, da parte dei cittadini, della capacità dello Stato di tutelare se stesso, la propria popolazione ed i propri interessi impiegando gli strumenti del potere nazionale (politici, economici, diplomatici, militari, informativi, etc.) ».

Ma soprattutto, si sottolinea come «[l]a nozione di sicurezza nazionale – e quella connessa, di *interesse nazionale* – mantiene in ogni caso una forte caratterizzazione dinamica, risultando tanto legata al grado di maturità del paese cui si riferisce quanto al contesto storico: ne costituisce esempio la rilevanza strategica assunta dai concetti di sicurezza economico-finanziaria e di sicurezza ambientale»<sup>30</sup>.

La sicurezza, dunque, deve essere interpretata in stretta correlazione con l'interesse nazionale e necessita di essere intesa come un contenitore più ampio che legittima una serie di interventi statali.

Essa non può essere limitata alla sola protezione da eventi bellici, ma alla tutela di interessi più ampi e intangibili, come la tenuta dello Stato, o più pragmatici, come il corretto funzionamento del suo apparato, e l'ordinato svolgimento delle sue funzioni principali (tra cui, ad es. la protezione dei confini, dei cittadini, l'esercizio della funzione giudiziaria).

---

<sup>29</sup> Glossario del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica.

<sup>30</sup> Fonte: Glossario Intelligence, Dipartimento delle informazioni per la sicurezza, PDC, 2019



La sicurezza deve essere intesa, inoltre, per quel che più da vicino in questa sede ci riguarda, come prevenzione contro atti lesivi di interessi pubblici da parte di operatori del mercato. Siano essi potenziali acquirenti di imprese nazionali, siano essi queste stesse ultime imprese nelle ipotesi di particolari delibere societarie che possano apparire rischiose per una serie di interessi, tra cui quelli sopra menzionati. Al fine di garantire tali presidi di sicurezza, sono posti a carico delle imprese degli *oneri* di informazione.

In definitiva, ciò che giustifica l'esistenza di poteri così incisivi, capaci di influire sulla sfera di libertà dei privati e delle attività da essi svolte e per questo definiti "speciali", è una fondamentale esigenza di *salvaguardia*. Del bene primario della vita, dell'incolumità, della protezione dei confini e delle attività che all'interno di questi si collocano, della conservazione e preservazione delle basilari funzioni statali, delle indispensabili attività che attengono alla tenuta dello Stato stesso ed al benessere dei consociati.

Non è difficile notare come l'asse della protezione si sia spostato, nel tempo, da attività *fortemente* legate alla sopravvivenza in senso stretto, fino ad abbracciare quelle maggiormente legate al benessere ed al benessere economico. È comunque doveroso sottolineare come il mutare dei tempi non solo modifichi le esigenze, ma anche le interconnessioni tra settori, per cui ciò che un tempo poteva esser collegato puramente ed esclusivamente al benessere, oggi può rivestire un ruolo fondamentale nel garantire la sicurezza della nazione. Ne è esempio la rete telefonica, sviluppatasi per scopi militari, arrivata a simboleggiare benessere e tornata a rivestire un ruolo cruciale a causa del suo ruolo nella trasmissione dei dati, l'oro del XXI secolo. La sicurezza della nazione non è più garantita solo dal possesso di un adeguato numero di munizioni e cannoni, ma dalla capacità di far fronte a fenomeni di spionaggio, di furto di dati sensibili, di corretto funzionamento delle reti infrastrutturali interne, di quanta più possibile indipendenza da approvvigionamenti da fornitori esteri. Al fine di garantire la sicurezza, non si può poi ignorare il lato economico<sup>31</sup>, la sicurezza dei mercati e la protezione delle imprese nazionali da eventuali scalate ostili. Come detto, il Golden Power è un fondamentale strumento di sovranità economica che consente la difesa dello Stato a partire dalla sua struttura ossea.

---

<sup>31</sup> "Non esiste soltanto la sovranità dello Stato, tanto è vero che si parla anche comunemente di sovranità dei mercati" da R. BIN, op.cit.

Lo spettro dei settori tutelati non è statico, anzi: si va via via ampliando man mano che ci si rende conto di ulteriori e nuovi fattori di rischio, e si riconosce l'importanza di elementi già ritenuti fondamentali, come la salute o l'approvvigionamento agroalimentare e, più in generale, il soddisfacimento delle basilari esigenze vitali. Non è indifferente, a tal proposito, l'intervento in materia di altri attori: il nostrano novero di settori ritenuti *strategici* risente, inevitabilmente, delle modiche e degli ampliamenti pensati e realizzati in sede europea: ne è esempio l'ampliamento dei settori che ricadono nell'art. 2<sup>32</sup> del decreto legge 15 marzo 2012, n. 21, a seguito dell'emanazione da parte del Parlamento Europeo e del Consiglio del Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione (Regolamento UE 2019/452) nel 2019<sup>33</sup>. Non risulta essere immune neanche alle scelte di altri Paesi, in quanto nulla escluderebbe una *corrispettività* dei limiti imposti, e soprattutto da quelli altrui si potrebbe fiutare una particolare rilevanza e fragilità di settori non ancora presi in considerazione, o magari prossimi a rivestire ruoli centrali.

Nell'era a cavallo tra la globalizzazione e la de-globalizzazione, in cui alleanze già formate si sgretolano per poi ricomporsi, si allentano per poi essere richiamate sull'attenti, ma dove ancora sono forti l'interdipendenza tra paesi e l'interscambio, dove le frontiere ed i confini appaiono talvolta più, talvolta meno marcati sulle cartine politiche, si rende necessario uno strumento di tutela degli interessi posti a repentaglio *anche* dalla appena disegnata instabilità politica.

La situazione appena prospettata ben ci fa comprendere l'esigenza di tutelarsi dal diventare una pedina nelle mani dell'una o dell'altra potenza e del suo disegno economico.

Appare evidente dunque il contrasto tra interessi: da un lato quello privato al libero esercizio dell'attività economica, scevra da vincoli, dall'altro quello statale al mantenimento di un determinato *turgore* e all'attenzione al contesto geopolitico, in particolare al posizionamento strategico e al mantenimento delle alleanze.

Ne derivano ulteriori contrasti, tra l'attività libera ed il controllo statale e tra un'economia aperta e dinamica ed una più *ristretta*. Invero, non si può parlare di protezionismo, né di un blocco all'ingresso degli investimenti esteri, quanto di un controllo sulla *qualità* degli stessi. Peraltro,

---

<sup>32</sup> Tale articolo, rubricato «Poteri speciali inerenti agli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni», tutela ora anche i settori indicati del citato Regolamento all'art. 4, inseriti nel comma 5.

<sup>33</sup> REGOLAMENTO (UE) 2019/452 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 19 marzo 2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione.

a differenza degli Stati Uniti e della Cina, l'Italia non dispone di un sistema di controlli sugli investimenti in uscita (c.d. *outbound investment*), ma si limita allo *screening* di quelli in entrata.

Ci si chiede dunque se, al netto di quanto detto, si possa parlare di Stato nelle vesti di *controllore* o nelle vesti di *protettore*.

La riconducibilità dello strumento del Golden Power ad un puro esercizio di sovranità statale è avvalorata dalla *autoritarietà* del suo esercizio.

Per meglio spiegare la proposizione appena usata, è utile un raffronto storico.

Nel previgente istituto, denominato Golden Share, i poteri esercitabili erano ancorati al possesso azionario da parte dello Stato; in tal senso, il Governo poteva decidere in quanto azionista, ma le sue decisioni avevano portata generale in quanto da esso adottate, prescindendo dal numero di azioni realmente possedute. Con il Golden Power, invece, lo Stato non possiede alcuna quota delle società che subiscono le sue decisioni, dunque non agisce come azionista.

In che veste, allora, impone le sue determinazioni?

In veste di Stato. *In via autoritativa*. Lo Stato interviene in virtù dell'autorità ad esso riconosciuta ed esercitabile in virtù del potere che non ha limiti superiori; agisce in assenza di un titolo di legittimazione paragonabile, eppure la sua azione è lecita e legittima.

Con il meccanismo del Golden Power lo Stato dispone di poteri mai visti sostanzialmente finalizzati ad impedire a società e imprese di rilevanza strategica di porre in essere operazioni che possano compromettere interessi sommi, come quello alla sicurezza pubblica nazionale ed al sistema di difesa, oppure impedire che imprese fondamentali per il nostro Stato possano essere acquistate da soggetti stranieri.

Il Golden Power altro non è che l'attribuzione di una serie di poteri allo Stato che gli consentono di intervenire sugli assetti societari in caso di attività di rilevanza strategica. Poteri che inevitabilmente si pongono al confine con libertà di iniziativa economica e segnano lo scontro tra due principi: libertà di iniziativa economica e necessità di tutelare il pubblico interesse.

Il tema del Golden power pone dunque il problema della dialettica tra *autorità* e *libertà*.

## 2. I rapporti con la libertà d’iniziativa economica

### 2.1 L’articolo 41 come base costituzionale

*L’iniziativa economica privata è libera.*

*Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.*

*La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali.*<sup>34</sup>

Lo strumento del Golden Power, nel perseguire fini pubblicistici, incide – inevitabilmente – sulle libertà garantite ai privati: prima fra tutte, sulla libertà d’iniziativa economica sancita dall’articolo 41.

L’art. 41 della Costituzione italiana si apre con l’espressa, chiara enunciazione di una libertà; una delle più significative, in quanto consente di collegare ad essa una determinata forma politico-economica di stato, un modello di stato o, se si preferisce, un determinato regime politico, anche se per alcuni forma di Stato e regime politico «non sarebbero altro che due facce di una stessa medaglia»<sup>35</sup>. La Costituzione opera, infatti, una «decisione politica fondamentale»<sup>36</sup>, prendendo posizione tra le schiere dei liberali e dei socialisti. Si situa, tra questi, al centro. La Carta fondamentale, come noto, esprime una scelta di compromesso tra due visioni del mondo molto diverse, a volte quasi estreme: trattenendo parti delle due opposte ideologie e bilanciandole, tenta di creare un sistema misto che riesca a garantire stabilità e prosperità.

Dunque, la c.d. Costituzione economica<sup>37</sup> – la parte della Costituzione dedicata ai rapporti economici – si apre con il chiaro riconoscimento della libertà per i privati di intraprendere e

---

<sup>34</sup> L’articolo è stato oggetto di una recente modifica che ha ampliato l’oggetto dei commi 2 e 3. Al secondo comma, La l. Cost. 11 febbraio 2022 ha aggiunto “*alla salute, all'ambiente*”, mentre nel terzo ai fini sociali che possono giustificare l’indirizzo e il coordinamento dell’attività economica, vengono aggiunti i “*fini ambientali*”.

<sup>35</sup> *Forme di Stato e forme di governo*, in Treccani.it – Enciclopedie on line, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana.

<sup>36</sup> Così viene definita dal Carl Smith in *Dottrina della costituzione* (1928), cap. VI, “Nascita della Costituzione”.

<sup>37</sup> È dibattuta in dottrina l’ampiezza del novero di disposizioni costituzionali ricomprese sotto l’ombrello della citata espressione. Per Bin - Pitruzzella, questa farebbe riferimento all’intero titolo III della parte I della

svolgere attività d'impresa<sup>38</sup>. Ciò significa che allo Stato è impedito – da una propria autolimitazione – di sottrarre l'esercizio ai privati, ma anche di imporla o imporne un determinato tipo. Libera nel senso di *slegata*<sup>39</sup>. La presa di posizione del primo comma parrebbe avvicinare alle convinzioni liberali secondo cui l'intervento statale in campo economico dovrebbe essere limitato al massimo<sup>40</sup>.

Il Golden Power, quale strumento di controllo dell'attività economica privata da parte dello Stato e perciò definito esercizio di sovranità economica, inevitabilmente pone limiti alla libertà ora vista.

La giustificazione di un limite non può trovarsi in altro luogo se non nella previsione del diritto stesso: se non fosse la disposizione attributiva a consentire eccezioni, ogni previsione in senso contrario risulterebbe illegittima. Dunque, la base legittimante di tale potere compressivo deve necessariamente individuarsi nell'articolo 41 e nei limiti che esso consente.

---

Costituzione, dedicato ai rapporti economici (BIN- PITRUZZELLA, op. cit.); di altro avviso è Olivetti, che considera "Costituzione economica" i soli articoli dal 41 al 47, strettamente legati ad impresa e proprietà (M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2018). In questa sede si è preferito aderire alle tesi del prof. Oliveri, considerando l'espressione fortemente legata – anche dal punto di vista lessicale – alla connotazione maggiormente economica degli articoli in questione.

<sup>38</sup> La medesima libertà è riconosciuta a livello sovranazionale dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea all'art. 16, che recita: «È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali.» Il riconoscimento normativo qui fa seguito a quello giurisdizionale operato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale «ha riconosciuto la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale».

<sup>39</sup> Con il riconoscimento della iniziativa economica privata libera implicitamente si aderisce all'idea di un'economia di mercato, di un sistema economico basato sulla domanda e sull'offerta ed in cui i prezzi sono dati proprio dalla interazione di queste forze. Un sistema economico che ha al centro l'individuo, in cui questo persegue i propri interessi, è mosso da questi, esattamente come gli altri suoi simili, e dove la mano invisibile del mercato procederà ad un'allocatione ottimale delle risorse: è questa l'essenza della teoria economica di Adam Smith, contenuta nell'opera *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni* (1776). Corollario di questa libertà e del sistema a cui si aggancia è quello della libera concorrenza, con la possibilità che le varie iniziative economiche private entrino in competizione tra loro, portando come risultato un miglioramento delle condizioni di offerta dei beni, dunque tendenzialmente un abbassamento dei prezzi. Questa opinione è stata avallata nel 1982 da una pronuncia della Corte costituzionale, in cui si affermava che la concorrenza «integra la libertà di iniziativa economica», ed è diretta «alla protezione della collettività» (Corte costituzionale, sentenza n. 223 del 2 dicembre 1982, con deposito in cancelleria del 16 dicembre).

<sup>40</sup> In realtà, come spiega G. AMATO in *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, 1, p. 7-19, i padri costituenti avevano un atteggiamento di diffidenza nei confronti del mercato, a qualunque schieramento politico essi appartenessero. I comunisti non credevano le condizioni storiche abbastanza mature per parlare di economia pianificata, e dalle posizioni dei democristiani "traspar[iva] una sfiducia nel mercato, un disinteresse" tale da portare al pensiero della previsione in Costituzione della libertà di iniziativa economica privata «più come un baluardo contro il totalitarismo [comunista, ndr.] che come un valore nel quadro di una economia libera». Per quest'ultima cit., M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2018.

Per autorevole dottrina<sup>41</sup>, il Golden Power potrebbe configurarsi come *longa manus* del terzo comma, configurandosi come strumento di programmazione e controllo dell'attività d'impresa, rappresentando un modo per *dirigere* ed *orientare* il mercato.

La tesi appena prospettata non è condivisibile. Invero, lo strumento in questione non può essere definito come un modo per *dirigere*, quanto più un modo per *controllare* e mantenere ordine all'interno dello stesso.

Il terzo comma dell'art. 41 è di segno diametralmente opposto al primo: da un lato, questo legittima l'esercizio diretto o indiretto di attività economica da parte dello Stato, quindi svolto dallo Stato stesso o per tramite di enti pubblici economici; dall'altro, equipara l'attività svolta dallo Stato a quella svolta dai privati. Ancora, affida alla legge (in maniera esplicita, a differenza del secondo comma) la determinazione di programmi e controlli al fine di poter indirizzare e coordinare l'attività economica.

In primo luogo, si rinviene in questa disposizione la base giustificatrice dell'interventismo statale in economia, il fondamento giuridico che legittima le attività dello Stato imprenditore e anzi, le equipara e affianca a quelle svolte dai privati; «le integra»<sup>42</sup>, senza però sostituirle.

*In secundis*, il terzo comma apre le porte al dirigismo economico. Si parla, in proposito, di *funzionalizzazione* dell'iniziativa economica, ad indicare come i fini di questa possano essere mutati allo scopo di perseguire l'interesse pubblico. La Corte costituzionale ha però precisato i confini del recinto entro cui programmi e controlli possono spingersi, in quanto «non debbono (...) sopprimere l'iniziativa individuale, potendo essi soltanto tendere ad indirizzarla e coordinarla»<sup>43</sup>. È in questo punto che l'art. 41 appare maggiormente contraddittorio, dove i principi della pianificazione pubblica dell'economia si scontrano con l'iniziativa privata<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> A. SANDULLI, *La febbre del Golden Power* in Rivista trimestrale di diritto pubblico n. 3 -2022, pag. 747

<sup>42</sup> Cfr., sul punto, M. LUCIANI, op. cit, per il quale l'attività economica pubblica è complementare ed integrativa rispetto a quella privata.

<sup>43</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 58 del 9 aprile 1970.

<sup>44</sup> Questa impostazione riflette il posizionamento costituzionale rispetto alle diverse ideologie economiche del liberismo, secondo il quale l'attività privata non dovrebbe incontrare alcun ostacolo, men che mai statale, e del socialismo, per cui l'attività economica dovrebbe essere dallo Stato guidata, *diretta* e talvolta da esso svolta. È, come detto, una soluzione di compromesso che lascia una gamma indefinita di soluzioni intermedie, che tenta un difficile bilanciamento tra esigenze individuali e statali, tra la società intesa come insieme di singoli individui e il popolo, lo Stato-comunità. Sul punto, cfr. F. PERGOLESI, *Rigidità ed elasticità della Costituzione italiana*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1959, p. 56, in cui si legge che la Costituzione ha inteso «escludere i due estremi del collettivismo integrale e del liberismo puro, lasciando delle possibilità di soluzioni

Accogliere questa tesi, quindi, implicherebbe accettare la definizione di Golden Power come strumento dirigistico o come strumento di politica industriale attiva, largamente respinta in dottrina e invece sostenuta dal mondo imprenditoriale.

Si potrebbe parlare, piuttosto, di Golden Power come metodo per attuare i limiti previsti dal secondo comma nei casi in cui l'attività economica contrasti con l'utilità sociale o rappresenti un rischio per la sicurezza. In questi casi l'«interesse pubblico prevale sul normale interesse privato alla conduzione dell'attività economica secondo logiche prettamente imprenditoriali»<sup>45</sup>

In coerenza con il bilanciamento a monte operato, i Costituenti pongono un argine alla libertà prospettata dal primo comma. Oltre ai privati, c'è lo Stato.

Il secondo comma impone un limite esplicito all'esercizio dell'attività economica, che si incontra ove questa si svolga in contrasto con l'utilità sociale o rechi danno alla *sicurezza*, alla *libertà*, alla *dignità umana*. Dal 2022, ai beni qui esplicitamente tutelati si aggiungono quelli rilevanti della *salute* e dell'*ambiente*.

Il limite che qui si incontra è quindi un limite *difensivo*, a tutela di interessi fondamentali invalicabili, di cui non è concepibile una compromissione. L'utilità sociale deve intendersi come un «principio-valvola»<sup>46</sup>, nel senso che il significato che le viene attribuito fatica a sedimentarsi, non essendo un concetto statico, quanto piuttosto mutevole al variare degli interessi e delle sensibilità della comunità. In ogni caso, questo consente di limitare la libertà in argomento per questioni di interesse *generale*, dunque a tutela della società tutta.<sup>47</sup> Gli altri limiti indicati, invece, sarebbero da ricondurre – rispettivamente – alla tutela dell'ordine pubblico<sup>48</sup>, delle «libertà costituzionali riconosciute ai singoli»<sup>49</sup> e della dignità umana intesa

---

intermedie fra i due estremi, in gamma indefinita di combinazioni le più varie e complesse, a seconda dei servizi e dei settori della produzione e degli scambi».

<sup>45</sup> S. DE NITTO, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*, 2 | 2022, pp. 553-587.

<sup>46</sup> M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983.

<sup>47</sup> Non tutta la dottrina concorda sul punto. BALDASSARRE, ad esempio, sostiene che il limite dell'utilità sociale tuteli non solo la collettività, ma anche singole situazioni. La giurisprudenza costituzionale ha talvolta accolto questa tesi, come nelle sentenze n. 30 del 1965 e n. 97 del 1969. Cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica (libertà di)* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVIII, Roma, 1992

<sup>48</sup> Non solo: nel 2018 con la sentenza n. 58, depositata il 23 marzo, la Corte costituzionale ha ricondotto nell'alveo della sicurezza anche questioni riguardanti la tutela della salute.

<sup>49</sup> A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica (libertà di)* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVIII, Roma, 1992

come ostacolo all'oggettivazione della persona, alla degradazione a mero strumento della stessa. Gli elementi elencati si attecchiscono quindi a parametri invalicabili di liceità dell'attività svolta; limiti negativi che «perimetrano dall'esterno la libertà»<sup>50</sup>.

Dal secondo e dal terzo comma dell'art. 41 emerge la *dimensione sociale*<sup>51</sup> della disposizione costituzionale, con significative differenze nel ruolo che i due citati commi affidano allo Stato: nel terzo, lo Stato deve svolgere un ruolo attivo, in cui non solo indirizza, ma svolge egli stesso attività imprenditoriale; nel secondo, il ruolo dello Stato è quello di vigile, di controllore del corretto svolgimento delle attività riconosciute come libere nel primo comma, ma sostanzialmente limitate dai fattori nominati nel secondo. Lo strumento del Golden Power può essere paragonato alla paletta segnaletica che lo "Stato-vigile" tiene in mano: le operazioni economiche che ricadono nella e sono espressione della libera iniziativa che siano sospette di violare i limiti della *sicurezza* e della *utilità sociale* verranno fermate per un controllo, a seguito del quale potranno riprendere indisturbate, potranno muoversi con raccomandazioni o prescrizioni o potranno essere bloccate.

Il limite della sicurezza, a ben vedere, coincide con il primo bene che viene tutelato dalla normativa Golden Power, col bene che primo fra tutti deve essere preso in considerazione per vagliare la bontà delle operazioni economiche intercorrenti tra imprese.

L'utilità sociale può essere inquadrata come «principio-chiave della Costituzione nella sua funzione di regolatore dei rapporti tra politica ed economia»<sup>52</sup>, ciò significa che consente, di volta in volta, di tenere sott'occhio le operazioni che in un determinato periodo storico sono percepite dal popolo, e quindi dalla politica che ne è espressione e voce, come particolarmente importanti.

In una parola, il Golden Power consente di verificare quelle attività che per lo Stato si presentano come *strategiche*, che vengono inquadrare come tali alla luce della rilevanza delle stesse per il normale svolgimento delle funzioni statali.

---

<sup>50</sup> M. OLIVETTI, op. cit.

<sup>51</sup> F. SCUTO, *L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e Next Generation EU*, Il Costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia, 2 febbraio 2022, in *Federalismi.it*, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo.

<sup>52</sup> F. SCUTO, op. cit.



La nozione di strategicità è infatti una nozione dinamica, che non si assesta su una particolare definizione ma muta al variare delle circostanze, delle congiunture, dei bisogni; proprio per questa ragione, la protezione dei cd. *asset strategici* non può che rientrare nella protezione che l'art. 41 co.2 assicura tramite la duttile espressione “*utilità sociale*”.

Si noti, peraltro, come sovente il Golden Power sia utilizzato come strumento statale di verifica nei settori ex art. 43<sup>53</sup>, cioè quei settori oggetto di riserva originaria.

Si legge spesso di una necessaria lettura congiunta dell'art. 41 co. 3 e dell'art. 43 al fine di giustificare l'attività d'impresa pubblica e, più in generale, legittimare l'*intervento* statale in economia. A seguito dei mutamenti storici, politici, tecnologici, l'art. 43 deve necessariamente essere oggetto di una lettura *orientata*: al diritto europeo, alle nuove tendenze in materia, al nuovo ruolo che lo stato ha assunto, quello di *regolatore*.

Si può ora parlare, dunque, di una lettura congiunta non già dell'art. 43 col terzo comma del 41, quanto col secondo: l'art. 43 affidava allo Stato la possibilità di riservarsi l'esercizio di attività in determinati settori, vuoi perché nella condizione di monopoli naturali, vuoi perché in settori di indubbia rilevanza, come le fonti di energia ed i servizi pubblici essenziali, in ogni caso “a carattere di preminente interesse generale”. Nella visione che qui si sta tentando di illustrare, la connessione logica è forte: l'art. 41 co. 2 fonderebbe la legittimità di uno strumento statale di controllo di attività strategica privata e di attività svolta nei settori allo stesso Stato originariamente riservati, e ad esso serbati proprio perché strategici.

In conclusione, l'articolo 41 è fonte costituzionale di una libertà fondamentale e dei limiti che ad essa possono apporsi. Il Golden Power, quale barriera al pieno esercizio della libertà contemplata, deve necessariamente rientrare nelle eccezioni costituzionalmente previste al fine di poter giustificare e legittimare la sua esistenza. In quest'ottica, si ritiene che la base che giustifichi tali poteri e la compromissione di libertà privata che essi comportano, sia da rinvenire nel comma 2 della disposizione costituzionale, il quale limita e consente la creazione di limiti in chiave difensiva, a tutela di interessi sommi che rientrano nell'ampia nozione di utilità

---

<sup>53</sup> Si riporta il testo dell'art. 43 della Costituzione:

A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.

sociale, alla quale possono certamente ricondursi le finalità perseguite dalla disciplina in materia di poteri speciali.

L'art. 41 appare, in questo contesto, come una *chiave di volta*, poiché, nella lettura organica<sup>54</sup> che se ne deve fare, pone un necessario bilanciamento tra iniziativa economica e interesse collettivo<sup>55</sup>, tra l'enunciazione di un chiaro principio e le eccezioni che vengono prefigurate. Ne deriva un sistema ad economia mista, che rifiuta la purezza dell'economia di mercato e della pianificazione economica, ma che consente a particolari strumenti di operare un *controllo*. Un modello flessibile all'interno di una Costituzione rigida<sup>56</sup>.

## 2.2 il Golden Power come potere *eventuale*

Il Golden Power è lo specchio di modello di stato *regolatore-protettore*, poiché esso interviene per bloccare, imporre condizioni, vietare al fine di *salvaguardare* l'interesse nazionale.

Seppur nell'ottica quindi di uno stato regolatore, il legislatore mantiene la possibilità di intervenire. Si può dire che la facoltà di intervento rimane latente. L'intervento non viene praticato in via ordinaria, ma la possibilità rimane ed anzi, assume nuove e diverse forme: controllo e successivo *eventuale* intervento.

Mentre per alcuni il Golden Power può essere assimilato ad uno strumento di intrusione dello Stato in economia, come strumento di intervento pubblico e di indirizzo della politica industriale<sup>57</sup>, per chi scrive tale strumento può essere definito come un potere eventuale del governo.

Ed *eventuale* da più punti di vista:

---

<sup>54</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 35 del 1959, in cui si legge che la disciplina delineata dai tre commi dell'art. 41 «costituisce un tutto organico».

<sup>55</sup> Cfr. R. BIN – G. PITRUZZELLA, op. cit.

<sup>56</sup> La flessibilità del sistema è proprio ciò che ha consentito allo stesso di durare e reggere dinanzi ai cambiamenti politici ed economici a livello nazionale, ma, soprattutto, sovranazionale: l'appartenenza dell'Italia all'Unione europea e il recepimento dei suoi principi e delle sue regole, ha imposto un adattamento interpretativo dell'art. 41, dovendosi esso interfacciare (confrontare e bilanciare) con norme sovranazionali di diverso tenore. Si è resa necessaria, dunque, una *rilettura europea* della Costituzione economica, che ne consentisse un adattamento ai canoni comunitari e, al contempo, la immutata sopravvivenza.

<sup>57</sup> Esso svolge una funzione di «direzionamento politico» secondo C. FAVARETTO, *Italiano è meglio? Per un golden power equilibrato* in Enciclopedia italiana Treccani online, 16 giugno 2020 e «una funzione trasparente e protettiva (...) consistente (...) nel coordinamento della politica degli investimenti», S. DE NITTO, *Il Golden Power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*, 2 | 2022.

innanzitutto, rispetto all'esistenza dei presupposti: a differenza dell'istituto previgente, la Golden Share, il potere in esame non è *generale*, ma fortemente ancorato a parametri e fattispecie chiaramente indicati nel sistema normativo di riferimento, ossia nel sistema delle norme che regolano l'istituto ed il suo esercizio; solo in presenza di operazioni che concretamente rientrano nel novero di quelle disciplinate si potrà procedere con un'analisi della *necessità* e dell'*opportunità* dell'intervento, del suo grado di incidenza sull'attività privata e della sua incisività.

Ancora, eventuale perché anche dopo accertata la strategicità dell'asset e dunque l'applicabilità in concreto della normativa alla fattispecie in oggetto, non è detto che questi poteri vengano esercitati. Le notifiche classificate in gergo come "SI GP", devono passare al vaglio del Gruppo di coordinamento e quindi dell'istruttoria sulla fattibilità dell'operazione ed eventuali problemi, effetti e conseguenze, e, successivamente, in Consiglio dei Ministri. La discrezionalità gioca un ruolo chiave nel procedimento. Si comprende dunque come l'esercizio del potere non sia né scontato né esattamente prevedibile.

### **2.3 La valorizzazione dell'interesse imprenditoriale**

Negli ultimi anni dello scorso secolo e nei primi di quello in corso si è assistito ad un processo di «valorizzazione del primo comma dell'art. 41 Cost»<sup>58</sup>.

Se da un lato si può osservare come già il solo posizionamento sistematico dei vari commi sia significativo ed eloquente, dall'altro il peso e la prevalenza del contenuto dispositivo del primo comma sul secondo dipendono anche, come accennato, dall'influsso del diritto europeo e in particolare dalle relative concezioni liberali in economia. Queste appaiono evidenti in maniera massiccia nel processo di liberalizzazione iniziato negli anni '90, ancorato proprio alle concezioni liberali europee di mercato e guidato da una concezione liberal-democratica che considera in principio libera l'attività dei privati.

L'intera disciplina dei rapporti economici in generale, e del Golden Power in particolare, si basa su un continuo bilanciamento, e opera sulla base di questo tentando di migliorarsi con

---

<sup>58</sup> Cfr. F. SCUTO, op. cit.

plurimi interventi ogni volta che si ravvisa un onere eccessivo per le imprese che si traduca in un ostacolo alla libertà sancita dal primo comma, e/o ad un disincentivo.

La discussione non si è mai chiusa e rimane in continua evoluzione: nell'ultimo anno sono stati introdotti degli strumenti di semplificazione al fine di limitare l'incidenza degli oneri amministrativi legati al procedimento Golden Power sulle imprese, e di rendere più snelli e chiari i suoi passaggi. Ne sono esempi gli istituti della *prenotifica*, pensata al fine di evitare un procedimento di verifica degli investimenti ove l'asset sia previamente dichiarato come "non strategico" ai sensi della normativa; la *notifica congiunta* che l'impresa acquirente e l'impresa *target* devono presentare al fine di vagliare l'operazione, ovvero in alternativa l'*informativa* che la società acquirente deve recapitare alla società bersaglio per renderla edotta del procedimento che è stato frattanto aperto; ancora, la presentazione di un *piano annuale* per il settori disciplinati dall'art.1-*bis*, quindi servizi di comunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G, basati sulla tecnologia cloud e altri attivi, che prende il posto delle ordinarie notifiche previste per gli altri settori, prevedendo un controllo su un intero piano di acquisti invece che su ogni singolo contratto e riducendo dunque gli oneri formali<sup>59</sup>.

Inoltre, è tema caldo e oggetto di discussione il comportamento che lo Stato dovrebbe assumere a seguito di limitazioni imposte all'attività d'impresa ed i metodi per riparare ai danni in questo modo causati. Di fronte all'ipotetico blocco di investimenti fonte di liquidità per le imprese, come si può ovviare al danno economico causato? Ci si è interrogati sulla possibilità di una successiva acquisizione statale "riparatoria" delle quote oggetto dell'investimento, ma l'idea ha immediatamente trovato un freno nelle accuse di "espropriazione" mosse dalle imprese.

Si è dunque virato su misure compensative che non provocassero direttamente effetti sugli assetti proprietari della società. In questa prospettiva, il decreto legge n. 187 del 5 dicembre

---

<sup>59</sup> Sul punto la dottrina è discordante. Per Sandulli (in A. SANDULLI, *La febbre del Golden Power*, op. cit.) la misura in questione porterebbe lo Stato ad assumere un ruolo di «co-gestore delle attività imprenditoriali in tema di 5G». Inoltre, «Il controllo *ex ante* del governo sul piano annuale degli acquisti finisce per cristallizzare tale piano e renderne più difficile l'adeguamento ai mutamenti del mercato, in particolare in un settore caratterizzato dalle continue innovazioni tecnologiche. Sicché, il vincolo pubblicistico rischia di rendere meno flessibile ed elastica l'iniziativa economica privata, con conseguente indebolimento dell'operatore economico sul mercato di riferimento».

2022<sup>60</sup>, ha introdotto nel nostro ordinamento una nota già presente in altri Paesi, come il Regno Unito<sup>61</sup>, cioè l’assistenza finanziaria alle imprese destinatarie dell’esercizio dei poteri speciali. Il decreto, recante “Misure urgenti a tutela dell’interesse nazionale nei settori produttivi strategici” ha previsto, per le imprese che ne faranno richiesta e dunque su istanza di parte e non dietro imposizione governativa, previa verifica da parte del MIMIT<sup>62</sup> sulla sussistenza dei presupposti, delle misure di ricapitalizzazione e di accesso prioritario al *Fondo per la salvaguardia dei livelli occupazionali e la prosecuzione dell’attività di impresa* gestito da Invitalia<sup>63</sup>. Oltre ad Invitalia, gioca un ruolo fondamentale nella previsione di dette misure Cassa Depositi e Prestiti, con il suo patrimonio destinato<sup>64</sup> denominato “Patrimonio Rilancio”, per il quale si può richiedere l’accesso agli interventi erogati. Inoltre, per i due anni successivi è previsto l’accesso prioritario agli strumenti dei contratti di sviluppo e degli accordi per l’innovazione.

Come detto, *l’area di gioco* è sottoposta a continue modifiche in ragione dell’incessante bilanciamento di interessi, sempre diversi, e della possibilità di scorgere all’orizzonte continue miglie da apportare.

## 2.4 Oneri e benefici del controllo

Il procedimento comporta dunque degli evidenti oneri nei confronti delle imprese e della loro libertà, da quelli più evidenti, come l’obbligo di notificare le operazioni che si ha *intenzione* di realizzare – siano esse delibere societarie, siano essi acquisti di partecipazioni societarie – e il

---

<sup>60</sup> Convertito dalla legge n. 10 del 2023.

<sup>61</sup> Articolo 30 del *National Security and Investment Act 2021*. Qui si prevede che a seguito dell’esercizio dei poteri speciali, l’impresa sia destinataria di assistenza finanziaria per far fronte alle conseguenze causate dal *final order* che le è stato rivolto. Per assistenza finanziaria si intendono prestiti, garanzie o indennità, o qualsiasi altro tipo di assistenza finanziaria (concreta o potenziale).

<sup>62</sup> Ministero delle Imprese e del Made in Italy, prima *MISE*, Ministero dello Sviluppo Economico.

<sup>63</sup> Invitalia è l’Agenzia nazionale per l’attrazione degli investimenti e lo sviluppo d’impresa di proprietà del Ministero dell’Economia e delle Finanze. Tra le altre cose, Invitalia si occupa di “acquisi[re] partecipazioni di minoranza nel capitale di rischio di imprese in difficoltà economico finanziaria tramite il Fondo Salvaguardia Imprese, istituito con decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, all’art. 43, poi convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

<sup>64</sup> Costituito ai sensi dell’articolo 27, comma 1, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34 convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

divieto di svolgere l'attività notiziata prima che su questa vi sia un responso, alla sanzione che fa seguito all'inosservanza di detto divieto, cioè l'obbligo di ripristino della situazione antecedente; a quelli temporalmente successivi, come l'opposizione governativa ad una determinata acquisizione ovvero il veto a delibere societarie. Più in generale, a dover sottostare alle deliberazioni del Consiglio dei Ministri. Senza dubbio l'attività privata viene coperta da una «pellicola pubblicistica»<sup>65</sup>: c'è, non svanisce, ma è avvolta dalla presenza trasparente e protettiva dello Stato.

Ma gli oneri appena descritti si bilanciano con benefici *pubblici e privati*.

Indubbiamente il vantaggio che per primo si palesa agli occhi di chi guarda è di tipo *pubblicistico* e riguarda il fine perseguito dal Golden Power: la protezione dell'interesse nazionale. A nulla servirebbe comprimere la libertà d'iniziativa economica a salvaguardia dell'interesse pubblico se poi non si potesse avere riscontro di un'utilità. La limitazione della sfera privata è ammessa in quanto strettamente funzionale a garantire la sicurezza *dei e nei* settori disciplinati dalla normativa, e conseguentemente la sicurezza della nazione.

Al vantaggio pubblicistico appena illustrato – che può comunque intendersi come vantaggio della comunità e dunque della somma di privati – se ne affianca uno di tipo privato. All'esigenza di salvaguardia degli interessi nazionali si affianca quello della difesa del tessuto imprenditoriale italiano. Come si legge nella Relazione 2021 del Comitato Parlamentare sulla Sicurezza della Repubblica (COPASIR), «l'esercizio del *golden power* è uno degli strumenti che il Paese ha a disposizione per proteggersi da ingressi indesiderati di capitali stranieri nella proprietà di aziende attive nei più vari settori che compongono l'articolato sistema produttivo italiano di cui il Copasir ha più volte segnalato la vulnerabilità dovuta alla massiccia presenza di PMI, prede facili degli appetiti di investitori malevoli».

L'ulteriore obiettivo perseguito con l'esercizio dei poteri speciali è la protezione delle imprese strategiche *vulnerabili* e di quelle rese tali da momenti di crisi o di emergenza. L'intento si manifesta palese nelle decretazioni d'urgenza del 2020, atte ad arginare l'emergenza pandemica e le conseguenze economiche di questa. Il riferimento è, in particolare, al decreto legge 8 aprile 2020 n. 23, che ampliava l'ambito di utilizzo dei poteri speciali al fine di evitare che le condizioni economiche delle imprese, dovute alla mancanza di entrate causata dal *lockdown*

---

<sup>65</sup> A. SANDULLI, La febbre del Golden Power, cit.

dell'8 marzo 2020, ne facessero facili prede. Col decreto in esame si rende manifesto l'intento di *abrogare* momentaneamente la legge del più forte che regola i mercati e soprattutto, di non lasciare le imprese italiane *alla mercé* di attori economici stranieri. Ma in particolare si manifesta il "lato oscuro" – come molti lo definirebbero – del Golden Power, ossia il suo utilizzo come uno strumento intervento statale in economia.

Infine, il terzo beneficio può definirsi "*metapubblicistico*", o "intermedio": questo coincide con la salvaguardia del mercato e del suo corretto funzionamento, nel senso di mantenimento di un *level playing field*, ossia di un piano in cui si giochi a parità di condizioni. Ciò che si vuole evitare è l'ingerenza degli Stati nel mercato, l'acquisto da parte di imprese, da essi controllate, di pacchetti azionari considerevoli e dunque l'ipotesi di un controllo di fatto da parte di queste su imprese nostrane ed il loro stabile insediamento sul territorio nazionale. L'intento, dunque, è quello di sfruttare uno strumento regolatorio che si comporti da *barriera fosfolipidica*, da membrana cellulare che separa la cellula dall'esterno e *regola* il passaggio delle sostanze al suo interno: in sostanza, una barriera protettiva della pelle dell'economia statale che consente di trattenere e attrarre gli investimenti buoni («genuini e ben intenzionati»<sup>66</sup>) e di sbarrare l'ingresso a quelli "mascherati" e/o potenzialmente pericolosi.

In questo senso, per quanto le imprese restino avvolte nella pellicola pubblicistica e siano indubbiamente onerate, così facendo si favorisce una concorrenza *vera*, non falsata da capitali di stati esteri che potrebbero direttamente (o indirettamente, tramite altri strumenti, ad esempio fiscali o tramite terze società) finanziare competitors.

Rappresentano inoltre indubbi presidi per i privati gli ulteriori limiti all'esercizio dei poteri speciali.

Primo fra tutti, il principio di proporzionalità, per cui – secondo una nota metafora – «la polizia non deve sparare ai passeri coi cannoni»<sup>67</sup>, e quindi la scelta governativa deve essere limitata all'essenziale, alla misura strettamente necessaria a raggiungere i fini perseguiti dalla legge che istituisce gli stessi poteri, senza mai travalicarne i limiti. Questa presidia non solo la limitazione

---

<sup>66</sup> Espressione utilizzata da B. ARGOLAS in *Il golden power tra Stato e mercato*, dove si legge che "adeguati presidi a tutela degli *asset* strategici, accompagnati da un generale clima regolatorio favorevole per l'economia, potrebbero costituire un efficace strumento di attrattività per (i genuini e ben intenzionati) investimenti stranieri.". B. ARGOLAS in *Il golden power tra Stato e mercato* in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 6 | 2022, p. 721-724.

<sup>67</sup> È la formula di Fritz Fleiner, nota per la sintesi efficace che rende del principio di proporzionalità.

che colpisce la libertà d’iniziativa economica, ma anche il restringimento sostanziale del diritto di proprietà, nello specifico del poter disporre dei beni, dell’azienda (intesa come complesso di beni organizzati funzionali all’esercizio dell’attività d’impresa, ai sensi dell’articolo 2555 del codice civile) e delle azioni (titoli di credito soggetti al regime di circolazione dei beni mobili). A ciò si aggiunge una sostanziale delimitazione dell’ambito applicativo dei poteri, ad opera di una fitta rete di atti normativi di rango primario e secondario: una serie di decreti fa da contorno alle disposizioni di cui al decreto legge del 2012, definendo in maniera più precisa – ma mai puntuale o tassativa – le fattispecie assoggettabili alla disciplina stessa.

Ulteriori garanzie sono date dalla previsione di controlli a cui il provvedimento di esercizio dei poteri speciali può essere sottoposto, in particolare il controllo del potere giudiziario, quindi del possibile successivo giudizio del giudice amministrativo. Si tratta perciò della possibilità che sia accertata la legittimità della scelta, e che questa non sfugga agli ordinari rimedi giurisdizionali. Da altro punto di vista, un potere di controllo è assegnato anche al potere legislativo nella parte in cui è previsto che il contenuto dei regolamenti attuativi sia oggetto di confronto con le commissioni parlamentari competenti e che a questa debbano essere comunicati – tempestivamente e per estratto – gli esiti dei procedimenti. Al termine di ogni anno, inoltre, è previsto che l’Ufficio della Presidenza del Consiglio responsabile di tali poteri sia tenuto a trasmettere alle Camere una relazione sull’attività svolta nei 12 mesi precedenti. In questo modo il controllo può avvenire anche in sede parlamentare, luogo che gode della massima legittimazione popolare: i rappresentanti della totalità degli elettori possono così verificare che il Governo, espressione della sola maggioranza, non devii dal suo compito di guardiano, controllore, invece aspirando ad un più centrale ruolo di *scacchista* pianificatore. Si noti, a tal proposito, come la determinazione finale sull’esercizio dei poteri sia di tipo collegiale e non quindi affidata al singolo Ministero<sup>68</sup>.

Infine, è la possibilità introdotta dall’ultima novella che consente di parlare di un meccanismo (si spera) *sempre più* aperto, in quanto apre le porte al confronto con le imprese interessate dall’operazione.

---

<sup>68</sup> Sul punto, si veda B. ARGOLAS, *Il golden power tra Stato e mercato*, cit.



Al netto di tutto, pare esserci un certo equilibrio tra il sacrificio che viene imposto alla libertà d'impresa, ora inquadrabile nell'ambito dei limiti giustificati dal dettato del comma 2 dell'articolo 41, i benefici che lo strumento del Golden Power riesce a portare e le tutele accordate a presidio della libertà prevista dal primo comma del 41.

### **3. Quadro normativo**

#### **3.1 Una chiave di lettura**

Come ampiamente sopra delineato, il Golden Power è lo strumento attraverso il quale lo Stato ha la possibilità di interferire con il normale e libero funzionamento del mercato, al fine di proteggere e salvaguardare lo svolgimento delle sue funzioni basilari e fondamentali, compresa l'erogazione dei servizi pubblici essenziali alla collettività dei cittadini. Tale ultima attività viene garantita da imprese che, proprio in virtù del compito economico-sociale svolto, acquistano il titolo di imprese di rilevanza strategica in quanto perseguono, indirettamente, un interesse nazionale per tramite dell'attività economica svolta.

L'obiettivo è perseguito, dunque, nell'interesse dei consociati alla fruizione dei servizi individuati come essenziali, nonché dello Stato al normale svolgimento delle sue funzioni essenziali.

Gli ambiti in cui tale intervento è consentito in virtù di quanto sopra detto, sono stati individuati dal decreto legge n. 21 del 2012 inizialmente in Difesa e Sicurezza nazionale (art.1), Energia, Comunicazioni e Trasporti (art.2). A tali settori si è aggiunto, nel 2019, anche il settore della Tecnologia 5G e nel 2020 l'ambito oggettivo dell'art. 2 è stato ampliato fino a ricomprendere anche i settori di cui all'art. 4 del Regolamento UE 2019/452, adeguando la disciplina nazionale a quella comunitaria.

I confini del decreto in argomento, come si può facilmente notare, sono confini mobili, e la normativa che ci si appresta ad illustrare è frutto di molteplici interventi volti ad adeguare l'istituto del Golden Power all'evoluzione degli interessi economici nazionali, nonché alle esigenze di coordinamento europeo, alle situazioni emergenziali da fronteggiare (vedi pandemia da COVID-19 e guerra in Ucraina) e, non ultimo, guidati da esigenze di semplificazione.

Si possono dunque individuare, all'interno del decreto in esame, 4 ordini di modifiche: modifiche legate al tempo ed alla evoluzione degli interessi, modifiche europee, emergenziali

e di semplificazione. Su tutte pesano, neanche a dirlo, le vicende politico-economiche che interessano il Paese e l'Unione.

Nel primo ordine possiamo ricomprendere le evoluzioni tecnologiche, i nuovi utilizzi di mezzi preesistenti e di materie prime, l'accresciuta rilevanza economica di determinate operazioni o interi settori.

Esempi sono – come meglio si spiegherà nel corso del capitolo – l'introduzione dell'art. 1-*bis* (“Poteri speciali inerenti ai servizi di comunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G, basati sulla tecnologia cloud e altri attivi”) nel decreto legge 21 del 2012 da parte dei decreti legge 22<sup>69</sup> e 105<sup>70</sup> del 2019<sup>71</sup> e, prima ancora, il tentativo di tutelare asset riconducibili a questo settore con l'inserimento del comma 1-*ter*<sup>72</sup> nel testo dell'articolo 2.

La centralità dell'innovazione tecnologica nell'ampliamento oggettivo della disciplina è testimoniata altresì dal fatto che anche in sede europea si sia avvertita la necessità di ricomprendere nell'area di protezione fornita dal Regolamento UE 2019/452 anche asset che rientrano a pieno titolo in questa categoria: nell'articolo 4 del testo normativo citato, si indicano come beni e settori rilevanti l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cybersicurezza e così via, ma anche i dati personali, le informazioni sensibili e il trattamento di tali dati. Manca, invece, un riferimento esplicito alle tecnologie 5G.

Le modifiche emergenziali si legano, inevitabilmente, a fattori storici, relazioni tra Stati e imprevisti. La pandemia da Covid-19 ha fortemente influenzato la produzione legislativa dell'intera fase epidemiologica a causa dei suoi risvolti sanitari, sociali ed economici che hanno richiesto particolari interventi. Nell'ambito da noi considerato si segnala principalmente il d.l. 8 aprile 2020 n. 23, noto anche col nome di *Decreto liquidità*.

---

<sup>69</sup> Convertito con modificazioni dalla legge 20 maggio 2019, n. 41.

<sup>70</sup> Convertito con modificazioni dalla legge 18 novembre 2019, n.133.

<sup>71</sup> Rispettivamente con l'art. 1 co.1 e con l'art. 4-*bis*, comma 1, lett. a)

<sup>72</sup> Si assicurava così protezione ad asset *ulteriori* rispetto a quelli individuati dai regolamenti attuativi, tra cui quelli menzionati dall'articolo 4 dal Regolamento europeo sul controllo degli investimenti esteri diretti, e “settori ad alta intensità tecnologica”, tra i quali infrastrutture c.d. critiche o sensibili, tecnologie critiche, compresa l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, le tecnologie con potenziali applicazioni a doppio uso, la sicurezza in rete, la tecnologia spaziale o nucleare, la sicurezza dell'approvvigionamento di input critici e l'accesso a informazioni sensibili o capacità di controllare le informazioni sensibili.

Questo ha «completato»<sup>73</sup>, ampliandone la portata, lo schema di modifiche apportate dal decreto legge n. 105 del 2019, come modificato dalla legge di conversione 18 novembre 2019, n.133, che nel creare un perimetro di difesa e sicurezza nazionale, ha esteso i confini della nozione di soggetto extra-UE, fornendo un elenco di circostanze da tenere in considerazione nelle ipotesi in cui siano coinvolti tali soggetti e aumentando gli oneri<sup>74</sup> a questi rivolti. Ciò ha comportato significative conseguenze sul lato applicativo della disciplina, ulteriormente accentuate dall'intervento nel periodo pandemico, sostanzialmente volto ad evitare che le imprese italiane potessero esser facile preda di investitori di altri paesi o comunque più grandi e più solidi, in grado di approfittare di un momento di così evidente debolezza. Per questa ragione, si è scelto di imporre l'obbligo di notifica anche per quelle operazioni che non comportassero l'assunzione del controllo, ma in cui fosse coinvolto un soggetto non europeo<sup>75</sup>. Questo in aggiunta alla rilevanza assegnata anche ai trasferimenti di asset e l'inserimento – all'art. 2 – dei nuovi settori di cui alla disciplina comunitaria, oltre alla previsione della procedibilità d'ufficio in ipotesi di carenza di notifica.

Da ultimo, l'inaspettato conflitto scoppiato nell'ultimo anno ha reso necessario l'intervento del Governo al fine di salvaguardare la tenuta delle imprese colpite dalla crisi energetica scaturita dal blocco delle importazioni di gas russo. Si segnalano in proposito il decreto legge 21 marzo 2022, n. 21, significativamente denominato *Decreto Ucraina*, come convertito dalla legge 20 maggio n. 51, che ha confermato e ampliato le previsioni del decreto legge 8 aprile 2020 n. 23, ad esempio in tema di obbligo di notifica talvolta anche per imprese europee ed italiane, e il decreto legge 5 dicembre 2022, n. 187, recante *Misure urgenti a tutela dell'interesse nazionale nei settori produttivi strategici* e che all'art. 2 prevede misure compensative per le imprese i cui piani imprenditoriali vengano ostacolati dall'esercizio dei poteri speciali.

In particolare, il Decreto Ucraina ha ridefinito l'ambito di applicazione dei poteri speciali, ampliandolo<sup>76</sup> e incorporando tra le operazioni rilevanti anche quelli che in sede europea

---

<sup>73</sup> M. MANNA, *I Golden Powers dalla stagione delle privatizzazioni alle congiunture emergenziali: l'eterno ritorno dello Stato nell'economia*, in Rivista di Diritto del Risparmio, 3 | 2022, p. 32.

<sup>74</sup> Il decreto ha introdotto il comma 2-bis dell'articolo 2, volto ad ottenere tempestiva comunicazione delle delibere, atti od operazioni che producano effetti sulla titolarità, sul controllo o sulla disponibilità degli attivi medesimi a favore di un soggetto esterno all'Unione europea.

<sup>75</sup> \* il quale venga così a detenere una quota pari o superiore al 10% del capitale o dei diritti di voto e il valore complessivo dell'operazione sia pari o superiore ad un milione di euro.

<sup>76</sup> Ne è esempio la modifica che ha inteso rendere le disposizioni in materia di veto di cui all'articolo 1 speculari rispetto a quelle di cui all'articolo 2, ma anche il riferimento ai beni e rapporti *oggetto di concessioni, comunque affidate*. Quest'ultimo, però, viene più che altro inteso come un intervento specificativo, non propriamente ampliativo.

vengono definiti investimenti *greenfield* (di cui meglio si dirà), ossia la *costituzione* di imprese di rilevanza strategica, essendo la creazione dell'impresa una operazione identificabile come *strategica* in quanto ha ad oggetto attività ed asset così qualificati. L'importanza non si arresta più quindi ai soli mutamenti in termini di controllo e possesso di titoli, ma segue le vicende dell'impresa dalla sua nascita al suo eventuale arresto d'attività. Al fine di pervenire ad un controllo più esteso sugli investitori, il decreto ha imposto la comunicazione non soltanto di operazioni con soggetti esterni, ma anche di quelle che abbiano come spazio di riferimento quello nazionale o comunitario, quindi obbligando alla notifica anche operatori italiani ed europei ove l'effetto prodotto sia quello del controllo sulla società. Meritano di essere menzionati, inoltre, gli interventi volti ad una maggiore partecipazione delle imprese coinvolte nell'operazione notificata, con la previsione di un meccanismo di notifica congiunta per l'acquirente e la *target*, sostituito, ove ciò non sia possibile, dalla redazione e notificazione di una informativa sulla operazione, in modo da consentire comunque alla società bersaglio di conoscere del procedimento in corso e di potervi partecipare, anche presentando memorie e documenti. È a questo decreto, infine, che si deve l'introduzione di meccanismi di semplificazione quali la prenotifica e, in ambito 5G, la notifica di un piano annuale al posto della comunicazione delle singole operazioni.

Le misure di semplificazione sono un *leit motiv* della legislazione italiana: di volta in volta si tenta di alleggerire il carico di incombenze formali che gravano sui privati e di sburocratizzare le procedure, rendendole più snelle e più veloci. Il decreto in esame vi dedica un intero articolo (*2-quater*), introdotto dall'art. 26 del decreto legge n. 21 del 2022, con la previsione di misure semplificate per la definizione dei procedimenti che si concludono senza l'esercizio dei poteri speciali, e con l'introduzione dello strumento della prenotifica (di cui si dirà più avanti). Inoltre, l'art. *2-quater* demanda a normative di rango secondario l'individuazione di ulteriori misure di semplificazione: ne sono esempio il d.P.C.M 1 settembre 2022 n. 189, che all'art. 2 individua modalità di raccordo tra obblighi di notifica e procedure di gara, di modo da evitare che gli obblighi di comunicazione possano rallentare le suddette procedure, ed il d.P.C.M 1 agosto 2022 n. 133, attuativo del decreto, che agli artt. 6 e 7 meglio delinea le misure di semplificazione di cui al citato art. *2-quater*, mentre all'art. 11 prevede una procedura semplificata per le

operazioni infragruppo<sup>77</sup> svolte in assenza di minaccia di grave pregiudizio, dunque esenti dall'applicazione di poteri speciali in quanto prive del requisito per l'esercizio degli stessi. In quest'ultima ipotesi, il Dipartimento per il coordinamento amministrativo potrà inviare al soggetto notificante una mera comunicazione di non esercizio, a fronte della delibera del Consiglio dei Ministri che si rende necessaria non solo nei casi di esercizio dei poteri, ma anche ove non vi sia unanimità di opinioni dei membri del Gruppo di coordinamento sulla proposta presentata dal Ministero competente circa il non esercizio.

Ad ultimo, l'ambito delle modifiche c.d. europee. L'appartenenza dell'Italia alla comunità europea ha comportato, com'è noto, una cessione parziale della propria sovranità statale e, insieme ad essa, della sua autonomia: i vincoli europei impongono una cooperazione formale e sostanziale tra stati, che spesso si realizza nella previsione di strumenti comuni – omogenei o semplicemente simili – per facilitare gli scambi e la collaborazione. Detto legame e gli obiettivi che persegue, dunque, fanno sì che modifiche ed innovazioni previste in sede centrale, dalle istituzioni europee, siano applicate con modalità simili od omogenee<sup>78</sup> negli stati membri.

È da sottolineare come spesso gli interventi riconducibili agli ambiti summenzionati sono intrinsecamente legati a questo campo, trattandosi sovente di interventi coordinati, guidati, indirizzati o anche solo auspicati in sede europea. È dunque ricorrente una commistione di categorie, ove l'analisi dell'intervento sia svolta in una prospettiva più ampia, che tenga conto non solo della singola previsione, ma anche del contesto.

Può esserne considerato esempio la Comunicazione della Commissione del 6 aprile 2022 sugli «Orientamenti ad uso degli Stati membri riguardanti gli investimenti esteri diretti dalla Russia e dalla Bielorussia in considerazione dell'aggressione militare contro l'Ucraina e delle misure restrittive stabilite in recenti regolamenti del Consiglio sulle sanzioni» (2022/C 151 I/01), che ha influenzato la produzione legislativa emergenziale legata agli effetti della crisi in Ucraina. In Italia, la legge di conversione del c.d. *d.l. Ucraina*, decreto che rientra a pieno titolo tra quelli legati ad un momento emergenziale, ossia la legge 20 maggio 2022 n. 5, ha volutamente

---

<sup>77</sup> Il comma 1-*bis* dell'art.1, come inserito dal decreto legge 16 ottobre 2017, n.148, convertito dalla legge 4 dicembre 2017, n. 242, prevede infatti che gli atti e le operazioni infragruppo individuati in appositi decreti siano esenti dall'applicazione della disciplina di cui all'art. 1.

<sup>78</sup> In caso di Regolamento, stante la diretta applicabilità dello strumento legislativo comunitario prevista dall'art. 288 comma 2 TFUE, le modifiche alle legislazioni nazionali dei singoli stati membri saranno omogenee; in caso di direttive, il recepimento del contenuto delle stesse potrà variare, portando all'ipotesi di strumenti tra loro solamente simili.

allargato la nozione di “soggetto esterno all’Unione Europea”, e si può pensare che la modifica sia *anche* legata agli indirizzi che la Commissione ha inteso trasmettere.

La Commissione ha infatti fortemente incoraggiato gli Stati membri che si sono dotati di meccanismi di controllo degli investimenti esteri, a fare il più ampio uso possibile di tali meccanismi in caso di investimenti controllati in ultima istanza da persone o entità russe o bielorusse.

Ma prima ancora, in termini temporali e soprattutto logici, necessita di essere qui menzionato – e successivamente dettagliatamente analizzato – il Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019, il quale istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell’Unione.

L’atto normativo in questione rappresenta il più ampio e significativo elemento di coesione e cooperazione tra Stati nella materia del controllo degli investimenti, prevedendo un’impostazione comune che si basa sulla collaborazione, sullo scambio di informazioni e sulla partecipazione attiva di ciascuno Stato, caldamente invitato a fare la sua parte istituendo un meccanismo di controllo degli investimenti esteri e comunicando con gli altri già esistenti.

Nonostante la diretta applicabilità del Regolamento, il legislatore ha introdotto nel testo della legge quadro in materia di poteri speciali il riferimento a parti di esso e, in particolare, alla rilevanza affidata a ulteriori settori<sup>79</sup>. Dal 2019, dunque prima della concreta applicabilità del testo europeo, si è inoltre introdotto con l’art. 2-ter il riferimento alle procedure proprie del meccanismo di cooperazione dallo stesso istituito, nonché, in coerenza con la rubrica dell’articolo, un generale adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento.

Fatte le opportune premesse e data una chiave di lettura, si procede dunque con l’analisi in dettaglio del testo normativo fondamentale in materia di poteri speciali.

---

<sup>79</sup> Ci si riferisce ai settori di cui all’articolo 4, ora richiamati nell’articolo 2, comma 5 del decreto legge n. 21 del 2012.

### 3.2 Difesa e Sicurezza nazionale

L'articolo 1 del decreto legge 21/2012 stabilisce, definisce e regola i poteri esercitabili nei settori della difesa e della sicurezza nazionale.

La particolare importanza e sensibilità dell'oggetto di tale previsione ci fa immediatamente comprendere la *ratio* del suo posizionamento all'interno del decreto stesso: i settori in questione riprendono la funzione essenziale e più antica dello Stato, simbolo della sua forza, autorità e sovranità, fortemente legati alla territorialità e dunque ad uno dei tre elementi essenziali dell'esistenza stessa di una Nazione. Pertanto, il settore della sicurezza «*interna*» e della difesa «*esterna*» della Nazione deve necessariamente, per questioni intrinseche<sup>80</sup>, nonché storiche, precedere tutti gli altri nell'ordine di trattazione.

Il primo comma pone immediatamente degli argini alla previsione di un potere governativo così incisivo: sottolinea come i poteri (di veto, di opposizione e di imposizione di specifiche condizioni) siano esercitabili *esclusivamente* in relazione ad attività di rilevanza strategica, e che queste debbano espressamente essere individuate attraverso fonti normative secondarie, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Il meccanismo di adozione dei d.P.C.M coinvolge gran parte dell'esecutivo, a partire dai Ministeri di competenza – Difesa o Interni –, a cui spetta la proposta. I due ministeri si coinvolgono vicendevolmente nel procedimento, agendo di concerto con MEF, MAECI, MIMIT (prima, MISE) e avendo preventivamente dato comunicazione alle Commissioni parlamentari competenti.

Il testo del decreto, dunque, individua le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale in relazione alle quali è possibile esercitare i poteri speciali. All'esercizio di detti poteri vengono però affiancate delle condizioni fattuali legittimanti l'uso degli stessi, le quali si sostanziano nella presenza di una “minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale”.

---

<sup>80</sup> Non sarebbe infatti possibile procedere alla protezione di interessi diversi se prima questi non fossero garantiti. La tutela della difesa e della sicurezza nazionale è propedeutica alla cura di tutti gli altri aspetti, poiché, in assenza, lo Stato sarebbe materialmente impossibilitato a provvedervi.



Ai fini della valutazione del pregiudizio<sup>81</sup> che potrebbe derivare da delibere, atti ed operazioni societarie e posto a fondamento del potere di veto, il Governo tiene in considerazione la rilevanza strategica dei beni o delle imprese coinvolte e l'idoneità dell'assetto risultante, ossia bada a che l'operazione notificata, ove portata a termine, non leda o scalfisca l'integrità del sistema di difesa e sicurezza nazionale, ulteriormente articolata in difesa militare, interessi ultra nazionali dello Stato, e protezione del territorio nazionale, infrastrutture critiche e strategiche, e frontiere.<sup>82</sup>

Ancora, si considerano l'adeguatezza dell'operazione e del soggetto acquirente, e l'eventuale esistenza di legami tra questo e paesi terzi considerati poco affidabili dal punto di vista della cooperazione internazionale, o addirittura pericolosi.

Per *adeguatezza* s'intende la capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa necessaria e idonea a garantire la prosecuzione dell'attività, il mantenimento del patrimonio tecnologico, l'esecuzione degli obblighi contrattuali assunti nei confronti delle pubbliche amministrazioni, nonché la sicurezza e la continuità degli approvvigionamenti.

Dal punto di vista delle relazioni con altri paesi, queste possono essere ricavate anche in via induttiva sulla base di giudizi su elementi fattuali e vanno valutate tenendo conto del posizionamento dell'Unione Europea nello scacchiere geopolitico internazionale. Si considerano a rischio i rapporti con paesi che non riconoscono i principi di democrazia o dello stato di diritto, che non rispettano le norme di diritto internazionale ovvero che hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale o hanno rapporti con organizzazioni criminali, terroristiche e/o con soggetti ad essi collegati.

Tali valutazioni, alla stregua dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, vanno calibrati rispetto alla reale influenza e al reale peso che il nuovo soggetto eserciterà sulla società *target*, anche in base all'entità della partecipazione acquisita.<sup>83</sup>

Ulteriori circostanze vengono in rilievo nei casi in cui il trasferimento della titolarità di azioni avvenga a favore di un soggetto esterno all'Unione Europea: ai sensi dell'art. 2, comma 5-*bis*, si intende per operatori non europei le persone fisiche prive di cittadinanza, ovvero cittadine

---

<sup>81</sup> Cfr., per quanto ci si appresta a dire, la lettera del comma 7 dell'art. 2, decreto legge 21/2012.

<sup>82</sup> Cfr art.1, co. 2 decreto legge 21/2012.

<sup>83</sup> Cfr art. 1 co. 3 decreto legge 21/2012;

ma non residenti, non domiciliate o che non abbiano la loro dimora abituale in uno Stato membro; le persone giuridiche che non abbiano la sede legale o dell'amministrazione o il centro delle loro attività all'interno dei confini dell'Unione, né siano ivi stabilite, e quelle che, pur avendo i predetti requisiti, siano controllate da soggetti non dotati di una connessione stabile con il territorio europeo, come nelle ipotesi appena menzionate.

Pur in presenza delle condizioni anzidette (cittadinanza, residenza e sede legale), il Governo può tenere in considerazione, tra gli altri fattori, il controllo – diretto o indiretto – che un paese non-UE sia in grado di esercitare nei confronti del soggetto acquirente, che, altrimenti, consentirebbe al paese estero di entrare con un cavallo di Troia nelle mura dell'Unione.<sup>84</sup>

Non vengono invece in ogni caso considerati investitori europei i soggetti a cui si possa ricondurre “un comportamento elusivo rispetto all'applicazione del presente decreto”<sup>85</sup>, nonché l'acquirente che, a seguito di verifica, risulti esser stato coinvolto in attività che abbiano inciso sulla sicurezza nazionale o l'ordine pubblico di un altro paese membro, né nelle ipotesi in cui ci sia la possibilità che questo intraprenda attività illegali o criminali.

Solo con il rispetto di queste garanzie formali e sostanziali si potranno esercitare i poteri di veto, di opposizione e di imposizione di specifiche condizioni previsti alle lettere a), b), e c) dell'art.1 co.1. e che costituiscono i poteri speciali esercitabili dal Governo.

Il potere di imporre specifiche condizioni (lett. a)) si applica ai casi di acquisto di partecipazioni societarie<sup>86</sup> in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica nei settori qui considerati; le condizioni sono atte a garantire la sicurezza degli approvvigionamenti e delle informazioni, nonché a controllare i trasferimenti tecnologici e le esportazioni.

Dall'interpretazione sistematica delle previsioni contenute nell'intero testo di legge in esame e tenendo conto di quelli che sono i principi generali dell'agire amministrativo, emerge come l'esercizio dei poteri speciali debba essere *proporzionato*, adeguato alla situazione concreta valutata caso per caso. Ne deriva una *graduazione* dei poteri, in considerazione delle conseguenze che il relativo esercizio produrrà in capo al soggetto notificante, per cui nei casi

---

<sup>84</sup> Un ingresso fittizio, velato, nascosto e non trasparente.

<sup>85</sup> Cfr: art. 2 comma 5-bis decreto legge 21/2012.

<sup>86</sup> Siano esse quote o azioni.

in cui l'interesse perseguito dalla disciplina in esame sia raggiungibile attraverso azioni meno incisive, queste devono essere preferite. Al netto di ciò, il potere previsto dalla lettera *a)* deve sempre essere preferito ove risulti bastevole al raggiungimento delle finalità protettive perseguite.

Il potere di opposizione (lett. *c)*) si riferisce alle stesse fattispecie precisate sopra, ma con due ulteriori requisiti: soggettivo, per cui chi compra deve essere un soggetto diverso dallo Stato italiano, enti pubblici italiani o soggetti da questi controllati; oggettivo, per cui lo stesso soggetto deve essere titolare di una partecipazione tale da poter essere in grado di compromettere gli interessi qui tutelati<sup>87</sup>. Il ricorso a questo mezzo si giustifica, alla luce di quanto detto sopra, nei casi eccezionali in cui il *vulnus* non sia altrimenti rimovibile, dunque nei soli casi in cui la restrizione meno incisiva non sia sufficiente.

Il potere di veto (lett. *b)*) si differenzia per la fattispecie di riferimento, potendo essere esercitato con riguardo a delibere, atti o operazioni societarie<sup>88</sup>, dell'assemblea o del consiglio di amministrazione, "che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi"<sup>89</sup> individuati come strategici ai sensi della legge in commento, ovvero la fusione, scissione o scioglimento della società, il trasferimento d'azienda o di rami di essa o di società da essa controllate, il trasferimento all'estero della sede sociale, "le cessioni di diritti reali o di utilizzo relative ai beni materiali o immateriali", nonché, da ultimo, la modifica dell'oggetto sociale e/o di determinate clausole statutarie<sup>90</sup>. Il comma 1-*bis*<sup>91</sup> precisa come determinati atti ed operazioni infragruppo possano essere esclusi dall'ambito di operabilità

---

<sup>87</sup> Ci si riferisce all'ipotesi in cui l'acquirente arrivi a detenere una partecipazione al capitale con diritto di voto in grado di compromettere gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale. La "detenzione" può avvenire – proprio perché di *detenzione* trattasi – anche attraverso altri soggetti, per interposta persona o tramite soggetti collegati, ed anche grazie ad acquisti successivi. Ai fini del calcolo della partecipazione dell'acquirente si considerano le partecipazioni dirette ed indirette, nonché le partecipazioni detenute da terzi con cui il soggetto in questione abbia stipulato patti parasociali, ex art. 122 TUF.

<sup>88</sup> L'ambito di applicazione è stato ampliato dal decreto legge n. 105 del 2019, il quale ha affiancato all'ipotesi di delibere anche quella relativa ad atti e operazioni societarie.

<sup>89</sup> Tale specificazione è frutto delle più recenti modifiche apportate dal decreto legge 21 marzo 2022, n. 21, convertito con modificazioni dalla legge 20 maggio 2022, n. 51, che ha adeguato la disposizione a quanto previsto in tema di energia, trasporti e telecomunicazioni (art.2, co.2), rendendo i due testi speculari.

<sup>90</sup> Si tratta delle clausole che, ai sensi dell'art. 3 comma 1 della legge 474 del 1994 di conversione del decreto legge 332/1994, prevedono la possibilità di inserire dei limiti al possesso azionario e che, ai sensi dell'art. 2351 del Codice civile, per la quota parte di azioni possedute da un medesimo soggetto possano essere previste delle limitazioni al diritto di voto ad esse collegato.

<sup>91</sup> Comma introdotto dalla legge di conversione 11 maggio 2012, n. 56

della disciplina ove previsto dai decreti che ne definiscono il perimetro (co.1). Al pari del potere di opposizione, l'incisività del potere di veto viene smorzata, limata, dal principio di proporzionalità: il comma 4 chiarisce come detto potere debba essere esercitato nella forma di "imposizione di specifiche prescrizioni e condizioni" ove ciò risulti sufficiente. Si richiama la già citata frase di Fritz Fleiner per cui «la polizia non deve sparare ai passeri coi cannoni», e dunque il potere non può risultare manifestamente eccessivo rispetto al fine perseguito, dovendo prediligersi un mezzo alternativo.

Affinché i poteri di cui si è appena detto possano essere esercitati, il legislatore pone in capo ai soggetti sui quali tali poteri produrranno i propri effetti dei precisi obblighi di comunicazione. I procedimenti si differenziano a seconda che l'oggetto sia costituito da delibere, atti ed operazioni societarie, con possibile apposizione di *veto* da parte dell'esecutivo, ovvero dall'acquisto di partecipazioni in società di rilevanza strategica, che invece legittimano l'esercizio dell'opposizione o dell'imposizione di condizioni.

Nel primo caso<sup>92</sup>, l'impresa è tenuta a *notificare* alla Presidenza del Consiglio dei Ministri un'informativa completa sulla delibera, sull'atto o sull'operazione che intende adottare o effettuare; la Presidenza, dal canto suo, è tenuta ad esprimersi entro quarantacinque giorni<sup>93</sup> dalla ricezione della stessa. In caso di incompletezza della notifica è possibile richiedere delle integrazioni; la richiesta comporterà lo slittamento dell'inizio del termine di decorrenza dei quarantacinque giorni al momento in cui il contenuto risulterà integrato. Nella diversa ipotesi in cui si renda necessario richiedere informazioni all'impresa o a terzi, l'effetto che si produrrà sul procedimento sarà di tipo sospensivo (massimo dieci giorni nel primo caso, venti nel secondo), ed i termini riprenderanno a decorrere dalla consegna delle informazioni, ma solo per la prima volta in cui tali istanze siano presentate. Si noti come nell'ipotesi in esame la notifica *precede* l'operazione<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Ipotesi prevista dal comma 4 dell'art.1 d.l. 21/2012.

<sup>93</sup> Inizialmente, il testo originario del decreto 21/2012 prevedeva che l'esercizio del potere di veto dovesse essere comunicato entro il termine di 15 giorni; è solo col decreto legge n. 105 del 2019 che l'art. 4 del decreto viene modificato ed il numero di giorni a disposizione della Presidenza del Consiglio per valutare ed esprimersi viene ampliato a 45. Con lo stesso intervento, vengono introdotte le ipotesi di richieste al notificante in caso di *incompletezza* e di ulteriori informazioni a terzi, contestualmente alla previsione di uno slittamento in avanti dei termini di decorrenza per l'uno e di una sospensione per l'altro.

<sup>94</sup> Il tema verrà ripreso nel cap. IV, par. 2 e par. 2.3 in cui si discorrerà della natura provvedimento dell'atto di esercizio dei poteri in ragione dell'interesse che da questo viene inciso (pretensivo o oppositivo).

Un'ulteriore parentesi sospensiva si prevede nei casi in cui le operazioni notificate ed “oggetto di un controllo in corso” ricadano nell'ambito di applicazione del Regolamento (UE) 2019/452, in quanto rientranti nei settori indicati dall'articolo 4 dello stesso testo. In questo caso, come si vedrà meglio in seguito, si rende necessaria una comunicazione agli Stati membri ed alla Commissione Europea, azionando il c.d. meccanismo di cooperazione per tramite del *punto di contatto* previsto dall'art. 11 del Regolamento. Se uno o più stati membri, ovvero la Commissione, dovessero far pervenire la propria volontà di procedere ad ulteriori accertamenti chiedendo di ricevere informazioni o formulando dei pareri, il procedimento nazionale verrebbe sospeso per l'apertura di quella che viene chiamata *fase 2*, e riprenderebbe solo una volta ricevute le osservazioni degli Stati che si siano candidati a farle, o pareri della Commissione. I termini sono variabili: questi dipendono dalla natura delle intenzioni concretamente manifestate dagli Stati membri o dalla Commissione, quindi dalla presentazione di quesiti propedeutici ad un vero e proprio commento, con cui ci si riserva di esprimersi una volta ricevute le relative risposte (che fungono da chiarimenti) ovvero dalla diretta comunicazione dell'intenzione di presentare un parere o una opinione. L'allungamento dei tempi è pari a circa trentacinque giorni, soggetti a mutamenti poiché legati all'intervallo di tempo che viene accordato<sup>95</sup> all'impresa per rispondere e, contemporaneamente, al frangente in cui lo Stato membro comunichi di voler aprire la fase due, dal momento che è possibile farlo in un arco di tempo di quindici giorni e quindi sia al primo giorno che al quindicesimo.

Al netto di ciò, è fuorviante sostenere che la durata massima del procedimento sia pari a settantacinque giorni<sup>96</sup>, cifra data dalla somma aritmetica dei tempi previsti per la durata del procedimento (45 giorni) e di quelli di sospensione (10 per la richiesta di informazioni all'impresa, 20 per la richiesta rivolta a terzi estranei al procedimento).

*In primis* va evidenziato che i termini previsti dalla normativa sono tutti di tipo ordinatorio. L'impresa è invogliata a rispettarli per esigenze ed interessi propri, ma non è strettamente

---

<sup>95</sup> Non sono previsti termini di legge per le risposte ai quesiti indirizzati alle imprese, ma questi vengono stabiliti di volta in volta dal punto di contatto.

<sup>96</sup> Cfr, sul punto. R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in *Federalismi.it*, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, giugno 2022, secondo cui «il termine massimo per comunicare alla parte coinvolta dall'operazione il provvedimento finale – considerando tutte le possibili sospensioni istruttorie previste dalla normativa di riferimento – è di 75 giorni (cui si può aggiungere la fase di sospensione per l'applicazione del Regolamento IDE pari a ulteriori 20 giorni o anche più qualora siano chieste informazioni aggiuntive da parte della Commissione o degli Stati membri)».

vincolata da questi. A ben vedere, la non necessarietà di termini perentori nasce dalla constatazione dell'esistenza di un interesse del privato al più celere termine del procedimento: in mancanza di quanto richiesto, l'esito del procedimento risulterebbe negativo per l'impresa stessa, dunque una mancata collaborazione non farebbe altro che ledere i propri interessi, rivolgendosi a lei contro.

Eppure, continua ad essere difficile parlare di un massimo di settantacinque giorni, comprensivi di ogni eventuale sospensione.

In primo luogo perché, al di fuori dei termini considerati nel computo finale resta l'ipotesi della mancanza di informazioni, che non comporta una sospensione, bensì uno slittamento del termine iniziale. Si dirà che il procedimento ha inizio solo da detto momento e che dunque, sommando quanto sopra ricordato, si arriverà allo stesso risultato.

Il ragionamento è teoricamente vero e ineccepibile, ma nella pratica difficile da condividere, soprattutto dal punto di vista del privato. Lo slittamento del termine iniziale comporta sì un rinvio dell'inizio del procedimento amministrativo, ma produce ugualmente, sul piano sostanziale, la sospensione dell'attività imprenditoriale oggetto di notifica. Per cui si può parlare di due diversi tempi del procedimento, quelli osservati dal punto di vista dell'amministrazione, per la quale corrispondono al formale momento dell'avvio, e dal punto di vista dell'impresa, per cui i termini iniziano a decorrere molto prima.

Una sintesi delle due visioni potrebbe trovarsi nell'affermazione per cui il procedimento ha una durata massima *media* di 75 giorni, poiché il numero non è certo, ma potenziale e variabile.

Dal momento in cui la notifica perviene agli Stati membri ed alla Commissione, questi hanno 15 giorni per poter manifestare l'intenzione di aprire la c.d. *fase due*: questa può essere aperta da uno o più paesi con l'intenzione di presentare, in futuro, delle osservazioni. Nel mentre, può essere richiesto all'impresa di rispondere a determinati quesiti, anch'essi privi di predeterminata scadenza, ma con un termine deciso di volta in volta dal punto di contatto ed assicurato dall'interesse imprenditoriale alla conclusione dell'operazione. Dal momento dell'invio dei quesiti alla società, i termini del procedimento nazionale sono nuovamente sospesi. Una volta ricevuti, gli Stati che hanno aperto la fase 2 hanno 20 giorni per presentare le proprie osservazioni ("*comments*", nel caso degli Stati membri) e pareri ("*opinions*", nel caso in cui provengano dalla Commissione).

Nel diverso caso in cui non si richiedano informazioni, ma direttamente sia manifestata l'intenzione di presentare osservazioni, per la formulazione delle stesse è previsto un termine di 35 giorni decorrente dall'apertura della fase due.

In definitiva, i tempi della sospensione europea risultano essere nella pratica *variabili*, influenzati dalle scelte tempistiche degli stati e dalla celerità dei loro controlli.

Tornando all'analisi del tipo di operazioni da notificare, nel secondo caso<sup>97</sup> – acquisto di partecipazioni in società di rilevanza strategica – all'impresa sarà richiesta una notifica congiunta<sup>98</sup>, ove possibile, con la società i cui titoli sono oggetto di acquisto entro dieci giorni dall'acquisto stesso; dunque, la notifica *farà seguito* al compimento dell'operazione.

Tale previsione è frutto delle modifiche introdotte dal decreto legge 21 marzo 2022, n. 21 (come detto, anche conosciuto come *d.l. Ucraina*) al fine non solo di favorire la partecipazione dell'impresa destinataria dell'investimento, ma anche in ottica semplificativa, al fine di evitare un (inutile) appesantimento e prolungamento del processo. L'intervento si inserisce dunque nel solco dell'efficientamento dell'azione amministrativa, in corrispondenza con i principi delineati dalla legge che regola l'azione stessa<sup>99</sup>. La previsione evita il “disallineamento procedimentale”<sup>100</sup> che altrimenti si produrrebbe, ed evita, quindi, anche lo *sdoppiamento* delle decisioni<sup>101</sup>.

Il decreto ha inoltre previsto che ove la notifica contestuale non sia possibile o non avvenga, la società acquirente debba redigere un'informativa da inviare alla società target. Tale previsione conferma l'intento di rendere edotta la società acquisita dell'apertura del procedimento Golden Power, “al fine di consentirne la partecipazione” anche attraverso la presentazione di memorie

---

<sup>97</sup> Disciplina contenuta nel comma 5 dell'art.1 d.l. 21/2012.

<sup>98</sup> Questa deve contenere “le informazioni necessarie, comprensive di descrizione generale del progetto di acquisizione, dell'acquirente e del suo ambito di operatività.”. Cfr. art. 1 comma 5 del d.l. 21/2012.

<sup>99</sup> Il riferimento è alla legge sul procedimento amministrativo (l. 241/1990), la quale individua i principi generali ai quali l'azione amministrativa deve ispirarsi.

<sup>100</sup> S. DE NITTO, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*. 2 | 2022, pag. 553-558.

<sup>101</sup> Sul punto, R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in *Federalismi.it*, *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, osserva come «la notifica contestuale o comunque la partecipazione della società target all'unico procedimento consentono di ridurre da un lato gli oneri amministrativi a carico delle imprese e, sotto altro profilo, rendono possibile l'eventuale imposizione di prescrizioni immediatamente e direttamente nei confronti di entrambe le società (acquirente e target) con una maggiore efficacia dell'azione amministrativa».

e documenti presso la Presidenza del Consiglio, così come previsto dal comma 5 dell'art.1 del decreto in esame.

Le operazioni che devono essere notificate riguardano l'acquisto di partecipazioni superiori alla soglia del 3% in società quotate, o superiori al 5% in società non ammesse alla negoziazione nei mercati regolamentati; in entrambi i casi, deve essere successivamente notificato il superamento delle soglie del 10, 15, 20, 25 e 50 % dovuto ad acquisti successivi. Fino alla notifica e per il perdurare del procedimento, i diritti di voto legati alle partecipazioni rilevanti oggetto di acquisto sono sospesi. Il procedimento segue comunque i termini e le ipotesi sospensive indicate per le notifiche di delibere, atti ed operazioni.

Dal 2022<sup>102</sup> è altresì necessario notiziare la Presidenza del Consiglio della costituzione di imprese che abbiano per oggetto sociale lo svolgimento di attività di rilevanza strategica oppure detengano attivi rilevanti per il sistema di difesa e sicurezza nazionale.

L'ordinamento comunitario e quello nazionale tengono conto dei fattori economici che orientano la rotta seguita dalle imprese nei loro investimenti, ma badano a che questi realmente rispondano a utilità e convenienze di mercato, e non siano invece usati per dissimulare diverse operazioni.

È noto che l'attività d'impresa, o meglio, l'attività svolta dall'imprenditore così come definito dal Codice civile<sup>103</sup>, è un'attività *economica*, un'attività svolta con metodo economico, che postula la copertura dei costi con i ricavi e che mira al lucro. Sovente l'impresa non dispone di risorse finanziarie tali da consentirle di svolgere l'attività. L'imprenditore addossa su di sé quello che viene chiamato "rischio d'impresa", ossia investe capitali non propri al fine di utilizzarne i frutti per proseguire l'attività. Succede che per ragioni di strategia finanziaria, gli investimenti vengano "diversificati", non solo per settore, ma anche per paese in cui si stanziavano. Diversificare, infatti, aiuta a frazionare il rischio: la non riuscita di un investimento o le condizioni avverse trovate in un paese (ad esempio, a causa di una crisi finanziaria o questioni politiche/geopolitiche, una cattiva politica industriale ecc.) incideranno solo in minima parte sul capitale collocato.

---

<sup>102</sup> Ci si riferisce alla legge 20 maggio 2022, n.51 che ha convertito il decreto 21 marzo 2022 n. 21, inserendo il comma *5bis* all'articolo 1, il quale prevede la notifica anche per la costituzione di nuove imprese.

<sup>103</sup> Ci si riferisce all'articolo 2082, che definisce l'imprenditore commerciale come colui che « esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi. »



In questo quadro, si comprende come la normativa nazionale, e quella europea, vogliano far salvi questi tipi di investimento, chiamati “*investimenti di portafoglio*”, ma al contempo si preoccupino di predisporre dei campanelli di allarme per quelle operazioni finanziarie che potrebbero invece celare altri scopi, come una scalata ostile nei confronti dell’impresa *target*. È questo scopo che vengono indicate le soglie, differenziate per tipo di attività svolta dalla società (a seconda che faccia ricorso al mercato del capitale di rischio o meno), in modo tale da poter verificare la bontà dell’investimento prima di scoprire per altre vie le dubbie intenzioni che può avere. Quindi non è presente un meccanismo di controllo degli investimenti di portafoglio, ma sono sottoposti a verifica quei movimenti di capitali che si presumono puntare al controllo di un’impresa, evidentemente mossi da scopi strategici.

Per le medesime ragioni si è previsto un obbligo di notifica anche per la costituzione di nuove imprese. Questo genere di investimenti sono detti, anche dal lessico del Regolamento UE, *investimenti greenfield*, in quanto si collocano su una superficie verde, vergine, e vi si stabiliscono.

Sarebbe impensabile prevedere dei controlli per gli spostamenti di capitali e sorvolare sulla creazione di nuove attività d’impresa che invece direttamente abbiano ad oggetto lo svolgimento di attività strategiche rilevanti o, per i settori di cui all’art. 2, direttamente detengano beni e rapporti di interesse generale.

Per entrambi i casi descritti valgono i medesimi oneri temporali – illustrati nel primo caso – con una durata del procedimento pari a 45 giorni e la possibilità che il termine venga spostato in avanti o sospeso.

Ove accada che il termine indicato spiri senza che sia pervenuta alcuna comunicazione, l’attività notificata potrà essere svolta. Opera dunque un meccanismo *paragonabile* al silenzio – assenso previsto dalla legge sul procedimento amministrativo<sup>104</sup>.

Nell’ipotesi contraria in cui, invece, le imprese non procedano ad una formale notifica delle delibere, atti ed operazioni o di acquisizioni, grazie alla novella introdotta dal decreto legge 8 aprile 2020 n. 23, il procedimento potrà essere avviato d’ufficio dalla Presidenza del Consiglio

---

<sup>104</sup> Delle affinità e delle differenze si dirà nel cap. IV, par. 3.3, relativo all’applicabilità della legge 241/1990 al procedimento Golden Power.

e alla violazione dell'obbligo di notifica farà seguito l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie<sup>105</sup>.

Parimenti, nelle ipotesi in cui ad essere violate siano le prescrizioni o le condizioni imposte, o vi sia la mancata osservanza dell'opposizione o del veto governativo apposto, ai soggetti coinvolti sono irrogate sanzioni amministrative, ma soprattutto si prevede la *nullità* di delibere ed atti adottati o di operazioni svolte in violazione dell'imposizione governativa, e, ancora, la possibilità per il Governo di ingiungere la *riduzione in pristino*, ossia la ricostituzione della situazione anteriore.

Detti poteri sono dunque esercitabili esclusivamente in relazione ad attività di riconosciuta rilevanza strategica individuate sulla base di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. Fonti normative secondarie dello stesso tipo sono state scelte dal legislatore come mezzo materiale attraverso il quale esercitare detti speciali poteri e portare l'esito del procedimento a conoscenza degli interessati: nella quotidiana applicazione della normativa, questi vengono chiamati "*d.P.C.M di esercizio*". Questi vengono trasmessi, ai sensi del primo comma, "tempestivamente" e "per estratto" alle competenti commissioni parlamentari.

Al contrario, ove i poteri non siano esercitati poiché non si ritengono integrate le condizioni fattuali legittimanti e dunque non si rinvenga una minaccia di grave pregiudizio per gli interessi della difesa e della sicurezza della Nazione, la forma utilizzata per l'atto è quella della Delibera del Consiglio dei Ministri, c.d. *Delibera di non esercizio*.

Ai sensi del nuovo art. 2-quater del presente decreto legge<sup>106</sup>, la delibera non risulta più essere necessaria nelle ipotesi in cui il mancato esercizio dei poteri sia stato frutto di una scelta unanime del Gruppo di coordinamento, in un tentativo di semplificazione delle procedure richiamato dalla rubrica dell'articolo stesso.

Sulla stessa scia si pone la scelta dell'esecutivo sulla forma dell'atto nel diverso caso di mancata integrazione dei requisiti oggettivi e/o soggettivi previsti dalla presente disciplina, da cui discende la non applicabilità della stessa: in queste ipotesi, è il gruppo di coordinamento a deliberare sull'operazione notificata, e la delibera viene trasmessa con nota al Presidente per la sottoscrizione.

---

<sup>105</sup> Cfr. comma. 8-*bis*, art.1 d.l. 21/2012.

<sup>106</sup> come modificato dal d.l. 21/2022 all'art. 26.

Le attività di rilevanza strategica a cui l'articolo appena illustrato si riferisce sono state materialmente individuate, a norma del comma primo, dal d.P.C.M 6 giugno 2014, n. 108. Qui si legge come tali attività sono individuate “nello studio, la ricerca, la progettazione, lo sviluppo, la produzione, l'integrazione e il sostegno al ciclo di vita, ivi compresa la catena logistica” di una serie di sistemi e materiali (art.1), nonché apparati (art. 2) puntualmente indicati, ricadenti nella sfera di competenza del Ministero dell'Interno o del Ministero della difesa, o di entrambi.

Al d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, invece, è affidato il compito di individuare le procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori disciplinati dall'art. 1, così come previsto dal relativo comma 8. Questo puntualmente chiarisce chi siano i soggetti tenuti a notificare e quale debba essere l'esatto contenuto della comunicazione affinché possa essere ritenuta corretta e completa; identifica le amministrazioni responsabili dell'istruttoria e della proposta per ciascun asset coinvolto, determina il materiale svolgimento delle procedure per l'esercizio dei poteri speciali ed il conseguente monitoraggio delle decisioni assunte, nonché le modalità per l'irrogazione di eventuali sanzioni. È infatti previsto che a seguito delle risultanze emerse da discussioni ed indagini del Gruppo di coordinamento, il Ministero responsabile dell'istruttoria formuli una proposta di esercizio dei poteri speciali corredata da relativo schema provvedimentale, ovvero una comunicazione contenente i motivi per cui non si ritiene necessario l'esercizio dei poteri speciali, da trasmettere al medesimo gruppo ed alla Presidenza del Consiglio. Nel caso in cui i poteri possano essere esercitati nelle più blande forme dell'imposizione di condizioni e prescrizioni, queste devono essere espressamente specificate ed accompagnate dall'individuazione di criteri e modalità di monitoraggio che l'amministrazione individuata come competente dovrà svolgere. Ove ciò non fosse possibile, il Ministero dettagliatamente esplicita i motivi che non consentono di far ricorso alla imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni, necessitandosi un intervento più forte.

Ai sensi dell'art. 2, il Gruppo di coordinamento è presieduto dal responsabile del Dipartimento<sup>107</sup> individuato dal Presidente del Consiglio, a sua volta, come responsabile

---

<sup>107</sup> la lettera dell'articolo parla di “ufficio della Presidenza del Consiglio di livello almeno dirigenziale generale o equiparato”, combinando detto articolo con le previsioni del Decreto legislativo 30/07/1999, n. 303, rubricato Ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, a norma dell'articolo 11 della L. 15 marzo 1997, n. 59, in particolare con la lista di “denominazioni” contenuta all'articolo 1, vien fuori che le strutture sopra descritte corrispondono ai «Dipartimenti».

dell'attività di coordinamento, ed è composto dai responsabili degli uffici incaricati da ciascun ministero per le attività di competenza. È altresì prevista la presenza di componenti esterni al fine di “potenziar[e] la capacità di analisi” del gruppo stesso.

In attuazione di quanto appena descritto, il d.P.C.M n. 133 del 2022 recante “disciplina delle attività di coordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali” ha previsto che il Gruppo sia presieduto dal Segretario generale della Presidenza del Consiglio e che vi partecipino, oltre ai responsabili degli uffici competenti per ciascun Ministero<sup>108</sup>, il Consigliere militare del Presidente del Consiglio dei ministri, il Consigliere diplomatico (entrambi organi di diretta collaborazione), il Capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo, il Capo del Dipartimento per le politiche europee, nonché il Capo del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica.

È da notare come il comma 9, rubricato “Riservatezza delle informazioni” preveda la sottrazione dei documenti (e dei relativi contenuti) pubblici e privati del procedimento Golden Power, o comunque “originati [...] per le finalità del presente decreto” all'esercizio del diritto di accesso ai sensi dell'articolo 24, comma 2, della legge sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241), facendone invece salvo l'esercizio nei limiti di cui al comma 7 dello stesso articolo, ossia nelle ipotesi di accesso c.d. difensivo.

---

<sup>108</sup> Questi sono individuati dall'art. 2 del medesimo decreto in: l'Autorità Nazionale UAMA (Unità per le autorizzazioni dei materiali di armamento) per Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale (MAECI); l'Ufficio III analisi strategica (UAS) per Ministero dell'interno; la Direzione nazionale degli armamenti per il Ministero della difesa; la Direzione V «Regolamentazione e vigilanza del sistema finanziario» e la Direzione VII «Valorizzazione del patrimonio pubblico», Servizio «Affari legali e contenzioso» per il Ministero dell'economia e delle finanze (MEF); la Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati per il Ministero della giustizia; Organo centrale di sicurezza, Direzione generale vigilanza concessioni autostradali, Direzione generale vigilanza Autorità portuali per il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT); il Dipartimento delle politiche europee e internazionali e dello sviluppo rurale, Dipartimento delle politiche competitive, della qualità agroalimentare, della pesca e dell'ippica per il Ministero dell'Agricoltura e della sovranità alimentare (MASAF); il Segretariato generale per il Ministero della salute; la Direzione generale per i servizi di comunicazione elettronica, di radiodiffusione e postali, Direzione generale per le tecnologie delle comunicazioni e la sicurezza informatica - Istituto superiore delle comunicazioni e delle tecnologie dell'informazione, Direzione generale per la politica industriale, l'innovazione e le piccole e medie imprese, Direzione generale per la riconversione industriale e le grandi filiere produttive per il Ministero delle Imprese e del Made in Italy (MIMIT); le Direzioni generali per il clima, l'energia e l'aria, per l'economia circolare, e Direzione Generale infrastrutture e sicurezza sistemi energetici e geominerari per il Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica (MASE); l'Ufficio per le attività di informazione e comunicazione istituzionale e per la tutela del diritto d'autore del Dipartimento per l'informazione e l'editoria; Capo della struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, quindi Dipartimento per la trasformazione digitale.

### 3.3 Il 5G e le nuove tecnologie

L'articolo 1-*bis*, come suggerito dalla locuzione latina affiancata al numerale, che di per sé qualifica una “cosa che si ripete, uguale o analoga alla prima, o che si fa per la seconda volta”<sup>109</sup> e dalla collocazione all'interno del testo normativo, si presenta come un'appendice, una aggiunta, una specificazione dei pericoli che si possono manifestare nell'ambito della difesa e della sicurezza nazionale.

Seguendo la chiave di lettura data, l'intervento normativo generatore del *bis in* esame rientra a pieno titolo nel novero degli interventi che muovono dall'evoluzione tecnologica, tenendo in considerazione i nuovi utilizzi di cui possono essere oggetto mezzi preesistenti e materie prime, e l'accresciuta rilevanza economica di determinate operazioni o interi settori. Ne rappresenta, a dire il vero, l'intervento per antonomasia, l'apripista delle successive modifiche.

Come suggerito dalla collocazione numerica all'interno del testo del decreto, l'ambito applicativo costituisce un'estensione ed una specificazione della difesa e della sicurezza nazionale di cui all'articolo immediatamente precedente. L'intervento si ispira alla mutevolezza e alla instabilità temporale del concetto di *rischio* in questi settori, nonché della stessa variabilità della nozione di asset strategico: come sopra ricordato in relazione al concetto di “sicurezza”<sup>110</sup> non è infrequente la possibilità che un oggetto (anche) comune arrivi a rivestire un ruolo chiave nelle battaglie non più di terra *tra* o *agli* Stati. In questo senso, con l'intervento si è inteso garantire protezione anche alle reti e servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G «dai rischi derivanti dal coinvolgimento in tali attività di imprese con sede in Stati non facenti parte dell'Unione Europea»<sup>111</sup>.

La protezione accordata – e di protezione si parla in quanto così facendo le reti ed i servizi 5G ottengono la qualifica di asset di rilevanza strategica e, pertanto, su di essi si legittima

---

<sup>109</sup> *Bis* in dizionario Treccani.it – Enciclopedie on line, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana.

<sup>110</sup> Si v. cap. I, par. 1.2., pag. 17, “La sicurezza della nazione non è più garantita solo dal possesso di un adeguato numero di munizioni e cannoni, ma dalla capacità di far fronte a fenomeni di spionaggio, di furto di dati sensibili, di corretto funzionamento delle reti infrastrutturali interne, di quanta più possibile indipendenza da approvvigionamenti da fornitori esteri.”

<sup>111</sup> Cfr. M. CLARICH, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, p. 116-117.

l'intervento statale per tramite dei poteri speciali in questo testo delineati – è frutto di due principali e successive decretazioni del 2019.

La prima è datata 25 marzo 2019, e corrisponde al decreto legge n. 22, mentre la seconda è del 21 settembre, giorno di approvazione del decreto legge n. 109 del 2019.

I due testi di legge hanno erano volti insieme ad ordinare e ad ampliare la disciplina dei settori ora oggetto dell'art. 1-*bis* all'interno del decreto quadro: *ordinare*, in quanto i beni compresi nel testo del nuovo articolo erano già stati inseriti nell'art. 2 (contenitore delle più svariate tutele) al comma 1-*ter* dalle modifiche del 2017 e menzionati anche dall'art. 3 del d.P.R. 85/2014, decreto di individuazione degli asset di cui all'articolo 2; *ampliare* in quanto non si è proceduto ad una mera traslazione dei beni da un punto ad un altro del decreto, ma una volta assegnato a tale categoria lo spazio di un intero articolo, si è potuto e dovuto ampliarne l'elenco, inglobando anche tutto ciò che non era stato considerato e che, in quel dato momento, si rendeva necessario considerare.

Le modifiche così apportate al decreto legge n. 21 del 2012 risultano conformi anche a quanto auspicato in sede europea con la Raccomandazione della Commissione Europea 2019/534 del 26 marzo 2019 sulla cybersicurezza delle reti 5G, la quale nel riconoscere l'importanza fondamentale delle reti per lo sviluppo dei servizi digitali e assegnando ad esse un ruolo prioritario nella strategia per la realizzazione del mercato unico digitale, sottolineava la gravità dei possibili malfunzionamenti, identificabili al pari di pericoli per la sicurezza<sup>112</sup> non già solo del singolo stato, ma dell'Unione tutta in conseguenza della “natura interconnessa e transnazionale delle infrastrutture alla base dell'ecosistema digitale e la natura transfrontaliera delle minacce in questione”. Si considerava dunque necessario ed opportuno prevedere misure che assicurassero un elevato livello di sicurezza (meglio, *cybersicurezza*) delle reti 5G.

Come detto, al decreto legge n. 22 del 2019 si deve l'introduzione di uno spazio dedicato<sup>113</sup> alla protezione di *seminuovi* asset e all'ampliamento dell'elenco di ciò che può essere considerato tale.

---

<sup>112</sup> Al considerato n.3 si legge: “garantire la cybersicurezza delle reti 5G è una questione di importanza strategica per l'Unione, in un momento in cui gli attacchi informatici sono più numerosi e sofisticati che mai.”.

<sup>113</sup> L'abrogazione del comma 1-*ter* dell'art. 2, in cui parte degli asset ora considerati dall'art. 1-*bis* erano ricompresi, avverrà solo successivamente, con la legge di conversione del decreto legge n. 105 del 2019, ossia la legge n. 133 del medesimo anno.

Nel preambolo di detto testo si legge che le modifiche avvengono “in conseguenza dell’evoluzione tecnologica e ai connessi rischi di un uso improprio dei dati *con implicazioni sulla sicurezza nazionale*”. Da qui riappare forte il collegamento con la sicurezza nazionale e l’art.1, ma anche la discrezionalità che potrebbe connotare la rilevazione del collegamento<sup>114</sup>.

Il decreto n. 105 del 2019, invece, si occupa, come da titolo, della creazione di un “*perimetro nazionale sulla sicurezza cibernetica*”, con l’intento di “disporre, per le finalità di sicurezza nazionale, di un sistema di organi, procedure e misure, che consenta una efficace valutazione sotto il profilo tecnico della sicurezza degli apparati e dei prodotti, in linea con le più elevate ed aggiornate misure di sicurezza adottate a livello internazionale”<sup>115</sup>.

Le finalità a cui si ispira tale innovazione sono chiarite dal primo comma, e si rinviengono nella sostanziale necessità di assicurare la sicurezza delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici di pubbliche amministrazioni, enti ed operatori nazionali sia pubblici che privati: con riguardo a questi soggetti, si specifica che da questi debba dipendere “l’esercizio di una funzione essenziale dello Stato, ovvero la prestazione di un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato e dal cui malfunzionamento, interruzione, anche parziali, ovvero utilizzo improprio, possa derivare un pregiudizio per la sicurezza nazionale”.

Ancora, non può non richiamarsi tra i motivi ispiratori la Direttiva UE 2016/1148 del 6 luglio 2016, recante “misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell’Unione”, meglio conosciuta come Direttiva *Nis*, il cui fulcro era l’idea che le reti ed i sistemi informativi ed informatici siano alla base della società e del corretto funzionamento del mercato interno.

L’ampiezza del perimetro è delimitata dal punto di vista oggettivo dai parametri che seguono la lettera a) del secondo comma dell’art.1, quindi – come anticipato – dal fatto che i soggetti si occupino dello svolgimento di funzioni o servizi statali essenziali, tenendo conto delle conseguenze rovinose della loro interruzione o del non corretto svolgimento.

---

<sup>114</sup> «Il termine *implicazioni* comporta riflessioni su discrezionalità nella valutazione: spazi di valutazione e opinabilità circa i fatti costitutivi del potere». M. CLARICH, *La disciplina del golden power in Italia e l’estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, cit.

<sup>115</sup> Preambolo del decreto legge 21 settembre 2019, n. 105

In questo senso, il perimetro esiste e si estende fino all'ultima funzione essenziale, lungo tutta la lunghezza delle funzioni statali essenziali<sup>116</sup>. All'interno del perimetro vigono misure di sicurezza cybernetica, tra le quali si fanno rientrare i poteri speciali statali ormai esercitabili<sup>117</sup>.

Dal lato soggettivo, il decreto fa riferimento alle amministrazioni statali, enti pubblici e privati e imprese, società e, più in generale, privati fornitori di servizi strategici. Si rileva come questo rappresenti un tentativo di ampliare il perimetro, dal punto di vista considerato, anche allo Stato e ad enti che sono stati tradizionalmente classificati come "esterni al suo ambito", essendo ricondotti al più vasto settore pubblico. I soggetti così definiti sono quelli tenuti alla presentazione di formale notifica per le operazioni afferenti all'ambito di applicazione dell'art.1-*bis*.

Rimane da evidenziare il fatto che il decreto istitutivo del perimetro nazionale sulla sicurezza cybernetica ha prodotto significativi cambiamenti sull'intero corpo del decreto n. 21 del 2012: sempre dal punto di vista soggettivo, è questo che ha introdotto, all'art. 2, la particolare e stringente definizione di soggetto estero, così ampliando i confini dell'applicabilità della normativa Golden Power.

Il primo comma dell'articolo 1-*bis* sancisce definitivamente la rilevanza strategica dei servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, in accordo con i motivi sopra esposti. L'elenco però non è esaustivo e si prevede la possibilità di individuare ulteriori attivi meritevoli di tale qualifica attraverso uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, dunque il medesimo strumento di regolazione secondaria usato per gli altri settori di cui al medesimo decreto. In particolare, si fa riferimento a ulteriori servizi, beni, rapporti attività e tecnologie rilevanti ai fini della sicurezza cybernetica, ivi inclusi quelli relativi alla tecnologia *cloud*.

A differenza degli artt. 1 e 2, data la forte componente tecnica della materia è prevista la concertazione non soltanto di organi politici (Ministri competenti, come negli altri due casi) nell'adozione dei d.P.C.M, ma anche la partecipazione della Agenzia per la cybersicurezza

---

<sup>116</sup> CAROTTI suggerisce una *lettura gianniniana* delle funzioni, con chiaro riferimento al Manuale di Diritto amministrativo di Massimo Severo Giannini, al fine di «ritrovare gli elementi che caratterizzano la vita stessa dell'apparato e della comunità» in B. CAROTTI, *Sicurezza cybernetica e Stato-nazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 5, pp. 629-641.

<sup>117</sup> Cfr., sul punto, B. CAROTTI, *Sicurezza cybernetica e Stato-nazione*, op. cit.



nazionale, che deve essere necessariamente sentita. Invece, al pari di quanto previsto nell'art. 2 e a differenza del disposto di cui all'art. 1 co.1, è necessario un previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, e non una semplice comunicazione. L'assenza del parere può essere superata.

I poteri esercitabili nella peculiare fattispecie in cui ci troviamo rimangono quasi invariati: è previsto, al pari delle altre ipotesi, il potere di veto da parte del Governo ove l'imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni non risulti essere sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, così sottolineando anche in questo caso l'importanza e la preminenza del principio di proporzionalità, che governa e vigila sui rapporti pubblico-privati.

Il potere di opposizione viene invece rimodulato in considerazione della specificità del settore e delle peculiarità del meccanismo di notifica, che richiede non la comunicazione di ogni singola operazione, bensì la sottoposizione ad approvazione di un piano annuale *di intenzioni*: il piano potrebbe essere, onde evitare la più dura misura del veto, oggetto di un'approvazione parziale o temporanea<sup>118</sup>, sempre nelle ipotesi in cui condizioni e prescrizioni non bastino.

Due ulteriori novità sono previste per l'esercizio dei poteri appena descritti: la cerchia del gruppo di coordinamento si allarga, facendovi entrare anche i rappresentanti dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale. Inoltre, lo stesso gruppo è affiancato, nelle sue valutazioni, dal Centro di Valutazione e Certificazione Nazionale (CVCN), nonché delle articolazioni tecniche dei Ministeri dell'interno e della difesa al fine di poter disporre di una valutazione tecnica sulla documentazione presentata dalle imprese.<sup>119</sup>

La manifesta tecnicità della materia, e la opportunità che porta con sé di dover riconsiderare le tradizionali fattispecie oggetto di notifica, impone di ripensarne e adattarne le modalità di comunicazione.

In primo luogo, sono oggetto di notifica quei contratti o, ancora, quegli accordi che *mirano* – dunque si notifica l'intenzione di procedere e non l'operazione già compiuta – all'acquisto, a

---

<sup>118</sup> Ai fini dell'approvazione parziale o temporanea, si tiene conto dei contenuti del piano notificato, dell'obsolescenza, del costo e dei tempi di sostituzione degli apparati e dell'esigenza di non rallentare lo sviluppo della tecnologia 5G o di altre tecnologie del paese, oltre che nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità. Cfr. art. 1-*bis* co. 4, decreto legge n. 21 del 2012.

<sup>119</sup> Cfr. art.1-*bis*, comma 6, decreto legge n. 21 del 2012.

qualsiasi titolo, di beni o servizi relativi alla progettazione, realizzazione, manutenzione e gestione delle attività individuate come strategiche dal comma 1 o dai decreti attuativi, nonché componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla predetta realizzazione o gestione.

Quanto detto deve essere comunicato alla Presidenza del Consiglio per tramite della notifica di un *piano annuale*, che dunque, in un'ottica di semplificazione, prende il posto delle comunicazioni relative a singole operazioni. Questo deve contenere, oltre a quanto appena detto, il settore interessato dalla notifica, dettagliati dati identificativi del soggetto notificante, il programma di acquisti, dati indentificativi dei fornitori, anche potenziali, e una descrizione dei beni, dei servizi e delle componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla progettazione, realizzazione, manutenzione, gestione delle attività individuate come strategiche.

A ciò si aggiunge la necessaria comunicazione di un'informativa completa sui contratti in corso, su contratti ed accordi relativi a servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G già autorizzati e sulle prospettive di sviluppo della rete 5G o di ulteriori attivi strategici. Inoltre, questa deve dar conto di ogni informazione aggiuntiva funzionale a fornire un quadro dettagliato delle modalità di sviluppo dei sistemi di digitalizzazione del notificante, nonché dell'esatto adempimento alle condizioni e alle prescrizioni imposte a seguito di precedenti notifiche, oltre a un'informativa sulle eventuali comunicazioni effettuate al CVCN per le ipotesi in cui si voglia procedere all'affidamento di forniture di beni, sistemi e servizi ICT<sup>120</sup>, affinché possano essere svolte le opportune verifiche di sicurezza da parte del Centro di Valutazione e Certificazione Nazionale (CVCN) e ne sia comunicato l'esito, ove disponibile, e le relative prescrizioni, qualora imposte.<sup>121</sup>

La modifica del 2022 che ha sostituito la comunicazione puntuale delle singole operazioni con la notifica del totale annuale delle stesse, come detto, si è orientata in termini di semplificazione degli oneri che gravano sugli operatori privati. In tal senso si potrebbe osservare che tale previsione li abbia addirittura avvantaggiati, imponendo un controllo unico su una miriade di operazioni che per forza di cose si mostrerà più blando rispetto al controllo sulla singola operazione. L'approvazione del piano riguarda, infatti, il totale delle operazioni, senza poterne escluderne alcuna. Appare più semplice, dunque, ottenere l'approvazione per l'insieme rispetto

---

<sup>120</sup> Obblighi di comunicazione previsti ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera a), del decreto n. 105 del 2019.

<sup>121</sup> Cfr. comma 2, art.1-*bis*.

a quello che avrebbe potuto essere l'esito – senza dubbio con un'indagine più puntuale – sulla parte.

Prima di procedere all'attuazione è possibile modificare ed aggiornare quadrimestralmente il piano. Anche in questo caso l'assenza di qualsivoglia rilievo da parte dell'amministrazione nei termini prefissati ne comporta l'approvazione tacita. Qui, però, il termine differisce da quello delle ipotesi già viste e che si vedranno, attestandosi su un totale di 30 giorni ai fini della valutazione e dell'approvazione del piano. Nel caso di incompletezza del piano si prevede come termine di decorrenza il momento in cui vengono ricevute le informazioni che integrano la notifica, mentre nei casi di richiesta di informazioni all'impresa notificante o a terzi, queste sono qualificate come ipotesi sospensive, rispettivamente di 10 e 20 giorni.

Più in generale, per eventuali approfondimenti riguardanti aspetti tecnici, è possibile invece *prorogare* – non *sospendere* - i termini fino a 20 giorni, e per ulteriori 20 nelle ipotesi di particolare complessità degli accertamenti.

Ove i poteri speciali vengano esercitati, si rende necessaria un'attività *a posteriori* di verifica della corretta osservanza di quanto prescritto, nonché un controllo sull'adeguatezza delle misure imposte<sup>122</sup>. A tal fine, è istituito un apposito gruppo di monitoraggio, composto non solo dai Ministeri competenti *ratione materiae*, quindi dalla parte *più politica*, ma anche da rappresentanti della Presidenza del Consiglio, dalle articolazioni tecniche dei Ministeri dell'interno e della difesa e, soprattutto, al pari del gruppo di coordinamento, da membri dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, oltre all'aiuto di cui ci si può avvalere da parte dal Centro di Valutazione e Certificazione Nazionale (CVCN).

L'impresa, dal canto suo, è tenuta a comunicare periodicamente “ogni attività esecutiva posta in essere”<sup>123</sup>, garantendone la conformità a quanto imposto, oltre alla presentazione di una relazione semestrale sulle attività in corso. Il gruppo, edotto delle attività in essere, può disporre ispezioni e verifiche tecniche in relazione ai possibili fattori di vulnerabilità che potrebbero

---

<sup>122</sup> A nulla varrebbe verificare che queste siano adempite se non in grado di raggiungere i risultati sperati o di garantire elevati standard di sicurezza.

<sup>123</sup> “...ivi inclusa la stipulazione dei contratti ad essa riferiti, fornendo ogni opportuno dettaglio tecnico ed evidenziando le ragioni idonee ad assicurare la conformità della medesima al piano approvato ai sensi del comma 3.”

compromettere “l’integrità e la sicurezza delle reti, dei dati che vi transitano o dei sistemi, oggetto del provvedimento di esercizio dei poteri speciali”<sup>124</sup>.

Le inosservanze così accertate possono dar luogo alla revoca o alla modifica del provvedimento autorizzativo, nonché al divieto di esercizio delle attività funzionali alla progettazione, realizzazione, manutenzione e gestione delle attività strategiche. Possono altresì essere comminate le sanzioni previste dal comma 5 in relazione alla violazione degli obblighi di notifica, e dunque la *riduzione in pristino* di quanto realizzato in violazione o prima dell’approvazione del piano, oltre a sanzioni amministrative pecuniarie. I contratti conclusi in spregio a quanto disposto dal governo o non curandosi dell’approvazione che da questo sarebbe dovuta provenire, sono affetti da nullità.

Anche per questo settore il decreto n. 23 del 2020 ha introdotto la possibilità di avviare d’ufficio il procedimento, ove sia mancata una formale notifica da parte del soggetto tenuto.

Si può notare dal confronto tra le premesse e la normativa in vigore che manca una piena corrispondenza tra i soggetti che rientrano nel perimetro nazionale di cybersicurezza ed i soggetti a cui è richiesta una formale notifica del piano di acquisti che intendono fare.

### **3.4 L’articolo 2 e l’ampliamento dei settori considerati strategici.**

L’articolo 2 del decreto si occupa di delineare e disciplinare i poteri statali nei settori c.d. *tradizionali* dell’energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, nonché nei settori di più recente previsione introdotti dal Regolamento europeo n. 452 del 2019. L’innesto europeo ha portato a considerare strategici una serie di nuovi settori, alcuni dei quali incomprensibilmente non considerati dalla normativa nazionale, tra cui, ad esempio, la salute o la sicurezza alimentare.

Nell’analisi di questo articolo appare utile ragionare per differenze: al di là delle difformità dovute ai diversi asset tutelati, gli articoli 1 e 2 presentano una serie di analogie, pur non essendo

---

<sup>124</sup> Cfr. comma 7, art. 1-*bis*, decreto legge n. 21 del 2012.

esattamente sovrapponibili. Nell'analisi di questo articolo appare utile, dunque, ragionare per differenze.

Nel primo comma si può notare una ripetizione degli elementi formali a garanzia di un esercizio circoscritto dei poteri speciali, rinviando anche in questo caso a decreti che concretamente individuino gli asset tutelati e le attività coinvolte. A differenza di quanto previsto dall'articolo 1, i decreti in parola potranno essere adottati solo previo *parere* delle Commissioni parlamentari competenti, e non dunque a seguito di una mera comunicazione degli stessi, come previsto invece dal testo dell'articolo 1: le commissioni hanno la possibilità di esprimersi entro 30 giorni dalla comunicazione, termine perentorio allo scadere del quale perderanno la possibilità di pronunciarsi e l'atto potrà dunque essere adottato.<sup>125</sup>

In questo caso, l'individuazione riguarda “reti ed impianti” e l'interesse tutelato è quello di assicurare l'approvvigionamento minimo e l'operatività dei servizi pubblici essenziali, i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale [...] nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni”<sup>126</sup>. Allo stesso modo (*rectius*, con le stesse modalità) devono essere individuati i “beni e rapporti di rilevanza strategica *ulteriori*”, così riferendosi ai settori di derivazione europea<sup>127</sup>.

La tutela, dunque, ruota intorno a dei beni materialmente esistenti e determinati, e non più allo svolgimento di attività.

---

<sup>125</sup> La previsione era inizialmente contenuta nel comma 1-*bis*, introdotto dalla legge n. 56 del 15 maggio 2012, che convertiva il decreto legge n. 21, salvo poi essere abrogato con il decreto legge 21 settembre 2019, n. 105, come convertito dalla legge 18 novembre 2019, n. 133.

In origine, il testo prevedeva che le Commissioni parlamentari competenti dovessero esprimersi entro un termine di 20 giorni, e che qualora il Governo si fosse rifiutato di conformarsi ai pareri espressi, avrebbe dovuto nuovamente trasmettere alle Camere lo schema di regolamento, “indicandone le ragioni in un'apposita relazione”. Da quel momento, nuovamente 20 giorni per le Commissioni per esprimere un parere, comunque non vincolante. Il passaggio, quindi, si presentava come molto più elaborato, complesso, e temporalmente impegnativo. Il meccanismo prevedeva un ruolo maggiore per il Parlamento, a cui veniva data la possibilità di influire e condizionare gli atti dell'esecutivo, essendo chiamato ad esprimersi ben due volte sugli stessi ed essendo richiesta un'apposita motivazione per la mancata conformazione ai pareri così espressi. Il meccanismo ricorda, seppur lontanamente, quello delle navette parlamentari, con i dovuti limiti alla similitudine appena fatta.

<sup>126</sup> Come sopra ricordato, dal 2022 (legge 20 maggio 22, n.51 che convertiva il decreto legge 21 marzo 2022, n. 21), nell'articolo 1 si è aggiunto il riferimento ai beni e rapporti *oggetto di concessioni, comunque affidate*. Come anche CHIEPPA fa notare, il riferimento non amplia il novero dei settori coinvolti, bensì specifica che quelli appunto oggetto di concessioni, di qualunque tipo, non sono esenti dalla disciplina in esame. La modifica avrebbe dunque perlopiù «portata più interpretativa che innovativa». Cfr. R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, giugno 2022.

<sup>127</sup> Cfr. art. 2 commi 1 e 1-*ter*.

A conferma di quanto appena detto, il comma 2 prevede degli oneri informativi - gravanti sulle imprese e diretti alla Presidenza del Consiglio - molto simili dal lato dell'*oggetto*, ossia delibere, atti ed operazioni e dei relativi effetti<sup>128</sup>, ma distinte dal lato dei soggetti e della condizione che in capo ad essi fa scattare l'obbligo di notifica: a differenza di quanto previsto dall'art.1, le imprese tenute a notificare sono quelle che abbiano la mera *detenzione* di attivi individuati come strategici dai decreti richiamati nei commi 1 e 1-*ter*. Non si tratta più, dunque, dello svolgimento di attività, quanto del materiale rapporto di fatto che si ha col bene. E l'attenzione non può non cadere sulla situazione giuridica prescelta: la detenzione si manifesta come la situazione di fatto produttiva di effetti giuridici più *tenue*, in cui i legami sono meno forti: non ci sono diritti esercitabili e si riconosce che essi non vi siano. La scelta è ben ponderata: se risulta degna di attenzione la circostanza in cui il bene sia semplicemente detenuto, *a fortiori* sarà possibile tener conto di situazioni in cui il legame risulti più saldo, come il possesso e/o la proprietà, facendo produrre i medesimi oneri in capo alle imprese.

Una distinzione lato soggetto viene ulteriormente delineata nel comma 2-*bis*<sup>129</sup>, che prevede degli oneri informativi più ampi nelle ipotesi in cui le delibere, gli atti o le operazioni siano rivolte a favore di un soggetto esterno all'Unione Europea, come definito dal comma 5-*bis* sopra illustrato<sup>130</sup>. In questi casi, all'elenco di operazioni che deve essere notificato si aggiunge l'eventuale trasferimento di società controllate che detengono gli attivi considerati strategici. Il recentissimo decreto legge 10 agosto 2023, n. 104 (non ancora convertito), ha inserito al comma 1-*ter* l'ipotesi in cui ad essere coinvolti siano "attivi coperti da diritti di proprietà intellettuale afferenti all'intelligenza artificiale, ai macchinari per la produzione di semiconduttori, alla cybersicurezza, alle tecnologie aerospaziali, di stoccaggio dell'energia,

---

<sup>128</sup> In entrambi i casi, devono essere notificate le delibere, gli atti e le operazioni che abbiano come effetto: modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi detenuti, il mutamento della loro destinazione, il trasferimento all'estero della sede sociale, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi i detti attivi o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia, le operazioni di fusione o scissione della società, la modifica dell'oggetto sociale, la modifica di determinate clausole statutarie e le delibere di scioglimento della società.

<sup>129</sup> Il comma è stato introdotto dalla legge 18 novembre 2019, n. 133 insieme al comma 5-*bis* all'interno del più ampio disegno del decreto legge n.105 del 2019, da questa convertito. Come detto in riferimento all'articolo 1-*bis*, detto decreto nel creare un perimetro di difesa e sicurezza nazionale, ha esteso i confini della nozione di soggetto extra-UE, implicando conseguenze sul lato applicativo della disciplina.

<sup>130</sup> Per la definizione di soggetto esterno si rinvia alla descrizione fatta sopra, essendo questa valida per ogni fattispecie prevista nel decreto in esame.

quantistica e nucleare, alle tecnologie di produzione alimentare” e che gli atti, le operazioni e delibere coinvolgono un soggetto extraeuropeo: in presenza di questi due requisiti – oggettivo e soggettivo –, è previsto un obbligo di comunicazione anche per le operazioni infragruppo.

Nei casi in cui le operazioni riguardino i settori delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, dell'agroalimentare e nel settore finanziario, in cui sono compresi quello creditizio e assicurativo<sup>131</sup>, è previsto che si dia notizia dell'operazione anche se svolta nei confronti di un'impresa europea o italiana. La distinzione, quindi, è in parte da ricondurre al settore merceologico interessato dall'operazione.

Tale ultima previsione è stata inizialmente introdotta dal decreto legge 8 aprile 2020 n. 23 a scopo di tutela delle imprese italiane nel periodo emergenziale dovuto alla pandemia da Covid-19 che, immobilizzando momentaneamente l'economia e poi ostacolandone la ripresa, poneva a rischio il tessuto imprenditoriale italiano, facile preda di chi non veniva a trovarsi nella medesima situazione.

Il decreto 21 marzo 2022 n. 21 ha stabilizzato quella che nasceva come una misura temporanea, anche in ragione di un nuovo e diverso scenario emergenziale, legato non più alla pandemia, ma al conflitto scoppiato in Ucraina e in ragione degli indirizzi espressi in sede Europea nei confronti della Russia e dei suoi investitori<sup>132</sup>. La misura aiuta, in tal senso, ad evitare eventuali simulazioni e ad effettuare controlli più accurati anche nei confronti degli investitori europei o italiani che abbiano alle spalle – magari da tempi non sospetti – investitori russi o bielorusi.

Si è già visto come la distinzione che a monte deve essere fatta è tra i due tipi di operazioni che devono essere notificate, ossia intrasocietarie (delibere, atti, operazioni) o tra società diverse (acquisto di partecipazioni). Le due categorie giustificano l'esercizio di poteri distinti: veto per il primo, opposizione per il secondo.

Al pari di quanto previsto per i settori della difesa e della sicurezza nazionale, l'acquisto di partecipazioni societarie da parte di soggetti esterni all'Unione Europea è oggetto di notifica quando sia in grado di determinare l'assunzione del controllo da parte del nuovo acquirente e

---

<sup>131</sup> I settori elencati sono indicati nel comma 5, direttamente richiamato nel comma 2-bis.

<sup>132</sup> Comunicazione della Commissione del 6 aprile 2022 sugli “Orientamenti ad uso degli Stati membri riguardanti gli investimenti esteri diretti dalla Russia e dalla Bielorussia in considerazione dell'aggressione militare contro l'Ucraina e delle misure restrittive stabilite in recenti regolamenti del Consiglio sulle sanzioni” (2022/C 151 I/01)

il conseguente stabile insediamento sul territorio nazionale, nonché – qui una rilevante differenza - nell'ipotesi in cui l'acquirente straniero arrivi a detenere una quota pari almeno al 10%<sup>133</sup> dei diritti di voto o del capitale (percentuale data dalla somma dei nuovi acquisti a quanto già a qualsiasi titolo detenuto) e il valore complessivo dell'acquisto sia di almeno un milione di euro<sup>134</sup>.

Come già si è detto, gli interventi del 2020 e del 2022 hanno previsto che nei particolari settori sopra elencati la comunicazione dell'acquisto prescinda dalla nazionalità dell'acquirente e sia sempre necessaria. Nel computo della partecipazione vengono fatte rientrare, oltre a quanto già detenuto, le quote in possesso di soggetti con cui l'acquirente abbia stipulato un patto parasociale<sup>135</sup>.

Anche per i settori tutelati dall'art. 2 si prevede il meccanismo della notifica congiunta e, ove non sia possibile, l'invio di un'informativa alla società target al fine di consentirne la partecipazione al procedimento. I tempi di quest'ultimo e le relative vicende sospensive non subiscono alcuna modifica e dunque si rinvia *in toto* a quanto sopra detto.

È altresì necessaria la notifica nelle ipotesi di costituzione di una nuova impresa<sup>136</sup> che detenga asset o svolga attività nei settori qui tutelati, qualora anche un solo socio non europeo detenga una quota di diritti di voto o di capitale pari almeno al 10%. Si palesa in questa disposizione una differenza con quanto in corrispondenza disposto per i settori ex art. 1: in quel caso, l'obbligo di notifica relativo alla costituzione di nuove imprese era assoluto, non sottoposto ad alcuna condizione, come invece accade in questo caso, in cui l'operazione è scrutinabile solo in presenza di una partecipazione del 10% o più da parte di un investitore extra-UE.

---

<sup>133</sup> Sono soggetti a notifica anche i successivi acquisti che comportino il superamento di soglie via via più alte: 15, 20, 25 e 50% del capitale.

<sup>134</sup> Cfr. comma 5, art. 2, d.l. 21/2012 come modificato dal decreto legge 21 marzo 2022 n. 2, che introduce un obbligo di notifica per l'acquisto di partecipazioni anche non di controllo, ove effettuate da operatori extra-UE.

<sup>135</sup> I patti parasociali sono accordi (sindacati di voto) tra soci con cui ci si impegna a concordare il voto in assemblea. Come fa notare G.F. CAMPOBASSO (in *Diritto commerciale 2 – Diritto delle Società*, UTET Giuridica, Vicenza, 2019, p. 339 ss.), «*formalmente* nulla cambia nel funzionamento dell'assemblea; *sostanzialmente* invece il procedimento assembleare può essere più o meno gravemente alterato». Attraverso questi patti il comportamento di chi li stipula influenza la vita della società stabilendo un comportamento comune. Questi sono disciplinati dal Codice civile all'art. 2341-*bis* e dal Testo Unico della Finanza (TUF - D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) all'art. 122.

<sup>136</sup> È la legge 20 maggio 2022, n. 51 (di conversione del d.l. 21/2022) ad introdurre il comm 7-*bis*.



I poteri esercitabili nei tipi di operazioni ora descritte sono il veto e l'opposizione, con le relative gradazioni. Le caratteristiche essenziali rimangono quelle sopra illustrate, mentre caratteristiche peculiari si aggiungono in relazione alla diversità degli interessi protetti.

Il potere di veto è previsto dal comma 3 e può essere esercitato attraverso decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri – di cui un estratto deve essere tempestivamente trasmesso alle commissioni parlamentari competenti<sup>137</sup> – quando le delibere, gli atti o le operazioni di una società che detenga asset strategici diano luogo, a differenza delle condizioni previste per l'articolo 1, a “*una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore*” di “minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti”.

In questo caso, quindi, le condizioni per l'esercizio dei poteri sono più stringenti, riducendo l'ampiezza dei casi in cui ad essi possa ricorrersi. La *ratio* può ritrovarsi nel fatto che ai fini di una protezione *effettiva* dei settori della difesa e della sicurezza nazionale i vincoli formali e le condizioni di cui si debba tastare la ricorrenza devono essere ridotte al minimo, perché il rischio di un mancato esercizio dei poteri sarebbe troppo alto. Qui l'attenzione rimane elevata, ma il potere statale viene imbrigliato da condizioni fattuali che devono essere integrate.

Il comma 4 non manca di richiamare implicitamente il principio di proporzionalità, prevedendo che l'imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni debba essere preferito ogniqualvolta ciò sia sufficiente ad assicurare che gli interessi pubblici siano adeguatamente protetti.

Anche in relazione all'acquisto di partecipazioni il potere di opposizione deve essere considerato una *extrema ratio*<sup>138</sup> a favore di più miti gradazioni dello stesso potere, come l'assunzione di specifici impegni<sup>139</sup> da parte dell'acquirente o della società *target* diretti a garantire la tutela della sicurezza, del funzionamento delle reti e degli impianti e della continuità

---

<sup>137</sup> Inciso aggiunto dalla legge di conversione del decreto legge n. 21 del 2012, l. 15 maggio 2012 n. 56.

<sup>138</sup> Anche A. SACCO GINEVRI ne parla in questi termini, riferendo l'espressione usata all'esercizio di ogni potere speciale. In un suo scritto si legge che «l'intervento interdittivo o prescrittivo dei poteri pubblici in ambito economico dovrebbe costituire *l'extrema ratio* a presidio di interessi generali di rango superiore». Si veda A. SACCO GINEVRI, *Golden Power e funzionamento delle imprese strategiche*, in G. NAPOLITANO (a cura di) *Foreign Direct Investment Screening - Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 153.

<sup>139</sup> La possibilità di ricorrere all'assunzione di impegni da parte delle imprese è stata introdotta dal decreto legge 21 marzo 2022 n. 21, poi convertito con modifiche.

degli approvvigionamenti<sup>140</sup>. L'opposizione può quindi giustificarsi solo in presenza di “casi eccezionali di rischio dei predetti interessi, non eliminabili attraverso l'assunzione di impegni”. La condizione che legittima l'esercizio dei poteri è l'esistenza di una “minaccia di grave pregiudizio agli interessi essenziali dello Stato” di cui si è detto, ovvero “un pericolo per la sicurezza o per l'ordine pubblico”.

Sulla nozione di sicurezza ci si è largamente soffermati nel paragrafo dedicato al fondamento e alla giustificazione dei poteri speciali<sup>141</sup>; l'espressione *ordine pubblico*, invece, merita qui una breve e concisa disamina.

Il termine viene definito dal Decreto legislativo 31/03/1998, n. 112<sup>142</sup>, nella parte dedicata alle definizioni, come “il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni”. Nella disposizione in esame, contenuta all'interno del testo dell'art. 159, il legislatore affianca la nozione di ordine pubblico a quella di sicurezza<sup>143</sup>, sottolineando una stretta relazione<sup>144</sup> tra i due elementi: nel definire le funzioni e i compiti relativi alla sicurezza pubblica, si fa riferimento a quelle “misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico”. Il legame è diretto: un concetto richiama l'altro, lo necessita per completezza, lo ingloba nella propria definizione.

Inoltre, il nesso tra i due limiti di sicurezza ed ordine pubblico si può ravvisare nella giurisprudenza – anche risalente – della Corte Costituzionale: la Corte ha infatti identificato la sicurezza nell’*“ordinato vivere civile”*, evidenziando anche qui un nesso con l'ordine pubblico in senso *materiale*, “vale a dire come sicurezza pubblica e tutela della convivenza”<sup>145</sup>. Di nuovo, una nozione richiama l'altra, intrecciandosi fino a rasentare la tautologia.

---

<sup>140</sup> Questi interessi sono espressamente elencati nel comma 3, a cui il comma 6 fa esplicito rinvio nel prevedere gli interessi a tutela dei quali possono essere esercitati i poteri speciali.

<sup>141</sup> Vedi cap. I, par.1.1 *Lo Stato e la Sovranità: fondamento e giustificazione dei poteri speciali*

<sup>142</sup> Decreto legislativo 31/03/1998, n. 112 *Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*

<sup>143</sup> La lettera dell'articolo recita: “Le funzioni ed i compiti amministrativi *relativi all'ordine pubblico e sicurezza pubblica* di cui all'articolo 1, comma 3, lettera l), della legge 15 marzo 1997, n. 59, concernono le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico inteso come (...)”

<sup>144</sup> G. CAIA in *L'ordine e la sicurezza pubblica* (in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2001, p. 284) nota come i due fattori non siano tra loro dicotomici, costituendo invece un'endiadi: «infatti, la legislazione amministrativa più recente richiama ripetutamente le due locuzioni in maniera congiunta e mostra di voler esprimere un unico concetto per mezzo di due termini coordinati, i quali costituiscono dunque un endiadi».

<sup>145</sup> M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit.

In conclusione, l'ordine pubblico può essere inteso come un limite implicito a tutte le libertà, generato da una esigenza di sicurezza; tale necessità è stata formalizzata in Costituzione con clausole limitative dei diritti, ma non con l'esistenza di un vero e proprio "diritto alla sicurezza", presente invece nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino de 1789 e all'articolo 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Prescindendo dalle definizioni (normative e non) che vi si danno, le nozioni di sicurezza ed ordine pubblico presentano "confini incerti"<sup>146</sup>. L'ambito è infatti di difficile delimitazione poiché attinente alla c.d. *geopolitica delle protezioni*<sup>147</sup>, così intendendo le politiche che i governi pongono in essere al fine di proteggere detti asset dagli altri attori statali, pedine dello scacchiere geopolitico.

Per vagliare l'effettiva incidenza di un investimento sulla sicurezza e sull'ordine pubblico si possono *indagare* le caratteristiche del soggetto che lo compie. Prendendo ironicamente in prestito termini da una branca del diritto che qui non viene richiamata, l'impresa diventa, nel processo che a suo carico si apre, un *sospettato*: se ne verifica l'assetto proprietario, al fine di appurare che dietro l'operatore economico non si nasconda un attore statale, che vi eserciti un controllo anche attraverso finanziamenti; se ne verifica la fedina penale (o più correttamente, il casellario giudiziale), assicurandosi che non sia stata coinvolta in attività che abbiano inciso sui medesimi interessi fondamentali nel territorio di un altro stato europeo e, infine, proprio come per un reale indagato, si verifica la capacità futura di commettere attività illegali o criminali<sup>148</sup>.

Non solo: al fine di un corretto esercizio dei poteri speciali di cui si è appena detto, si tiene conto dell'idoneità del risultato a garantire la sicurezza e la continuità degli approvvigionamenti, nonché il mantenimento, la sicurezza, e l'operatività delle reti e degli impianti. Si deve inoltre tenere conto dell'eventuale ruolo geopolitico che l'impresa può avere,

---

<sup>146</sup> S. DE NITTO, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, cit.

<sup>147</sup> La definizione viene data da A. ARESU e M. NEGRO in *La geopolitica della protezione. Investimenti e sicurezza nazionale: gli Stati Uniti, l'Italia, l'UE*, Città di Castello, 2020, 7. Secondo gli autori, la geopolitica della protezione indaga «i rapporti tra geopolitica e geoeconomia» e consente di «guardare l'evoluzione di concetti giuridici e politici che hanno implicazioni geopolitiche».

<sup>148</sup> Le circostanze di cui alle lettere a), b) e c) del comma 6 sono state introdotte al momento della conversione in legge del decreto legge 21 settembre 2019, n. 105.

ad esempio in presenza di legami tra l'acquirente e determinati paesi<sup>149</sup> od organizzazioni di tipo criminale, rilevando a tal fine le posizioni ufficialmente adottate dell'Unione Europea.

Si consideri l'elevata importanza di questo passaggio a seguito delle posizioni assunte dall'UE dopo l'inizio del conflitto russo-ucraino, e delle comunicazioni che dalla stessa sono state inviate agli Stati membri, anche su questo tema.

La mancata conformazione a quanto stabilito con l'esercizio di uno dei poteri comporta le medesime sanzioni previste per i settori della difesa e della sicurezza nazionale, dunque la nullità degli atti contrari o in violazione a quanto disposto, la possibilità per il Governo di richiedere la *riduzione in pristino* della situazione antecedente e sanzioni amministrative pecuniarie, salvo che i fatti non integrino alcuna fattispecie di reato. Inoltre, a seguito dell'opposizione all'acquisto di partecipazioni può essere ingiunto alla società di alienare le quote entro un anno.

Si rinviene anche qui la possibilità per la Presidenza del Consiglio di avviare d'ufficio il procedimento Golden Power nei casi in cui sia violato l'obbligo di notifica<sup>150</sup>.

La concreta individuazione degli asset ai quali la protezione suesposta è accordata, è affidata al d.P.C.M. 23 dicembre 2020, n.180 e, insieme, per i settori di più recente introduzione, di cui all'articolo 1-ter, d.P.C.M. 23 dicembre 2020, n. 179.

Il primo si occupa dell'individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, come eloquentemente suggerisce la rubrica, nonché di una più puntuale delimitazione dell'ambito di applicazione dei poteri speciali; il secondo, rubricato Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, individua gli attivi strategici (beni e rapporti) nei settori dell'energia, dell'acqua, della salute, di dati e di informazioni sensibili - qui riferendosi al trattamento, l'archiviazione, l'accesso ed il controllo - , delle infrastrutture elettorali, del settore

---

<sup>149</sup> Ci si riferisce ai paesi che “non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto, che non rispettano le norme del diritto internazionale o che hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale, desunti dalla natura delle loro alleanze, o hanno rapporti con organizzazioni criminali o terroristiche o con soggetti ad esse comunque collegati”. Cfr. il comma 7 dell'art. 2.

<sup>150</sup> Possibilità prevista dal comma 8-bis, introdotto dal decreto legge 8 aprile 2020 n. 23, poi convertito con modificazioni.

finanziario, ivi compreso quello creditizio e assicurativo, delle infrastrutture dei mercati finanziari, dei settori dell'intelligenza artificiale, della robotica, dei semiconduttori, della cybersicurezza, delle nanotecnologie e delle biotecnologie, delle infrastrutture e delle tecnologie aerospaziali non militari, della sicurezza alimentare e dunque in tema di approvvigionamento di fattori produttivi e del settore agroalimentare, dei prodotti a duplice uso e, infine, nel settore della libertà e del pluralismo dei media.

Entrambi i regolamenti fanno salva la possibilità che sussista una specifica regolamentazione di settore che già adeguatamente garantisca una adatta protezione ai beni e rapporti in oggetto, e in questa ipotesi i poteri speciali si arrestano, in quanto applicabili solo ove questa risulti inidonea o insufficiente. Il regolamento 179, inoltre, dedica un articolo alla composizione del Gruppo di coordinamento, anche in ragione della pluralità e della peculiarità degli asset dallo stesso contemplati.

In ottemperanza a quanto previsto dal comma 9, il D.P.R. 25 marzo 2014, n. 86 individua le procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori di cui all'art. 2, decreto legge n. 21 del 2012.

Questo, di contenuto speculare rispetto all'omologo decreto operante nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, determina l'attività del gruppo di coordinamento, individuando i criteri per identificare di volta in volta il Ministero responsabile per l'istruttoria, e affidandone il coordinamento al Presidente del Consiglio; essendo l'esercizio dei poteri speciali prerogativa proprio di quest'ultimo, è a lui che si rivolgono le prescrizioni di cui all'articolo 6, recante procedure per l'esercizio dei poteri speciali, in cui viene precisato il contenuto dello *schema* di provvedimento presentato dal Gruppo ed il contenuto del provvedimento vero e proprio, in particolare nell'ipotesi in cui i poteri speciali siano esercitati nelle forme dell'assunzione di impegni, di condizioni o di prescrizioni. In questo caso, si richiede una chiara e dettagliata indicazione dei vincoli apposti, nonché dei criteri e delle modalità per la verifica dell'ottemperanza agli stessi attraverso l'attività di monitoraggio svolta dall'amministrazione competente, anch'essa indicata nel provvedimento di esercizio, e le eventuali sanzioni comminabili.

A monte, il decreto precisa chi siano i soggetti tenuti alla notifica delle operazioni ed il contenuto che tali atti informativi devono avere.

Anche in questo caso vengono precisate – all’art. 9 – le limitazioni al diritto d’accesso richieste dal caso.

### **3.5 Ulteriori disposizioni e strumenti di semplificazione**

I restanti articoli del decreto hanno ad oggetto aspetti di contorno rispetto alla disciplina sostanziale ora illustrata.

L’articolo *2-bis* ha ad oggetto la collaborazione e la stipula di convenzioni o protocolli di intesa con altre amministrazioni ed istituti di ricerca. In particolare, si fa riferimento a collaborazioni già in corso con una serie di autorità e che si sostanziano nella non opponibilità del segreto d’ufficio, nonché della collaborazione con la Guardia di Finanza.

L’art. *2-ter*, invece, disciplina i rapporti con la normativa europea e l’intreccio delle procedure.

Ancora, l’articolo *3-bis* prevede la redazione della Relazione annuale al Parlamento sull’esercizio dei poteri speciali, in cui deve essere data notizia dei casi specifici di esercizio e degli interessi pubblici che hanno motivato l’esercizio di tali poteri e che deve essere presentata alle Camere entro il 30 giugno di ogni anno.

Merita invece particolare attenzione l’articolo *2-quater*, relativo alle misure di semplificazione dei procedimenti ed alla prenotifica.

Lo strumento nasce nel diritto antritrust, dal quale è stato poi mutuato, come strumento per realizzare un confronto con i soggetti interessati già nella fase precedente alla notifica di una operazione di concentrazione; l’effetto è una semplificazione delle procedure formali, in cui si limita la necessità di richieste di informazioni che interrompono i tempi procedurali, e quindi una maggior efficienza dell’attività amministrativa. Nell’ispirarsi a questo, la normativa Golden Power ne condivide le finalità.

L’origine, in realtà, può verosimilmente essere individuata anche nello strumento della *pre-notice consultation* - o *draft notice* - predisposto dal CFIUS, Comitato sugli investimenti esteri

negli Stati Uniti d'America, al fine di disincentivare il ricorso a formali notifiche<sup>151</sup>. Si predilige, anche in questo caso, un vaglio preventivo sull'assoggettabilità alla disciplina sul controllo degli investimenti esteri, con risultati sovrapponibili a quelli previsti per la prenotifica italiana.

Questa è stata introdotta, come già ricordato, dal decreto legge 21 marzo 2022 n. 21 con l'intento di semplificare e snellire il procedimento lato imprese e lato privati. Se da una parte, infatti, la prenotifica comporta un onere ulteriore per l'impresa notificante, dall'altra evita che una eventuale comunicazione fatta a solo scopo cautelativo possa bloccare l'operazione per ben più tempo in attesa dell'esito del procedimento. Ancora, consente di evitare che l'ufficio sia sommerso da notifiche guidate dal dubbio e che per esse inizino le più complesse e lunghe indagini.

Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 133 del 2022, nell'attuare le previsioni dell'articolo 3-*bis* ha previsto che lo strumento affianchi – e non sostituisca – quello della formale notifica, per il quale quindi permane l'obbligo ed i relativi termini per adempiervi. La prenotifica, infatti, consiste in una informativa su *progetti* di operazioni<sup>152</sup> al fine di conoscerne l'eventuale *futura* riconducibilità alla normativa Golden Power; tasta il terreno per verificare la necessità di procedere successivamente a formale notifica.

La notifica viene materialmente ricevuta dal DICA, ma la decisione sulla stessa spetta comunque al Gruppo di coordinamento, che ha 30 giorni (termine più breve rispetto al procedimento ordinario e che non è suscettibile di sospensioni, neanche nell'ipotesi di richiesta di informazioni) per esprimersi sulla suscettibilità dell'operazione di rientrare nell'ambito applicativo del decreto del 2012. Il gruppo, a seguito dell'istruttoria svolta dal Ministero competente, potrà svincolare del tutto l'operazione, considerandola lontana dalle fattispecie vincolate, ovvero richiedere che sia presentata formale notifica: quest'ultima condizione si ha nei casi in cui il progetto rientri nell'ambito applicativo oppure nei casi in cui le amministrazioni partecipanti al gruppo lo richiedano. È altresì possibile, in questo caso, che il Ministero responsabile proceda ad una valutazione preliminare sull'autorizzabilità dell'operazione, lasciando al Gruppo di coordinamento la possibilità di prevedere raccomandazioni.

---

<sup>151</sup> Sul sito del CFIUS si legge: «*Parties to a transaction are encouraged to consult with CFIUS in advance of filing a notice and/or to file with CFIUS a draft notice or other appropriate documents describing the transaction.*»

<sup>152</sup> Si parla di progetti di costituzione, acquisizione, delibere, atti o operazioni, i quali siano accompagnati da tutti i documenti e le informazioni, se disponibili, previsti per la formale notifica.

Un'ulteriore ipotesi è quella in cui la normativa sia ritenuta applicabile, ma contestualmente appaiano “*manifestamente insussistenti*” i presupposti per l'esercizio dei poteri.

Si noti che, a differenza del procedimento ordinario, il silenzio deve qui essere interpretato nel senso della necessità di procedere a formale notifica.

Questa scelta del legislatore fa sorgere qualche dubbio. Da un lato risulta legittima e non eccessivamente penalizzante, in quanto si esclude che dalla mancata risposta derivi un diniego, ma solo la necessità di procedere ad ulteriori accertamenti; dall'altro, questa scelta pesa in termini di tempo sull'operato dell'impresa. Il silenzio fa apparire inutile l'utilizzo dello strumento da parte del privato, in quanto questi mirava precipuamente a ricevere una esplicita risposta da parte dell'amministrazione, rimanendo invece senza alcuna certezza.

Alcune somiglianze balzano all'occhio: si potrebbe azzardare un paragone tra le procedure previste per l'esercizio dei poteri speciali, in particolare la prenotifica, e quelle previste per la realizzazione di grandi opere. In entrambi i casi, si necessita della comunicazione preventiva di quello che nel diritto dell'ambiente viene chiamato studio di fattibilità, ossia un documento in cui si illustri il progetto da realizzare (la descrizione dell'operazione nel nostro caso) al fine di valutare le opportunità ed i rischi, e, in ultima istanza, la fattibilità (qui l'opportunità di rivolgere raccomandazioni). Si tratta in entrambi i casi di un momento di screening preventivo sull'attività, che mira ad inquadrarla ed indirizzarla in modo tale che possa essere realizzata senza produrre rischi o danni.

L'art. 2-*quater*, inoltre, affida ad un successivo decreto la concreta individuazione di metodi di coordinamento tra obbligo di notifica e procedure di gara che abbiano ad oggetto l'affidamento di concessioni<sup>153</sup>, e una semplificazione delle modalità di comunicazione e dell'iter da seguire. Il d.P.C.M n. 189 del 1° settembre 2022 ha definito tali modalità, introducendo dei meccanismi di raccordo in fase di prenotifica, delle modalità di notifica anticipata, ed un possibile dimezzamento dei termini.

---

<sup>153</sup> La Relazione annuale al Parlamento sull'esercizio dei poteri speciali (pag.12) evidenzia come “tali procedure semplificate si applichino nel caso in cui l'operazione oggetto di scrutinio sia l'affidamento di un contratto di concessione avente a oggetto l'asset strategico e non anche nel diverso caso di una acquisizione di una società già titolare di un rapporto di concessione”, così come stabilito dall'art. 3 comma 4 del d.P.C.M 189/2022.



All'articolo 2, il decreto prevede che in fase anteriore al sorgere dell'obbligo di formale notifica, la stazione appaltante possa trasmettere alla Presidenza del Consiglio dei ministri "una informativa sulla procedura di gara, anche anteriormente alla pubblicazione del bando di gara, fornendo tutti i documenti e le informazioni<sup>154</sup>, in quanto disponibili, previsti per la formale notifica" al fine di ottenere un rapido responso in merito alla riconducibilità dell'oggetto di gara nel novero dei settori rilevanti ai sensi della normativa Golden Power. Entro 30 giorni, il Gruppo di coordinamento dovrà esprimersi sull'applicabilità della disciplina dei poteri speciali e sulla conseguente necessità di procedere a formale notifica<sup>155</sup>, ovvero, ricalcando il meccanismo della prenotifica sopra visto, dichiarando manifestamente insussistenti i presupposti per l'esercizio di detti poteri.

Ove ricorrano le condizioni che impongono una formale comunicazione, l'articolo 3 prevede dei meccanismi di semplificazione che assicurano una rapida conclusione del procedimento: la *notifica anticipata* ed il dimezzamento dei termini. La stazione appaltante e l'impresa destinataria della proposta di aggiudicazione possono procedere, preferibilmente congiuntamente, a trasmettere la notifica anche anteriormente alla proposta di aggiudicazione<sup>156</sup>; i termini dell'istruttoria per l'esame della stessa sono ridotti alla metà in ragione delle "esigenze imperative connesse a un interesse generale alla sollecita stipulazione del contratto e all'inizio della relativa esecuzione, anche in relazione al rispetto di scadenze imposte da norme interne, europee o internazionali" che il decreto invita a tenere in particolare considerazione.

Al termine, nelle ipotesi in cui il Ministero responsabile dell'istruttoria proponga il non esercizio dei poteri speciali, ne trasmetta apposita motivazione e nessuna amministrazione si esprima in senso contrario, chiedendo invece la valutazione del Consiglio dei Ministri, il Gruppo di coordinamento delibera sulla proposta di non esercizio e il Dipartimento per il coordinamento amministrativo trasmette alle parti l'esito del procedimento.

---

<sup>154</sup> Ivi inclusi "la determina a contrarre, il bando di gara, l'avviso di indizione o qualsiasi atto di avvio del procedimento ad essi equivalente, il capitolato di gara, le ulteriori specifiche tecniche idonee a determinare il contenuto e l'oggetto della gara, nonché, qualora disponibili, la graduatoria, i dati relativi alle imprese partecipanti alla procedura e il nominativo del concorrente destinatario della proposta di aggiudicazione".

<sup>155</sup> Ai sensi del comma 4 dell'art. 2 è possibile che una o più amministrazioni che compongano il Gruppo di coordinamento possano richiedere che l'impresa partecipante alla procedura esegua una formale notifica.

<sup>156</sup> fin dal momento di conclusione della fase di valutazione delle offerte e di selezione dei migliori offerenti.

### 3.6 Considerazioni

Al termine della non breve disamina della normativa principale e secondaria appena svolta, oltre a quanto già si è detto durante la stessa, si può procedere con alcune riflessioni a margine.

Anzitutto, non si può non notare (e molti autorevoli autori in dottrina lo sottolineano<sup>157</sup>) la complessità del testo: la normativa attualmente in vigore è frutto di innumerevoli innesti che non sempre si sono armonizzati a dovere con la base di partenza. Le disposizioni del testo originario del decreto legge n. 21 del 2012 sono state continuamente oggetto di ampliamenti e mutamenti, che risultano però ben visibili anche ad una prima lettura del testo del decreto. La normativa si presenta, oggi, nelle vesti di *un arlecchino*, cioè con indosso un vestito in cui sia facilmente intuibile ciò che è stato aggiunto successivamente e che non si è uniformato perfettamente. Questo comporta una difficoltà sintattica nella lettura del decreto e, di conseguenza, ne ostacola una rapida e perfetta comprensione.

A ciò si aggiunga che il costante rinvio a normativa secondaria amplia il novero di testi che devono essere consultati da chi voglia o debba procedere a formale notifica, rendendo più complesso il procedimento formale antistante, anche in ragione della formulazione degli stessi d.P.C.M. Il Consiglio di Stato, nella sentenza 9 gennaio 2023 n. 289 relativa al c.d. caso Syngenta (di cui meglio si parlerà nel capitolo III), ha definito la formulazione di detti decreti come “a maglie *volutamente* larghe”: il fine rimane quello “di non imbrigliare – quindi, depotenziare – il presidio”, dunque l’ampiezza dell’azione amministrativa, ma non si può negare che tale lassità provochi non pochi dubbi applicativi, aumentando il numero di notifiche cautelative e opprimendo la libertà d’iniziativa economica sul lato formale e procedimentale. È anche per questo motivo che si è proceduto alla creazione dello strumento della prenotifica: questo, in realtà, è al contempo sintomo e cura della confusione ingenerata nel mondo imprenditoriale, in cui si è fatta strada l’occorrenza di uno strumento più agile e veloce che

---

<sup>157</sup> Tra gli altri, S. De Nitto, ne *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, cit. fa notare come le complicazioni sul piano applicativo siano «il riflesso di una normativa farraginoso e incerta, che oltre ad alimentare l’instaurarsi di dinamiche poco trasparenti nel rapporto tra la sfera politica e quella amministrativa, rischia di non costituire uno scudo in grado di proteggere realmente le attività strategiche e di garantire la sicurezza nazionale.»

evitasse le lungaggini di una formale notifica, ma che si è reso necessario proprio a causa della non semplice interpretazione della normativa di riferimento.

Da altro punto di vista, osservando i mutamenti avvenuti negli anni si può notare un progressivo ampliamento dei contenuti, degli asset tutelati e delle operazioni coinvolte, con una - anche conseguente - maggiore complessità delle procedure.

Nonostante la tendenza, è stata opportunamente prevista l'ipotesi di esclusione di talune operazioni intrasocietarie, che altrimenti avrebbe comportato un limite anche nelle operazioni tra soggetti appartenenti "alla stessa famiglia".

A ciò si è aggiunta la previsione per cui devono essere notiziate e controllate non solo le operazioni di società già esistenti, ma più in generale la costituzione di nuove società che operino in uno dei settori tutelati dal decreto. L'incisività di questa previsione si intravede nel fatto che limiti all'attività d'impresa siano posti sul nascere e non più solo in corso d'opera. La fattispecie si riferisce, in sostanza, a quelle che nel diritto europeo vengono chiamate operazioni *greenfield*, come a suo tempo spiegato, e dove quindi è l'operazione stessa a far sorgere l'asset. La sorveglianza sulla creazione di nuove imprese rappresenta un ulteriore stato dell'avanzamento dei confini del potere di controllo, ponendosi in perfetta coerenza con l'ampliamento della materia dei poteri speciali e del loro ambito applicativo.

Lampante è, poi, il fatto che le operazioni soggette a notifica non siano più solo quelle che si svolgono con un operatore extraeuropeo, ma anche comunitarie o nazionali. L'ampliamento potrebbe quasi sembrare in contrasto con gli orientamenti europei espressi al vaglio della vecchia Golden Share e fortemente orientati verso la protezione a spada tratta del mercato libero, ma invece ne risulta essere quasi un'indiretta conseguenza. La Comunicazione della Commissione a seguito dello scoppio del conflitto in Ucraina sui comportamenti consigliati agli Stati ("*orientamenti*") ha richiesto che si predisponessero degli strumenti effettivamente in grado di indagare la presenza di investitori russi o bielorusi dietro le imprese formalmente attive in un'operazione, anche in considerazione del fatto che partecipazioni azionarie potevano esser detenute anche da tempi non sospetti, come sopra ricordato. In questo senso, non avendo la Commissione specificato le esatte modalità, lo strumento prescelto dalla normativa nazionale persegue il fine senza esser tacciato di violare norme dei trattati europei. Ancora, si può notare come attualmente, a differenza del contesto temporale e normativo in cui il sistema predisposto

dalla normativa Golden Share è stato cassato, la legittimazione ad una più forte compressione della libertà dei mercati e di chi vi operi arriva direttamente dal cuore dell'Europa. Il regolamento 2019/452 rappresenta l'appiglio per eccellenza della legittimità di tali restrizioni e della compatibilità con i principi comunitari.

Rimanendo su questo filone, è proprio il citato Regolamento che ha aperto le porte ad una nozione più ampia di soggetto esterno all'Unione europea, di cui ora al comma 5-*bis* dell'art. 2. Anche questa modifica ha comportato un ampliamento delle operazioni da vagliare dal punto di vista soggettivo. I soggetti da attenzionare sono aumentati e così le operazioni da sorvegliare. Autorevole dottrina sostiene che questo sia il risveglio di uno Stato *doganiere*<sup>158</sup>, che marca con estrema precisione i suoi confini ed è attento nel difenderli.

È degno di nota, ad ogni modo, il tentativo di semplificare le procedure ed alleggerire gli oneri gravanti sui privati. Lo sforzo è evidente nelle disposizioni del più recente intervento (decreto legge del 2022), che tenta, in un sol colpo, di migliorare l'efficienza dell'amministrazione e diminuire le incombenze delle imprese.

L'intervento tiene conto dei numeri: a fronte di 496 notifiche del 2021, solo 145 sono stati i procedimenti conclusi con l'esercizio dei poteri speciali, e solo tre con misure interdittive (due opposizioni e un veto)<sup>159</sup>. Per quanto il passaggio in Consiglio dei Ministri possa agevolare una maggior conoscenza dei progetti industriali delle imprese, delle dinamiche di mercato, e, in generale, una supervisione sui movimenti di capitali, il compito del momento procedurale non è questo, a meno che non si voglia cedere alla tesi che vede il Golden Power come strumento di politica economia – industriale.

Non essendo questo un potere di indirizzo, quanto un potere di *controllo*, comunque amministrativo, il vaglio del maggior organo politico può essere limitato.

È in questo senso che, al fine di evitare l'ingolfamento del sistema, il decreto prevede tre misure essenziali di semplificazione: la rilevanza dell'unanimità, la prenotifica, il piano annuale.

---

<sup>158</sup> G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del Golden Power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5 | 2019, p.549 ss.

<sup>159</sup> Per completezza, le altre sono state individuate come non rientranti dell'ambito applicativo della disciplina Golden Power o smistate in categorie spurie (es. notifiche ritirate dalle società notificanti).

La prima tenta di risolvere il problema appena illustrato riducendo il numero di procedimenti che giungono nelle stanze dell'esecutivo sulla base di una scrematura semplice, ma efficace: ove l'intero gruppo di coordinamento, composto da personale afferente alle più diverse amministrazioni e dalle svariate competenze, concordi all'unanimità sul non esercizio dei poteri speciali, si può prescindere dall'ulteriore passaggio in Consiglio dei Ministri – sempre che non sia richiesto dall'impresa o da almeno una amministrazione.

La seconda tiene conto dell'esponenziale crescita del numero di notifiche e tenta di eliminare, o arginare, il fenomeno delle notifiche prudenziali, o cautelative. Gli effetti voluti coincidono con quelli prodotti? Il desiderio era un'amministrazione più snella, capace di agire in maniera più agile e veloce nelle procedure ordinarie. I problemi sorti, invece, sono due e partono dallo stesso fattore: il tempo.

Lato amministrazione si può notare come il tempo più breve (30 giorni) e l'inesistenza di ipotesi sospensive, coniugata alla possibilità per il gruppo di coordinamento di procedere comunque ad approfondimenti istruttori (ad esempio con l'invio di quesiti all'impresa), genera una imponente frenesia nel trattare questo genere di comunicazioni. Non stupisce quindi, arrivando al secondo problema, che i procedimenti possano concludersi con il silenzio dell'amministrazione, che qui non equivale ad un lasciapassare, ma ad un ulteriore posto di blocco. Il tempo è il fattore critico da entrambi i punti di vista: il pubblico lo vede scorrere mentre è indaffarato ed in difficoltà, il privato lo vede scorrere mentre attende impotente.

Come già detto, così facendo l'istituto rischia di perdere di efficacia, di non corrispondere alle aspettative. Al silenzio consegue infatti l'obbligo per l'impresa di procedere con l'invio di una formale notifica – esattamente ciò che si voleva evitare, ove non necessario –, così attestando l'inutilità per il privato di aver fatto ricorso a tale mezzo. Questi ci rimette, infatti, non solo in termini di tempo di cui è stato (*a questo punto*) immotivatamente privato, ma anche per il fatto che l'obiettivo perseguito – una risposta certa – non è stato raggiunto e non per accertata complessità della vicenda, ma nel silenzio.

La terza, sulla scia di quanto appena detto, ha operato la sostituzione del meccanismo di notifica delle singole operazioni con la notifica di un *piano annuale di acquisti* per i settori di cui all'articolo 1-bis.

La modifica ha comportato uno sgravio di incombenze in capo ai privati, non più soggetti ad una costante interlocuzione con gli Uffici della Presidenza del Consiglio, ma richiesti di redigere una puntuale rendicontazione di progetti ed operazioni che si vogliono realizzare. L'intervento è stato criticato<sup>160</sup> e tacciato di essere eccessivamente pretensioso nei confronti di imprese incapaci di conoscere gli sviluppi alternativi che potrebbero sorgere nel corso dei mesi. In realtà, il decreto non sembra chiedere particolari doti di veggenza, in quanto il piano può essere modificato più volte in corso d'opera. Anzi, si potrebbe dire – come già ricordato - che l'intervento del 2022 abbia favorito gli investimenti e le operazioni nei settori interessati in quanto è facile pensare che il controllo di un piano “contenitore” di molteplici operazioni sia più blando rispetto al rigido e *dettagliato* esame a cui sarebbero sottoposte le singole operazioni. Il controllo è unico, comune, e con un solo esito che si ripercuote su ogni voce. La singola opposizione comprometterebbe il totale, così che è più facile ricorrere a modifiche ed aggiustamenti, piuttosto che al secco diniego.

L'altro lato delle modifiche riguarda la partecipazione dei privati interessati dalle operazioni. È stata introdotta dal recente intervento l'obbligo *tendenziale* di notifica congiunta degli estremi dell'operazione da parte dell'acquirente e della società bersaglio. Tenziale poiché ove ciò risulti particolarmente difficile, si potrà procedere con una informativa indirizzata alla *target* ed agli Uffici della Presidenza. La modifica deve essere letta congiuntamente all'introduzione della possibilità per le società di presentare atti, memorie e documenti. Contestualmente viene introdotta una “clausola di sussidiarietà cronologica”<sup>161</sup> al fine di evitare un regime di doppia notifica.

L'obiettivo comune è quello di favorire la partecipazione dei soggetti coinvolti, in maniera passiva con l'informazione e in maniera attiva, con la facoltà d'intervento. Obiettivo e modalità fanno ben sperare, nell'ottica di una più ampia e profonda partecipazione procedimentale che ha appena superato lo stato rudimentale.

Ad ultimo, si è potuto osservare nell'analisi appena conclusa come la nozione di *strategicità* non sia statica ed immutabile, ma suscettibile di adattamenti in relazione al contesto.

In particolare, si può notare come negli ultimi interventi il concetto di asset strategico non sia più solamente legato al bene o all'attività, ma può considerarsi un asset *potenzialmente*

---

<sup>160</sup> A. SANDULLI, La febbre del Golden Power, cit.

<sup>161</sup> Relazione al Parlamento in materia di esercizio dei poteri speciali, anno 2021.

strategico, in quanto rileva solo al superamento di determinate soglie. Si parla di beni e rapporti critici di per sé, in quanto tali, avulsi da qualsivoglia valutazione quali-quantitativa; di asset di incerta criticità, in cui sia necessario un accertamento in concreto; di asset che risultano strategici al superamento di date soglie dimensionali<sup>162</sup>. Ne sono esempi le disposizioni del d.P.C.M. n. 179 del 2020, relativo all'individuazione degli attivi nei nuovi settori di matrice europea, in cui sono previste soglie numeriche (come capacità contenitive, fatturato annuo, numero di dipendenti) al fine della catalogazione dell'operazione. Ne discende una maggior complessità dell'accertamento in sede amministrativa e la constatazione di come "il punto di equilibrio non p[ossa] essere lo stesso per tutti i beni, i rapporti e le attività economiche"<sup>163</sup>. È sintomo, questo, di come la nozione sia propensa ad espandersi, e a prendere in considerazione attività che a primo impatto potrebbero non sembrare rilevanti.

---

<sup>162</sup> Cfr., sul punto, R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*

<sup>163</sup> R. CHIEPPA, *ibidem*.

#### 4. Il DICA e l'Ufficio Golden Power

La realizzazione sul piano pratico di quanto previsto dalla normativa e, più in generale, degli obiettivi di salvaguardia statali e comunitari, è affidata ad un *giovane* ufficio della Presidenza del Consiglio: l'Ufficio per le attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali, la cooperazione europea, lo studio e l'analisi degli investimenti nei settori strategici, anche detto Ufficio Golden Power.

L'Ufficio Golden Power si colloca all'interno del più ampio Dipartimento per il Coordinamento Amministrativo (DICA) della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ma, come anticipato, la creazione dell'ufficio è frutto di un recente intervento.

In principio, il Dipartimento per il Coordinamento Amministrativo comprendeva due, *e solo due*, uffici, identificati dal Decreto del Segretario Generale (Manlio Strano) del 2 maggio 2011<sup>164</sup> nell'Ufficio per gli affari generali e le attività di indirizzo politico-amministrativo e nell'Ufficio per la concertazione amministrativa e il monitoraggio.

Il decreto appena menzionato identificava il Dipartimento rinviando a quanto disposto con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° marzo 2011. In particolare, il rinvio era diretto alle disposizioni di cui all'articolo 33 del d.P.C.M, ma è importante in questa ricostruzione andare oltre i semplici richiami ed inquadrare il contesto in cui le modifiche venivano pensate ed apportate. Il decreto richiamato contiene infatti una fondamentale differenziazione.

L'articolo 2 individua le strutture generali della Presidenza del Consiglio dei Ministri. In particolare:

Al punto 1, sono indicate le strutture più vicine al Presidente, quelle in cui si realizza una *diretta collaborazione* tra l'organo politico e la struttura amministrativa.

Al punto 2, le strutture di cui il Presidente si avvale per funzioni di indirizzo e coordinamento per specifiche aree politiche istituzionali, mentre

---

<sup>164</sup> Decreto recante "Riorganizzazione del Dipartimento per il coordinamento amministrativo".



Al punto 3, i Dipartimenti e gli Uffici “di supporto” al Presidente del Consiglio “per l'esercizio di funzioni di coordinamento e indirizzo politico generale, nonché supporto tecnico-gestionale”.

Si può osservare un progressivo allontanamento dalla politica, o meglio *dall'organo politico* per eccellenza, considerazione che può avere la sua rilevanza sul controverso posizionamento del provvedimento Golden Power tra atto amministrativo altamente discrezionale ed atto politico, argomento di cui si dirà più avanti<sup>165</sup>.

Il decreto del Segretario di Stato fa dunque coincidere la descrizione del Dipartimento con le previsioni di cui all'articolo 33 del d.P.C.M che contiene la nodale differenziazione ora illustrata. In particolare, l'articolo in questione tratteggia le attività fondamentali compito della struttura, identificandole nel supporto al Presidente e nell'attuazione delle politiche del Governo. È qui che viene sottolineato come il Dipartimento non potesse dotarsi di più di due uffici.<sup>166</sup>

L'articolo richiamato è stato abrogato dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1° ottobre 2012, ma è solo nel 2014, con il d.P.C.M del 6 agosto, che iniziano a intravedersi reali cambiamenti.

L'intervento tiene infatti conto dei radicali mutamenti avvenuti nell'ambito dei poteri speciali, in particolare l'emanazione del decreto legge n. 21 del 2012. Sempre partendo dai compiti che i decreti del Segretario Generale affidano al Dipartimento e delle definizioni che ivi vengono date, si è ritenuto necessario “individuare le modalità organizzative e procedurali per lo svolgimento delle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali”.

A tal fine, il successivo Decreto del Segretario generale<sup>167</sup> ha ritenuto di dover aggiornare l'assetto organizzativo delle strutture del dipartimento, adeguandole alle nuove competenze che allo stesso sono state assegnate tramite il decreto legge n. 21 del 2012 ed il d.P.C.M del 2014. Sono dunque apportate modifiche alle previsioni dell'originario decreto del 2011, il quale

---

<sup>165</sup> In particolare, vedi cap IV, par. 3.6 e 4.3.

<sup>166</sup> L'articolo richiamato è stato abrogato dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1° ottobre 2012, recante Ordinamento delle strutture generali della Presidenza del Consiglio dei Ministri e sostituito dall' art. 29 dello stesso testo.

<sup>167</sup> Ci si riferisce al Decreto del Segretario generale del 29 dicembre 2017.

disegnava una struttura ormai superata e non più adatta alle esigenze delle diverse attività ora svolte.

Con l'articolo 1 nasce il *Servizio per le attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali*, che va ad aggiungersi alle già esistenti divisioni interne, e con l'articolo 3 ne vengono definite le mansioni<sup>168</sup> e gli ambiti di applicazione (sostanzialmente coincidenti con quelli previsti dalla norma quadro in tema di poteri speciali).

È facile immaginare come il ruolo ed i compiti di questo ufficio siano mutati al variare delle condizioni normative, di contorno e di contesto: all'ampliamento dei confini della normativa nazionale è corrisposto un aumento del carico di lavoro della struttura, con conseguenti necessarie modifiche, come appunto la creazione di una struttura a sé stante – l'ufficio – non più appendice dei preesistenti, ma anche – banalmente – l'aumento del personale necessario a far fronte al nuovo carico di lavoro. Si ricordi come negli ultimi anni si è passati dalle 8 notifiche del 2014 alle 608 del 2022.

Ancora, il contesto europeo ha senza dubbio influito sul progetto: il Regolamento UE n. 2019/452, che ha invitato gli Stati membri che ne fossero sprovvisti a dotarsi di un meccanismo di controllo degli investimenti esteri diretti, e che invece ha legittimato i sistemi di *screening* già esistenti in altri, ha richiesto che fosse individuato, nella struttura preposta all'esercizio dei poteri speciali, un *punto di contatto* con gli Stati membri e la Commissione al fine di realizzare il progetto di cooperazione europea in detto settore. Anche in considerazione di ciò, l'ufficio si divide in due servizi: servizio per le attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali (*c.d. servizio ordinario*) e servizio per la cooperazione europea, lo studio e l'analisi strategica sugli investimenti nei settori rientranti nel campo di applicazione del decreto legge numero 21 del 2012 (*c.d. servizio europeo*)

---

<sup>168</sup> Si legge: “Il “Servizio per le attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali” cura, in particolare: - il coordinamento e la gestione delle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali del Governo nei settori di rilevanza strategica della difesa e della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, ai sensi del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 6 agosto 2014, assicurando, a tal fine, il supporto tecnico-amministrativo al Gruppo di coordinamento interministeriale di cui all'articolo 3, del citato decreto”.

Tale ultima suddivisione si è resa possibile solo a seguito dell'apertura, ad opera del d.P.C.M 19 aprile 2022 alla creazione di terzo ufficio all'interno del Dipartimento, in considerazione delle “*maggiori funzioni e competenze assegnate*”<sup>169</sup>.

Il Decreto del Segretario Generale 13 maggio 2022<sup>170</sup> ha realizzato il progetto, istituendo ufficialmente l'Ufficio per le attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali, la cooperazione europea, lo studio e l'analisi degli investimenti nei settori strategici, anche detto *Ufficio Golden Power*, e prevedendo, agli artt. 11 e 12 la summenzionata divisione interna.

Il servizio di cui all'art. 11 (c.d. *ordinario*) si occupa della parte nazionale dei controlli. Questo è composto da sette funzionari altamente qualificati, specializzati in materie giuridiche, economiche e sociali, coordinati da un dirigente e coadiuvati da personale di segreteria per gli aspetti più burocratici, come il protocollo e la trasmissione dei vari documenti al Gruppo di coordinamento, ai Ministeri, ai soggetti notificanti o a terzi, o per le comunicazioni con la Segreteria speciale.

La struttura è preposta alla materiale ricezione delle notifiche di cui alla normativa Golden Power. La decisione finale sull'applicabilità della normativa e sull'eventuale esercizio dei poteri, si sa, è affidata al Gruppo di Coordinamento a seguito dell'istruttoria eventualmente svolta dal Ministero competente (individuato da questo ufficio), ma ciò che perviene al Gruppo non è lavoro grezzo, bensì già raffinato. Il servizio verifica la completezza della comunicazione ed indaga preventivamente gli assetti societari, studia ed approfondisce il contenuto delle notifiche al fine di portare in riunione una ricostruzione ampia e dettagliata dei fatti, che consenta di svolgere poi delle valutazioni più agili.

Anch'esso potrebbe essere considerato, in senso lato, un *punto di contatto*: è con esso, infatti, che le imprese si interfacciano sia nel momento in cui inviano notifiche, integrazioni ed eventuali comunicazioni, sia nella fase di audizioni che da questo vengono convocate e successivamente seguite insieme ai membri del gruppo. È a questo che gli esiti del gruppo di coordinamento pervengono e da qui che partono le proposte di decreto – di esercizio o non esercizio – che poi andranno in Consiglio dei Ministri. Nei casi di non esercizio il testo predisposto potrebbe non dover varcare la soglia del Dipartimento, essendo stata inserita dal

---

<sup>169</sup> Nel preambolo si pone alla base della modifica il fatto che si ritenga “*necessario procedere al potenziamento del Dipartimento per il Coordinamento amministrativo, in ragione delle maggiori funzioni e competenze assegnate, incrementando di un Ufficio ed un Servizio l'articolazione interna del Dipartimento medesimo.*”.

<sup>170</sup> La cui efficacia è stata spostata in avanti da due successivi decreti del Segretario generale (9 giugno 2022 e 28 giugno 2022). La decorrenza degli effetti si è avuta dunque solo dal 15 luglio 2022.

d.P.C.M una misura di semplificazione che evita l'ulteriore passaggio in Consiglio dei Ministri nei casi in cui vi sia stata l'unanimità della decisione all'interno della riunione del Gruppo di coordinamento<sup>171</sup>.

Ancora, è qui che giungono gli eventuali ricorsi giurisdizionali intentati da imprese destinatarie di esercizio dei poteri speciali<sup>172</sup>, nonché le richieste di accesso agli atti presentate ai sensi degli artt. 22 ss. della legge sul procedimento amministrativo, combinati con i limiti previsti dai decreti attuativi del decreto legge n. 21 del 2012, come convertito, e dall'articolo 13 del d.P.C.M n. 133 del 2022.

Con le modifiche introdotte nel 2022 ad opera proprio di quest'ultimo decreto, l'ufficio è inoltre destinatario delle cd. prenotifiche, strumento semplificatorio volto ad evitare l'ingolfamento del sistema a causa delle numerose notifiche prudenziali/cautelative inviate per evitare di incorrere in sanzioni, ma senza esser certi della loro necessità.

Il decreto istitutivo affida inoltre al servizio il compito di supportare i comitati di monitoraggio istituiti al fine di verificare il corretto adempimento delle condizioni e prescrizioni imposte con l'esercizio dei poteri speciali, nonché la cura dei rapporti con la Guardia di finanza che coadiuva gli uffici ai sensi del 2-*bis* del decreto-legge 21 del 2012.

L'articolo 12, invece, si riferisce a quello che comunemente viene chiamato servizio *europeo*: questo è indicato *ex lege*<sup>173</sup> come Punto di contatto nazionale, non tra imprese come il servizio ordinario – che non lo è realmente, e nei cui termini se ne è parlato in via analogica – ma con gli Stati membri e la Commissione Europea. Il servizio europeo è la voce italiana in Europa in tema di investimenti esteri diretti, e così è stato espressamente previsto nel Regolamento UE 2019/452 che all'articolo 11 richiedeva che fosse individuato un canale di comunicazione, un *contact point*, per l'appunto.

La struttura collabora con l'omologa nazionale nell'analisi delle notifiche che vi pervengono sia dal territorio nazionale che da quello comunitario. Questa attua materialmente, infatti, il

---

<sup>171</sup> Ci si riferisce alle previsioni dell'articolo 6 del d.P.C.M n. 133 del 2022. In questo caso, a meno che le parti espressamente non richiedano che nelle ipotesi di proposta di non esercizio dei poteri speciali “la questione sia in ogni caso rimessa alla valutazione del Consiglio dei ministri” o su richiesta di una delle Amministrazioni che compongono il gruppo, la proposta del Ministero, adeguatamente motivata, è oggetto di delibera da parte del Gruppo di coordinamento e il Dipartimento comunica alle imprese coinvolte l'esito del procedimento con nota.

<sup>172</sup> L'amministrazione si avvarrà della difesa dell'Avvocatura dello Stato: è in funzione di ciò che il decreto del Segretario generale ne indica i rapporti.

<sup>173</sup> L'istituzione è prevista dall'articolo 2-*ter* del decreto legge n. 21 del 2012 e la specifica individuazione si è avuta con il Decreto del Segretario Generale 13 maggio 2022.

meccanismo di cooperazione previsto e delineato dal citato Regolamento UE, andando a creare quella cooperazione tra Stati in tema di investimenti esteri tanto auspicata. In questo senso, il servizio si occupa dell'analisi e della trasmissione delle notifiche *oggetto di un controllo in corso* agli Stati membri ed alla Commissione attraverso una piattaforma denominata REPOSITORY che consente la condivisione del materiale con tutti i destinatari. Il punto di contatto condivide sulla piattaforma i due moduli (A e B<sup>174</sup>) europei con le informazioni richieste alle imprese. L'invio in Europa è prassi ordinaria e non sospende i tempi del procedimento, cosa che accade nella diversa ipotesi in cui, a seguito dell'esame della notifica, uno Stato membro – o la Commissione – decida di aprire la c.d. *fase due*, rendendo nota la possibilità di procedere, in seguito o immediatamente, all'invio di *opinions* e *comments*; in questi casi, ai sensi dell'articolo 8 del d.P.C.M n. 133 del 2022, il Dipartimento (*l'Ufficio*) tempestivamente deve darne notizia al Presidente del Consiglio, al Gruppo di coordinamento e alle parti dell'operazione. Agli stessi soggetti deve essere trasmessa l'eventuale presentazione di quesiti da parte dello Stato membro o della Commissione, di modo che possano essere fornite informazioni in possesso dell'impresa, ma anche del gruppo o di altre amministrazioni.

È possibile, al contrario, che sia l'Italia ad aprire la fase due per le operazioni che potrebbero produrre effetti sul territorio nazionale. Qui il Punto di contatto opera in maniera inversa, visionando ciò che gli altri Stati inseriscono sulla piattaforma e sottoponendo all'analisi del gruppo di coordinamento le operazioni sospette.

Oltre ad essere il materiale e virtuale (l'accostamento è voluto) collegamento con l'Unione Europea, il servizio, composto da cinque funzionari ed un dirigente, partecipa anche ad iniziative e *convention* comunitarie, interfacciandosi fisicamente con gli omologhi degli altri Paesi. Infine, è affidato a questa struttura il “servizio studi”, ossia quell'attività di approfondimento sulle nuove prospettive e frontiere dei controlli sia a livello nazionale che comunitario, nonché la redazione – in collaborazione col servizio ordinario – della Relazione annuale al Parlamento sull'esercizio dei poteri speciali, così come disposto dall'art. 3-*bis* del testo fondamentale del 2012.

---

<sup>174</sup> In Italia il modulo A è direttamente compilato dall'impresa, mentre il modulo B viene compilato dal punto di contatto sulla base delle informazioni notificate. In altri paesi si richiede che entrambi i modelli vengano compilati dal privato. La scelta italiana è evidentemente riconducibile alla volontà di non onerare ulteriormente i soggetti sottoposti ad obbligo di notifica.

## II. L'evoluzione dei poteri speciali

Nel ripercorrere quelle che sono state le tappe fondamentali dell'evoluzione del ruolo dello Stato in economia, si vuole in questo capitolo illustrare quali sono state le premesse che hanno portato all'ideazione dei poteri speciali e all'assunzione da parte di questi di una forma concreta. In particolare, si analizzerà l'originaria configurazione – la Golden Share – e le vicende che hanno portato alla sua sostituzione con l'odierno Golden Power. Analizzando la differenza tra la reale portata dei due strumenti, risulta difficile affermare con certezza quale sia il più incisivo, dovendo di essi tenere in considerazione non solo l'ampiezza, ma anche la profondità. Infine, si tenterà di indagare e ricostruire l'evoluzione dell'ampiezza dei poteri speciali in relazione alle situazioni emergenziali, in cui l'allerta nazionale e ultranazionale porta all'uso dello strumento anche per fini impropri, senza che all'ampliamento dovuto a tali circostanze faccia sempre seguito un ritorno alla forma originaria.

### 1. L'esperienza della *Golden Share* e le censure della Corte di Giustizia.

#### 1.1 Contesto storico

Per comprendere appieno i motivi che hanno portato alla nascita di strumenti di controllo come la Golden Share prima ed il Golden Power poi e che giustificano la loro presenza in determinati settori, è bene inquadrare il contesto storico-economico in cui gli strumenti trovano la loro origine.

La creazione di un meccanismo che consentisse di *mantenere* un'influenza su particolari tipi di imprese è successivo al c.d. periodo delle *privatizzazioni*, europee prima, italiane poi. Tale fase della storia economica italiana, di cui ora meglio si dirà, pone un argine all'espansione che il ruolo dello Stato in economia aveva raggiunto, in forte contrasto con la tradizione liberale – da alcuni definita *liberista* – ottocentesca che l'aveva preceduto, in cui invece lo Stato rivestiva un ruolo marginale e proprietà e conseguente attività imprenditoriale non soffrivano di particolari vincoli. Qui, il compito che lo Stato aveva deciso di assumere era quello di difensore dei confini a protezione del mercato interno che era riuscito a creare a seguito dell'unificazione legislativa. Autorevole dottrina definisce questo momento storico come il periodo in cui «lo Stato crea il mercato ma non vi vuole essere presente; è strumento di disciplina dell'economia, ma senza

diventare esso stesso produttore o regolatore; costruisce il mercato, ma non ne è il protagonista»<sup>175</sup>.

Nel corso del Novecento l'approccio cambierà radicalmente. Il periodo giolittiano, ma ancor più il ventennio fascista, vedono la nascita e la proliferazione di una moltitudine di imprese pubbliche, nonché di enti pubblici, ai quali vengono affidati compiti di regolazione e di impresa<sup>176</sup>.

Le imprese pubbliche vengono così qualificate non per l'attività concretamente svolta (criterio oggettivo), quanto per l'assetto proprietario che presentano (criterio soggettivo): è pubblica un'impresa sottoposta all'influenza dominante<sup>177</sup> di un soggetto pubblico.

Lo Stato diviene insieme: imprenditore, gestore delle partecipazioni azionarie (v. IRI), azionista<sup>178</sup>.

L'*exploit*, il punto più alto – prima della discesa – si toccherà a partire dagli anni '50. In detto periodo il meccanismo delle partecipazioni – dirette, proprie dello stato azionista, e indirette, attraverso il controllo di enti pubblici in possesso di partecipazioni azionarie<sup>179</sup> – diviene strumento di azione statale<sup>180</sup>. Sono gli anni della *programmazione* economica, quelli in cui per

---

<sup>175</sup> S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza editore, Roma-Bari, 2021, p. 10.

<sup>176</sup> In particolare, nel 1933 sorge l'IRI, acronimo dell'Istituto per la Ricostruzione Industriale creato al fine di salvare le imprese in crisi. Una situazione peculiare era quella delle banche che nel doppio ruolo di finanziatrici e azioniste delle imprese in difficoltà venivano a trovarsi in una situazione piuttosto critica, mettendo a rischio la stabilità della Banca d'Italia. L'importanza del rapporto banche – IRI sta nel fatto che, al fine di evitare il disastroso scenario dell'insolvenza delle banche, queste dovettero cedere le azioni in loro possesso all'IRI, facendo di quest'ultimo una grossa *holding* dalla quale dipendevano le imprese un tempo in pancia alle banche e gli istituti bancari stessi. L'IRI però rimaneva un ente pubblico, e come tale rappresentava lo Stato. Applicando la proprietà transitiva, il "problema" delle partecipazioni in seno ad IRI era il "problema" delle partecipazioni in seno allo Stato. Da che nell'epoca giolittiana si poteva dire che questo «opera[sse] non come organo di disciplina dall'esterno, ma come gestore diretto di imprese», nel periodo fascista «si consolidano le istituzioni di governo dell'economia, si amplia il rapporto tra Stato ed economia, si moltiplicano gli enti pubblici» (S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, cit.): in breve, lo Stato diviene imprenditore.

<sup>177</sup> La nozione di controllo coincide, ai sensi dell'articolo 2359 c.c. con la situazione in cui si eserciti una c.d. influenza dominante. Pertanto, si può dire che è pubblica un'impresa il cui *controllo* sia in mano ad un qualunque ente pubblico. In questo senso v. anche Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 2922 del 27/05/2002.

<sup>178</sup> Invero, vengono creati in questo periodo anche enti con forma di società per azioni con partecipazione statale. In aggiunta, viene delineato e sviluppato il regime della riserva originaria – poi ripreso in Costituzione, ma a mo' di eccezione alla regola della libertà d'iniziativa economica – che darà luogo a dei veri e propri monopoli legali anche in assenza di un corrispondente naturale.

<sup>179</sup> Un esempio è stato ENI: dopo la sua costituzione sono state affidate all'ente le azioni che lo Stato possedeva in AGIP.

<sup>180</sup> Riflette questa impostazione la creazione di un apposito Ministero addetto alla gestione delle partecipazioni azionarie, voluto e ideato come "centro di imputazione degli interessi pubblici di settore". Dal ministero, istituito con la legge n. 1586 del 1956, dipendono enti pubblici economici del calibro di IRI ed ENI.

la prima ed unica volta viene esercitato il potere previsto dall'articolo 43 della Costituzione con la nazionalizzazione (*rectius*: pubblicizzazione) del settore dell'industria elettrica e della nascita di colossi come ENEL.

C'è da aprire una importante parentesi sull'analisi dei motivi che hanno portato all'incremento della presenza statale, analisi che consentirà poi di comprendere le ragioni che giustificano la nascita dei poteri speciali.

Mentre alcune delle motivazioni sono di carattere *puramente* economico, altre, invece, attengono anche a caratteristiche proprie dell'attività oggetto di intervento statale. Tra tutte, l'esempio calzante è quello delle ferrovie: in questo caso il monopolio legale segue un monopolio naturale, una situazione in cui il bene è talmente scarso da non consentire l'esercizio della medesima attività da parte di più operatori economici<sup>181</sup>.

È sull'articolo 43 della Costituzione che si fa leva per giustificare talune di queste decisioni statali, in quanto trattavasi di settori esposti al rischio di monopolio, con attività ad evidente carattere di preminente interesse generale e stante il perseguimento di fini di utilità generale<sup>182</sup>. Nonostante ciò, i beni, i servizi e le relative infrastrutture interessate sono stati e sono tutt'ora immancabilmente oggetto di una progressiva evoluzione che ha consentito di aprire le porte a modelli di regolazione differenti.

---

<sup>181</sup> Un altro esempio di monopolio statale creato più in là negli anni è quello dei servizi radiotelevisivi (caso RAI): nelle sentenze n. 59 del 1960 e n. 225 e 226 del 1974, la Corte Costituzionale giustificava il monopolio pubblico sulla base della «limitatezza di fatto dei “canali” utilizzabili», limitatezza che «in regime di libera iniziativa [avrebbe condotto] quanto meno all'oligopolio»; inoltre, si sottolinea come «lo Stato monopolista si trov[i] istituzionalmente nelle condizioni di obiettività e imparzialità più favorevoli per conseguire il superamento delle difficoltà frapposte dalla naturale limitatezza del mezzo alla realizzazione del precetto costituzionale volto ad assicurare ai singoli la possibilità di diffondere il pensiero con qualsiasi mezzo» (Corte costituzionale, sentenza n. 59 del 1960). Detto monopolio, riconosciuto e giustificato più volte dalla Consulta, ha lasciato posto al regime di concorrenza non appena le evoluzioni tecnologiche e infrastrutturali di cui si diceva lo hanno consentito. In entrambi i casi, dunque, l'avocazione del servizio è posta a garanzia di diritti fondamentali del cittadino: libertà di circolazione nel primo caso, in quanto in regime di libera concorrenza difficilmente gli operatori privati si sarebbero fatti carico di garantire tratte non remunerative ma egualmente essenziali per i collegamenti all'interno del Paese; libertà di manifestazione del pensiero nel secondo caso, in cui, come fa notare la Corte Costituzionale, l'erogazione del servizio in regime di monopolio o oligopolio non avrebbe garantito l'imparzialità e il pluralismo assicurati invece da un operatore pubblico.

<sup>182</sup> Per approfondire, si vedano R. CARLONI, *La formazione del sistema radiotelevisivo misto: Le indicazioni della Corte costituzionale e le risposte del legislatore*, Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari, 1-3/1995. disponibile sul sito della Camera dei Deputati e M. OLIVETTI, *Il diritto giurisprudenziale in materia di radiotelevisione in Diritti fondamentali*, cit.



Alla grande impennata del Novecento segue la grande discesa degli anni Duemila, iniziata già nella fine nel XX secolo con l'avvento delle privatizzazioni.

Sono gli anni in cui accresce, si sviluppa e matura l'idea di un'Europa sempre più unita e caratterizzata da regole comuni che si estendono sempre più. La congiuntura delle istanze europee e degli enormi buchi nella finanza pubblica nazionale hanno portato, con le leggi 29 gennaio 1992 n. 35 (di conversione del decreto legge 5 dicembre 1991, n. 386) e 8 agosto 1992 (conversione del decreto legge 11 luglio 1992, n. 333) all'apertura della fase detta "delle *privatizzazioni*". Il sostantivo viene sovente confuso con il più ampio *liberalizzazioni*, ma è necessario chiarire che i due termini fanno riferimento a concetti diversi: mentre il primo attiene alla struttura proprietaria dell'impresa, il secondo riguarda più specificatamente il regime in cui l'attività di questa possa essere svolta: monopolio, oligopolio, concorrenza; servizio oggetto di riserva statale ovvero liberalizzato, ossia aperto alla partecipazione di imprese che possono così svolgere la medesima attività in maniera concorrenziale. Nel periodo storico che si sta analizzando, i due concetti si susseguono nell'ordine (anche logico) in cui sono appena stati descritti.

La fase delle privatizzazioni, a sua volta, deve essere distinta in due sottofasi. In gergo, queste vengono chiamate "privatizzazioni *fredde*" e "privatizzazioni *calde*": la differenza sta nel fatto che mentre nelle prime le imprese pubbliche e gli enti pubblici economici assumono una forma giuridica diversa mantenendo invariata la sostanza, nelle seconde si ha un completamento della trasformazione che porta ad un soggetto nuovo, radicalmente diverso da quello che aveva iniziato la sua metamorfosi.

Le privatizzazioni fredde, come accennato, si riferiscono al fenomeno per cui le imprese rimangono in mano pubblica, ma modificandone la forma giuridica vengono assoggettate alle regole del diritto privato. Fredde nel senso di *formali*, poiché il nucleo statale interno alle stesse rimane attivo; il centro decisionale cambia d'abito, ma rimane il medesimo, anzi, si concentra sempre più nelle mani non di un ente, quanto di un'amministrazione centrale, strettamente legata al potere politico.

Con questa (sotto)fase della storia d'Italia, viene meno il sistema delle partecipazioni statali, protagonista di un'epoca, e con esso la figura dell'ente di gestione, elemento centrale del sistema.

È il decreto legge 5 dicembre 1991, n. 386<sup>183</sup>, convertito con modificazioni nella citata legge 29 gennaio 1992 n. 35 a prevedere la possibilità che gli enti di gestione delle partecipazioni statali e gli altri enti pubblici economici, nonché le aziende autonome statali siano trasformati in società per azioni. Viene specificato che alla trasformazione farà seguito la successione universale del nuovo soggetto nei confronti di quello che potremo definire metaforicamente *de cuius*<sup>184</sup>: la società succederà all'ente – o chi per lui – nella totalità dei rapporti giuridici. Il capitale sociale è detenuto dallo Stato e qualsiasi operazione che abbia come effetto potenziale la perdita del controllo di maggioranza, diretto o indiretto, deve essere approvata dal Consiglio dei Ministri.

Il successivo decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333<sup>185</sup> impone la quotazione delle società partecipate, disponendo dunque il pieno assoggettamento alla ordinaria disciplina delle società per azioni delle società per tramite dello stesso decreto istituite, con l'unica peculiarità del socio unico statale<sup>186</sup>.

Dalla lettura congiunta dei due interventi emerge chiaro l'intento di ridurre il peso economico che una così ingente presenza statale in economia comportava. Conseguenza del quadro tratteggiato con le due leggi è, però, l'inalterata ingerenza statale nella sfera economica. *Mutatis mutandis*, l'attività svolta da quelle che ormai possono essere definite grandi imprese è egualmente condizionata, indirizzata: non risponde a esigenze e dinamiche del mercato, ma a

---

<sup>183</sup> Decreto recante *Trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni patrimoniali suscettibili di gestione economica*

<sup>184</sup> Si ricordi che l'espressione deriva per ellissi dalla più ampia "is de cuius hereditate agitur", ossia *colui della cui eredità si tratta*. Ci si può quindi riferire al soggetto in metamorfosi come un soggetto che si estingue e lascia i propri rapporti giuridici in eredità alla società che gli succederà.

<sup>185</sup> Come modificato nella sua conversione con la legge n. 359 del 1992. Esso specificava le modalità di attuazione dei fini perseguiti dall'intervento normativo precedente. In particolare, si disponeva direttamente la trasformazione in società per azioni dell'IRI, di ENI, INA ed ENEL; le azioni di tali enti vengono *ex lege* attribuiti al Ministero del tesoro (art. 15, comma 3), che ne esercita i relativi diritti secondo le direttive del Presidente del Consiglio; l'accentramento che tramite questa disposizione si viene a realizzare, peraltro nei confronti di una singola amministrazione espressione *diretta* del potere politico, è smorzato dalla previsione di obblighi di condecisione, del necessario coinvolgimento di altri Ministeri nell'assunzione delle scelte.

<sup>186</sup> Il Ministero del Tesoro diviene detentore di un enorme potere, un tempo meno imponente poiché *ripartito*: in qualità di (unico) azionista, questo "acquista la possibilità di interferire puntualmente sulla gestione dell'impresa" (G. VESPERINI, *Privatizzazioni e trasformazioni dell'impresa pubblica in Italia, ne Il Corriere Giuridico*, 11|1992, p. 1267.) Prima di tale intervento questa ipotesi non era affatto contemplata dalla legge che, al contrario, prevedeva solo poteri di indirizzo, lasciando piena autonomia alla gestione manageriale dell'impresa.

interessi nazionali, il che sarebbe anche un bene se la gestione in questi termini non comportasse enormi buchi nei bilanci.<sup>187</sup>

Ciò dunque non corrispondeva agli obiettivi dati e, al fine di realizzarli, occorreva un ulteriore passo, stavolta più deciso.

Le privatizzazioni *calde*, invece, sono anche dette *sostanziali*, poiché si riferiscono ad un cambiamento non del contenitore, quanto del contenuto, della sostanza. Queste si realizzano attraverso la dismissione azionaria da parte del socio pubblico, quindi l'alienazione del pacchetto di controllo (dismissione *delle* partecipazioni statali) o di quote di minoranza (dismissione *nelle* partecipazioni statali<sup>188</sup>). Attraverso questo ulteriore passaggio si realizza in maniera effettiva il progetto di *privatizzare*, ossia *rendere privati* gli enti e le imprese prima in mano pubblica e poi comunque sottoposte al controllo pubblico: è solo con la cessione delle partecipazioni che oltre a uscire dall'assetto proprietario si abbandona il controllo, lo si cede in mano privata.

Negli anni '90 si è dunque tentato di risolvere o quantomeno arginare il problema che il nostro paese da tempo ha con la gestione del suo patrimonio e con l'equilibrio di entrate ed uscite a cui qualunque economia domestica mira, e ciò attraverso una revisione e conseguente parziale dismissione di quello che era l'allora (cospicuo) patrimonio pubblico. A questa finalità si aggiungono quella di creare una sorta di azionariato diffuso, di assicurare l'ampia e durevole diffusione delle partecipazioni fra il pubblico e di prevenire la formazione di concentrazioni o posizioni dominanti.

Come si è potuto intuire, privatizzare non ha un significato univoco.

Con un'interpretazione complessiva dei vari interventi legislativi e degli indirizzi espressi in altre sedi, si perviene all'idea per cui con il termine *privatizzare* si persegue un fine preciso, suddivisibile però in più obiettivi.

---

<sup>187</sup> Si noti come in realtà i poteri del Governo risultano oltremodo ampliati se si considera che sulla base degli statuti delle società costituite il socio pubblico può far valere una serie di pretese in assemblea, luogo competente a deliberare in merito alla gestione dell'impresa, tra cui la quotazione su mercati regolamentati, la vendita e l'acquisto di partecipazioni superiori al 5%, le operazioni di fusione, scissione e trasformazione, le vicende relative a rami d'azienda e la nomina del presidente del consiglio di amministrazione. Sul punto, cfr. G. VESPERINI, *Privatizzazioni e trasformazioni dell'impresa pubblica in Italia*, cit.

<sup>188</sup> G. VESPERINI, *Privatizzazioni e trasformazioni dell'impresa pubblica in Italia*, *Il Corriere Giuridico*, 11|1992, p. 1267

Il fine, da quello che si può intuire, non è né frutto di un pieno convincimento – altrimenti i passaggi non sarebbero stati così lunghi e tortuosi<sup>189</sup>, ma si sarebbe proceduto subito a dare concreta attuazione agli intenti –, né passibile (anche per il motivo appena dato) di una semplice e rapida realizzazione<sup>190</sup>. *Privatizzare* ha lo scopo di *sgomberare il campo* di talune attività dalla presenza pubblica. Ma, come ogni ritirata che si rispetti, vi è una prima fase di arretramento frettoloso e poi un successivo ritorno sul campo al fine di raccogliere ciò che di proprio è ancora rimasto.

Gli obiettivi in cui il fine può essere scomposto sono: la trasformazione degli enti in società e dunque la sottoposizione degli stessi alle regole del diritto privato e non più a quelle del diritto pubblico; la cessione delle partecipazioni azionarie, anche al fine di non lasciare su carta gli ulteriori scopi a cui le leggi sulle privatizzazioni ora viste facevano specifico riferimento; la cessione di partecipazioni azionarie *di controllo*, in modo da evitare di annunciare un allontanamento che nella realtà dei fatti non si realizza, girando intorno alla sostanza del cambiamento e non realizzandolo mai<sup>191</sup>.

Gli interventi normativi che hanno consentito un passaggio concreto da una fase all'altra sono, in particolare, il decreto legge n. 332 del 1994 convertito, dopo numerose reiterazioni, dalla legge n. 474 del 1994 e la legge 14 novembre 1995, n. 48.

Le disposizioni legislative di cui prima si è detto, pur aprendo la strada alla realizzazione di un intervento incisivo, si sono dimostrate insufficienti e lacunose, necessitando quindi di un *enforcement* da parte di interventi normativi successivi.

Il decreto del 1994 dispone in maniera più concreta e puntuale in merito all'alienazione delle partecipazioni ed alle sue modalità; apre alla possibilità di costituire un "nucleo stabile di azionisti di riferimento" nell'ambito di dette operazioni e prevede un diritto di prelazione in capo al Ministro del Tesoro ove questi sia compreso all'interno del nucleo stabile.

---

<sup>189</sup> Gli interventi hanno interessato tre legislature (X, XI e XII) e circa quattro anni di lavoro (1991-1995).

<sup>190</sup> Tra le cause, non da trascurare è l'importanza ed il peso politico delle scelte, quindi la formazione di una volontà politica ed il suo «intrecciarsi con dinamiche accentuate di evoluzione degli equilibri politico-istituzionali», con ricadute su «tecniche legislative e soluzioni di merito» (così R. PERNA, *Il processo legislativo di privatizzazione delle imprese pubbliche* in Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari, n. 1-3/1995, p. 271 ss.). A ciò si aggiunga una evidente complessità del quadro delle partecipazioni statali, del sistema organizzativo e normativo riferibile alle stesse.

<sup>191</sup> Viene fatto notare da R. PERNA ne *Il processo legislativo di privatizzazione delle imprese pubbliche*, come in realtà possano essere compresi tra gli obiettivi anche fenomeni diversi, come la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, degli immobili del patrimonio dello Stato, degli enti creditizi.

Il decreto precisa inoltre i principi che devono ispirare le modalità d'azione, cioè trasparenza e non discriminazione, e rende ulteriormente esplicita la finalità economica dell'apparato legislativo a tal fine creato: la riduzione dell'indebitamento finanziario degli enti stessi attraverso la destinazione dei proventi derivanti dalle dismissioni delle partecipazioni.

Peculiarità del decreto in esame sono le previsioni di cui agli articoli *1-bis*, 2 e 3.

Il primo apre alla creazione di “organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico”, aprendo la strada alla nascita delle c.d. *authorities*, autorità amministrative indipendenti preposte alla vigilanza di determinati settori.

Il secondo sarà oggetto di autonoma trattazione, poiché è esattamente qui che la ricostruzione storica appena fatta incrocia l'argomento del presente elaborato; è questo il punto di incontro tra le modifiche normative del passato ed i poteri speciali del presente. L'articolo 2, infatti, descrive il meccanismo essenziale di funzionamento della *Golden Share*, antenato storico dell'odierno *Golden Power*.

Il terzo consente, per i settori interessati dai poteri di cui all'articolo 2, l'apposizione di clausole statutarie che limitino le partecipazioni massime riferibili a ciascun socio.

Giunti al termine, rimane un'ultima riflessione da fare.

Oggi, i poteri speciali pongono l'interprete di fronte ad un crocevia di modelli di Stato, chiedendosi quale sia il modello adottato *attualmente* dal nostro ordinamento.

Si è potuto osservare in questa ricostruzione come i vari modelli si siano susseguiti tra di loro a seconda dell'epoca, delle congiunture storiche, politiche ed economiche e come il ruolo dello Stato in economia sia cambiato e si sia evoluto. Dallo stato *guardiano notturno* dell'Ottocento liberale si è passati a quello *interventore e finanziatore* del secolo successivo, per poi nuovamente indietreggiare fino allo Stato *regolatore* del nuovo millennio; qui, in realtà, il ruolo potrebbe ulteriormente definito nelle forme del *protettore*, che è una declinazione (o una variante) dello Stato interventore (intervenire per proteggere equivale ad intervenire. È pur

sempre un intervento che si realizza sia con esercizio poteri speciali sia con salvamenti veri e propri di grandi aziende in crisi), e del *doganiere*<sup>192</sup>, come si è più volte detto.

Lo Stato regolatore è lo Stato che si ritira, che decide di fare da spettatore, controllare esternamente ciò che accade; ne è chiara espressione la creazione di autorità amministrative indipendenti.

Lo Stato interventore è un lato di carattere che si affievolisce e poi ritorna, rimane latente, non sparisce mai del tutto: un esempio della sua persistenza è dato dal TUSP, con cui il legislatore ha sentito il bisogno di regolare le società pubbliche nel 2016, quindi ben lontano dagli anni dell'interventismo vero e proprio; prevedendo la possibilità di erogare ancora servizi pubblici tramite società *in house*, con la differenza che adesso questa rappresenta l'*eccezione*, mentre ad inizio '900 era considerata *regola* con le aziende autonome e municipalizzate; con il fatto che società partecipate in maggioranza dallo Stato siano usate come mano di questo nell'acquisto di partecipazioni azionarie di altre imprese (vedi sovente il ruolo di Cassa Depositi e Prestiti); con il fatto che la partecipazione azionaria da parte dello Stato sia regolata dal Codice civile, dunque legittima, ammessa e regolata.

Tirando le somme, non si riesce ancora oggi ad inquadrare lo Stato in un singolo ruolo. Si è davanti ad una palese convivenza di modelli: di uno Stato regolatore, *interventore* (ne è dimostrazione il decreto legge 21 del 2012 sui poteri speciali che gli sono attribuiti) che diventa *protettore* degli interessi nazionali e in alcuni casi *salvatore*, finanziando imprese italiane di rilevante importanza dal fallimento. Nel Golden Power il modello sia avvicina a quello dello Stato protettore, perché lo Stato interviene per bloccare, imporre condizioni, vietare operazioni al fine di salvaguardare l'interesse nazionale.

Come si è detto, seppur nell'ottica quindi di uno stato regolatore, il legislatore mantiene la possibilità di intervenire. L'intervento rimane una possibilità *eventuale*, che non viene mai del tutto recisa o totalmente esclusa. Rimane latente, attende il bisogno per doversi manifestare.

Si potrebbe parlare, quindi, di un nuovo modello, quello di uno Stato *regolatore ad interventismo moderato*.

---

<sup>192</sup> La felice espressione è di G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del Golden Power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5 | 2019, p.549 ss.

## 1.2 Origini e contraddizioni

La Golden Share viene definita dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer come «qualsiasi struttura giuridica applicabile alle singole imprese, che conserva o contribuisce a mantenere l'influenza dell'autorità pubblica su tali società»<sup>193</sup>, nel giudizio che vede quali parti contrapposte la Commissione Europea e, per l'appunto, l'Italia.

Con parole diverse, la Golden Share può essere intesa come uno strumento statale volto a mantenere forme più o meno profonde di controllo ed ingerenza pubblica sulla gestione e sull'attività delle imprese. Rappresenta, si può dire, *un passo di lato* dello Stato rispetto all'idea di una economia liberale.

Su questa essenziale definizione concorda la maggior parte della dottrina<sup>194</sup>, nonostante le naturali divergenze d'opinione dovute al fatto che dare una netta definizione dell'istituto rischia di rappresentare una precisa scelta di campo: spesso i termini che si utilizzano nel raccontare le cose mostrano, contro ogni volontà, il giudizio che ognuno in cuor suo fa di ciò che vede. I liberali autentici appellerebbero l'istituto come un mezzo di intrusione nel sistema economico non solo statale, ma europeo; all'opposto, pensatori di segno contrario recriminerebbero allo Stato il passo indietro e la mancanza di coraggio nel mantenere un reale controllo.

L'istituto nasce nell'Inghilterra dell'ultimo '900 al fine di conservare un potere di ingerenza su imprese oggetto di privatizzazione. La Golden Share presenta, così, un contrasto intrinseco, congenito, trovando le sue origini in un paese notoriamente liberale e nelle politiche di un

---

<sup>193</sup> La definizione si trova nelle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale il 6 novembre 2008 nella causa C-326/07 (Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana).

<sup>194</sup> Anche LOMBARDO in G. LOMBARDO, voce *Golden share* in Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XVII, Roma, 1998, fa notare come sia assente in dottrina "un orientamento comune nella ricostruzione dell'istituto". Si confrontino, oltre agli autori più in là citati, anche A. COMINO, *Golden Powers per dimenticare la Golden Share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 5 | 2014, p. 1019-1053, E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, Giornale di diritto amministrativo, 2007, p. 145 ss., E. BERTO, *Golden Share: il fenomeno della Golden Share e quello del Golden Power: analisi introduttiva*, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com), S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, cit., G. SERAFIN, *Golden power: vecchi problemi e nuovi temi societari*, in Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale, Fascicolo 2|2021 p.1007 – 1056, T. BALLARINO, L. BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in Rivista delle società, 2004, A. ARESU, *Dalla golden share al golden power: la dimensione strategica*, in I poteri speciali del Governo nei settori strategici, a cura di Giacinto della Cananea e Luigi Fiorentino, 2020, F. SANTONASTASO, *La "saga" della golden share tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in Giurisprudenza commerciale, 2007, p. 302.

governo neoliberista – quello di Margareth Thatcher –, ma per finalità di segno completamente opposto. La sua apposizione negli statuti delle società rappresenta un’*inibizione* all’«operatività delle leggi di mercato» che ha come effetto quello di “imped[ire] la scalabilità delle società»<sup>195</sup>.

La Golden Share inglese rappresenta, anche nel nome, la fonte ispiratrice del modello italiano, pur non costituendo quest’ultimo una integrale copia. La definizione sopra riportata, infatti, si riferisce alla fattispecie nostrana e non potrebbe essere estesa per analogia a meccanismi di altri stati, poiché nessuno di questi costituisce fedele riproduzione di altri.

Nell’analisi delle forme e degli aspetti assunti dall’istituto non può prescindersi dal contesto storico di riferimento: il periodo delle privatizzazioni, come si è osservato<sup>196</sup>, rappresenta un periodo di contrasti tra ideologie divergenti. In Italia, le tempistiche e la tortuosità degli interventi normativi lasciano intuire la difficoltà – anche politica – delle scelte e della realizzazione delle stesse. In questo contesto appare comprensibile come il legislatore abbia tentato di mitigare gli effetti delle sue scelte, non facendo un passo indietro – tornando sui suoi passi e ripercorrendo la strada delle imprese pubbliche –, ma neanche un passo in avanti con l’apertura ad un’economia pienamente liberale, affidata all’autonomia e all’attività dei privati. Il legislatore decide di conservare il potere di *influire* su ciò che fino a poco prima ha guidato, di fare un passo *di lato*, che lo faccia uscire di scena ma che gli consenta di rientrare quando (da lui stesso) ritenuto necessario. L’esigenza di mantenere un potere di ingerenza viene soddisfatta con la creazione del meccanismo dell’*azione dorata*, parzialmente mutuato – quantomeno nella denominazione – dall’esperienza britannica e ispirato ad altri modelli europei già in uso, che può essere considerato «la soluzione all’esigenza di curare la fase di transizione dal controllo pubblico a quello di natura privatistica»<sup>197</sup>.

La creazione di questo genere di istituti, in Europa ed in particolare in Italia, evidenzia l’annosa questione del rapporto tra Stato ed economia, con un attaccamento che fatica ad allentarsi e presagisce i contrasti tra visioni nazionalistiche – che si esprimono in esigenze di controllo e

---

<sup>195</sup> M. MANNA, *I Golden Powers dalla stagione delle privatizzazioni alle congiunture emergenziali: l’eterno ritorno dello Stato nell’economia*, in *Diritto del Risparmio*, 3 | 2022

<sup>196</sup> V. supra, cap II, par. 1.1, pag. 92 e cfr. R. PERNA, *Il processo legislativo di privatizzazione delle imprese pubbliche*, cit.

<sup>197</sup> CAVAZZA, *Golden share, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell’art. 2450 c.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 5 | 2008, p. 1195 ss.



rivendicazione, da parte degli Stati, di «istanze protezionistiche»<sup>198</sup> – e principi<sup>199</sup> fondanti l'idea di un'Europa unita e di un mercato unico.

L'esperienza delle privatizzazioni si realizza appieno solamente con l'intervento normativo del 1994: il decreto legge n. 332, poi convertito nella legge n. 474 segna l'avvio della fase *calda* delle privatizzazioni, così detta in quanto interessa e coinvolge il *nucleo* e non più l'esterno, la *sostanza* e non più la forma. Le privatizzazioni *sostanziali*, come già ricordato, consentono che l'impresa pubblica, già trasformata in società per azioni, divenga una impresa – e un'impresa *privata* – a tutti gli effetti, ossia sia dotata di un azionariato diverso da quello pubblico e svolga la sua attività con metodo economico al fine di massimizzare i profitti.

È da notare dunque come ciò che lega la Golden Share al periodo delle privatizzazioni non sia soltanto un evidente rapporto causa-effetto, ma anche il fatto che la causa (privatizzazioni sostanziali e dunque cessione delle partecipazioni pubbliche) e l'effetto (la creazione di un meccanismo di ingerenza più attenuato, la Golden Share) condividano la medesima fonte normativa.

È proprio la legge appena citata che, subito dopo aver stabilito in maniera più puntuale le modalità di alienazione delle partecipazioni pubbliche con l'articolo 1, crea *ex novo* un meccanismo, una «clausola di garanzia»<sup>200</sup> che consente allo Stato di uscire dall'assetto proprietario delle imprese – o comunque cederne la maggioranza – lasciando però la porta socchiusa. Le imprese coinvolte nel mutamento di forma prima e di sostanza dopo, infatti, erano spesso impegnate nel settore delle *public utilities*; dunque, al fine di consentire allo Stato di mantenere un ruolo di garanzia rispetto all'attività svolta dalle stesse e alla «valenza pubblica dei servizi offerti»<sup>201</sup> si è ritenuta necessaria l'ideazione di clausole statutarie che attribuissero allo Stato poteri particolari a prescindere dall'esistenza e dall'entità delle quote di capitale dallo stesso detenute.

---

<sup>198</sup> Così E. BERTI, secondo cui “gli Stati membri tendono a rivendicare le proprie istanze protezionistiche ed il diritto alla salvaguardia dei supremi interessi nazionali”

<sup>199</sup> In particolare, il già ricordato principio di neutralità sancisce l'indifferenza dell'ordinamento europeo rispetto all'assetto proprietario delle imprese, siano dunque esse pubbliche o private. Sul piano pratico, questo comporta che il trattamento delle stesse ed i vincoli a cui sono sottoposte debbano essere i medesimi.

<sup>200</sup> G. LOMBARDO, voce *Golden share* in Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XVII, Roma, 1998.

<sup>201</sup> *Ibidem*.

L'articolo 2 del decreto legge n. 332 del 1994, come convertito dalla legge n. 474, introduce nell'ordinamento italiano la *Golden Share*, un «fascio di prerogative e privilegi che lo Stato si riserva nel contesto della privatizzazione»<sup>202</sup>.

Il primo comma del decreto in esame chiarisce l'ambito di azione del nuovo strumento, identificandolo, in particolare, nei settori della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni e, più in generale, in tutti quelli che riguardino servizi pubblici. È in questo contesto che lo Stato si attribuisce *poteri speciali*<sup>203</sup> di intervento, affidando al Ministero dell'economia e della finanza la loro titolarità e il loro concreto esercizio.

I poteri sono esercitabili nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato (co. 1), ma anche società controllate, direttamente o indirettamente da enti pubblici, anche territoriali ed economici (co. 3<sup>204</sup>), sebbene subordinati alla materiale individuazione attraverso un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri<sup>205</sup>; in queste ipotesi e comunque prima che il controllo delle società passi in mano privata, con deliberazione dell'assemblea straordinaria è possibile inserire una clausola – i cui contenuti sono stabiliti con decreto – negli statuti delle società richiamate che attribuisce al Ministero prescelto la titolarità «di uno o più poteri speciali».

Questi consistono in un potere di gradimento, un potere di veto ed un potere di nomina.

Il potere di gradimento si configura come la possibilità per il Ministero dell'economia di esprimere il proprio consenso in via preventiva all'assunzione di partecipazioni rilevanti e alla stipula di patti parasociali, sulla base dell'entità del capitale sociale coinvolto.

Per partecipazione rilevante qui s'intende quella che rappresenti almeno la ventesima parte del capitale sociale rappresentato da azioni con diritto di voto nelle assemblee ordinarie; la medesima misura è utilizzata per valutare la sindacabilità dei patti parasociali, fermo restando, in entrambi i casi, la possibilità per il Ministero di indicare soglie più basse.

Il Ministro del tesoro era dunque chiamato ad esprimersi entro 60 giorni in relazione alle fattispecie appena tratteggiate e l'eventuale silenzio avrebbe dovuto essere interpretato nel

---

<sup>202</sup> C. CAVAZZA, *Golden share, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c., cit.*

<sup>203</sup> È lo stesso decreto a definire in questi termini le prerogative ivi contemplate.

<sup>204</sup> Il comma appena richiamato è stato oggetto di modifica in sede di conversione del decreto.

<sup>205</sup> La lettera dell'articolo prevede una consultazione preventiva tra il MEF e il Ministro delle attività produttive, nonché con i Ministri competenti per settore, previa comunicazione alle competenti Commissioni parlamentari.

senso di un rigetto<sup>206</sup>, di un'opposizione; serviva dunque, affinché l'acquisto o la stipula andassero a buon fine, un esplicito cenno di approvazione.

Da qui si comprende come il meccanismo della Golden Share sia caratterizzato da un'altissima valenza politica, decisamente superiore a quella che connota l'odierno Golden Power: si noti infatti come, ai tempi, la decisione era *direttamente* riservata ad un organo politico, passaggio che oggi rimane relegato ad un'ipotesi eventuale (quando all'operazione sia ritenuta applicabile la disciplina Golden Power e il gruppo di coordinamento non decida all'unanimità per il *non esercizio*).

Facendo un paragone, il gradimento potrebbe essere accostato all'odierno *non esercizio*: il raffronto è evidentemente forzato, anche in considerazione del fatto che le due decisioni appena equiparate sono in realtà di segno opposto, ma in entrambi i casi si perviene, a seguito dell'analisi dell'operazione sottoposta al vaglio, ad un benessere esplicito o implicito. È evidente come i motivi che guidano le scelte sull'esercizio del Golden Power siano differenti, ancorati a precisi vincoli legislativi, e per questo l'accostamento stride nel momento in cui si pensa che quello del Ministero della Golden Share rappresentava un "mero" gradimento, mentre il non esercizio Golden Power rimane legato all'assenza di precise condizioni fattuali legittimanti e di una reale minaccia.

Il potere di veto può essere esercitato avverso l'adozione di delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale. Fondamentale funzione di tale previsione è anche quella di evitare che le clausole che attribuiscono tali poteri possano essere modificate o eliminate attraverso una modifica dello Statuto.

Il potere di nomina originariamente previsto dal decreto è stato oggetto di modifiche ampliative in sede di conversione. La lettera c) dell'articolo 2 prevede il potere per il Ministero di nominare amministratori per un numero non superiore ad un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco.

---

<sup>206</sup> Cfr. M. MANNA, *I Golden Powers dalla stagione delle privatizzazioni alle congiunture emergenziali: l'eterno ritorno dello Stato nell'economia*, cit.

### 1.3 La “Golden Share occulta” degli artt. 2449 e 2450 c.c.

La trasformazione delle imprese pubbliche in società per azioni obbliga lo Stato, in quanto azionista, al rispetto delle norme che disciplinano la forma societaria prescelta e, più in generale, al rispetto di quanto disposto dal Codice civile al pari di un qualunque privato azionista. Come fa notare autorevole dottrina, però, «in questi casi, accanto al diritto del privato, vi è un fine pubblico che viene a inerire al diritto, che si dice, così, “funzionalizzato”, perché volto a conseguire scopi pubblici. Vengono, così, contemperati interessi privati con interessi sociali»<sup>207</sup>.

In questo senso, ciò che qui accade è appunto una funzionalizzazione del diritto dei privati rispetto ad esigenze pubbliche ed esigenze di controllo statale su determinate imprese operanti in settori particolari. Questa funzionalizzazione si rende ancor più evidente a seguito della riforma del diritto societario del 2003, che modifica contenuti e struttura del Codice civile del 1942.

In particolare, due articoli sono stati oggetto dell’attenzione di dottrina e giurisprudenza: 2449 e 2450.

Nell’articolo 2249, rubricato Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, la novella del 2003 ha trasfuso il contenuto del vecchio articolo 2458 ampliando i poteri statali ivi previsti; mentre il codice del 1942 consentiva che *l’atto costitutivo* delle società conferisse allo Stato e agli enti con partecipazioni in società per azioni la facoltà di nomina di amministratori e sindaci, la riforma del 2003 necessariamente adegua la disposizione alle novità in materia societaria introdotte dalla stessa, prevedendo che fosse *lo statuto* a conferire la facoltà di nomina e che questa si estendesse, in alternativa, a componenti del consiglio di sorveglianza, facendo salve le disposizioni di leggi speciali in deroga a quanto appena detto.

Interpretando sistematicamente l’art. 2449 e le sue previsioni in materia di nomina si evince come, in realtà, tale potere sia ben più vasto rispetto alle ipotesi qui riportate. Ad esempio, l’articolo 2409 nonies co. 3 che disciplina la nomina dei componenti del consiglio di gestione vi fa espressamente rinvio facendo salvo quanto previsto in quella sede<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, cit.

<sup>208</sup> Sul punto, CAVAZZA fa notare come oltre agli organi espressamente citati dal 2449 debbano aggiungersi «in forza dell'espresso rinvio operato dall'art. 2409 nonies, comma 3°, anche la nomina di uno o più componenti del consiglio di gestione, cui nel sistema dualistico sono attribuite competenze gestorie, nonché, pur in assenza di specifico riferimento, uno o più componenti del comitato interno per il controllo sulla gestione, nelle società che

È da evidenziare come la giurisprudenza europea in tema di Golden Share abbia profondamente mutato la formulazione di tale articolo: in particolare, il segno più evidente è da ravvisarsi nell'obbligo di proporzionalità tra diritto di nomina e partecipazione al capitale sociale, forte cesura con il passato. In aggiunta, i poteri possono essere previsti dallo statuto per le sole società che non facciano ricorso al mercato del capitale di rischio<sup>209</sup> e hanno dei precisi limiti temporali (3 esercizi).

L'articolo 2450 – 2459 ante riforma – costituisce, insieme al precedente, quella che viene chiamata dalla Commissione europea<sup>210</sup> una *Golden Share occulta*. In particolare, l'articolo 2450 amplia la portata delle deroghe al diritto societario già iniziata col 2449, prevedendo che le disposizioni dell'articolo precedente possano essere applicate anche in mancanza di partecipazione azionaria. Dunque, da che lo Stato aveva la possibilità di influire sulla *governance* della società come azionista di maggioranza pur essendo in possesso di un numero esiguo di partecipazioni, con questa disposizione il potere diviene *autonomo* dalla partecipazione al capitale sociale.

L'articolo, dunque, riconosceva prioritaria importanza all'attività svolta dalle imprese a discapito della connotazione soggettiva e degli assetti proprietari delle stesse. È comunque lo statuto – nel codice del '42, l'atto costitutivo – a dover prevedere tale diritto di nomina.

Come appena fatto notare, parte dei contenuti degli articoli 2449 e 2450 esistevano e condizionavano l'organizzazione e la *governance* di particolari società già prima della riforma societaria del 2003. Il legislatore del 1942 ha preferito riconoscere peculiari prerogative in caso di coinvolgimento del socio pubblico, piuttosto che intervenire sulla forma societaria,

---

abbiano adottato il modello monastico di *governance* [tale interpretazione, peraltro, trova un appiglio testuale nel disposto dell'art. 223 septies disp. trans. c.c., a tenore del quale "le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche (...) ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione "] [...]. Questa opzione interpretativa, del resto, ha il non secondario pregio di scongiurare il rischio che la società, attraverso l'adozione del sistema monastico, possa sterilizzare il potere di nomina pubblica». Cfr. C. CAVAZZA, *Golden share, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c.*, cit.

<sup>209</sup> La differenziazione sembra ispirarsi all'esigenza che le società quotate siano tutte poste sul medesimo piano. Per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio il rinvio è all'art. 2346 co. 6 c.c., e cioè alla possibilità di emettere strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti disciplinati dallo statuto quanto a modalità e condizioni di emissione, diritto conferiti, sanzioni e circolazione.

<sup>210</sup> La Commissione si esprime in questi termini all'interno degli atti della procedura d'infrazione dell'aprile 2006 (n. 2006/14) concernente l'art. 2450 c.c.

differenziandola<sup>211</sup>. Il fatto che l'impostazione data dal legislatore del 1942 sia rimasta nella sostanza invariata conferma che la partecipazione statale non altera la struttura giuridica delle S.p.A.<sup>212</sup>.

Possiamo comunque definire questi due articoli come il nucleo primordiale della Golden Share.

Ad ogni modo, la funzionalizzazione del diritto privato non sfugge a contraddizioni interne. Alcuni dei principi basilari del diritto societario contrastano con i poteri riconosciuti al soggetto (azionista o non) pubblico. In particolare, balza agli occhi il contrasto con il principio di eguaglianza delle azioni sancito dall'art. 2348 c.c., secondo il quale le azioni sono partecipazioni standard che conferiscono i medesimi diritti; nel contesto che si è appena descritto, un azionista di minoranza, titolare di un numero esiguo e simbolico di azioni o addirittura del tutto privo, si comporta e decide come un azionista di maggioranza, dunque come se il valore delle azioni in suo possesso fosse più alto rispetto alle partecipazioni ordinarie emesse. Il potere di veto in particolare ed i poteri speciali in generale, dunque, contrastano con le disposizioni del c.c., oltre a quanto previsto a livello comunitario dal Trattato di Roma e dalle direttive CEE in materia societaria<sup>213</sup>.

Viene derogato in questo modo e in maniera massiccia anche un altro fondamentale principio, ossia il principio maggioritario. Questo prevede che le decisioni sulla struttura e sull'attività della società siano rimesse *non* alla maggioranza dei soci, quanto alla maggioranza del capitale sociale: implicitamente si ripete il principio della eguaglianza delle azioni, stabilendo che solo la maggior parte delle azioni può prendere decisioni che impegnino la società. Vi è una spersonalizzazione del voto, ancorata al possesso azionario e non invece al numero di persone o al titolo delle stesse. La contraddizione è forte se si pensa che col meccanismo sopra descritto la facoltà di influenzare la vita della società è attribuito ad un *soggetto* in quanto tale, dunque non alla maggior parte delle azioni ma neanche ad un'azione in particolare. Si presenta dunque un *duplice* contrasto: con l'idea che sia l'azione l'unico strumento ad avere valore (l'azione

---

<sup>211</sup> Sul punto, cfr. G. LOMBARDO, voce *Golden share* in Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XVII, Roma, 1998, p. 10., e C. CAVAZZA, *Golden share, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c.*, cit.

<sup>212</sup> COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milano, 1958, p. 168

<sup>213</sup> Si veda G. SCARCHILLO, *Privatizzazioni e settori strategici. L'equilibrio tra interessi statali e investimenti stranieri nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 173.

come *mezzo*) e con l'idea che l'influenza degli azionisti debba essere misurata esclusivamente sulla base dell'entità del capitale sociale detenuto (l'azione come *metro*).

Viene fatto notare<sup>214</sup>, inoltre, come non solo i poteri fossero attribuiti ad un soggetto esterno alla compagine sociale, provocando dunque un contrasto con le regole del diritto societario e con gli intenti più intimi del processo di privatizzazioni, ma che questi non fossero modificabili in assenza del consenso da parte del soggetto terzo medesimo: il Ministero del tesoro. Per la dottrina, se tale potere deve intendersi alla stregua di un potere che viene *delegato* al soggetto esterno, la titolarità dello stesso rimane in capo al soggetto delegante, che deve poter revocare e avocare a sé il potere<sup>215</sup>.

Ancora, altra dottrina<sup>216</sup> evidenzia i problemi e le antinomie che sorgono dall'interpretazione di quanto disposto dall'art. 2450: come ricordato, la disposizione consente ad un soggetto esterno – lo Stato, rappresentato dal MEF –, estraneo alla compagine sociale, di assumere decisioni (gradimento, veto, nomine) come fosse un azionista di maggioranza. Ciò comporta una deroga non solo al principio per cui di norma amministratori e sindaci sono nominati dall'assemblea – dunque alle regole in tema di competenza assembleare e, ancora una volta, al principio di maggioranza – ma anche, ed in maniera più stridente, con il principio per il quale la scelta non poteva essere rimessa ad un terzo estraneo alla compagine sociale. Da un lato, dunque, si sottrae all'assemblea una delle proprie competenze; dall'altro si viola apertamente un divieto attraverso la creazione di un meccanismo basato esattamente sulla fattispecie vietata.

---

<sup>214</sup> M. MANNA, *I Golden Powers dalla stagione delle privatizzazioni alle congiunture emergenziali: l'eterno ritorno dello Stato nell'economia*, cit.

<sup>215</sup> Cfr. J. SODI, *Poteri speciali, golden shares e false privatizzazioni*, in *Rivista delle società*, 2 | 1996, p. 386 ss., in cui si legge che “lo strappo con la disciplina comune è quindi piuttosto forte, in quanto se anche è per taluno ammissibile affidare a terzi l'esercizio del gradimento, di certo non è ammissibile che i soci, una volta delegato tale potere, non possano, in quanto deleganti, riappropriarsene”.

M. MANNA in *I Golden Powers dalla stagione delle privatizzazioni alle congiunture emergenziali: l'eterno ritorno dello Stato nell'economia*, cit., riporta, inoltre, la diversa opinione espressa in L. ARDIZZONE, M.L. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 6 | 2013, p. 919 ss., secondo cui il potere esercitato non sarebbe da intendere come un potere delegato, quanto un potere “di derivazione extra-societaria” riconducibile ai rapporti tra autorità amministrativa ed autonomia statutaria.

<sup>216</sup> C. CAVAZZA, *Golden share, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 5 | 2008, p. 1193. Qui si precisa inoltre come, dopo la riforma del 2003, il principio di competenza assembleare in materia di nomina degli amministratori abbia perso la sua assolutezza. Il contrasto qui riportato risulta dunque attenuato dai successivi interventi che hanno fatto perdere al principio il carattere di *regola*.

Sulla base di quanto appena detto in materia di commistione tra diritto pubblico e diritto tra privati e societario, si giustificano talune visioni dottrinali<sup>217</sup> che negli anni hanno esaminato il nuovo e peculiare assetto proprietario delle società così regolate, tentando di creare una *categoria* che raggruppasse le società non pubbliche, ma neanche totalmente private.

La particolare forma societaria così delineata viene definita «società per azioni con poteri di organizzazione non indipendenti»<sup>218</sup>, in tal modo intendendo una sub-specie di società per azioni che però non può essere interamente ricondotta al regime di questa in quanto, appunto, difetta del requisito di autonomia di gestione; nello stesso senso, viene appellata «società a sovranità limitata»<sup>219</sup>, sottolineando l'assenza di un pieno potere di autodeterminazione; «società speciale o società di diritto speciale»<sup>220</sup> riprendendo la classificazione fatta dalla dottrina francese in *société à action spécifique*<sup>221</sup>

Per parte consistente della dottrina<sup>222</sup>, la natura ibrida di queste società mantiene comunque separati i due aspetti: quello pubblico e quello privato. I divieti imposti dalla legge non alterano nella sostanza la forma classica della società per azioni<sup>223</sup>, ma vi aggiungono delle peculiarità. Lo scopo che guida e detta le speciali prescrizioni è il raggiungimento di obiettivi di interesse pubblico e ciò che invece “giustifica” la possibilità di incidere in maniera così incisiva è, sul versante soggettivo, un precedente regime di proprietà pubblica; mentre, sul versante oggettivo, il settore nel quale l'attività viene svolta, ossia quello dei servizi pubblici. Essendo queste società costituite “per il raggiungimento di fini cui l'ordinamento ammette particolare importanza”, vengono ricondotte nella categoria delle *società a prevalente interesse nazionale*. Peculiarità di questo tipo societario è che applicano norme civilistiche generali solo in quanto compatibili con le norme speciali proprie di ciascuna di queste società; per riprendere le parole

---

<sup>217</sup> Tra gli altri, G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche privatizzate*, in P.G. MARCHETTI (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, 1995, p. 165; J. SODI, *Poteri speciali, golden shares e false privatizzazioni*, cit.; G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Rivista delle società*, 3 | 1994.

<sup>218</sup> B. LIBONATI, *La faticosa accelerazione delle privatizzazioni*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1 | 1995, p. 20

<sup>219</sup> L. SCIPIONE, *L'arma della “golden share” tra giurisprudenza comunitaria ed evoluzione normativa interna*, in *“Innovazione e diritto”*, 1-2 | 2010, p. 87.

<sup>220</sup> F. GASPARI, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno comunitario e comparato*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 14

<sup>221</sup> J.P. DREYFUS, *Privatisations. Rencontre d'un société du troisième type: la société à action spécifique*, L.P.A.

<sup>222</sup> Due su tutti, F. E. SANTONASTASO, *Impresa, società e poteri pubblici. Una perenne “voglia” di Stato*, Sapienza Università editrice, Roma, 2018, p. 33 e G. LOMBARDO, voce *Golden share* in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, Roma, 1998, p. 10.

<sup>223</sup> GIANNINI sostiene invece che le società per azioni subiscano modificazioni di struttura in senso pubblicistico per il fatto di svolgere attività rilevanti per l'interesse generale. Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1995, p.174



della dottrina citata, queste società rispecchiano la «prevalenza di un regime speciale e derogatorio» su quello ordinario.

Tale assetto, dunque, rappresenta a tutti gli effetti un *tertium genus*, una situazione particolare che non riesce ad essere perfettamente sovrapposta né alla disciplina delle società pubbliche, né a quella delle società totalmente governate dalle disposizioni del Codice civile.

#### 1.4 Le esperienze inglesi e francesi

Il meccanismo della Golden Share si aggiunge senza sostituire i metodi d'intervento preesistenti, come la diretta partecipazione e le facoltà già accordate dal Codice civile, come appena visto. L'esercizio dei poteri speciali si affianca alla possibilità di un azionariato pubblico, lasciando aperta dunque la possibilità che i due metodi siano usati congiuntamente. A ben vedere e come già notato, questa soluzione cozza in maniera evidente con la finalità di allontanare la mano statale dalle imprese e dall'economia.

L'intervento del '94 introduce, oltre ai poteri speciali, la possibilità di prevedere limiti al possesso azionario: l'inserimento di tetti massimi è meramente facoltativo ed avviene a livello statutario, con una evidente differenza con la Golden Share britannica e l'Action Spécifique francese che, invece, fanno rientrare questo potere all'interno dei rispettivi poteri speciali.

Similmente a quanto avvenuto in Francia, invece, si considera l'idea di affidare la guida della società ad un nucleo stabile di azionisti, c.d. *noyaux durs*<sup>224</sup>, pur tenendo le porte aperte all'idea di un azionariato diffuso. L'Italia, però, si limita a disciplinare il funzionamento di tale nucleo stabile senza mai prevedere delle vere e proprie procedure per l'individuazione dei soci stabili, come fatto dai colleghi d'oltralpe. La Golden Share italiana, invero, per quanto possa essere accomunata all'omologo strumento francese quanto all'esistenza di una specifica previsione normativa<sup>225</sup> e alla tipicità dei poteri attribuiti allo Stato (trattasi di un *numerus clausus* di

---

<sup>224</sup> L'idea francese era quella di costruire un sistema di partecipazioni incrociate che preservasse le società privatizzate da scalate ostili attraverso quindi la stabilizzazione del relativo assetto societario (v. M. MANNA, p. 10). Il Ministero dell'economia poteva quindi procedere alla vendita delle azioni della società ad acquirenti appositamente selezionati

<sup>225</sup> Al contrario, l'esperienza inglese si caratterizza per l'assenza di una disciplina legislativa unitaria e organica. La fonte dei poteri erano gli statuti delle società: ciò comportava, da un lato, la qualificabilità della fonte come fonte contrattuale; dall'altro, il fatto che i poteri potevano dunque essere diversi per ogni società.

I meccanismi principali della Golden Share britannica erano la c.d. *relevant person*, per cui chi veniva a detenere una percentuale di azioni superiore al 15% veniva intimato di cedere quelle eccedenti tale limite, e la c.d. *built in majority*, per la quale il Governo poteva sempre convocare l'assemblea straordinaria al fine di far approvare

poteri), si differenzia da questa<sup>226</sup> – e anche dalla Golden Share originale, quella britannica – perché non ancorata ad un'azione vera e propria. In entrambe le esperienze europee i poteri speciali erano legati all'esistenza di una specifica e speciale azione, detta per questo *dorata e spécifique*; in Italia i poteri addirittura prescindono da un reale possesso azionario. Qui la maggiore differenza, che va ampliandosi se si pensa che in Francia il possesso statale era di azioni ordinarie che solo in caso di necessità, quindi di esigenze di tutela e protezione di interessi nazionali, potevano essere convertite. Si aggiunga che negli altri paesi tali strumenti sono nati e sono stati usati con l'intenzione di evitare acquisizioni e particolari operazioni dall'estero, mentre in Italia tale “intento discriminatorio”<sup>227</sup> manca totalmente, potendo il controllo essere rivolto anche ad operazioni che si svolgono interamente all'interno dei confini nazionali.

### 1.5 Criticità ed evoluzione dello strumento

Tra i tanti problemi – e differenze con l'estero – che la Golden Share italiana presentava, vi era sicuramente una questione di tempo: nessun limite temporale<sup>228</sup> era infatti posto al possesso di azioni da parte dello Stato o alla titolarità di poteri che prescindessero dalla qualità di azionista, né tantomeno ne era consentita la modificabilità a soggetti diversi dal Ministero del Tesoro. L'altro grande problema – non ancora del tutto risolto – era rappresentato dalla discrezionalità dell'esercizio dei poteri speciali: la possibilità che un esterno alla compagine sociale potesse condizionare gli assetti della proprietà era di per sé una ipotesi decisamente atipica di controllo

---

decisioni da esso ritenute importanti grazie al riconoscimento al soggetto pubblico di un voto in più rispetto agli azionisti privati.

<sup>226</sup> Tra le altre cose, il meccanismo francese prevedeva la possibilità di esercizio dei poteri speciali come propria di un periodo transitorio, che accompagnasse il passaggio da società pubblica a privata. Questa idea è confermata da previsioni normative puntuali che rendevano l'ambito di operatività della Action Spécifique ben più ristretto di quello della Golden Share. In particolare, si escludeva il diritto di voto in CdA per gli amministratori di nomina pubblica. Sul punto, G. LOMBARDO, voce *Golden share* in Enciclopedia giuridica Treccani, cit., M. MANNA, F. GASPARI, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno comunitario e comparato*, cit.

<sup>227</sup> Così G. LOMBARDO, voce *Golden share* in Enciclopedia giuridica Treccani, cit.

<sup>228</sup> L'unica eccezione è rappresentata dallo statuto di Telecom Italia SpA, il quale prevedeva una durata dei poteri di 3 anni, condizionata all'avanzamento del processo di liberalizzazione del settore e al fatto che la relativa Autorità di regolazione consolidasse il suo ruolo. (v. G. LOMBARDO, voce *Golden share* in Enciclopedia giuridica Treccani, cit, p. 10.).

Nelle esperienze francese e inglese, invece, limiti temporali erano previsti alla specialità dell'azione che, trascorsi 5 anni, tornava ad essere un'azione ordinaria.

societario, a cui si aggiungeva una non tipizzazione delle fattispecie in cui i poteri potevano essere esercitati e la possibilità che fosse il Ministero del Tesoro a prevedere quali, tra quelli prima presentati, potessero essere previsti per ciascuna società. In particolare, la discrezionalità si manifesta nella sua massima forma nel potere di gradimento, che viene accusato di essere piuttosto un *mero* gradimento: la dottrina fa notare come è necessario che vi siano presupposti *determinati* ai fini della valutazione del gradimento affinché questo non scada nel “mero gradimento”. Seppur criticata ed in contrasto con principi del diritto societario, questa declinazione dei poteri speciali viene comunque fatta salva in nome del principio di specialità, considerando gli interventi del 1994 come derogatori rispetto all’assetto ordinario<sup>229</sup>.

È dibattuta in dottrina l’esistenza di limiti oggettivi all’esercizio dei poteri: è in realtà errato sostenere che un limite esista se questo si scorge unicamente nelle soglie di capitale sociale coinvolto delle operazioni<sup>230</sup>, poiché, per quanto esse siano effettivamente previste, sono oggetto di discrezionale modifica da parte del Ministero, per cui sarebbe impensabile qualificare come limite esterno un confine che il soggetto “limitato” può in qualsiasi momento spostare.

Ai dubbi della dottrina si aggiungono, nel febbraio del 1998, le rimostranze della Commissione Europea: la normativa appena descritta viene ritenuta in contrasto con principi fondanti dell’Unione, quali la libera circolazione dei servizi e dei capitali e la libertà di stabilimento.

La libertà di stabilimento rappresenta la possibilità per persone fisiche e giuridiche di poter spostare la sede della propria attività dallo stato membro *di residenza* ad un altro: tale libertà, dunque, è prevista a solo beneficio dei *cittadini* e delle rispettive attività economiche che, sotto la forma di impresa o società – purché con scopo di lucro, come richiesto dall’art. 48 CEE – possono essere costituite, gestite, «alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini»<sup>231</sup>. Tale principio può essere considerato, insieme alle libertà che ora si vedranno, un principio fondante del mercato comune europeo e, in definitiva, consente e riconosce ai cittadini la possibilità di esercitare attività economiche non salariate.

---

<sup>229</sup> J. SODI, *Poteri speciali, golden shares e false privatizzazioni*, in *Rivista delle società*, 2 | 1996, p. 386 ss.,

<sup>230</sup> LOMBARDO sostiene che l’esistenza di determinate soglie delimita nei fatti l’ambito oggettivo di applicazione dei poteri. Cfr. G. LOMBARDO, voce *Golden share* in *Enciclopedia giuridica Treccani*, cit.

<sup>231</sup> Cfr. artt. 43-48 CEE.

La libera circolazione dei servizi e la libera circolazione dei capitali possono essere considerate libertà fondamentali<sup>232</sup> e *fondanti* dell'Unione europea in quanto costituiscono due dei quattro pilastri del mercato unico europeo, insieme alla libera circolazione delle merci e delle persone. In particolare, a differenza della libertà di stabilimento la libera circolazione dei servizi non si rivolge a soggetti in particolare, essendo invece invocabile da chiunque.

L'articolo 50 del Trattato CEE qualifica i servizi come “prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione”, ove non regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone; per tali prestazioni, dunque, i soggetti possono esercitare, a titolo temporaneo, le loro attività alle stesse condizioni imposte dal paese prescelto nei confronti dei propri cittadini.

Infine, la libera circolazione dei capitali è il principio *apriporta* per la liberalizzazione di determinate categorie di operazioni finanziarie<sup>233</sup>. Le disposizioni ad essa relative richiamano più volte le altre due libertà e presentano un'impostazione meno rigorosa, più aperta a deroghe e restrizioni.

A causa dei contrasti con le libertà appena illustrate, la Commissione europea indirizzava al Governo italiano una lettera di messa in mora, lettera con la quale nella fase pre-contenziosa della procedura d'infrazione si *contestano gli addebiti*, ossia le violazioni commesse. Dopo la replica italiana pervenuta nel maggio del 1998, attraverso l'invio di un parere motivato<sup>234</sup> la Commissione assegnava allo Stato due mesi di tempo, decorrenti dall'agosto del medesimo anno, per adeguarsi ai parametri che la Commissione evidenziava come violati.

---

<sup>232</sup> Le norme sulle quattro libertà vengono definite *fondamentali* dalla Giurisprudenza europea, tra le altre, nella causa C-212/06 (sent. CGUE, grande sezione, 1/04/2008), in cui si legge che queste “costituiscono norme fondamentali per la CE e [...] è vietato ogni ostacolo a queste libertà, anche se di minore importanza”.

<sup>233</sup> Se ne possono distinguere tre categorie: operazioni da liberalizzare completamente; operazioni soggette alla liberalizzazione condizionata; operazioni esenti da qualsiasi impegno di liberalizzazione. Si veda TRECCANI, voce *Libera circolazione dei capitali* in Treccani.it – Enciclopedie on line, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana.

<sup>234</sup> Atto attraverso il quale si *cristallizzano* le contestazioni mosse, anche in ragione del fatto che queste stesse dovranno essere usate, senza mutamenti, come motivi alla base del ricorso che si voglia eventualmente presentare dinanzi la Corte di Giustizia, attivando la fase contenziosa del procedimento per infrazione. Per questa ragione, è necessario che il parere sia appunto *motivato* in fatto ed in diritto.

La tardività della risposta italiana ha portato la Commissione, nel febbraio del 1999, a adire la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, al fine di constatare in sede giudiziaria le violazioni ascrivibili alla Repubblica Italiana.

Nell'attesa della decisione dei giudici, il legislatore ha tentato di porre parziale rimedio alle criticità ora illustrate attraverso un intervento normativo del 1999 e con chiarimenti di fonte regolamentare nel 2000.

La legge finanziaria del 2000 (l. 488 del 1999) conteneva un capo interamente dedicato alle disposizioni volte ad accelerare i processi di privatizzazione; all'articolo 66 si prevedeva non solo una sorta di censimento delle partecipazioni statali con espressa individuazione di quelle di cui sarebbe stata consentita la dismissione, ma soprattutto una diversa regolamentazione dei poteri speciali introdotti nel '94. La disposizione in esame prevedeva limiti concreti all'introduzione dei suddetti poteri, subordinandone la previsione statutaria a rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, con particolare riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa. È importante evidenziare come ulteriori limiti siano posti con riguardo alla *forma* e alla misura di tali poteri, che devono essere non solo idonei alla tutela degli interessi anzidetti, ma anche *proporzionati*. Un passaggio fondamentale, oltre alla previsione astratta della sottoposizione a limiti temporali, è quello dell'ultimo periodo del terzo comma, in cui si sanciva la soggezione dei poteri non solo all'ordinamento interno, ma anche a quello comunitario e ai suoi principi, tra cui il principio di non discriminazione, e la coerenza con obiettivi interni e comunitari, quali la tutela della concorrenza e del mercato e il completamento delle procedure di privatizzazione.

Ancora, il quarto comma del medesimo articolo affidava ad una fonte di secondo livello la concreta individuazione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, e che dovranno essere "obiettivi, stabili nel tempo e resi previamente pubblici". L'articolo chiosa con l'abrogazione di quanto incompatibile con le disposizioni ora descritte.

In ottemperanza a quanto ivi previsto, il d.P.C.M 11 febbraio 2000<sup>235</sup> individuava concretamente le finalità dei poteri speciali, includendovi l'obiettivo di salvaguardare vitali interessi dello Stato e gli obiettivi in materia di privatizzazioni e di promozione della

---

<sup>235</sup> Decreto rubricato "Definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali di cui all'art. 2 del D.L. 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 1994, n. 474, ai sensi dell'art. 66, comma 4, della L. 23 dicembre 1999, n. 488".

concorrenza e del mercato. All'articolo 2 stabiliva inoltre i criteri da seguire ai fini dell'esercizio del potere di gradimento subordinandovi, con l'ultimo comma, anche i poteri diversi non nominati.

La fase contenziosa della (prima) procedura d'infrazione aperta dalla Commissione europea nei riguardi della Repubblica Italiana si chiude, il 23 maggio 2000, con la condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia<sup>236</sup>. La normativa nazionale viene ritenuta anche dai giudici di Strasburgo in contrasto con gli allora articoli 43, 49 e 56 CE – oggi 49, 56 e 63 TFUE – che sanciscono le fondamentali libertà di stabilimento, prestazione di servizi e circolazione di capitali.

L'Italia non è né il primo né l'unico paese che ha visto il proprio meccanismo sui poteri speciali censurato dalle istituzioni europee. Tra le tante sentenze di condanna della CGUE, appare ricorrente un'elencazione di criteri che possono indirizzare il legislatore statale al fine di adeguare e conformare la disciplina al quadro normativo europeo. Anche nella sentenza di condanna appena menzionata, i giudici europei sottolineano come i poteri speciali debbano necessariamente soddisfare almeno tre condizioni, tra cui il rispetto del principio di non discriminazione nella valutazione degli investimenti; la presenza di motivi imperativi di interesse nazionale che giustifichino l'esercizio di tali poteri; la proporzione di questi al fine, vale a dire l'idoneità degli stessi a raggiungere gli obiettivi prefissati senza andare oltre il necessario, dunque senza imporre ai privati un sacrificio inutile ed ingiustificato.

A nulla sono valsi gli interventi normativi dell'Italia volti a conformarsi alle contestazioni della Commissione, considerati dalla Corte tardivi in quanto la situazione valutabile in sede di contenzioso era solamente quella cristallizzata allo scadere dei termini accordati allo Stato per provvedere, senza che si potesse tenere conto di quanto successivamente realizzato.

Sulla base delle modifiche normative avvenute in costanza di giudizio (l. 488 del 1999 e d.P.C.M. 11 febbraio 2000), nel febbraio 2003 la Commissione inaugurava la seconda stagione di contestazioni con una seconda lettera di messa in mora indirizzata al Governo italiano. Anche stavolta, le violazioni contestate riguardavano gli articoli 43 e 56 del Trattato CE. Al sollecito

---

<sup>236</sup> CGUE, sent. 23 maggio 2000, causa C-58/99, *Commissione c. Italia*. A riguardo, cfr. C. SAN MAURO, *La Disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, pp. 409-433

della Commissione, il Governo risponde nel giugno del 2003 facendo pervenire le proprie osservazioni e impegnandosi ad apportare in tempi rapidi modifiche alla normativa allora vigente.

Con la legge finanziaria per il 2004 (legge n. 24 dicembre 2003, n. 350) si è proceduto ad una «generale revisione»<sup>237</sup> della disciplina vigente. L'intento era quello di adeguare l'assetto normativo preesistente alle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia europea. Così, in questa legge con articoli dagli infiniti commi, l'articolo 4 commi 227-231 riformula il contenuto dell'articolo 2 del decreto legge n. 332/1994 prevedendo, tra le altre cose<sup>238</sup>, la sostituzione del potere di gradimento con un più garantistico potere di opposizione<sup>239</sup>: il potere doveva essere esercitato entro dieci giorni<sup>240</sup> ed era limitato ai casi in cui risultassero coinvolti soggetti nei confronti dei quali operava un limite massimo al possesso azionario, nonché subordinato alla sussistenza di un "pregiudizio agli interessi vitali dello Stato"<sup>241</sup>. L'atto di opposizione veniva esplicitamente qualificato come provvedimento e pertanto doveva essere, per leggi generali (art. 3, l. 241/1990) e per tale disposizione speciale, debitamente motivato in relazione al concreto pregiudizio ravvisato, e contro lo stesso era possibile proporre ricorso innanzi al tribunale amministrativo.

L'obbligo di motivazione si estendeva anche all'esercizio del potere di veto, mentre il potere di nomina veniva compresso nella possibilità di nominare un solo amministratore, privo però del diritto di voto. Resta da notare, inoltre, che mentre il potere di gradimento veniva configurato come una condizione di validità e l'eventuale rifiuto comportava la nullità di quanto fatto in sua assenza, il potere di opposizione, essendo esercitabile *ex post*, ove dispiegato produceva l'*inefficacia* di quanto colpito dallo stesso.

Infine, l'opposizione poteva essere esercitata solo per singole operazioni e/o nelle ipotesi in cui determinate partecipazioni registrassero un incremento pari o superiore alla misura già prevista,

---

<sup>237</sup> Così L. SCIPIONE, *L'arma della "golden share" tra giurisprudenza comunitaria ed evoluzione normativa interna*, cit.

<sup>238</sup> Ad esempio, il mutamento di denominazione del Ministero del Tesoro, ora Ministero dell'Economia e della finanza e il fatto che i poteri siano esercitabili da tale ministero non più d'intesa con i ministeri elencati nella disposizione, quanto con il ministero competente *ratione materiae* individuato volta per volta.

<sup>239</sup> La CGUE aveva già avuto modo di esprimere la sua preferenza per tale regime, in particolare al punto n. 49 della sentenza del 4 giugno 2002 in riferimento alla causa Commissione c. Belgio, C-503/99.

<sup>240</sup> Non più sessanta.

<sup>241</sup> Sulla base di queste circostanze, i poteri potevano essere esercitati solo in coerenza con i criteri concretamente individuati da un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (art. 4, comma 230).

nonché ove sopravvenissero “motivi imperiosi di interesse pubblico”, entro 10 giorni dall’insorgere degli stessi e dandone debitamente conto nella motivazione del provvedimento.

Una più puntale e chiara previsione, rispetto a quella del 2000, dei criteri per l’esercizio di *tutti* i poteri speciali è venuta dal d.P.C.M 10 giugno 2004, il quale ha sostituito il precedente. Si noti come, nella formulazione di tale decreto, ricorra la fattispecie del *grave ed effettivo pericolo* di (...) come criterio di esercizio, senza però mai specificare *cosa si intenda per pericolo* e come debba essere inteso l’aggettivo *grave*. È inoltre importante notare come il requisito della proporzionalità faccia finalmente il suo ingresso formale nella disciplina della materia, attraverso la previsione dell’esercizio dei poteri anche in forma condizionata proprio al fine di garantire la proporzionalità delle misure.

Le modifiche e i chiarimenti del legislatore si sono però mostrati insufficienti rispetto ai profondi contrasti con l’ordinamento comunitario che la giurisprudenza europea ha avuto modo di evidenziare e censurare.

Il 22 dicembre del 2004 la Commissione invia una lettera di messa in mora complementare in cui denuncia la persistenza delle violazioni delle norme dei trattati che riguardano la libertà di circolazione e di stabilimento, nonostante le modifiche normative e l’emanazione di nuovi criteri. Il governo italiano replica sostenendo la conformità dei più recenti interventi legislativi al diritto comunitario e nell’ottobre dello stesso anno la Commissione emana un parere motivato con cui accusa di vaghezza ed indeterminazione la formulazione dei nuovi criteri tanto difesi e l’ampiezza della discrezionalità che connota i poteri così definiti ed esercitabili, nociva per una efficace tutela giurisdizionale. L’ampia discrezionalità, infatti, rende il sindacato del giudice sempre più ristretto: si può dire che i due valori siano inversamente proporzionali e che all’aumentare dell’uno, diminuisca l’altro. Il problema non si esaurirà con l’esperienza della Golden Share, arrivando a riempire le pagine di dottrina, giurisprudenza (*e tesisti*) anche in relazione al successivo Golden Power.

I controlli in tal modo imposti dallo Stato vengono qualificati come *ingiustificati, sproporzionati* e pertanto costitutivi di indebite limitazioni alle libertà di stabilimento e circolazione. Così, da Bruxelles arriva nuovamente l’invito a modificare entro due mesi la disciplina vigente.



In risposta al dissenso stavolta manifestato dal Governo italiano, fermo nelle sue posizioni, la Commissione adisce nuovamente la Corte di Giustizia. Anche in questo caso, la procedura di infrazione non si arresta nello stadio stragiudiziale, basato sul contraddittorio diretto e volto proprio alla composizione amichevole della lite, evitando così l'ingresso nelle aule di giustizia.

Tra la risposta del governo e la conseguente azione della Commissione si frappone l'intervento legislativo del 23 dicembre 2005, la Legge finanziaria per il 2006 (legge n. 266/2005), che introduce nel quadro dell'intervento statale in economia uno strumento che verrà definito, in maniera eloquente, *poison pill*, "pillola avvelenata". Tale strumento apriva un'ulteriore strada di difesa, dei poteri ulteriori "in funzione antiscalata"<sup>242</sup>: con il medesimo obiettivo della Golden Share, vale a dire mantenere il potere dell'azionista (o meno) pubblico su determinate imprese, la *poison pill* si sostanziava nella possibilità dell'azionista pubblico di deliberare un aumento di capitale al fine di ostacolare il lancio di offerte pubbliche di acquisto non concordate. Il diritto commerciale prevede, infatti, che al superamento di determinate soglie si sia tenuti a formulare un'OPA, la quale consente di acquisire le quote mancanti. In questo contesto, i commi da 381 a 384 dell'articolo 1 della finanziaria del 2005, hanno previsto che nelle società in cui lo Stato detenga partecipazioni considerevoli, sia possibile emettere azioni e strumenti finanziari partecipativi che, a loro volta, attribuiscono all'assemblea speciale dei titolari degli stessi "il diritto a chiedere l'emissione di nuove azioni o strumenti partecipativi con diritto di voto"<sup>243</sup> che vadano a favore dei medesimi azionisti.

Prima della sentenza conclusiva della procedura di infrazione aperta, la Corte ha modo di esprimersi su un altro punto controverso dell'assetto normativo che costituiva la Golden Share: con la riunione delle cause C- 463/04 - C-464/04, la Corte ha sancito la contrarietà alla normativa europea dell'articolo 2449 c.c., nella parte in cui consentiva allo Stato di apporre clausole statutarie che gli attribuissero il potere di nominare direttamente degli

---

<sup>242</sup> L. SCIPIONE, L'arma della "golden share" tra giurisprudenza comunitaria ed evoluzione normativa interna, cit.

<sup>243</sup> V. Camera dei Deputati, Servizio studi, *La poison pill*, consultabile al link: [http://leg15.camera.it/cartellecomuni/leg14/RapportoAttivitaCommissioni/testi/05/05\\_cap10\\_sch03.htm](http://leg15.camera.it/cartellecomuni/leg14/RapportoAttivitaCommissioni/testi/05/05_cap10_sch03.htm)

amministratori<sup>244</sup>, considerando lo stesso potere come sproporzionato rispetto alla partecipazione al capitale<sup>245</sup>.

La sentenza del 26 marzo 2009<sup>246</sup> chiude anche questo secondo capitolo condannando, ancora una volta, l'Italia. Il *focus* dei giudici di Strasburgo è, questa volta, il d.P.C.M di individuazione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, circostanza che infervora la difesa italiana, senza però che le sue argomentazioni siano condivise ed accolte. La Corte rileva come dette disposizioni, nella misura in cui si applicano all'art. 2 del d.l. n. 332 del 1994, contrastano con i principi comunitari già oggetto delle contestazioni della Commissione. Detti criteri vengono definiti «vaghi e di portata indeterminata», colpevoli di assegnare allo Stato «ampi poteri discrezionali nel giudicare i rischi per gli interessi vitali dello Stato».

Preliminarmente ed in risposta alle argomentazioni della difesa italiana, si chiarisce come ad essere violate siano *sia* la libertà di stabilimento, ex articolo 43 CE, *sia* la libertà di circolazione dei capitali, ex art. 56 CE: la prima, in quanto la detenzione da parte di un qualunque soggetto di quote di società e la possibilità astratta di arrivare a detenerne il controllo e dunque a poter decidere per essa inerisce all'ambito di operatività dell'art. 43; la seconda, in quanto l'art. 56 copre i c.d. investimenti diretti, ossia “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”.

La normativa oggetto di censura si indirizza a qualunque partecipazione e non soltanto a quelle in grado di indirizzare l'attività della società: pertanto, essa rientra nell'ambito di applicazione di entrambi gli articoli ora menzionati<sup>247</sup>.

In relazione al potere di opposizione, la Corte accusa la normativa italiana di essere non conforme al fondamentale principio di proporzionalità: *sproporzionata* in quanto non parametrizza le misure previste al risultato da raggiungere, ma travalica i limiti del necessario spingendosi oltre. Questo determina, inevitabilmente, una incompatibilità con l'ordinamento comunitario nella parte in cui le deroghe ai principi contenuti nei trattati non sono giustificati per la parte

---

<sup>244</sup> Si vedano CGUE, 6 dicembre 2007, cause riunite C- 463/04 - C-464/04 e L. SCIPIONE, *L'arma della “golden share” tra giurisprudenza comunitaria ed evoluzione normativa interna*, in “Innovazione e diritto”, 1-2 |2010, p. 87

<sup>245</sup> Così l'Avvocato Generale Poires Maduro nelle conclusioni presentate innanzi alla Corte.

<sup>246</sup> CGUE, sent. 26 marzo 2009, causa C-326/07.

<sup>247</sup> Cfr. CGUE, sent. 26 mar 2009, C-326/07, punti 34, 35 e 36.

che eccede l'essenziale. I giudici evidenziano come eventuali deroghe ai trattati e dunque limiti alle libertà ivi stabilite possono essere consentite, ma necessario è innanzitutto verificare l'esistenza di strumenti comunitari al fine di far fronte al problema, e solo in assenza di armonizzazione procedere con interventi che siano comunque situati all'interno del perimetro tracciato dai Trattati stessi e nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>248</sup>.

È invece assente, nella formulazione del d.P.C.M contestato, un reale nesso<sup>249</sup> tra i criteri ed i poteri che ad essi debbano uniformarsi.<sup>250</sup> Ad avvalorare tale punto contribuisce il fatto che il d.P.C.M precedente al 2004 non distingueva i criteri per ciascun potere, prevedendoli unicamente per il potere di gradimento ed estendendoli con un distratto rinvio ai rimanenti. Tali circostanze determinano una rilevante situazione di incertezza che scoraggia gli investitori che abbiano intenzione di stabilirsi in Italia. Ad avviso della Corte, misure meno restrittive sarebbero idonee a raggiungere i medesimi obiettivi chiedendo un minor sacrificio ai privati.

Anche con riguardo al potere di veto, la normativa viene qualificata come imprecisa e sproporzionata, sganciata da condizioni oggettive e verificabili. Il centro di gravità di tale sentenza, dunque, non è l'illegittimità di per sé dei poteri speciali (questi, peraltro sono stati ritenuti compatibili con l'ordinamento in particolare nella causa Commissione c. Belgio, sebbene in forma diversa), né dei relativi criteri, quanto un'astrattezza degli stessi e una diffusa non proporzionalità delle previsioni.

Nel maggio del 2010 il legislatore italiano *ritocca* il decreto censurato, non eliminando le fattispecie incriminate.

Così, il 16 febbraio 2011 la Commissione europea invia, per la terza volta, un parere motivato al Governo italiano, accusandolo di violare la disciplina comunitaria con le disposizioni contenute nella legge n. 350 del 2004 (che non era stata oggetto della precedente procedura di infrazione, incentrata sul d.P.C.M del medesimo anno) e sui d.P.C.M che introducevano le clausole attributive di poteri statali negli statuti di società come Enel e Finmeccanica; quindi, gli statuti stessi<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> Cfr. sent. 26 mar 2009, C-326/07, punti 41 e 42.

<sup>249</sup> Si veda il punto 47: «Orbene, l'applicazione dei criteri controversi, considerati in relazione all'esercizio dei poteri di opposizione, non è atta a conseguire gli obiettivi perseguiti nel caso di specie a causa della mancanza di un nesso tra detti criteri e tali poteri»

<sup>250</sup> Cfr. sent. 26 mar 2009, C-326/07, punto 42.

<sup>251</sup> Nel dettaglio, ad essere censurati sono l'art. 4 della legge, per i commi dal 227 al 231, i d.P.C.M. del 17 e 28 settembre 1999 e gli statuti di ENEL S.p.A., ENI S.p.A, Finmeccanica S.p.A., Terna S.p.A. e Telecom S.p.a.

In particolare, la Commissione riconosce: la legittimità degli obiettivi perseguiti e degli interessi tutelati; che, sulla base della giurisprudenza comunitaria già intervenuta in materia, sia astrattamente possibile la previsione di limitazioni alle libertà qui violate per ragioni imperative di interesse generale, purché non esista a livello comunitario uno strumento con cui farvi fronte e comunque nel solco dei trattati e in maniera *proporzionata*; che la Corte abbia altresì riconosciuto la possibilità che in alcune circostanze lo Stato mantenga un certo grado di influenza su imprese che operino nei settori dei servizi di interesse pubblico o strategici<sup>252</sup>.

Alla luce di quanto detto, le limitazioni potrebbero essere apposte, se solo fossero proporzionate. A parere della Commissione, la normativa italiana scoraggia gli investimenti diretti e di portafoglio proprio a causa della sproporzione delle misure adottabili e dell'incertezza che le avvolge, stante la ampia discrezionalità che viene assegnata al Ministro dell'Economia da criteri che impongono limiti astratti e generici.

Sul punto di deferire la questione alla CGUE, la Commissione viene informata dal Governo italiano dell'inizio dei lavori finalizzati a rinnovare e conformare la normativa, così arrendendosi senza che il ricorso sia mai depositato<sup>253</sup>.

Rimane da chiarire, al termine dell'analisi delle vicende giudiziarie di cui la Golden Share italiana è stata oggetto, che la Corte di Giustizia non si è mai espressa nei termini di una preclusione assoluta nei suoi confronti, né ha mai taciuto lo strumento *in sé e per sé* di violazione dei trattati. Le censure europee hanno riguardato, in tutti i casi, esclusivamente le modalità di esercizio dei poteri stessi, e in particolare la loro ampiezza, i criteri di esercizio e la (s)proporzione tra fattispecie e conseguenze.

In uno specifico caso, i giudici di Strasburgo hanno considerato il meccanismo dei poteri speciali *compatibile* con l'ordinamento: si trattava del meccanismo belga che, proprio a seguito di tale riconoscimento, è stato preso a modello da molti degli Stati che avevano subito una sentenza di condanna, compresa l'Italia<sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> Tale riconoscimento è contenuto nella sentenza n. del 4 giugno 2002 in riferimento alla causa Commissione c. Belgio, C-503/99).

<sup>253</sup> Per una ricostruzione più dettagliata delle dinamiche, si veda F. GASPARI, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno comunitario e comparato*, cit.

<sup>254</sup> Il modello belga si caratterizzava per alcuni elementi particolarmente apprezzati dalla Corte che hanno consentito a quest'ultima di esprimersi favorevolmente rispetto a tale regime, ritenendo le misure adeguate e dunque giustificate le droghe: il regime di opposizione (*e non di mero gradimento*), ad opinione della Corte (punto 49 della sentenza) «part[iva] dal principio di rispetto dell'autonomia di decisione dell'impresa» sostituendosi ad

A seguito delle censure della Commissione e davanti al paventato ricorso alla Corte di Giustizia, al fine di evitare l'ennesima condanna europea, l'Italia passerà al nuovo sistema del Golden Power con il decreto legge n. 21 del 2012.

Con il nuovo sistema lo Stato rinunciava a quel formale collegamento che insisteva nel mantenere con le imprese, optando per un meccanismo in cui "l'intervento pubblico prescinde totalmente dalla titolarità di alcuna azione, non corrispondendo ad una quota di partecipazione societaria"<sup>255</sup>.

Il cambio di paradigma, però, non rappresenta soltanto un adeguamento alle decisioni della giurisprudenza europea, quanto anche un adattamento alle trasformazioni del mondo economico: la situazione economica europea era stata profondamente alterata dal processo di privatizzazione e dismissione, e la fine della tendenza alla partecipazione pubblica richiedeva uno strumento diverso, che dunque prescindesse dal legame con la società. In più, assume rilievo in dato contesto, più concorrenziale, non più il soggetto – l'impresa o la società –, quanto l'oggetto – l'attività concretamente svolta -. Il processo di privatizzazione delle grandi imprese ha infatti raggiunto il suo scopo dal punto di vista concorrenziale, eliminando i monopoli e consentendo che anche altri e nuovi soggetti operassero in ambiti fino a prima loro preclusi. Pertanto, fondamentale diviene per lo stato influire non tanto sull'impresa in sé, quanto sul settore di attività considerato essenziale o strategico. Lo Stato necessitava non più di un'azione d'oro, quanto di un *potere* speciale, che gli attribuisse poteri incisivi a prescindere dalla qualità di socio: un *potere d'oro*, il *golden power*.

---

un regime autorizzatorio; ancora, i poteri riguardavano non tanto le imprese quanto gli attivi strategici da esse detenute e l'esercizio dei poteri era condizionato ad obiettivi specifici e ben definiti ed i relativi provvedimenti di esercizio dovevano essere motivati, rendendo efficace il controllo giurisdizionale; infine, la Corte riconosceva l'idoneità e la proporzionalità delle misure, non individuandone di meno incisive.

Sul punto, si veda la sentenza n. del 4 giugno 2002 conclusiva della causa Commissione c. Belgio, C-503/99) e F. BASSAN, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, in Studi sull'integrazione europea, 2014, n. 9, pp. 57-80

<sup>255</sup> S. VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di Golden share e principio di legalità*, in Il Foro amministrativo, CdS, 2003, p. 2752 ss.

## 2. Golden Share e Golden Power a confronto

A seguito dell'analisi svolta sulla normativa Golden Power prima e sulla vecchia Golden Share poi, ci si può interrogare su quale dei due sistemi di ingerenza statale in economia sia o sia stato più ampio e profondo.

Da un lato, la vecchia Golden Share conosceva pochi vincoli, ma si limitava ad un numero ristretto di società appositamente individuate; dall'altro, il nuovo Golden Power è frutto delle modifiche ad una normativa accusata di essere troppo vaga, e pertanto è imbrigliato in vincoli e definizioni (non per tutti comunque sufficienti), ma rivolto ad interi settori di attività.

La differenza sostanziale che immediatamente salta all'occhio riguarda, però, la legittimazione dei due interventi.

Nel precedente paradigma due erano le possibili giustificazioni del potere statale: il possesso azionario, per quanto previsto dal decreto legge n. 332 del 1994 e dall'art. 2449 c.c. e, di fatto, il carattere pubblico che l'impresa aveva in passato rivestito, stante i poteri che l'articolo 2450 affidava allo Stato in quanto tale – dunque non come azionista – su determinate imprese.

Con il Golden Power lo Stato, ed i suoi poteri, si staccano da questo appiglio: lo Stato agisce in quanto tale e non in virtù del possesso di qualcosa, presente o passata. L'incisività dell'intervento si basa sulla necessità di tutelare interessi fondamentali, non nel ruolo di azionista ma nel ruolo di *garante*.

Non è più l'azione ad essere d'oro, ma il *potere*, strumento d'esercizio di sovranità economica.

Da questo punto di vista, l'odierno Golden Power risulta essere un potere molto più ampio in quanto in grado di incidere sulla sfera privata di un numero indeterminabile di soggetti e non più su pochi selezionati. È per questo pacificamente potere *speciale*, ossia eccezionale e straordinario, poiché l'esercizio di tali poteri interviene sull'economia e conculca e limita la libertà di iniziativa economica. Anche per questa ragione, non possono che essere considerati poteri pubblici caratterizzati da autoritatività.

Mentre dunque la Golden Share conferiva un potere "generale", in quanto gli ambiti di intervento presentavano confini poco marcati, il Golden Power è un potere *speciale*, d'eccezione, che opera nei soli casi previsti dalla legge. Condizione legittimante per l'esercizio è infatti la stretta interpretazione del quadro normativo in cui è inserito.

A conferma di questo, si può operare un rapido confronto tra la normativa del primo e del secondo istituto: la prima, magra e minuta, nulla ha a che fare con gli infiniti meandri della seconda, costituita da una intera legge dedicata e una estesa normativa secondaria, in cui facile è perdersi tra rinvii e previsioni all'apparenza simili ma in realtà molto diverse.

È comunque importante ricordare come il modello della Golden Share poco si adattasse alla realtà economica ormai mutata dal momento di transizione in cui lo strumento era stato ideato: con l'affermarsi della concorrenza nei più svariati contesti e, soprattutto, nei settori prima soggetti a monopolio, un potere legato all'attuale o precedente presenza all'interno della società mal si conciliava con la miriade di nuove imprese operanti nei settori considerati essenziali e/o strategici. Con il Golden Power i poteri non riguardano più singole società determinate, ma interi settori, perdipiù in costante aumento poiché connessi al dinamismo del concetto di *strategicità*, divenuto centrale nel nuovo assetto.

Muta il criterio di individuazione dell'ambito di applicazione, da soggettivo (il Ministro individuava singolarmente le imprese rilevanti) ad oggettivo: le imprese *assumono un valore oggettivo*, legato all'attività svolta e al ruolo di operatore di un determinato settore.

Contestualmente, si affievolisce il carattere discrezionale e *politico* della decisione. Nel precedente regime la decisione era affidata al Ministro del Tesoro con il coinvolgimento di omologhi titolari di diversi dicasteri, dunque ad un organo politico che decideva se e come agire. Nell'attuale sistema, la decisione assume una minor valenza politica in quanto mitigata da una serie di fattori: in primis, il vaglio politico è l'ultimo passaggio di un ben più strutturato procedimento, che vede preliminarmente coinvolto un nucleo di esperti appartenenti alle fila dell'amministrazione pubblica - dunque non soggetti politici - che analizzano le operazioni notificate dal punto di vista della normativa vigente, vagliandone la ricevibilità e la appartenenza delle fattispecie prospettate al novero di quelle rilevanti; successivamente, l'operazione è sottoposta all'esame di un secondo gruppo, detto *di Coordinamento* proprio in quanto funzionale al temperamento di una moltitudine di interessi e pertanto composto da personalità tecniche e politiche; infine, la proposta di esercizio o non esercizio (se non adottata all'unanimità<sup>256</sup>) arriva nelle stanze non di una singola personalità politica, quanto di un collegio, il Consiglio dei Ministri. La decisione politica, dunque, arriva per ultima al fine di

---

<sup>256</sup> Si ricordi che, in questo caso, l'unanimità assume una rilevanza tale da eliminare il passaggio in Consiglio dei Ministri.

contemperare interessi che vanno al di là del concreto danno derivante dall'operazione, andando a valutare l'impatto *potenziale* anche su interessi diversi.

La delibera di esercizio, comunque, viene qualificata dalla più recente giurisprudenza<sup>257</sup> come atto di alta amministrazione, sindacabile dal giudice amministrativo negli stretti confini della manifesta illogicità.

Anche i poteri in concreto esercitabili sono dissimili da quelli passati: il mero gradimento, poi trasformatosi in opposizione, il veto, la nomina, sono sostituiti dal potere di imporre prescrizioni e condizioni, di opposizione e di veto, con nomi simili ma significati differenti. La nuova normativa assorbe gli indirizzi europei in tema di proporzionalità e prevede una graduazione dei poteri in ragione della fattispecie concreta. È sempre da prediligersi il potere meno incisivo ove questo sia in grado di raggiungere l'obiettivo prefissato.

In questo senso, lo Stato osserva dall'esterno ed interviene all'evenienza, dismettendo i panni dell'intruso partecipe della vita delle società. Come più volte detto, lo Stato assume le sembianze di un guardiano che vigila e si intromette solo quando necessario.

Frutto della giurisprudenza europea sono anche i vincoli e i limiti più stringenti che tale normativa riporta, tra cui l'elencazione delle fattispecie rilevanti in fonti secondarie e una formulazione di concetti sicuramente più chiara, ma ancora non scevra da incomprensioni, con un alone di incertezza e di ambiguità non eliminabile.

A questa si deve anche una differenziazione degli investitori sul piano soggettivo, con regole diverse per investitori europei e *non*, proprio in virtù delle *regole di condominio* che Stati abitanti dello stesso stabile hanno deciso di darsi al fine di portare avanti una pacifica convivenza e una complicità economica. Mentre la Golden Share si differenziava dagli omologhi strumenti di altri paesi per l'assenza dell'elemento discriminatorio, in quanto applicabile nei confronti di qualunque investitore, il Golden Power ha sempre previsto regole differenziate, fino all'ampliamento della nozione di soggetto estero e all'estensione dei controlli verso investitori europei ed italiani.

L'altra grande novità è poi rappresentata dal rapporto che si instaura tra Stato ed imprese coinvolte, l'acquirente e la *target*: con la nuova normativa si è proceduto ad una vera e propria

---

<sup>257</sup> Si vedano TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486 e n. 4488 e Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289.



procedimentalizzazione dell'iter che porta all'esercizio dei poteri, percorso che ha inizio, generalmente, con una comunicazione proveniente dall'impresa che intenda realizzare un'operazione contemplata nella normativa e solo eccezionalmente con l'apertura d'ufficio del procedimento. Fin da subito, dunque, pubblico e privato sono costretti a dialogare e cooperare al fine di consentire una più rapida conclusione del procedimento, coinvolgendo in questa interlocuzione a due anche un terzo, cioè la società a cui è materialmente indirizzata l'operazione. Entrambi i soggetti devono essere coinvolti al fine di realizzare un vero e proprio contraddittorio infraprocedimentale, che consenta di acquisire elementi e contestarne altri. È recentissima la previsione di un sistema di supporto finanziario per le imprese destinatarie di un provvedimento di esercizio dei poteri speciali, segno ancor più evidente della intenzione di realizzare una vera e propria leale collaborazione tra i due poli, per definizione opposti.

Sul piano più prettamente tecnico, si noti come il criterio non più soggettivo, ma oggettivo di selezione di imprese potenzialmente interessate da detti poteri, evidenzia l'importanza di due nuovi elementi, estranei alla precedente disciplina: si tratta dell'attività svolta, ma soprattutto, degli *asset* coinvolti. La rilevanza dell'operazione si sposta da "chi compra" a "cosa si muove", cioè quale oggetto concreto, complesso di conoscenze, valore o elemento immateriale sia implicato nell'operazione e ne subisca le conseguenze. La tutela non è più verso l'impresa, ma verso ciò che conferisce valore *strategico* all'impresa, in quanto i poteri speciali sono esercitabili in relazione ad attività di rilevanza definita strategica.

Seguendo questo percorso argomentativo, dunque, non rileva solo il mero spostamento di un asset, ma anche la sua creazione *ex novo*: è in questo contesto che assume importanza anche la creazione di nuove imprese operanti in determinati settori che, per questa ragione, deve essere appositamente comunicata alla Presidenza del Consiglio. Si tratta dei c.d. investimenti *greenfield*, ossia investimenti su superficie verde, vergine<sup>258</sup>, dove è l'operazione stessa a far sorgere l'asset.

Ancora, si noti come l'esercizio dei poteri, e prima ancora l'obbligo di notifica, non siano più subordinati a soglie standard: assume grande rilevanza nella nuova normativa la nozione di controllo, inteso come la possibilità di esercitare una concreta influenza sulla società a cui l'operazione mira. La notifica è ancorata dunque all'acquisto di partecipazioni tali da consentire

---

<sup>258</sup> Per approfondire, v. cap. I, par. 3.1., pag. 37 e 3.2, pag. 49

l'assunzione del controllo per gli operatori *UE*, e più rigida e svincolata da questo presupposto per i restanti investitori. È presente dunque una marcata differenziazione tra operatori europei e *non*, mutata nel tempo e prima del tutto assente.

Una differenziazione viene altresì fatta dalla sola disciplina odierna anche per le operazioni infragruppo, ossia che si svolgano tra società soggette alla medesima *holding*.

Con l'intricarsi dei rapporti tra Stati, di processi di globalizzazione prima e de-globalizzazione poi, sono molti di più rispetto al passato gli elementi che devono essere presi in considerazione al fine di emettere una decisione che contemperi tutti gli interessi. Nuovi fenomeni hanno assunto una rilevanza prima inimmaginabile, come il finanziamento al terrorismo (la normativa Golden Share è antecedente al periodo più nero di questo fenomeno e alla data ormai simbolo di questa parola) e l'implicazione di fondi sovrani (l'economia cinese ha conosciuto un rapido e sorprendente sviluppo solo negli ultimi anni, passando da una economia basata sul settore manifatturiero – la fabbrica d'Europa – ad una società tecnologicamente estremamente avanzata che tenta di affermarsi economicamente in occidente con mosse di mercato talvolta sospette, poiché guidate dal governo). Dunque, spesso le decisioni fuoriescono dai singoli criteri di vaglio delle operazioni più *tradizionali*, richiedendo una valutazione di effetti potenziali anche alla luce di nuovi parametri.

In conclusione, i poteri conferiti allo Stato dalla normativa Golden Power si atteggiavano come potenzialmente più ampi rispetto ai precedenti, in quanto non hanno una platea limitata e sono svincolati dal ruolo di azionista, rappresentando un vero e proprio atto di manifestazione di autorità. In compenso, tali poteri sono tenuti a bada da vincoli prima inesistenti, vincoli stringenti, sempre più dettagliati ed in continuo aumento poiché legati a fattori non propriamente tecnici che meritano di essere egualmente tenuti in considerazione.

### **3. L'estensione dei poteri nelle situazioni emergenziali**

#### **3.1 Adattabilità dei poteri speciali**

Panta rei. Il celebre aforisma di Eraclito è la sintesi più efficace del concetto della mutevolezza della realtà: tutto scorre e nulla è mai uguale a se stesso. Al variare delle circostanze, però, è bene adattarsi al fine di preservare identità e obiettivi. Per lo stesso principio, qualunque strumento volto a raggiungere un determinato fine deve poter essere messo in grado di continuare il suo lavoro. Per farlo, è necessario predisporre un adeguamento di questo alle mutate condizioni esterne. E tanto più forte sarà il cambiamento, tanto più robusto dovrà essere l'intervento.

Nell'analisi che si è fatta della normativa Golden Power, si è proposta una tipizzazione delle variazioni apportate alla stessa negli anni, individuando quattro ordini di modifiche: europee, emergenziali, di semplificazione, e modifiche legate al tempo ed alla evoluzione degli interessi. Su tutte pesano le vicende politico-economiche che interessano il Paese e l'Unione.

Le modifiche di ordine emergenziale sono così dette perché frutto di interventi repentini, spesso non programmati, volti a far fronte a situazioni inaspettate. Questi periodi si caratterizzano, infatti, per una confusione diffusa che porta spesso a mutamenti negli equilibri di potere e al modo in cui questo viene esercitato: misure temporanee accompagnano e comportano l'irrigidimento di alcuni, il ridimensionamento di altri. Il tutto può essere ricondotto ad una questione di efficienza: se si vuole mantenere invariata "la capacità di rendimento e di rispondenza ai propri fini" di uno strumento, è necessario che questo venga rimodulato in base alle nuove esigenze. E sicuramente anche una questione di efficacia, al fine di consentire allo strumento di "produrre pienamente l'effetto voluto"<sup>259</sup>.

In particolare, uno strumento di protezione e di salvaguardia di istanze nazionali quale è il Golden Power ha registrato, in periodi di crisi e incertezze, un naturale e fisiologico irrigidimento. Di fronte a evidenti difficoltà del tessuto economico e in vista di possibili attacchi esterni, il Governo ha inteso innalzare barriere in segno di pronta difesa.

---

<sup>259</sup> Entrambi i virgolettati sono definizioni date dall'Enciclopedia italiana Treccani alle voci "efficienza" ed "efficacia".

Questo atteggiamento è stato avallato e incoraggiato dalle istituzioni europee in maniera esplicita, in particolare con le comunicazioni che la Commissione ha indirizzato agli Stati membri, così incentivando e legittimando gli interventi.

Gli interventi normativi di matrice emergenziale possono dunque collocarsi in un due precisi momenti storici: la pandemia da Covid-19 nel 2020 e il conflitto tra Russia ed Ucraina nel 2021. I due momenti sono tra loro profondamente diversi e, in ragione di ciò, hanno prodotto effetti distinti che è opportuno analizzare separatamente.

### **3.2 La pandemia da Covid-19 ed il Decreto Liquidità**

Il periodo pandemico ha generato, nel nostro paese, una serie di incertezze e difficoltà. Preliminarmente merita di essere ricordato il fatto che l'Italia sia stata il primo paese europeo (se non occidentale) ad essere colpito dall'epidemia da Covid-19 e quello che più di tutti ne ha risentito. A ciò si aggiunga che la crisi non interessava (*in un primo momento e nello specifico*), come successo in passato, il settore economico-finanziario, quanto invece un settore (altamente) sensibile come la salute, con un coinvolgimento nel rischio di tutta la popolazione. La situazione sanitaria ha poi prodotto ingenti ripercussioni economiche, in ragione della frenata di emergenza prima e dello stop forzato poi che la risposta alla pandemia ha richiesto all'attività di impresa, e nella difficoltà della ripresa, data dalla carenza di domanda e dalle difficoltà finanziarie che influenzavano l'offerta. La pandemia da Covid-19 ha dunque immobilizzato momentaneamente l'economia e poi ne ha ostacolato la ripresa, così ponendo a rischio il tessuto imprenditoriale italiano, facile preda di chi non veniva a trovarsi nella medesima situazione.

È in questo contesto che il Governo italiano decide di intervenire con il decreto legge 8 aprile 2020 n. 23, noto anche col nome di *Decreto liquidità*.

L'intervento legislativo è stato preceduto, come si accennava, da importanti e influenti interventi della Commissione Europea, la quale con le comunicazioni del 13 marzo 2020<sup>260</sup> e

---

<sup>260</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo. Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19

del 25 marzo 2020<sup>261</sup>, ricordava come la sanità pubblica fosse stata riconosciuta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea come un motivo imperativo di interesse generale in grado di giustificare eventuali restrizioni alla libertà di circolazione dei capitali. Pertanto, la Commissione invitava gli Stati membri ad avvalersi appieno, da subito, dei meccanismi di controllo degli IDE ed invitava caldamente gli Stati sprovvisti di un meccanismo di controllo a istituirne uno *completo*, che tenesse conto di tutti i fattori previsti dal regolamento. Contrariamente agli orientamenti precedenti, la Commissione agiva in questo caso *contro* il libero mercato, incoraggiando l'utilizzo di uno strumento ideologicamente in contrasto con esso, al fine di garantire la stabilità economica, finanziaria, imprenditoriale europea.

Il Golden Power, strumento che opera di per sé uno sconvolgimento delle dinamiche di mercato, viene dunque usato in questa fase al fine di *abrogare* momentaneamente la legge del più forte che regola i mercati e soprattutto, al fine di non lasciare le imprese italiane *alla mercé* di attori economici stranieri. In particolare, l'intervento nazionale è volto a salvaguardare il tessuto imprenditoriale italiano, perlopiù composto da piccole e medie imprese, in maggior misura esposte agli effetti economici nefasti della pandemia, come suggerito anche dal COPASIR nelle sue relazioni<sup>262</sup>.

Il Decreto Liquidità agisce su più fronti, premettendo alle sue disposizioni il carattere temporaneo e transitorio dell'intervento, così tentando di evitare qualsivoglia censura da parte dell'Unione Europea, in ragione dell'ampiezza e dell'incisività delle nuove regole introdotte. All'articolo 15, il decreto prevede la modifica del testo del decreto legge 21 settembre 2019<sup>263</sup>, n.105, il quale (a sua volta) apportava modifiche alle previsioni della legge quadro del 2012. È in questo contesto che si procede con l'ampliamento dei settori coinvolti nella normativa, imponendo a *tutti* i soggetti (eliminando il riferimento alle sole imprese extraeuropee) di notificare l'acquisto di partecipazioni in società che detengono beni e rapporti<sup>264</sup> che ricadano

---

<sup>261</sup> “Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452 (regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti)” (2020/C 99 I/01)

<sup>262</sup> Relazione 2021 del Comitato Parlamentare sulla Sicurezza della Repubblica (COPASIR), secondo cui “l'esercizio del golden power è uno degli strumenti che il Paese ha a disposizione per proteggersi da ingressi indesiderati di capitali stranieri nella proprietà di aziende attive nei più vari settori che compongono l'articolato sistema produttivo italiano di cui il Copasir ha più volte segnalato la vulnerabilità dovuta alla massiccia presenza di PMI, prede facili degli appetiti di investitori malevoli”.

<sup>263</sup> In particolare, dispone la modifica dell'articolo 4-bis, comma 3; i commi successivi vengono invece aggiunti *ex novo*.

<sup>264</sup> Il riferimento è alla notifica di cui al comma 5 dell'art. 2 del d.l. 21/2012.

in ogni settore preso in considerazione dall'articolo 4 del Regolamento UE 452/2019 (all'epoca non ancora entrato in vigore), specificando taluni ambiti (in particolare, il settore della salute) e aggiungendo il settore creditizio e quello assicurativo. Si trasla così in avanti nel tempo il termine del sistema transitorio delineato dal precedente decreto, che obbligava alla notifica pur nelle more dell'emanazione della disciplina secondaria<sup>265</sup>. Ancora, gli obblighi di notifica sono estesi anche alle delibere, gli atti e le operazioni<sup>266</sup> che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità di detti attivi o il cambiamento della loro destinazione e ricadano nel più ampio novero di settori così tracciato.

A questo punto, l'ampliamento degli obblighi si sposta sul piano soggettivo: il comma 3-bis, lett. c) impone specifici obblighi di notifica anche nei confronti delle imprese europee, esplicitamente menzionate, per i casi in cui l'acquisto di partecipazioni sia tale da comportare l'insediamento stabile dell'acquirente, trattamento prima riservato alle sole imprese straniere.

Per i soggetti esteri non appartenenti all'Unione, invece, l'obbligo di notifica viene ancorato non solo all'asset coinvolto nell'operazione, ma anche ad un dato numerico: devono essere notificati tutti gli acquisti di partecipazioni che attribuiscono una quota dei diritti di voto o del capitale almeno pari al 10 per cento, e di soglie via via più alte<sup>267</sup>, così attribuendo rilevanza anche all'acquisto di partecipazioni minoritarie che non determinano l'assunzione del controllo. Nel valutare le operazioni notificate va tenuto conto del controllo che sull'impresa eventualmente eserciti l'amministrazione pubblica di uno Stato, anche nel caso in cui si tratti di uno stato europeo. Tra i criteri da tenere in considerazione, si fa poi un espresso rinvio a quelli delineati dalla (ai tempi) *nuova* normativa europea in materia.

Infine, l'art. 15 dispone in materia di certezza applicativa e di tempi, volendo evitare un'applicazione elusiva della disciplina in ragione del suo carattere transitorio: si chiarisce dunque come il regime si applichi ove l'obbligo di notifica sia *sorto* in costanza di validità della normativa, a nulla rilevando il fatto che l'obbligo sia stato invece assolto allo scadere della stessa. Tale precisazione serve ad evitare furbeschi tentativi di eludere le nuove disposizioni aggirandone i tempi, attraverso una notifica posticipata.

---

<sup>265</sup> La scadenza degli effetti e di tale disciplina transitoria viene resa esplicita nel comma successivo (31 dic 2020), ancorando le modifiche alla necessità di far fronte agli effetti negativi della pandemia da Covid-19.

<sup>266</sup> Qui il riferimento è alle notifiche di cui al comma 2 dell'articolo 2.

<sup>267</sup> Cfr. art. 15 d.l. 23/2020, in cui si stabilisce che la quota del 10% viene calcolata "tenuto conto delle azioni o quote già direttamente o indirettamente possedute, quando valore complessivo dell'investimento sia pari o superiore a un milione di euro, e sono altresì notificate le acquisizioni che determinano il superamento delle soglie del 15 per cento, 20 per cento, 25 per cento e 50 per cento del capitale".

L'articolo 16 è l'emblema più esplicito dell'intento di rafforzare i poteri speciali. Con questa disposizione viene introdotta nel decreto legge del 2012 la possibilità di avviare d'ufficio il procedimento nelle ipotesi in cui l'obbligo di notifica non venga rispettato.

Il segno dell'intervento è chiaro: non solo il controllo si fa più capillare sia dal punto di vista oggettivo, con l'ampliamento degli asset coinvolti, che da quello soggettivo, con la sottoposizione a vincoli anche dei soggetti europei e l'aggravio degli oneri per gli esterni all'UE, ma dalla verifica non ci si può esimere. Il mancato adempimento degli obblighi di notifica comporterà delle sanzioni ed il procedimento potrà comunque essere avviato, anche con il coinvolgimento di pubbliche amministrazioni, enti pubblici o privati, imprese o altri soggetti terzi a cui possono essere richieste informazioni.

I poteri dunque si gonfiano dinanzi al pericolo di acquisizioni *alle spalle*, in cui si approfitti di un momento di difficoltà delle imprese italiane per inglobarle in circuiti stranieri, o anche europei. L'atteggiamento italiano appare per certi versi contraddittorio: da un lato rinvia in più punti a regole *comuni* per gli Stati membri, dall'altro tenta una chiusura in chiave nazionalistica con una diffidenza indiscriminata per qualunque attore non battente tricolore.

L'art. 17 appare, ad un primo sguardo, estraneo al discorso che il capo III affronta; analizzando il contenuto delle disposizioni, però, pur operando su un piano distinto – quello della disciplina antitrust e degli obblighi di comunicazione delle partecipazioni rilevanti possedute in società quotate – si può scorgere il legame tra le due materie collocandosi tali disposizioni “sulla scia di quella medesima esigenza di trasparenza nel mercato del controllo societario, che costituisce l'elemento di collegamento con i golden powers”<sup>268</sup>.

Punto controverso di questo articolo, però, è il successivo co. 1-*bis*, formulato in sede di conversione del decreto. Tale disposizione prosegue nell'estensione dei poteri speciali, prevedendo che essi possano essere esercitati finanche per finalità come la tutela del mantenimento dei livelli occupazionali e della produttività nel territorio nazionale, limitando tale previsione ai settori agroalimentare e siderurgico. La modifica amplia in maniera quasi inopportuna l'ambito di esercizio dei poteri, ricomprendendo motivi giustificativi del tutto distanti (si potrebbe dire *estranei*) dalle esigenze di salvaguardia di interessi strategici, così guadagnandosi feroci critiche da parte della dottrina.

---

<sup>268</sup> F. BIANCONI, *I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi*, in *Contratto e Impresa*, 1 | 2022, pp. 202-251.

Le misure ora descritte sono state integrate, nel dicembre del 2020, dai due regolamenti di individuazione degli asset strategici: il d.P.C.M 179/2020<sup>269</sup> ed il 180/2020<sup>270</sup>, relativi rispettivamente a beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, del Regolamento 2019/452 e agli attivi di rilevanza strategica nei settori di cui all'articolo 2 del decreto del 2012.

La transitorietà dell'intervento è invece sfumata a seguito di proroghe<sup>271</sup> che hanno reso sostanzialmente stabile la disciplina fino ad una vera e propria assimilazione delle disposizioni nella legge quadro, complice anche il mutato atteggiamento delle istituzioni europee in tema di controllo degli investimenti esteri diretti, ora molto più attivo, partecipe e comprensivo delle preoccupazioni degli Stati membri, talvolta condivise e fatte proprie.

### **3.3 Il conflitto russo-ucraino: il Decreto Ucraina**

Le novità introdotte dal *Decreto Liquidità* trovano metaforicamente un *fissante* ed un *amplificatore* nelle disposizioni del decreto legge n. 21 del 2022, c.d. *Decreto Ucraina*.

Come suggerito dal nome, il decreto ha l'obiettivo di arginare le conseguenze del conflitto scoppiato tra Russia ed Ucraina nel febbraio del 2021, disponendo anche in materia di poteri speciali.

Si noti come questo intervento, pur rientrando nella categoria delle modifiche emergenziali, sia legato ad un'emergenza di diverso tipo, legata a rivendicazioni politiche tra Stati, e soprattutto come in questo caso sia assente una esperienza di tipo diretto: l'evento rimane imprevedibile e le misure da adottare urgenti, ma diverse sono le aree strategiche coinvolte, proprio a causa della natura diversa del fattore emergenziale e della pseudo-lontananza fisica del fenomeno, di cui i paesi europei conoscono solo conseguenze indirette.

L'intervento stavolta si colloca nel quadro di un'azione condivisa dai paesi UE, a simboleggiare una precisa scelta di campo, e non più come un atto di difesa prettamente nazionale: mentre nel

---

<sup>269</sup> Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, a norma dell'articolo 2, comma 1-ter, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56.

<sup>270</sup> Regolamento per l'individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21.

<sup>271</sup> Il termine di efficacia delle previsioni di cui all'articolo 15 è stato prorogato dapprima al 30 giugno 2021, poi al 31 dicembre 2021 e infine al 31 dicembre 2022, con i decreti legge 28 ottobre 2020, n. 137, 30 aprile 2021 n.56, art.4 e d.l. 30 dic 2021 n. 228, art. 17.1 lett a).



precedente momento di emergenza il pericolo veniva individuato nelle mosse di qualunque attore, statale *e non*, e di qualunque provenienza, a causa di una sofferenza in atto e di una vulnerabilità accertata, qui l'Europa fa fronte comune. Non è più “uno contro tutti”, ma “tutti contro uno”: la vulnerabilità potenziale dei paesi porta ad una vulnerabilità reale dell'Unione alle conseguenze del conflitto, dunque il fenomeno da avversare è uno solo e, insieme ad esso, chi ne è causa.

Con la Comunicazione del 6 aprile 2022 sugli “Orientamenti ad uso degli Stati membri riguardanti gli investimenti esteri diretti dalla Russia e dalla Bielorussia in considerazione dell'aggressione militare contro l'Ucraina e delle misure restrittive stabilite in recenti regolamenti del Consiglio sulle sanzioni” (2022/C 151 I/01), la Commissione ha fortemente incoraggiato gli Stati membri a fare il più ampio uso possibile dei meccanismi di controllo degli investimenti esteri diretti al fine di verificare investimenti controllati in ultima istanza da persone o entità russe o bielorusse, richiedendo che, in assenza, si predisponessero degli strumenti effettivamente in grado di indagare la presenza di investitori russi o bielorussi dietro le imprese formalmente parti attive in un'operazione, anche in considerazione del fatto che partecipazioni azionarie potevano esser detenute anche da tempi non sospetti. L'invito a predisporre meccanismi di controllo poggia anche sulle previsioni di cui all'art. 7 del Regolamento UE 2019/452, il quale consente un'indagine a ritroso su operazioni svolte nei precedenti 15 mesi<sup>272</sup>, così consentendo di vagliare anche investimenti all'epoca insospettabili. Ancora, in considerazione del fatto che le operazioni *intra-UE* non rientrano nell'ambito applicativo del regolamento e dunque sono esenti da controlli, la Commissione *ricorda* – senza però incoraggiare – che su tali investimenti è comunque possibile “intraprendere verifiche o attivare meccanismi di controllo nazionali” e invita dunque chi già ne disponga a farne un uso ampio e finalizzato al controllo degli investitori sovietici.

Tali restrizioni – che la Commissione tiene a precisare essere strumenti giuridici diversi dalle vere e proprie sanzioni –, non contrastano con la politica di apertura dell'UE agli investimenti stranieri, poiché questa non può essere incondizionata e trova un limite nel pericolo che da operazioni economiche possa derivare alla sicurezza o all'ordine pubblico<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup> Cfr. art. 7 co.8 Regolamento UE 452/2019.

<sup>273</sup> Nel testo della Comunicazione in esame si fa notare come “nelle circostanze attuali vi è un altissimo rischio che gli IED di investitori russi e bielorussi, in particolare effettuati da entità controllate dall'amministrazione pubblica, possano rappresentare una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico, in quanto i governi russo e bielorusso potrebbero essere più fortemente incentivati ad interferire con attività critiche nell'UE e a utilizzare la loro abilità nel controllare o dirigere gli investitori russi e bielorussi nell'UE verso tale obiettivo”.

Dunque, da un lato un dilatamento dei poteri si rendeva necessario *a prescindere* in alcune realtà come l'Italia per adeguare il meccanismo esistente a nuove esigenze, sempre nello schema dell'efficienza degli strumenti; dall'altro il Golden Power diventava un'arma bianca *fornita* dall'UE, con un irrigidimento dei controlli direttamente giustificato e legittimato dall'intervento europeo<sup>274</sup>.

Il decreto Ucraina rende definitivo il regime indicato come transitorio durante la pandemia, integrando le modifiche apportate al decreto legge n. 105 del 2019 nelle disposizioni del decreto legge 21 del 2012: i soggetti esteri vincolati alla notifica anche in base alla quota percentuale di acquisto delle partecipazioni sono qui meglio definiti dal nuovo comma *5-bis* dell'articolo 2, mentre gli oneri in capo alle imprese europee vengono confermati ed estesi anche alle imprese italiane. Questa estensione evita che la misura possa essere accusata di operare una discriminazione tra operatori nazionali e comunitari, e contemporaneamente consente di adempiere agli auspici della Commissione, aiutando in tal senso ad evitare eventuali simulazioni e ad effettuare controlli più accurati anche nei confronti degli investitori europei o italiani che abbiano alle spalle – magari da tempi non sospetti – investitori russi o bielorusi.

Nel decreto, del resto, sono però presenti ulteriori modifiche che non si legano apertamente alla situazione emergenziale<sup>275</sup>, ma usano il momento storico che consente un irrigidimento dei poteri ed un innalzamento delle barriere per inserirsi nella normativa.

Anche qui si procede con un ampliamento oggettivo dei settori e dei tipi di operazioni coinvolte, così comprendendo tra questi anche le concessioni e le costituzioni di imprese<sup>276</sup> (in aggiunta alla rilevanza dei trasferimenti e dei cambi di destinazione assegnata da precedente decreto), in particolare nell'art.1-*bis*, in cui una serie di nuovi settori vengono contemplati. In un'ottica di semplificazione, proprio in questo ambito la notifica di singoli contratti è sostituita dalla notifica di un piano annuale. Che la novella abbia come effetto una reale semplificazione degli oneri rimane controverso, stante il contenuto altamente dettagliato che si richiede al fine di

---

<sup>274</sup> Come si è detto, a differenza del contesto temporale e normativo in cui il sistema predisposto dalla normativa Golden Share è stato cassato, la legittimazione ad una più forte compressione della libertà dei mercati e di chi vi operi arriva direttamente dal cuore dell'Europa.

<sup>275</sup> Si noti come la Comunicazione della Commissione si collochi temporalmente tra l'emanazione del decreto e la sua conversione, dunque influenzando solo quest'ultima parte.

<sup>276</sup> Si v. cap. I, par. 3 in generale e 3.2 nello specifico.

fornire una conoscenza più ampia possibile per ottenere l'approvazione dello stesso, e la necessità di indicare anche “modalità di sviluppo”, dunque azioni future.

Tra le altre misure di semplificazione qui introdotte, si ricordano: l'istituto della prenotifica, la possibilità che le delibere di non esercizio siano emanate direttamente dal Gruppo di coordinamento – così evitando l'ulteriore passaggio procedimentale in Consiglio dei Ministri – , i meccanismi di raccordo tra obbligo di notifica e procedure di gara, e la possibilità di condizionare l'efficacia delle operazioni alla specifica assunzione di impegni.

### 3.4 Considerazioni

Nel complesso, dunque, si può parlare di un atteggiamento di tendenziale rafforzamento dei poteri speciali del governo nelle situazioni di imprevisti e calamità, d'altra parte coerentemente con l'idea per cui situazioni non ordinarie richiedono misure straordinarie.

Alla tendenziale chiusura nazionalistica del primo periodo<sup>277</sup>, quello pandemico, ha fatto seguito la creazione di un fronte comune, quello europeo. Le modifiche apportate dalle discipline di questi periodi sono state invero fortemente influenzate e promosse dal comportamento delle istituzioni europee, che vi ha dato un (più o meno) tacito beneplacito.

Il ruolo dell'Unione Europea, però, stante la profonda differenza tra le due *emergenze*, cambia radicalmente nell'affrontare l'una e l'altra. Nel periodo pandemico l'Unione ha assunto il ruolo di *coordinatore* di interventi che si sarebbero prodotti comunque, prescindendo dalla sua volontà: essa ha compreso le necessità e le esigenze degli Stati membri, le ha fatte proprie e le ha coordinate invece di ostacolarle. Ha dunque deciso di normare un fenomeno, imbrigliarlo nei limiti della *propria* legge, piuttosto che combatterlo.

Al contrario, nel periodo bellico l'Unione ha scelto di prendere una precisa posizione e di renderla palese attraverso interventi mirati. Il controllo degli investimenti esteri diretti è divenuto, in quell'occasione, un modo per agire in concreto e mostrare apertamente la scelta di campo fatta. Così, la Commissione ha assunto un ruolo di *guida*: nello spaesamento generale per le indirette conseguenze della guerra, l'Unione ha guidato la reazione.

---

<sup>277</sup> In proposito, SACCO GINEVRI identifica il Golden Power in termini di “un congegno difensivo ad efficacia reale” in relazione all'utilizzo che se ne fa, anche a livello internazionale, “volto a preservare il localismo delle principali società nazionali in un momento in cui queste ultime risultano agevolmente scalabili da parte di investitori stranieri”. Si v. A. SACCO GINEVRI, *I goldenpowers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in *Giurisprudenza commerciale*, pag. 282

Il ruolo dello Stato, di riflesso, ha riportato un vasto ampliamento delle proprie prerogative in maniera economica: più le maglie del controllo si estendevano, più la libertà d'iniziativa economica dei privati si vedeva compressa. Non annullata, ma limitata nello spazio che ancora poteva indicarsi come libertà vera e propria, scevra anche da vincoli informativi in tal senso. L'utilizzo più ampio dei poteri è stato dunque fortemente criticato da dottrina e mondo imprenditoriale. Feroci critiche, in particolare, sono state avanzate in relazione alle previsioni dell'articolo 17 del Decreto Liquidità, che consentiva allo strumento del Golden Power di perseguire fini apertamente sociali e industriali come la tutela dei livelli occupazionali e della produttività nel territorio nazionale. In relazione a tale scelta del legislatore, seppur guidata dall'esigenza di far fronte alle conseguenze della crisi pandemica, si è parlato dei poteri speciali del governo come strumento attivo di politica industriale<sup>278</sup>, in quanto lo strumento usciva dai binari delle finalità tracciate dal legislatore del 2012, quindi della tutela degli interessi strategici, per abbracciare fini di politica sociale. Ad ogni modo, tali previsioni sono state cancellate dal tempo, avendo cessato la loro efficacia nel dicembre 2020.

I poteri speciali dunque, pur riportando e mantenendo importanti cambiamenti e dilatazioni, sono tornati alle loro originarie finalità, forse riuscendo, con un pizzico di pervasività in più, a perseguirle anche in maniera più *efficace*.

---

<sup>278</sup> BENVENUTI in M. BENVENUTI, *La spada e lo scudo. Prime note sulle nuove forme di intervento diretto dello Stato nell'economia con finalità di politica industriale*, in *Diritto costituzionale*, 1 | 2021, pag. 35, ritiene che la norma abbia esplicitato «quel che finora era rimasto in qualche modo sottotraccia, ossia che l'esercizio dei poteri speciali ben può tendere anche ad “obiettivi di politica sociale e industriale”»

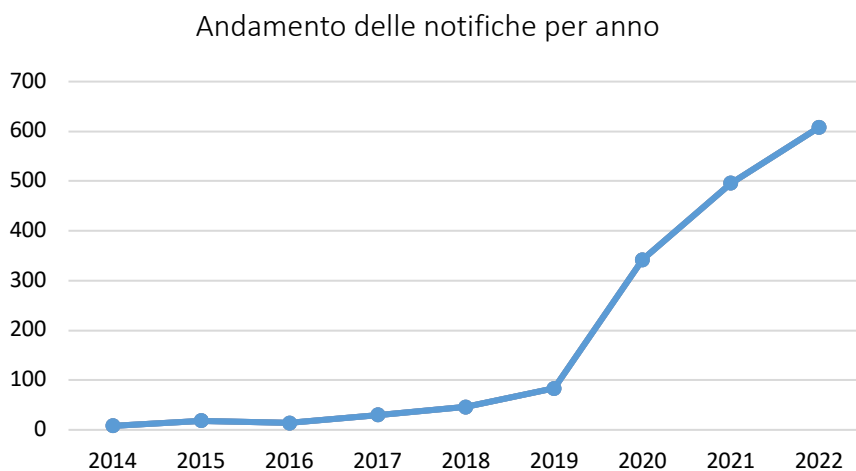
#### 4. Dati sull'esercizio dei poteri speciali in Italia e sul controllo degli IDE in Unione Europea.

Al fine di avere una visione completa del potere in esame, è opportuno volgere lo sguardo ai dati sul concreto esercizio dello stesso: vale a dire, sulla percentuale di casi in cui se ne sia fatto uso e sulla intensità e le forme da esso assunte.

In questa analisi, sono d'aiuto le Relazioni annuali al Parlamento che l'ufficio Golden Power deve redigere ai sensi dell'articolo 3-bis del decreto legge n. 21 del 2012. Per estendere la visuale, appare inoltre opportuno esaminare le statistiche relative all'andamento degli investimenti esteri in Europa, nonché ai tempi procedimentali per i controlli operati dai maggiori paesi dell'Unione; in questo caso, si farà riferimento ai dati forniti dalla Commissione Europea e dai report dell'OECD.

In relazione ai poteri speciali italiani, la Relazioni annuali pubblicate dal sito del DICA e del Senato fotografano una situazione di inarrestabile crescita del numero totale di notifiche.

Come visivamente apprezzabile attraverso il grafico sotto riportato, il numero di notifiche è passato da 8 nel 2014 (anno a cui risale la prima relazione annuale) a 608 nel 2022, con un incremento percentuale esorbitante (+7.500%). Si precisa preliminarmente che nel computo del totale delle notifiche sono ricomprese anche quelle incomplete, ritirate, riferite ad operazioni a cui la disciplina normativa risulta non applicabile e rese nulle da mutamenti normativi.



Da gennaio 2014 a dicembre 2018, le notifiche totali sono state 116, con la prevalenza numerica di quelle riguardanti i settori di cui all'articolo 1 (64), su quelle relative a energia, trasporti e telecomunicazioni (52). Il non esercizio ha superato ogni anno di gran lunga il ricorso ai poteri, registrandosi però un assottigliamento del rapporto tra il 2016 ed il 2018, in cui si possono contare 12 casi di imposizione di prescrizioni e condizioni alle operazioni sottoposte a vaglio (10,34%), rispetto alle 40 delibere di non esercizio (34,48%)<sup>279</sup>.

Nel 2019, a fronte di 83 notifiche, 13 sono stati i casi di esercizio con prescrizioni, di cui 1 in relazione a difesa e sicurezza nazionale, 11 relative ai settori di cui all'art. 1-*bis* e 1 per i settori di cui all'art. 2. Importante è la componente percentuale delle notifiche pervenute ma in cui le operazioni sono state ritenute escluse dalla disciplina (22,9%, 19 casi), che si aggiungono a 15 casi di procedure semplificate e 24 delibere di non esercizio<sup>280</sup>.

L'aumento più importante del numero di notifiche si è però registrato nel 2020, con un aumento del 412% rispetto all'anno precedente. Su 342 notifiche pervenute, 42 operazioni sono state destinatarie dell'esercizio dei poteri speciali, registrandosi 23 prescrizioni per operazioni societarie, 17 prescrizioni per i contratti 5G e due veti, rispettivamente nelle due categorie ora menzionate.

Le prescrizioni hanno riguardato per 15 volte i settori ex art. 1, 17 volte le tecnologie di cui all'art.1-*bis* e 8 volte quelli di cui all'articolo 2<sup>281</sup>, ormai ampliato fino a ricomprendere anche gli ambiti introdotti dal Regolamento (UE) 452/2019.

Il 2021 ha visto raddoppiare il numero di notifiche fino ad arrivare a 496. Qui, i casi di non esercizio si assestano a 116, mentre i poteri risultano essere stati esercitati 29 volte: 2 volte attraverso l'opposizione, una volta nella forma del veto e 26 volte sono state apposte prescrizioni o condizioni. Come riportato dalla Relazione annuale al Parlamento 2021, i pochi

---

<sup>279</sup> Fonti: Relazione annuale al parlamento sull'esercizio dei poteri speciali 2016 e 2018, consultabili su: <https://www.governo.it/it/dipartimenti/dip-il-coordinamento-amministrativo/dica-att-goldenpower-relparlamento/9298>

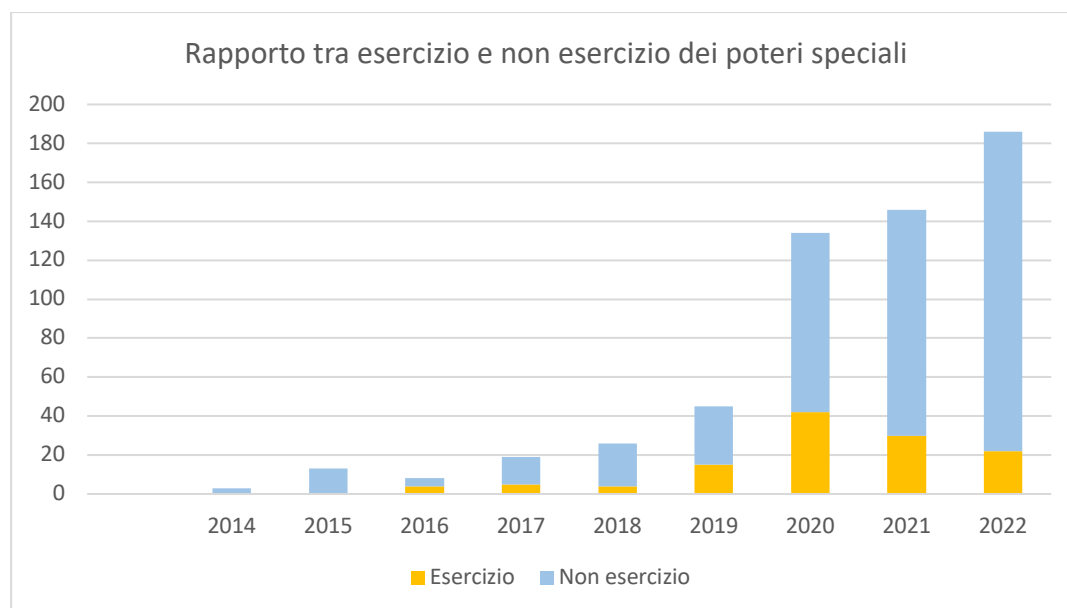
<sup>280</sup> Fonte: Relazione annuale al parlamento sull'esercizio dei poteri speciali 2019

<sup>281</sup> Fonte: Relazione annuale al parlamento sull'esercizio dei poteri speciali 2020

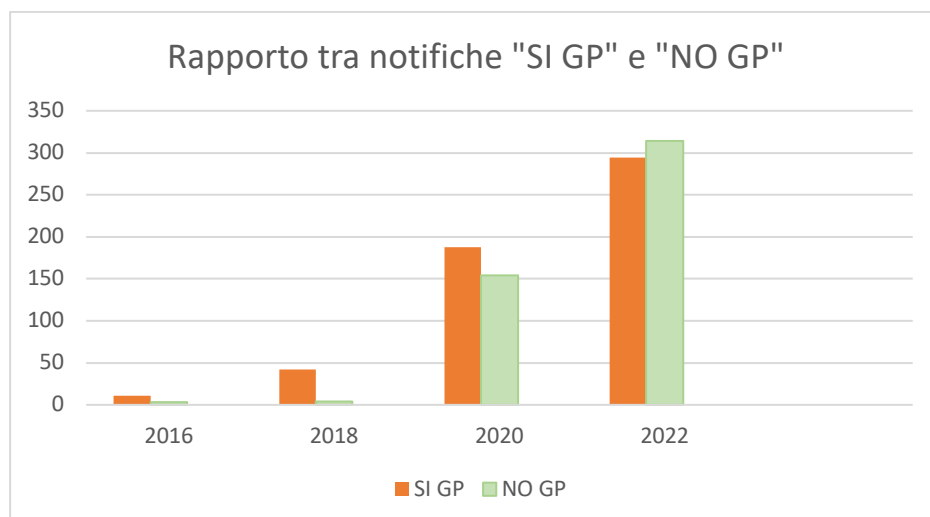
casi di esercizio "dimostrano la valorizzazione del principio di proporzionalità e l'apertura dell'ordinamento nazionale agli investimenti esteri, anche nei settori strategici."<sup>282</sup>

Sul totale, 277 sono state le notifiche che avevano ad oggetto operazioni non rientranti nella normativa, perciò classificate come “NO GP”, mentre 67 comunicazioni riguardavano operazioni infragruppo.

Attraverso i due grafici sottostanti si può avere un’immagine reale di quanto ora descritto. In particolare, si noti come nel secondo rapporto analizzato si registri un’inversione di tendenza dal 2014 al 2022: nel primo periodo di applicazione della disciplina Golden Power, quasi la totalità delle operazioni notificate rientrava tra quelle scrutinabili; al contrario, a seguito di ingenti mutamenti e ampliamenti normativi, attualmente il numero delle notifiche cautelative – ossia guidate dall’incertezza, precauzionali – supera quello delle operazioni rilevanti ai sensi del decreto legge n. 21 del 2012 e relativi regolamenti attuativi.



<sup>282</sup> Relazione annuale al parlamento sull’esercizio dei poteri speciali 2021



Nel 2022 fa il suo ingresso anche lo strumento della prenotifica: questo tipo di comunicazione non rientra nel computo delle notifiche, e persegue l'arduo compito di diminuire il numero di quelle c.d. cautelative.

Delle 608 notifiche pervenute, il 54% (314 notifiche) non riguardava settori contemplati dalla disciplina: il dato è di per sé preoccupante poiché evidenzia come lo strumento di semplificazione volto ad attenuare il ricorso a notifiche cautelative non abbia sortito gli effetti sperati. Ancora, in relazione alle prenotifiche pervenute, il 79% delle volte la disciplina non è risultata applicabile, segno di una evidente confusione del mondo delle imprese sull'interpretazione della normativa primaria e secondaria vigente.

Ad ogni modo, sul totale delle notifiche, i poteri speciali sono stati esercitati solo 12 volte (8% sul totale delle operazioni scrutinabili): una volta in forma di veto in relazione ad un'operazione ricadente nei settori di cui all'art. 2 (il celebre caso Syngenta, di cui poi si dirà<sup>283</sup>), 3 in forma di opposizione (1 art.1, 2 art.2) e 8 prescrizioni. A questi dati si aggiungono le prescrizioni apposte ai piani di cui all'art. 1-bis (10 su 12 piani approvati)<sup>284</sup>.

<sup>283</sup> Si v. cap. IV, par. 4.1, pag. 217

<sup>284</sup> Fonte: Relazione annuale al parlamento sull'esercizio dei poteri speciali 2022



Si riporta ora una tabella riepilogativa dei settori coinvolti per ciascuna notifica in relazione all'anno di ricezione.

settore	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Totale notifiche:	8	18	14	30	46	83	342	496	608
Art 1	4	7	8	19	26	31	37	51	71
Art 1 bis						14	19	20	18
Art. 2	4	11	6	11	20	38	286	425	519

Da quanto appena riportato, si può osservare come le Relazioni annuali al Parlamento riservino ampio spazio a dati numerici e statistici, calcolando il mese con più notifiche nel corso dell'anno, il settore maggiormente interessato da particolari tipi di operazioni e la media mensile di casi analizzati.

Una minor profondità d'analisi è invece riservata alla trattazione dei casi che hanno formato oggetto di procedimento, arrestandosi la trattazione al fatto, senza invece sviscerare le questioni di diritto e di applicabilità della disciplina che vi si trovano dietro, comprese le valutazioni in tema di rilevanza strategica degli asset o della attività coinvolte e i motivi che giustificano la loro riconduzione ad un determinato settore. Dei motivi che giustificano tale reticenza si dirà più in là<sup>285</sup>, e in proposito si avrà modo di proporre una parziale soluzione.

Volgendo lo sguardo alla situazione degli investimenti esteri in Unione Europea, i rapporti della Commissione Europea sull'ultimo trimestre 2022 e sul primo del 2023, riportano una situazione di tendenziale discesa nel numero di IDE e, a tratti, del loro valore.

Il Foreign Investment Bulletin della Commissione Europea, riferito al trimestre Ottobre – Dicembre 2022<sup>286</sup>, illustra, con descrizioni e grafici, l'andamento generale degli IDE in Europa nell'ultimo trimestre del 2022, in rapporto con le stesse voci di dati riferibili a diversi periodi dello stesso anno e di quello precedente.

<sup>285</sup> Si v. cap IV, par. 3.6.

<sup>286</sup> Commissione Europea, Foreign Investment Bulletin, October-December 2022 Trends in Foreign Deals and Greenfield Investments in the EU. Link: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC132467>

In generale, rispetto al periodo considerato, si registra:

- una decrescita nelle operazioni con soggetti esteri rispetto ai mesi precedenti e al risultato registrato nei medesimi mesi del 2021;
- un aumento di volume del valore complessivo generato dalle operazioni di cui trattasi in rapporto ai risultati dei trimestri precedenti; una diminuzione se lo stesso valore viene comparato con i risultati dell'anno precedente.<sup>287</sup>

Con riguardo all'andamento delle sole operazioni estere in Europa, si può notare un'importante diminuzione del numero di fusioni e acquisizioni: i numeri mostrano un calo sia in relazione al primo semestre dello stesso anno, sia in relazione all'anno precedente.

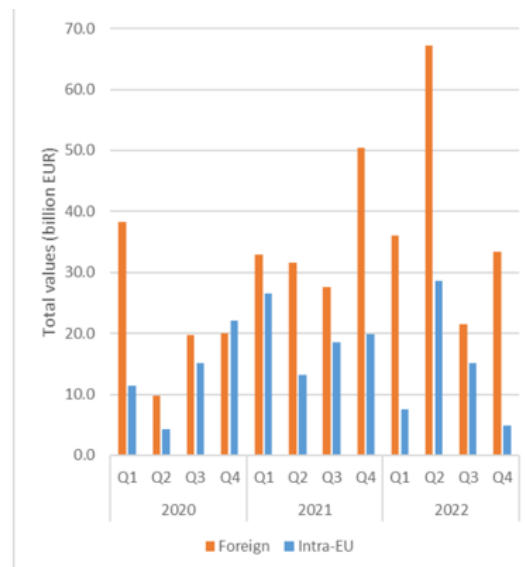
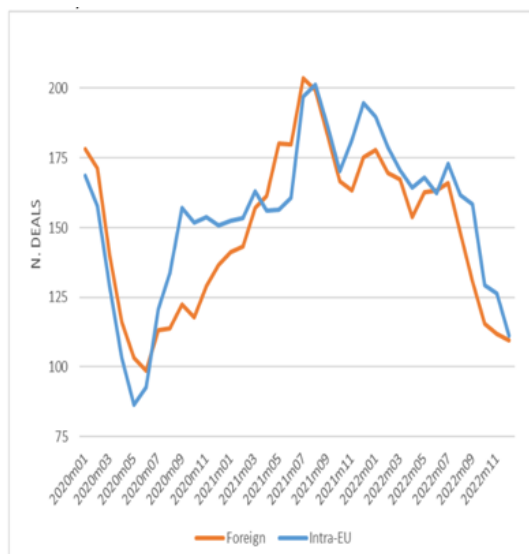
I motivi che possono spiegare questo trend sono essenzialmente legati all'instabilità politico-economica europea, diretta conseguenza della Guerra in Ucraina e delle tendenze inflazionistiche, peggiorate proprio a causa del conflitto<sup>288</sup>. Al contempo, il valore complessivo delle operazioni risulta superiore a quello registrato nel 2021.

Come mostrano i grafici sottostanti, l'andamento tendenziale degli investimenti stranieri e di quelli comunitari è molto simile, con una importante crescita nel giugno 2020, dopo il forte calo nel primo periodo pandemico, e un picco massimo nel luglio 2021, seguito da una decrescita costante, interrotta solo da pochi momenti di apparente ripresa. Il valore degli investimenti intra-UE è sempre inferiore a quello degli IDE, con *gap* anche molto elevati ad inizio 2020, secondo e quarto trimestre 2021 e quasi per l'intero 2022.

---

<sup>287</sup> È da osservare che lo stesso andamento è stato registrato anche per i valori degli affari intra-UE, registrando un -67,8% nell'ultimo trimestre.

<sup>288</sup> *"Inflationary trends, worsened by the war in Ukraine, and the resulting pressure on energy prices and supply chain disruption, contributed to the weakening of the confidence in global markets and induced a prudent approach of investors waiting for conditions that are more benign."*



#### Settori interessati:

1. Tecnologie dell'informazione e della comunicazione (25,2%\*)
2. Manifatturiero (23,1%)
3. Attività professionali, scientifiche e tecniche (11,2%)
4. Commercio al dettaglio (10%)

\*25,2% del valore di tutti gli investimenti; primo per volume complessivo d'affari nell'ultima rilevazione, ma con una decrescita del 40% rispetto ai valori del 2021.

#### Localizzazione degli investimenti esteri:

1. Germania (18,5%)
2. Paesi Bassi (13,7%)
3. Svezia (13,4%)
4. Irlanda (9,4%)
5. Spagna (8,2%)

Spagna, Francia e Italia registrano una flessione dei risultati sia in riferimento a quelli ottenuti nei mesi precedenti (rispettivamente, -53,4%, -60,7%, -54,7%), sia rispetto al 2021 (-73,5%, -59,3%, -55,6%).

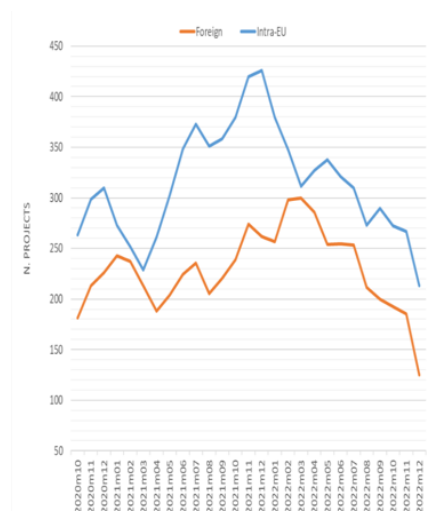
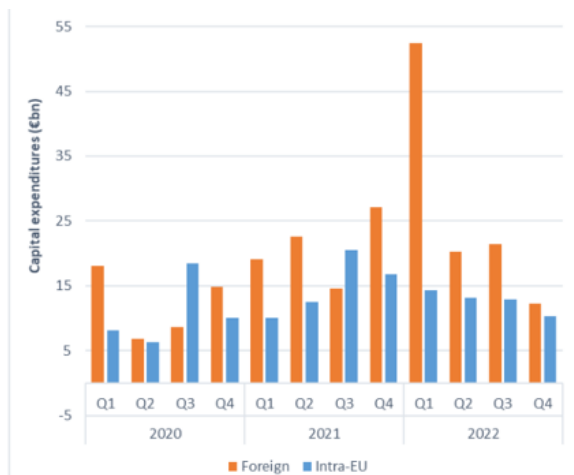
Gli investimenti greenfield registrano un andamento simile, con una flessione sia del numero di operazioni che del valore delle stesse in relazione al terzo trimestre 2022 e al quarto 2021.

In controtendenza con questo dato, il totale annuale del valore di investimenti nel 2022 è cresciuto del 28% rispetto all'anno precedente, nonostante la quantità di investimenti sia invece diminuita del 4,3%.

Anche in questo caso, i grafici mostrano come il valore degli investimenti esteri sia superiore rispetto a quello delle operazioni intra-UE, ma stavolta solo in via tendenziale: in più momenti il capitale investito dagli stati membri supera quello dei soggetti esterni. Nel 2022 si osserva una costante prevalenza di capitali stranieri.

In relazione alla quantità di operazioni effettuate, l'andamento degli investimenti è molto simile, nonostante appaia evidente come gli operatori intra-UE effettuino un numero maggiore

di operazioni. Anche nel caso delle operazioni comunitarie, però, si registra un calo, per quantità e valore, rispetto all'ultimo trimestre del 2021.



Tra i settori interessati dagli investimenti, nonostante un generale calo rispetto al 2021 ed ai precedenti trimestri del 2022, sei riportano i risultati migliori:

**Settori interessati:**

1. Commercio all'ingrosso (32,3%\*)
2. Tecnologie dell'informazione e della comunicazione
3. Attività professionali, scientifiche e tecniche (4,8%)
4. Attività finanziarie ed assicurative
5. Manifatturiero (23,1%)
6. Settore alberghiero

**Localizzazione degli investimenti esteri:**

1. Spagna (14,1%)
2. Germania (13,9%)
4. Irlanda (12,8%)
5. Francia (12%)

Il settore delle attività professionali, scientifiche e tecniche è stato l'unico a riportare risultati in crescita rispetto a quelli dell'anno precedente;

Il numero degli investimenti greenfield è diminuito in quasi tutti gli stati generalmente prediletti come destinazione; in particolare, la Spagna ha perso il 52,4% rispetto al 2021, l'Italia il 43%, l'Olanda il 36,7%.

\*Le percentuali si riferiscono al totale del valore degli investimenti.

Tabella riepilogativa dei risultati riportati nei settori interessati da investimenti *greenfield*:

<b>Settori interessati</b>	<b>% sul totale del valore degli investimenti nel quarto trimestre 2022</b>	<b>Rispetto al 2021</b>
Commercio all'ingrosso	32,3%	-23,7%
Attività professionali, scientifiche e tecniche		+4,8%
Tecnologie dell'informazione e della comunicazione	16,3%	-33,2%
Manifatturiero	9,8%	-43,3%
Attività finanziarie ed assicurative		-17,3%
Settore alberghiero		-66,8%

Nel report relativo al primo semestre del 2023<sup>289</sup>, invece, i dati registrati appaiono di segno diverso.

Rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente, si registra una diminuzione non solo del numero di operazioni estere in Europa (-40%), comprese le operazioni *greenfield* (-48,7%), ma anche dei relativi valori economici complessivi (-71%). Tra i paesi che hanno registrato le maggiori perdite si scorge anche l'Italia, che registra un calo del -81 %.

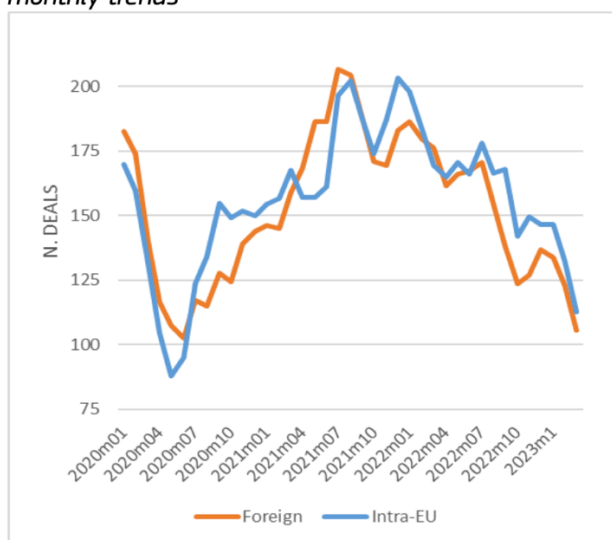
Le cause di tale tendenza sono attribuite alla persistente inflazione e al conseguente aumento dei tassi di interesse da parte delle banche, nonché alla perdurante situazione di instabilità economica dovuta all'irrisolto conflitto tra Russia ed Ucraina.

Tra i maggiori investitori, gli Stati Uniti continuano a detenere il primato (39,4% del totale degli IDE), seguiti dal Regno Unito e tallonati dalla China e da Hong Kong che registrano un aumento di investimenti in Europa del 25%.

<sup>289</sup> Commissione Europea, Foreign Investment Bulletin, January-March 2023 TRENDS IN FOREIGN DEALS AND GREENFIELD INVESTMENTS IN THE EU, link: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC133444>

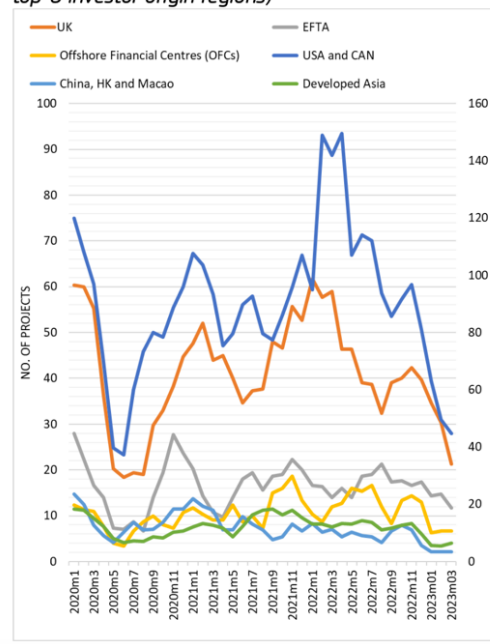
Il grafico sottostante mostra la somiglianza tra il trend seguito dagli investimenti stranieri e quello degli investimenti *intra*-UE: anche in questo caso, il dato mostra un forte calo (più del 30%) degli investimenti effettuati nello stesso periodo dello scorso anno e con essi, anche del relativo valore.

**Figure 1.** Foreign and intra-EU deals in Europe, monthly trends



Source: JRC calculations based on Bureau van Dijk data extracted on the 20/04/2023. Monthly trends (3-months moving average) on the total number of deals.

**Figure 9.** Number of foreign greenfield projects in the EU, monthly trends by origin of the investor (for the top-6 investor origin regions)



È interessante inoltre osservare la provenienza geografica dei c.d. investimenti greenfield, anch'essi in forte calo rispetto al passato: in relazione a questo tipo di investimenti, la classifica dei maggiori investitori rimane invariata, con gli Stati Uniti in testa e i paesi asiatici in crescita.

I settori interessati dagli investimenti riportano, a loro volta, tendenziali segni di inclinazione.

Settori interessati	% sul totale del valore degli investimenti nel primo trimestre 2023	Rispetto al 2022
Tecnologie dell'informazione e della comunicazione	24,6%	- 51,9%

Manifatturiero	21,5%	- 42,9%
Attività professionali, scientifiche e tecniche	13,2%	- 26,3%
Commercio al dettaglio	7,6%	- 43,3%
Attività finanziarie ed assicurative	6,9%	n.d.
Energetico	6,9%	n.d.

In tema di destinazione degli investimenti esteri, la Germania rimane la meta preferita (23,3%), pur registrando un calo del 19,6%; segue la Spagna, prima destinazione per gli investimenti *greenfield*, mentre Francia e Irlanda precedono l'Olanda e l'Italia, riduci da un brusco abbassamento della percentuale di investimenti, rispettivamente del -63 e -81%.

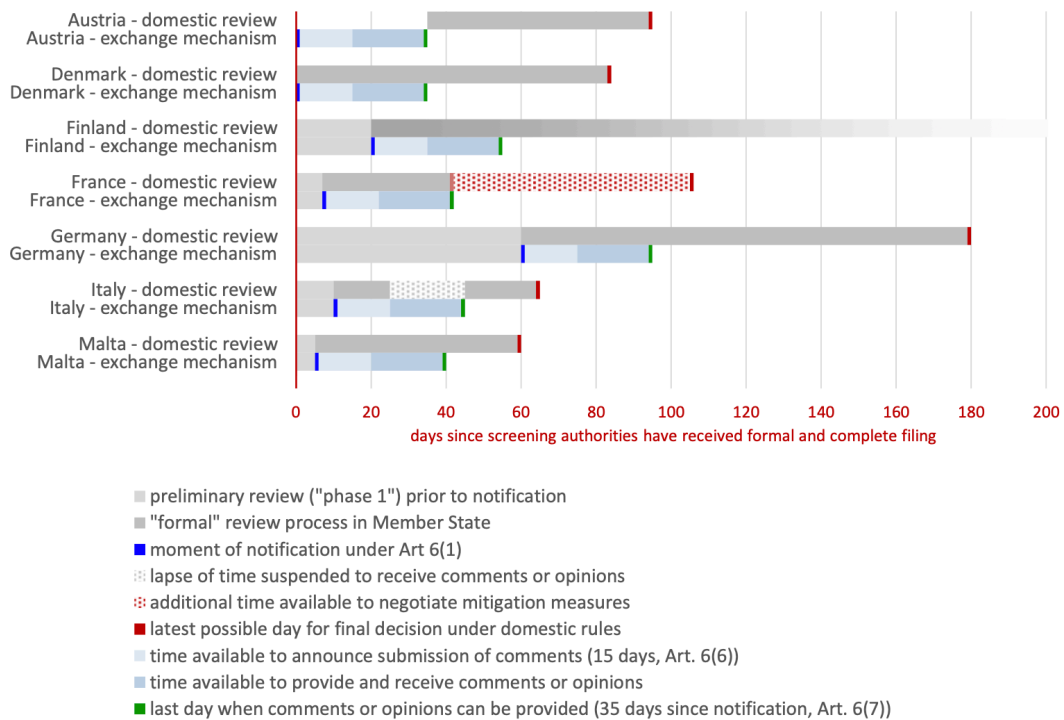
È ragionevole pensare che nella scelta relativa alla destinazione dell'investimento, soprattutto per i casi di investimenti *greenfield*, si tenga conto di una serie di fattori: tra questi, l'economia di un paese, la sua stabilità finanziaria ed i costi temporali necessari affinché l'operazione sia vagliata e autorizzata.

Il rapporto OECD 2022 sugli investimenti esteri diretti<sup>290</sup> mette a confronto i tempi procedurali per il controllo degli investimenti esteri di 7 paesi, tenendo conto della fase di screening del procedimento nazionale e del momento di interlocuzione europea attraverso il meccanismo di cooperazione dettato dal Regolamento UE 452/2019.

---

<sup>290</sup> OECD, FRAMEWORK FOR SCREENING FOREIGN DIRECT INVESTMENT INTO THE EU, 2022. Link: <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/oecd-eu-fdi-screening-assessment.pdf>

**Figure 4. Timelines under the EU and domestic processes in selected Member States: schematic presentation of the base scenario**



Dal grafico emerge come la *domestic review*, ossia il controllo nazionale, abbia sempre durata maggiore rispetto all'accertamento europeo, con la sola eccezione della Francia: in questo caso, le tempistiche coincidono e possono aumentare solo in caso di negoziazione di misure di mitigazione, quindi nei casi in cui si voglia tentare un accordo sulle condizioni all'operazione, senza che esse vengano dettate dall'alto.

In termini di certezza dei tempi, l'Italia è seconda solo a Malta, il cui procedimento interno si esaurisce in soli 60 giorni. Al contrario, la Germania è in realtà tra gli esempi peggiori dopo la Finlandia, con tempi procedurali che toccano i 180 giorni.



### **III. La compatibilità con il diritto europeo e i suoi principi**

La precedente forma assunta dai poteri speciali – la Golden Share – ha dovuto cedere il posto a ciò che oggi chiamiamo Golden Power al fine di uniformarsi agli indirizzi europei in materia, che dunque ne hanno guidato il cambiamento, di forma e di sostanza. Tali indirizzi sono poi stati assimilati in sede europea con l’emanazione di un Regolamento (REG. UE 2019/452) che ricalca le caratteristiche fondamentali dei meccanismi di controllo degli Stati membri, nonostante qualche persistente contrasto, divenendo così la principale fonte di legittimità degli strumenti nazionali: ciò contribuisce ad ampliare la visione di compatibilità dell’istituto con i principi dell’ordinamento comunitario. Alle esigenze di compatibilità si affiancano, però, delle improcrastinabili esigenze di coordinamento con strumenti e meccanismi comunitari di vecchia e nuova introduzione: nell’ultima parte si tenterà di delineare i rapporti tra il Golden Power e le norme previste in materia di aiuti di Stato, in particolare a seguito dell’emanazione del Regolamento sulle sovvenzioni estere (REG. UE 2022/2560) che può intersecare il percorso istruttorio del controllo IDE.

#### **1. La compatibilità con il diritto europeo**

##### **1.1 Le deroghe ai trattati**

Il lungo botta e risposta tra le istituzioni italiane e quelle europee in tema di Golden Share ha visto l’arbitro della controversia protendere a favore delle rimostranze comunitarie nei confronti di uno strumento invero mai ritenuto in totale contrasto con l’ordinamento di cui la Corte di Giustizia si fa garante, ma incompatibile *per taluni* aspetti con precisi e determinati principi.

Ciò che la Corte aveva dunque più volte auspicato era proprio una rimodulazione delle disposizioni che regolavano la c.d. Golden Share, in modo da evitare che su di essa si potesse abbattere, più di una volta, la propria scure. Le direttive sul coordinamento tra interessi nazionali e principi europei sono state in parte recepite e in parte disattese, così portando, di fronte alla possibilità di un’ennesima condanna, alla decisione di un mutamento radicale di disciplina.

Alla luce della nuova normativa e del nuovo strumento da essa delineato, il c.d. *Golden Power*, appare opportuno un nuovo e attuale raffronto tra questa ed i principi chiave nella lunga

controversia analizzata nel capitolo precedente, ora trasposti nel TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea) agli articoli 49, 56 e 63.

Preliminarmente, è necessario operare una distinzione tra l'ambito di applicazione dell'articolo 49 sulla libertà di stabilimento e gli articoli 56 e 63, baluardi di due delle quattro libertà fondamentali.

La libertà di stabilimento si rivolge, nella sua formulazione normativa, ai soli cittadini europei, vietando che restrizioni a tale libertà siano formulate a carico di cittadini di uno Stato membro stabiliti nel territorio di un altro Stato membro.

Il principio di libera circolazione dei capitali, invece, sancito dall'articolo 63 e colonna portante del mercato unico europeo, si differenzia da quanto previsto in tema di libertà di stabilimento in quanto contempla non solo gli investimenti realizzati da operatori europei, ma anche quelli realizzati da parte di operatori esteri. Così la libera prestazione di servizi.

In sostanza, la prima è una libertà *intracomunitaria*, privilegio dei soli cittadini; l'altra, per converso, è principio generale applicabile a qualunque soggetto, sia esso pubblico, privato, europeo o straniero.

Dunque, l'apparente contraddizione assoluta tra uno strumento di controllo di particolari operazioni economiche e finanziarie e il principio di libera circolazione dei capitali, può essere superato in maniera *lineare* se alla regola generale si affiancano le eccezioni che il medesimo trattato prevede: all'art. 65<sup>291</sup>, il legislatore comunitario si preoccupa di ritagliare uno spazio d'eccezione che copre le ipotesi più sensibili in cui l'interesse protetto sia quello dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale.

Proprio a tutela di quest'ultimo interesse fondamentale, anche l'articolo 346 del TFUE, così come interpretato dalla Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 21 gennaio

---

<sup>291</sup> L'art. 65 TFUE testualmente prevede che "le disposizioni dell'articolo 63 non pregiudicano il diritto degli Stati membri: (...) b) di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.". Inoltre, al comma 2 sottolinea come le disposizioni in esame "non pregiudic[hino] l'applicabilità di restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con i trattati.".

2014<sup>292</sup>, prevede una particolare ipotesi di deroga alle regole del mercato interno<sup>293</sup> in ragione dell'oggetto tutelato e del più ampio interesse antistante. La norma in parola affida al bene primario della sicurezza nazionale un'importanza tale da giustificare il mancato rispetto delle ordinarie regole sul funzionamento del mercato europeo; con un'interpretazione estensiva, quasi analogica, si potrebbe sostenere che si stiano implicitamente legittimando gli strumenti che, a tutela dello stesso bene, facciano altrettanto. Nel caso di specie, che derogano alla libera circolazione dei capitali prevista dall'art. 63 del TFUE in funzione della protezione del preminente interesse alla sicurezza.

Limiti espressi a questo regime speciale sono direttamente posti dall'articolo 65 e individuati nella chiarezza e nella necessità delle esclusioni, in modo da evitare di far ricadere sotto l'ombrello delle eccezioni anche i casi di restrizioni dissimulate, ovvero di discriminazione arbitrarie.

Anche alla libertà di stabilimento il Trattato riserva alcune deroghe: tra queste, quelle di cui all'articolo 51, riferite ad attività connessa all'esercizio dei pubblici poteri, e, più in generale, alle esclusioni che possono essere deliberate da Parlamento e Consiglio.

Merita particolare attenzione, in questo ambito, l'articolo 52, il quale riconosce come legittima la possibilità che gli Stati membri adottino regimi differenziati per i cittadini stranieri, per i soli casi in cui questi siano giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica e prevedendo la competenza del Parlamento e del Consiglio ai fini di un coordinamento degli stessi.

La giurisprudenza europea, anche risalente<sup>294</sup>, conferma questa interpretazione, stabilendo che gli ostacoli alla libertà di stabilimento contenuti nelle normative nazionali possono essere considerati compatibili se non discriminatori e, soprattutto, legittimati da motivi imperativi di interesse generale; dunque se idonei al raggiungimento degli obiettivi così perseguiti e proporzionati agli scopi<sup>295</sup>. Ad ogni modo, costituendo queste delle deroghe a libertà

---

<sup>292</sup> Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 21 gennaio 2014 recante “*Orientamenti e criteri per il ricorso all'art. 346 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*”.

<sup>293</sup> Nello specifico, si prevede la possibilità di derogare alle regole in materia di procedure ad evidenza pubblica nelle ipotesi di affidamento di forniture, lavori o servizi nei settori della difesa e della sicurezza.

<sup>294</sup> *A fortiori* si dovrebbe considerare tale argomentazione valida. Se, infatti, le deroghe erano consentite in un momento di aperto contrasto in materia tra ordinamenti nazionali e comunitario, a maggior ragione dovrebbero essere riconosciute come tuttora valide queste stesse, essendo mutati tempi ed atteggiamenti.

<sup>295</sup> Si veda CGUE, sent, 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Ghebard* e, più recente, la sentenza del 3 febbraio 2021, *Fussl Modestraße Mayr*, causa C-555/19, punto 52.

fondamentali, è necessario un'interpretazione altamente restrittiva dei tre elementi giustificativi<sup>296</sup>, per cui, ad esempio, “gli obiettivi di natura economica non possono costituire motivi di ordine pubblico”<sup>297</sup>, mentre rientrano nella nozione di pubblica sicurezza le fattispecie legate all'approvvigionamento di prodotti o forniture di servizi in ambito energetico, petrolifero e delle telecomunicazioni, purché in stato di crisi<sup>298</sup>. La giurisprudenza citata in materia di Golden Share richiede, inoltre, la sussistenza di un *nesso* tra minaccia e misura adottata, nonché la concreta idoneità di questa a far fronte alla fattispecie giustificatrice.

È recente il caso della declaratoria di illegittimità di disposizioni dell'ordinamento ungherese in materia di controllo degli investimenti esteri diretti, in cui la Corte di Giustizia riprende stralci della giurisprudenza appena citata per ribadire la necessità che le restrizioni alle libertà previste nei trattati siano strettamente legate ai motivi giustificativi che i medesimi trattati individuano. Nel caso di specie, la Corte di Budapest ha sollevato questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia al fine di verificare che l'interpretazione dell'articolo 65 del TFUE (alla luce dei considerando 4 e 6 del Regolamento 2019/452 e di quanto previsto dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE) non fosse in contrasto con quanto previsto dalla normativa nazionale. Nel ritenere la questione ricevibile, la Corte dà una qualificazione diversa alla questione, ponendola non già sul piano dell'estensione delle deroghe in tema di libera prestazione di servizi, quanto in tema di libertà di stabilimento, in considerazione del fatto che la questione di fatto riguardava l'acquisto di partecipazioni in una società in quantità tale da consentire un'influenza maggioritaria da parte dell'acquirente<sup>299</sup>, società ungherese facente

---

<sup>296</sup> “di guisa che la loro portata non può essere determinata unilateralmente senza il controllo delle istituzioni UE”, così CGUE, sent. 26 marzo 2009, causa C-326-2007.

<sup>297</sup> CGUE, sent. 16 gennaio 2003, causa C-388-2001.

Cfr. anche CGUE, sent. 14 marzo 2000, causa C-54/99, *Église de scientologie*, punto 17 e CGUE, causa C-563/17, *Associação Peço a Palavra*, punto 70.

<sup>298</sup> Ancora, CGUE, sent. 26 marzo 2009, causa C-326-2007 e CGUE, sent. 8 novembre 2012, Commissione c. Grecia, causa C-244/11, punto 67.

<sup>299</sup> “Infatti, secondo una costante giurisprudenza, ricade nella sfera di applicazione delle norme in materia di libertà di stabilimento e non in quelle relative alla libera circolazione dei capitali una normativa nazionale destinata ad applicarsi alle partecipazioni che consentano di esercitare una sicura influenza sulle decisioni di una società e di determinarne le attività (v., in tal senso, sentenza del 27 febbraio 2019, *Associação Peço a Palavra e a.*, C-563/17, EU:C:2019:144, punto 43 e giurisprudenza citata). [...] nel caso di specie, l'acquisizione della totalità delle quote di una società è indubbiamente sufficiente a consentire alla società acquirente di esercitare una sicura influenza sulla gestione e il controllo della società acquisita (v., per analogia, sentenza del 27 febbraio 2019, *Associação Peço a Palavra e a.*, C-563/17, EU:C:2019:144, punto 44).” CGUE, sent. 13 luglio 2023, causa C-106/22, punti 42 e 43.

capo ad una capogruppo con nazionalità diversa<sup>300</sup>, sulla società target, anch'essa ungherese. Tale elemento di estraneità rinvenibile nell'assetto proprietario transfrontaliero ha consentito alla Corte di pronunciarsi<sup>301</sup>, e di verificare che la accertata restrizione alla libertà anzidetta fosse compatibile con le deroghe consentite dai trattati, dunque "a condizione che la misura nazionale [...] sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale" in particolare, tra quelli previsti dall'articolo 52, ossia motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica. In questa indagine è emerso che nonostante la formulazione della norma fosse astrattamente compatibile con i criteri appena detti, lo specifico interesse tutelato nel caso di specie veniva fatto indebitamente rientrare nei confini di essa, in quanto in realtà afferente a motivi *meramente* economici. La giurisprudenza della Corte ha distinto, negli anni, tra motivi "di ordine economico che perseguano un obiettivo di interesse generale o la garanzia di un servizio di interesse generale", i quali "possono rappresentare un motivo imperativo di interesse generale in grado di giustificare una limitazione a una libertà fondamentale garantita dai Trattati" e motivi di natura puramente economica, inidonei a legittimare deroghe.

La Corte conclude ritenendo dunque che l'obiettivo della limitazione – "inteso a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento a favore del settore edile" – esuli da ciò che può legittimamente rientrare nella nozione di interesse nazionale e di difesa degli interessi fondamentali della collettività; pertanto, un meccanismo che basi le sue decisioni su tali considerazioni si pone in contrasto con le disposizioni del TFUE in materia di libertà di stabilimento<sup>302</sup>.

---

<sup>300</sup> L'acquirente risultava controllata interamente da una società di diritto tedesco, a sua volta controllata al 100% da una società di diritto lussemburghese detenuta indirettamente dalla società capogruppo registrata alle Bermuda; il gruppo appartiene, in ultima istanza, ad un cittadino irlandese e, dunque, europeo.

<sup>301</sup>

<sup>302</sup> "non si può ritenere che l'obiettivo di cui trattasi nel procedimento principale, inteso a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento a favore del settore edile, in particolare (...), rientri, alla pari dell'obiettivo legato alla sicurezza dell'approvvigionamento dei settori del petrolio, delle telecomunicazioni e dell'energia, tra gli «interessi fondamentali della collettività»; "Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, [...] le disposizioni del Trattato FUE in materia di libertà di stabilimento devono essere interpretate nel senso che ostano a un meccanismo di controllo degli investimenti esteri previsto dalla normativa di uno Stato membro che consente di vietare l'acquisizione della proprietà di una società residente, considerata come strategica, da parte di un'altra società residente facente parte di un gruppo di società stabilite in più Stati membri, nella quale una società di un paese terzo dispone di un'influenza determinante, con la motivazione che tale acquisizione pregiudica o rischia di pregiudicare l'interesse nazionale consistente nel garantire la sicurezza dell'approvvigionamento a favore del settore edile, in particolare a livello locale, per quanto riguarda materie prime di base, quali la ghiaia, la sabbia e l'argilla." CGUE, sent. 13 luglio 2023, causa C-106/22, punti 69 e 74.

Anche la giurisprudenza nazionale ha avuto modo di esprimersi, di recente, sulla compatibilità della odierna disciplina del Golden Power con il quadro normativo europeo, in particolare con la sentenza del TAR Lazio, sez. I, 6 settembre 2022 n. 11508, concernente il ricorso intentato dalla società francese Vivendi avverso la Comunicazione del 28 settembre 2017 resa dalla Presidenza del Consiglio – Dipartimento per il Coordinamento Amministrativo, Ufficio Golden Power, avente ad oggetto l'accertamento della soggezione ad obbligo di notifica delle operazioni già effettuate dalla stessa società nei confronti di TIM S.p.A.

Nella sentenza in esame trova spazio, dopo tempo, il tema della compatibilità della normativa nazionale con i parametri europei sul corretto esercizio dei poteri speciali. Dopo anni dalle censure della Corte di Giustizia sulla precedente disciplina italiana, basata sull'istituto della c.d. Golden Share, la ricorrente solleva dubbi riguardo alla rispondenza della normativa Golden Power ai canoni imposti dalla giurisprudenza europea. Con un'istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ex art. 267 TFUE, si chiede di esaminare, alla luce dei criteri comunitari, la legittimità del decreto n. 21 del 2012, recante *Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni* e del d.P.C.M 108/2014, *Regolamento per l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale*, per come interpretati nel caso di specie dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

La censura offre al Giudice amministrativo la possibilità di esprimersi sulla coerenza della nuova disciplina con i principi ed obiettivi europei.

In tal senso, si rammenta come il decreto n. 21 del 2012 e la creazione dello strumento del Golden Power fosse servito, *illo tempore*, proprio ad archiviare l'ennesima procedura d'infrazione aperta dalla Commissione nei confronti dell'Italia, e dunque a superare i contrasti con l'ordinamento sovranazionale, “ritenendo [la Commissione] la nuova disciplina italiana in materia di poteri speciali *compatibile* con il trattato sul funzionamento dell'Unione europea”. Si ha occasione di analizzare e confermare, in quella sede, come la normativa in questione rispetti i parametri<sup>303</sup> di compatibilità resi espliciti dalla Commissione in apposita

---

<sup>303</sup> “l'esercizio di tali poteri deve comunque essere attuato senza discriminazioni ed è ammesso se si fonda su criteri obiettivi, stabili e resi pubblici e se è giustificato da motivi imperiosi di interesse generale.”; “in ogni caso, secondo quanto indicato dalla Commissione, la definizione dei poteri speciali deve rispettare il principio di proporzionalità, vale a dire deve attribuire allo stato solo i poteri strettamente necessari per il conseguimento dell'obiettivo perseguito”.

Comunicazione, “risultando *sufficientemente specifica e determinata* nell'individuazione dei settori di rilevanza strategica con riferimento ai quali trovano applicazione l'obbligo di notifica e i poteri speciali in capo all'Amministrazione statale”. La richiesta di rinvio pregiudiziale viene, pertanto, disattesa.

## 1.2 Il Regolamento (UE) 2019/452

Ove le espresse deroghe previste dal Trattato non fossero sufficienti a convincere della compatibilità di tale differenziazione con il regime di libertà previsto dal medesimo testo normativo, si rammenta come l'emanazione del Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione (Regolamento UE 2019/452) nel 2019, abbia fornito a tali eccezioni una legittimazione in positivo. Il Regolamento, infatti, prevede espressamente la facoltà di adottare misure *restrittive* nei confronti degli investimenti esteri da parte degli Stati membri<sup>304</sup> nelle ipotesi in cui esse siano giustificate da esigenze di sicurezza o di ordine pubblico. È dunque il contenuto stesso del Regolamento a porre una differenziazione alla base dell'applicabilità della disciplina sui poteri speciali, in tal modo *implicitamente* riconoscendo come lecita, legittima ed ammissibile la disparità di trattamento fra imprese comunitarie e non. Infine, la diversa postura da assumere nei confronti di investimenti ed investitori esteri è stata inequivocabilmente chiarita dalla Commissione europea con apposita Comunicazione<sup>305</sup>, in cui si legge che “le restrizioni ai movimenti di capitali a destinazione di Paesi terzi o in provenienza da essi, si collocano in un *contesto giuridico differente* rispetto alle restrizioni che riguardano i movimenti di capitali all'interno dell'UE”.

Si può affermare, dunque, che una generale compatibilità di strumenti di controllo sulle operazioni economiche e finanziarie e di controllo degli investimenti esteri diretti sia giustificata alla luce di un mutato atteggiamento delle istituzioni europee in materia. Segnatamente, la legittimazione deriva da due fattori, l'uno legato, dipendente e consequenziale all'altro: il cambio di passo nelle politiche europee e il Regolamento UE 2019/452, che implicitamente ne deriva.

---

<sup>304</sup> Cfr., sul punto, M. LONARDI, *Golden powers e sicurezza alimentare: il caso Syngenta* in Rivista della Regolazione dei mercati, 2 | 2022, p. 669-690.

<sup>305</sup> Comunicazione 2020/C 99 I/01 della Commissione del 26 marzo 2020, punto 4.

La più grande innovazione dal punto di vista della compatibilità dei meccanismi nazionali di controllo sugli investimenti o di salvaguardia di beni e attività considerate strategiche è stata, senza dubbio alcuno, l’emanazione nel 2019 del Regolamento UE 2019/452.

Il contesto entro il quale nasce e si sviluppa l’idea di uno strumento comune è quello di un rinnovato stato di natura, di una nuova – ma diversa – *guerra* di tutti contro tutti: un contesto in cui si verifica «una vera e propria corsa agli *armamenti* giuridici da parte di vari Paesi per tutelare interessi economici ritenuti strategici»<sup>306</sup>. Nel quadro, dunque, di procedure profondamente diverse e quasi in competizione, esattamente come per le teorie contrattualistiche si manifesta vigorosa la necessità di un terzo, di un’ autorità che regoli l’attività. Tale bisogno viene manifestato *in primis* dai Ministri dell’economia di tre paesi che già da tempo adottavano meccanismi in tal senso, seppur tra loro diversi: Francia, Italia e Germania. I tre denunciano la totale assenza di armonizzazione e di reciprocità dei meccanismi esistenti, nonché la necessità di una cooperazione europea in materia e quindi di una valida e uniforme regolamentazione<sup>307</sup>. Così, in attuazione della competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune affidatale dal TFUE<sup>308</sup>, il 13 settembre 2017 la Commissione europea ha emanato una proposta di regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti<sup>309</sup>, adottata il 19 marzo 2019, entrata in vigore il 10 aprile 2019 e applicabile dall’11 ottobre dell’anno successivo. Il Regolamento UE 2019/452, così, appaga gli animi e i desideri di chi richiedeva la presenza di un maggior coordinamento a livello comunitario, spostando, però, l’asse della sovranità economica dai governi statali a Bruxelles, essendo qualificabile tale meccanismo come strumento di esercizio di sovranità economica europea, similmente a quanto detto in relazione agli strumenti nazionali.

---

<sup>306</sup> Così si esprime l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Relazione annuale sull’attività svolta, 31 marzo 2020, 11.

<sup>307</sup> Cfr. Y. LE GUERNIGOU, T. THOMAS, *France, Germany and Italy urge rethink of foreign investment in EU*, 14 febbraio 2017 e S. DE NITTO, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, cit.

<sup>308</sup> Art. 3, par. 1 lettera e) TFUE

<sup>309</sup> Materia che al considerando n. 6 il testo del Regolamento fa rientrare nell’ambito della politica commerciale comune ai sensi dell’art. 3, par.1, lettera e), così come previsto dall’articolo 207 TFUE.



Nel preambolo e nel vasto elenco di considerazioni<sup>310</sup> che precedono le disposizioni normative, il Regolamento riconosce e fa salve tutte le libertà su cui si fonda la comunità europea, nonché le prerogative riconosciute agli Stati membri, tra cui le competenze esclusive ad essi riconosciute e la possibilità di azioni derogatorie alle disposizioni dei trattati al fine di poter salvaguardare i beni primari della sicurezza e dell'ordine pubblico. Per le medesime finalità, rimane ferma la possibilità – espressamente sancita dall'articolo 65 par. 1 lett. b) TFUE<sup>311</sup> – di derogare al principio di libera circolazione di capitali; non viene pregiudicata la competenza esclusiva degli Stati membri per la tutela della sicurezza nazionale, così prevista da art. 4, par. 2 TUE<sup>312</sup> e rimane prioritaria la tutela degli interessi essenziali della sicurezza degli Stati membri, conformemente a quanto previsto dal TFUE all'articolo 346.

Ciò detto, la prima parte dei considerata delinea un'ampia premessa sui motivi che ispirano e giustificano la creazione di un meccanismo di controllo degli investimenti esteri *comune*.

Tra le fonti normative legittimanti, si richiamano l'art. 3, par. 1 lettera e) TFUE e l'art. 207 TFUE, i quali affidano la competenza in materia di politica economica *in via esclusiva* all'Unione Europea e vi fanno rientrare gli investimenti esteri diretti. Tali investimenti vengono definiti dall'art. 2 come “investment[i] di qualsiasi tipo da parte di un investitore estero inteso a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti<sup>313</sup> tra l'investitore estero e l'imprenditore o l'impresa cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato membro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un'attività economica”. Il primo considerando del regolamento parte proprio da qui, mettendo in chiaro l'importanza di questo fattore per le economie degli Stati e dell'Unione, nonché per la sua crescita: gli investimenti stranieri consentono l'apertura di nuovi mercati per l'export comunitario, creano posti di lavoro e

---

<sup>310</sup> Si richiamano qui, oltre al preambolo, i considerando n. 4, 7.

<sup>311</sup> “Le disposizioni dell'articolo 63 non pregiudicano il diritto degli Stati membri: (...) di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.”

<sup>312</sup> L'ultimo periodo della disposizione richiamata recita: “ (...) In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro.”

<sup>313</sup> Sono esclusi, dunque, i c.d. investimenti di portafoglio, i quali mirano esclusivamente a differenziare i fondi in cui il capitale è investito.

apportano capitali, tecnologie, innovazioni e competenze, tutto ciò in un contesto, quello europeo, da sempre caratterizzato da un'apertura nei confronti degli investimenti<sup>314</sup>.

Nonostante ciò, l'Unione promuove ed afferma i propri valori nelle relazioni con gli altri, avendo sempre riguardo alla protezione dei propri cittadini<sup>315</sup>. Per queste ragioni, è sempre possibile che per motivi di sicurezza o di ordine pubblico si adottino provvedimenti restrittivi nei confronti di tali investimenti<sup>316</sup>, per quanto forieri di crescita essi possano essere.

La globalizzazione e l'interconnessione dei sistemi economici fanno sì che si renda necessaria una cooperazione e una mutua assistenza tra Stati in considerazione della spesso più ampia incidenza territoriale degli investimenti, diretti in uno Stato ma capaci di produrre effetti anche in altri.

In particolare, il regolamento è volto alla creazione di un meccanismo più possibile simile tra stati membri, che prenda in considerazione una serie di fattori comuni nelle sue valutazioni, al fine di attuare una reale cooperazione ed un reale coordinamento delle politiche e delle azioni nazionali. Ancora, considera preminente l'interesse di ogni attore, pubblico o privato, alla certezza del diritto, realizzabile solo in presenza di meccanismi tra loro quantomeno simili, con la possibilità di uno scambio di informazioni che siano a loro volta equiparabili in quanto rese sulla base di identiche richieste in ogni stato membro.

È con l'istituzione del *quadro* che va operato un fondamentale bilanciamento tra affrontare rischi in maniera coordinata e "globale", e tenere al tempo stesso conto delle specificità nazionali e delle necessità singoli stati membri.

"*Specificità*" deve essere considerata la parola chiave di tale apparato.

Da un lato, infatti, il regolamento consente che la creazione di un meccanismo in tal senso sia una scelta *discrezionale* di ciascuno stato membro<sup>317</sup>. Se ne parla in termini di *flessibilità*, che inizialmente poteva essere intesa come uno sforzo dell'Unione ad aprire ad un qualcosa di cui non era pienamente convinta, in quanto possibile ostacolo alle libertà di cui essa stessa si faceva promotrice; adesso, invece, l'insistenza nell'invitare gli Stati membri che non vi hanno provveduto a dotarsi di tale strumento lascia pensare ad una piena convinzione.

---

<sup>314</sup> Lo testimoniano non solo le previsioni dei Trattati, ma anche gli impegni internazionali che l'Unione ha contratto in materia.

<sup>315</sup> Si veda l'articolo 3, par. 5 del TUE.

<sup>316</sup> Si vedano gli articoli 1, par. 2 e 3, par. 1, nonché il considerando n. 3.

<sup>317</sup> Si confrontino il considerando n. 8 e gli artt. 1, par. 3 e 3.

Dall'altro, la valutazione dei rischi potenziali o generati dagli IDE rimane in capo agli Stati; la Commissione, dunque, si limita ad *orientarne* le valutazioni con una serie di fattori di rischio di cui tenere conto, oltre a riservarsi la possibilità d'intervenire su richiesta o di propria iniziativa. L'elenco che il Regolamento propone persegue lo scopo di migliorare la trasparenza delle decisioni assunte da ciascuno Stato membro le quali, in tal modo, possono poggiare su una base comune, che diminuisca le disparità di trattamento delle imprese da un paese ad un altro. Detti fattori vengono elencati all'art. 4 e raggruppati in cinque categorie: infrastrutture critiche, fra le quali rientrano anche l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, le "strutture sensibili"<sup>318</sup>; le tecnologie critiche e prodotti a duplice uso<sup>319</sup>; la sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, comprendente energia, materie prime e sicurezza alimentare; l'accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o la capacità di controllare tali informazioni e la libertà ed il pluralismo dei media.

Si noti come tali ambiti di intervento non coincidano con quelli previsti dalla normativa nazionale: potrà accadere dunque che taluni investimenti debbano essere notificati a causa degli effetti che il diritto europeo produce sugli ordinamenti degli Stati membri e che talaltri, invece, rilevino esclusivamente ai sensi della disciplina Golden Power e non anche per quella comunitaria, come le operazioni afferenti al settore della tecnologia 5G.

La possibilità d'intervento della Commissione e degli altri Stati è resa concreta dalla previsione di un effettivo meccanismo di cooperazione, delineato dagli articoli 6 e 7 ed esteso alle fattispecie di cui all'articolo 8<sup>320</sup>. È necessario, in via preliminare, che i meccanismi di controllo degli Stati membri siano definiti e trasparenti, oltre che non discriminatori<sup>321</sup>; solo così gli altri

---

<sup>318</sup> Ancora, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie e gli investimenti in terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture.

<sup>319</sup> Questi ultimi sono oggetto di un'apposita definizione contenuta nel nell'articolo 2, punto 1, del Regolamento (CE) n. 428/2009 del Consiglio, del 5 maggio 2009, che istituisce un regime comunitario di controllo delle esportazioni, del trasferimento, dell'intermediazione e del transito di prodotti a duplice uso. In questa duplice categoria rientrano: l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cibersicurezza, le tecnologie aerospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia, quantistica e nucleare, nonché le nanotecnologie e le biotecnologie;

<sup>320</sup> L'articolo prende in considerazione l'ipotesi in cui gli investimenti possano incidere su progetti o programmi di interesse per l'Unione, dando di questi una definizione generale, e prevede, in questi casi, la possibilità per la Commissione di emettere un parere destinato allo Stato membro in cui l'investimento estero diretto è in programma o è stato realizzato. Il considerando n. 20 chiarisce il carattere mutevole dei programmi e dunque la modificabilità dell'elenco allegato che li descrive.

<sup>321</sup> cfr. art. 2 Reg. UE 2019/452.

Stati, la Commissione e gli investitori potranno conoscerli e comprenderli. Certezza e trasparenza devono guidare la mano del legislatore nella stesura della disciplina, rendendo altresì il meccanismo conforme e rispettoso dei principi di libera circolazione di capitali e di stabilimento, ed essere “idoneo ad individuare gli investimenti realizzati tramite costruzioni artificiali” e/o evitare l’elusione delle regole in materia.

Chiari ed espliciti sono anche i fattori che devono essere tenuti in considerazione nel determinare se l’investimento possa incidere sulla sicurezza e sull’ordine pubblico. Tra questi l’eventuale controllo pubblico, di qualunque tipo, precedenti coinvolgimenti in attività a rischio e rischi futuri potenziali.

Il meccanismo delineato dagli artt. 6 e 7 si sostanzia in un *dialogo* necessario tra il punto di contatto<sup>322</sup> dello Stato in cui l’investimento è diretto – e dunque, notificato – e la Commissione e gli Stati membri. Gli Stati, dunque, comunicano le informazioni relative a *tutti* gli investimenti esteri diretti nel loro territorio, specificando l’assetto proprietario delle imprese coinvolte, l’ambito di attività in cui le due operano, il valore dell’operazione, il relativo finanziamento e la sua fonte, la data e la possibilità che altri Stati potenzialmente interessati, poiché coinvolti o poiché sede dell’attività di uno dei due soggetti coinvolti.<sup>323</sup> A quanto detto può aggiungersi un particolare riferimento agli Stati “in cui si ritiene che la sicurezza o l’ordine pubblico possano subire effetti negativi”. Le comunicazioni avvengono per tramite di moduli standardizzati forniti dall’Unione al fine di rafforzare l’interscambio di informazioni e favorirne la comparabilità.

Sia la Commissione che gli Stati membri possono far pervenire osservazioni e pareri, debitamente motivati, nei casi in cui temano per la propria sicurezza o il proprio ordine pubblico ovvero siano in possesso di informazioni pertinenti; è altresì possibile che gli stessi si esprimano su sollecitazione dello Stato notificante. Ad ogni modo, la decisione finale è appannaggio esclusivo dello Stato notificante. La collaborazione è strumento per meglio salvaguardare determinati interessi, e non per un’indebita ingerenza sugli stessi. Anche per questo, qualunque richiesta di informazioni ulteriori che pervenga dalla Commissione o dagli Stati membri – entro 15 giorni dal ricevimento delle informazioni – deve essere espressamente motivata; di contro,

---

<sup>322</sup> Per approfondire l’attività del punto di contatto e le concrete modalità di comunicazione, si veda il cap. I, par. 4, pag. 86

<sup>323</sup> Le informazioni qui riportate sono espressamente richieste dall’articolo 9, rubricato “Obblighi di informazione”.

nel caso in cui, entro 20 giorni da tale richiesta, pervengano pareri o osservazioni, un eventuale discostamento dai contenuti degli stessi dovrà essere anch'esso debitamente motivato.

La procedura di cui all'articolo 7 ricalca quella appena descritta, muovendo però da una diversa premessa: in quest'ipotesi, l'investimento al vaglio *non è o non è stato* oggetto di un controllo, e dunque la verifica che se ne fa è successiva alla realizzazione dello stesso. Pertanto, si rendono più forti in questo caso esigenze di salvaguardia della stabilità dei rapporti giuridici creatisi, prevedendo un limite temporale di 15 mesi all'intervento da parte di Commissione e Stati membri.

È da sottolineare, infine, il legame che il Regolamento instaura con altre discipline, come quella sul controllo delle concentrazioni (art. 1) e con i paesi terzi che condividono gli stessi principi sul controllo IDE e le relative autorità responsabili. L'obiettivo è quello di rafforzare l'efficacia dei controlli ivi previsti e di renderli effettivi grazie alla cooperazione di altri soggetti, esterni e ulteriori. In più, è compito della Commissione monitorare gli sviluppi normativi e le attività degli altri paesi.

Autorevole dottrina<sup>324</sup> considera il Regolamento ora analizzato come uno strumento di rilancio dell'integrazione europea. L'affermazione merita di essere condivisa per *tre* diversi motivi: in primo luogo, il regolamento quale fonte primaria dell'ordinamento europeo tende a *conformare* le discipline nazionali che, seppur tra loro diverse, vengono integrate da concetti comuni.

In secondo luogo, questo esplica una funzione *aggregante* nella parte in cui distingue, come spesso ovviamente accade, tra un *al di qua* dei confini europei ed un *al di là*: mantenendo un regime privilegiato per le operazioni tra paesi membri e imponendo, invece, controlli più stringenti per investimenti che coinvolgano paesi esteri, crea un regime differenziato che riflette l'appartenenza o meno alla Comunità.

Infine, come in seguito meglio si dirà, l'Unione ha avuto occasione di usare il meccanismo in esame come strumento di comune difesa economica dinanzi a momenti di crisi.

---

<sup>324</sup> A. SANDULLI, *La febbre del Golden Power*, cit.

Il meccanismo comune delineato, tuttavia, può intendersi come un *punto di equilibrio* tra procedure espressione di una visione nazionalistica degli interessi da tutelare e, per l'appunto, un percorso di sempre più profonda integrazione europea.

In conclusione, si precisa che l'attuale testo del Regolamento si trova – al momento in cui si scrive – in una fase di revisione che dovrebbe terminare alla fine del corrente anno e che prevede, tra le altre cose, un diretto coinvolgimento delle Istituzioni degli Stati membri, nonché di imprese, associazioni di categoria, privati e studi legali, al fine di raccogliere feedback e proposte di riforma<sup>325</sup>.

Le più recenti comunicazioni<sup>326</sup> lasciano intendere che la revisione potrebbe portare con sé anche un ampliamento della disciplina, con l'ipotesi dell'introduzione di un sistema di controllo degli investimenti esteri in uscita (c.d. *outbound investment*), sulla scia dell'evoluzione dell'esperienza statunitense del CFIUS<sup>327</sup>.

### 1.3 Il mutato atteggiamento delle Istituzioni europee

Con l'emanazione del Regolamento si assiste, in maniera evidente, ad una legittimazione positiva del potere statale *già* in uso e che, in tal modo, diviene anche strumento europeo, rispondente ad interessi di difesa e salvaguardia di una comunità e non più solo di un popolo. Tale innovazione rappresenta in maniera eloquente il palpabile cambio di passo delle istituzioni europee, le quali partendo dalla ferrea volontà di creare un mercato unico non solo delle merci, ma anche di tutto ciò che avrebbe potuto astrattamente circolarvi, malvedevano strumenti in grado di ostacolare il processo di liberalizzazione avviato e auspicato. Invero, gli investimenti esteri diretti rientrano nella nozione di capitali a cui dovrebbe essere assicurato il libero

---

<sup>325</sup> Consultazione pubblica avviata dalla Commissione europea al fine di valutare e predisporre la revisione del Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione Europea (Regolamento UE 2019/452), i cui sviluppi si possono seguire al seguente link: [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13739-Controllo-degli-investimenti-esteri-diretti-IED-valutazione-e-revisione-del-quadro-europeo\\_it](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13739-Controllo-degli-investimenti-esteri-diretti-IED-valutazione-e-revisione-del-quadro-europeo_it)

<sup>326</sup> Commissione europea, "Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sulla "strategia europea per la sicurezza economica", link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52023JC0020>

<sup>327</sup> Tale meccanismo consentirebbe di sottoporre a verifica investimenti diretti verso paesi esteri, potenzialmente pericolosi nella parte in cui condividono ed esportano *know how* e progresso tecnologico, consentendo la fuga di tecnologie dai paesi europei.

movimento; eppure, in un contesto mutato dal punto di vista geopolitico e delle necessità nazionali e comunitarie, le prassi restrittive proposte dagli Stati non vengono più ostacolate ed ammonite, bensì fatte proprie. Quasi come se l'Unione avesse deciso di rendere amico il nemico che non riusciva a combattere.

Il cambio di passo ora descritto si esplica in una serie di atti ed interventi della Commissione, tra i quali rientra il Regolamento citato, ma che non si limita solo ad esso.

È utile ricordare le comunicazioni che nei periodi emergenziali la Commissione ha rivolto agli Stati membri al fine di *incoraggiare* un più incisivo utilizzo di tali strumenti, in questo modo conferendo una legittimità piena all'esercizio di tali poteri e delle restrizioni che causano, in quanto il relativo esercizio sarebbe stato conforme agli auspici delle istituzioni europee stesse. Nella Comunicazione della Commissione del 13 marzo 2020<sup>328</sup> e del 25 marzo 2020<sup>329</sup>, si ricorda come la sanità pubblica sia stata riconosciuta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea come un motivo imperativo di interesse generale che giustifica eventuali restrizioni alla libertà di circolazione dei capitali. Pertanto, la Commissione invita gli Stati membri ad avvalersi appieno, da subito, dei meccanismi di controllo degli IDE ed invita caldamente gli Stati sprovvisti di un meccanismo di controllo a istituirne uno *completo*, che tenga conto di tutti i fattori previsti dal regolamento. Contrariamente agli orientamenti precedenti, la Commissione agisce in questo caso *contro* il libero mercato, incoraggiando l'utilizzo di uno strumento ideologicamente in contrasto con esso, al fine di garantire la stabilità economica, finanziaria, imprenditoriale europea.

Con la Comunicazione della Commissione del 6 aprile 2022<sup>330</sup>, il ricorso all'uso dei meccanismi nazionali finalizzati al controllo IDE non si arresta allo stadio di strumento per realizzare obiettivi di politica economica, ma diviene vero e proprio strumento di *sanzione*, una contromisura. La Comunicazione si preoccupa di chiarire questo aspetto sottolineando come

---

<sup>328</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo. Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19

<sup>329</sup> “Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452 (regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti)” (2020/C 99 I/01)

<sup>330</sup> Orientamenti ad uso degli Stati membri riguardanti gli investimenti esteri diretti dalla Russia e dalla Bielorussia in considerazione dell'aggressione militare contro l'Ucraina e delle misure restrittive stabilite in recenti regolamenti del Consiglio sulle sanzioni” (2022/C 151 I/01)

sanzione e controllo IDE siano concetti distinti, ma che nel contesto dell'aggressione militare avvenuta, è «necessaria una maggior vigilanza nei confronti degli investimenti diretti russi e bielorusi all'interno del mercato unico che va al di là degli investimenti effettuati dalle persone o dalle entità oggetto delle sanzioni». Il controllo o l'influenza russa su una società, dunque, costituisce preoccupazione per la sicurezza e l'ordine pubblico tale da innescare il meccanismo del controllo IDE. Al netto di ciò, con detta comunicazione la Commissione ha fatto dello strumento della vecchia Golden Share, del nuovo Golden Power, uno strumento del tutto europeo e al servizio degli interessi (anche politici) dell'Unione stessa, non più a salvaguardia degli interessi nazionali dei singoli stati.

Il cambio di approccio e di *postura* dell'Unione viene recepito anche dagli Stati membri. L'Italia, ad esempio, nel periodo COVID si era dotata di una disciplina più restrittiva in materia di Golden Power al fine di difendere il tessuto imprenditoriale nazionale; onde evitare censure da parte delle istituzioni europee aveva definito tale intervento come “temporaneo”. Il nuovo approccio dell'Unione, sempre meno timido nei confronti dello strumento e di un suo pieno utilizzo, ha consentito che la provvisorietà dell'intervento si trasformasse in stabilità, senza che alcun rimprovero le fosse mosso, nonostante gli effetti restrittivi prodotti potessero essere giustificati più alla luce di un intervento emergenziale che in una situazione ordinaria, paragonabile al periodo antecedente alla pandemia.

In attesa di una valutazione degli effetti prodotti dal Regolamento IDE, redatta dalla Commissione entro il 12 ottobre 2023, la normativa italiana in tema di poteri speciali, per quanto sopra detto, sembra esser ora pienamente compatibile con i principi europei e con gli orientamenti della Commissione sul suo utilizzo.

L'odierna disciplina presenta infatti delle soluzioni *idonee* ad evitare che effetti pregiudizievoli vengano prodotti; *necessarie* in relazione alle fattispecie previste, le quali sono elencate in maniera più o meno precisa in atti normativi secondari e legate (presenza di un *nesso*) logicamente alle ipotesi di esercizio dei poteri speciali e alle misure connesse. Ma soprattutto, ciò che governa l'attuale testo normativo è il costante riferimento alla *proporzionalità* dell'esercizio dei poteri, i quali devono sempre rappresentare una risposta adeguata alle esigenze e mai andare oltre gli effetti necessari per farvi fronte.



## 2. Il rapporto tra Golden Power e Divieto di aiuti di Stato

### 2.1 Analogie e differenze

Nel delineare il rapporto che oggi lo strumento del Golden Power può vantare con il diritto europeo, non può prescindersi dall'indagare ed evidenziare i legami che esso presenta con uno dei meccanismi ad esso più attigui.

Golden Power e Divieto di aiuti di stato possono apparire, ad un primo sguardo, un accostamento mal riuscito: due nomi che indicano cose totalmente diverse – l'uno è uno *strumento*, l'altro un *principio normativo* da cui deriva un *meccanismo* di attuazione dello stesso – ma che solo con uno sguardo più attento e profondo possono rivelare, oltre a molte altre differenze, somiglianze e punti d'incontro.

Si può dire che i due concetti siano *contigui*, nel senso che è possibile talvolta ravvisare l'inizio dell'uno al termine dell'altro.

Le funzioni del primo, infatti, si intersecano con le statuizioni del secondo, andando a realizzare in un ambito più ampio l'obiettivo proprio del divieto: il controllo svolto con il Golden Power – o, più in generale, con i meccanismi di controllo degli investimenti esteri diretti – evidenzia, tra le altre cose, la presenza di attori statali alle spalle delle imprese coinvolte nelle operazioni economiche oggetto di *screening*, cosa lecita e perfettamente legittima per le imprese non europee, ma tendenzialmente vietata, appunto, per quelle comunitarie.

In sé e per sé il Divieto di aiuti di stato, sancito direttamente dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, agli articoli 107 e 108, mira alla creazione di un mercato perfettamente concorrenziale, in cui gli operatori non siano supportati da misure (finanziarie e non<sup>331</sup>) che possano favorirli a discapito di altri. Il divieto può essere in realtà considerato come un corredo delle libertà su cui si fonda l'Unione, in quanto punta alla piena realizzazione delle stesse impedendo agli Stati di frapponersi con qualunque aiuto, inteso nel senso di *vantaggio* di qualsiasi tipo. Il diritto dell'Unione è tendenzialmente neutrale (c.d. *principio di neutralità*) al regime di proprietà delle imprese, non facendo distinzioni e richiedendo che non ne vengano fatte, quindi pretendendo un eguale trattamento tra imprese pubbliche e private. La presenza

---

<sup>331</sup> La CGUE si è espressa nel senso che possono essere intesi aiuti anche misure non economiche che comunque rechino vantaggio a chi le riceva.

statale nelle imprese o alle loro spalle porta con sé la possibilità di impedire o comunque *interferire* con la concorrenza con altri operatori: tra privati, l'impresa sarebbe avvantaggiata da finanziamenti e prerogative statali e prediletta nella scelta del concessionario, così riducendo al minimo o eliminando la libertà di altre imprese private di scegliere il luogo ove stabilirsi (libertà di stabilimento), poiché condizionato dall'esistenza di un mercato saturo, non di imprese in concorrenza ma di un monopolista di fatto, e dunque pregiudicando anche la libertà di prestazione di servizi, essendo questa spesso legata al luogo fisico in cui l'azienda è stabilita. L'articolo 107, per questa ragione, dispone un divieto *generale* degli aiuti che “falsino o minaccino di falsare la concorrenza”, concessi dagli Stati membri “sotto qualsiasi forma”. I commi successivi si preoccupano di prevedere delle ipotesi di compatibilità assoluta e relativa. Il comma 2 stabilisce in quali ipotesi le misure erogate possano sempre essere considerate compatibili con il Trattato, mentre il terzo comma prevede una mera possibilità di compatibilità, dunque da accertare caso per caso in relazione alle specificità dell'istanza presentata.

Il divieto, contenuto in uno dei trattati europei, qui vi rimane. Tale regime sembra essere una peculiarità dell'antico continente che non è stata presa a modello da nessun altro, neanche a livello sovranazionale. Qui una prima grande differenza con il Golden Power, istituto che il diritto nazionale ha mutuato da quello di altre esperienze straniere, europee e non, e che di recente si è guadagnato un posto *anche* all'interno del quadro normativo europeo, essendo stato riconosciuto come strumento di attuazione della politica economica comune<sup>332</sup>, competenza comunitaria esclusiva ex artt. 3, par. 1 lettera e) TFUE e 207 TFUE. Si diceva, essendo tale meccanismo presente solo a livello europeo, le imprese estere non vi sono sottoposte e non scontano l'incisività delle procedure e dei controlli previsti dall'articolo 108 TFUE.

In tal senso, il Golden Power può essere considerato una *longa manus* del Divieto nella parte in cui, non estendendosi questo alle imprese straniere, consente di indagare la sussistenza di partecipazioni di controllo e finanziamenti statali e tenerne conto nella sottoposizione al vaglio dell'operazione. È funzionale, quindi, alla realizzazione di un *level playing field*, di uno spazio di gioco comune uguale per qualunque giocatore, in cui sia possibile competere alla pari.

---

<sup>332</sup> È il Regolamento UE 452/2019 che, istituendo un quadro comune per il controllo degli investimenti esteri diretti, richiama il disposto degli articoli 3, par. 1 lettera e) TFUE e 207 TFUE, che affidano all'Unione Europea la competenza esclusiva in materia di politica economica.

Golden Power e Divieto d'aiuti di stato soffrono poi di quella che il diritto europeo potrebbe definire *una malattia*: la discrezionalità. In entrambi i procedimenti, la scelta finale è altamente discrezionale e proprio in forza di questa caratteristica è sottratta ad un pieno sindacato giurisdizionale: il giudizio, infatti, potrà limitarsi alla verifica di una illogicità manifesta nella scelta, e non anche spingersi più addentro nella valutazione dei fatti posti a fondamento della stessa. La questione suscita non pochi dubbi e malumori, anche in considerazione del fatto che la combinazione "divieto – discrezionalità" fa sì che gli Stati membri adeguino la propria azione al fine di non addentrarsi in lungaggini procedurali che producono uno *standstill*<sup>333</sup> come effetto sostanziale. L'azione degli Stati membri è indirizzata, così come le loro risorse, verso necessità, finalità e modelli di economia che siano ritenuti accettabili e perseguibili dalla stessa Unione.

È possibile, inoltre, che taluni settori vengano considerati *ex lege* esenti dall'applicazione del Divieto di aiuti di stato, in quanto previsti direttamente dai regolamenti contemplati dagli articoli 108 ultimo comma e 109<sup>334</sup>, e quindi dispensati dagli oneri procedurali ordinari e dall'autorizzazione che vi fa seguito. In considerazione di quanto detto, la Commissione può sviluppare una "politica" degli aiuti di stato, autorizzando le misure che ritiene più coerenti con gli interessi dell'Unione Europea e incanalando così le risorse nazionali verso gli obiettivi dell'Unione.

Entrambi gli strumenti vengono quindi utilizzati – o *tacciati di essere utilizzati* – al fine di realizzare obiettivi di politica economica. La grande differenza sta nel fatto che gli aiuti di stato rappresentano uno strumento *diretto* di vantaggio, aiuti diretti alle imprese che falserebbero la concorrenza; al contrario, il Golden Power è uno strumento di *regolazione* del mercato, o meglio, *di controllo*, che tra le altre cose verifica (ed evita) che la concorrenza sia falsata da fattori distorsivi. Quindi l'apporto è differente. L'uno indirizza i capitali, l'altro agisce esternamente, sui rapporti che l'impresa ha sul mercato. Anche il Golden Power, però, nel frenare le operazioni in determinati settori orienta le scelte degli investitori, e dunque il mercato. Ma soprattutto, lo fa attraverso le varie e stratificate modifiche alla disciplina primaria e

---

<sup>333</sup> Ai sensi del par. 3, art. 108 TFUE.

<sup>334</sup> Il testo dell'articolo richiamato prevede delle particolari ipotesi di esenzione sulla base di regolamenti proposti dalla Commissione previa consultazione del Parlamento europeo e adottati dal Consiglio. Tali regolamenti sono utili ai fini dell'applicazione degli articoli 107 e 108 e al fine di fissare le condizioni per l'applicazione dell'articolo 108, paragrafo 3, ossia l'avvio del procedimento da parte della Commissione, ove ritenga che un progetto non sia compatibile con il mercato interno a norma dell'articolo 107.

secondaria, che talvolta semplificano le procedure, attirando operatori di mercato, talaltra stringono le maglie aumentando gli oneri e scoraggiando gli investimenti.

## 2.2 L'utilizzo nei periodi emergenziali

In particolare, un utilizzo in questi termini dei due strumenti è stato fatto nei periodi emergenziali che hanno colpito e tuttora in parte affliggono l'Europa.

Durante la pandemia da Covid-19, ai sensi degli articoli 107 e 108, nelle parti in cui ritengono compatibili o ammissibili interventi volti a far fronte ad eventi eccezionali e/o a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro<sup>335</sup>, si è ritenuto necessario adeguare il quadro di regole nell'ottica di una maggiore flessibilità. Con la comunicazione 2020/C 91 I/01, si è proceduto ad istituire un “*Temporary Framework*”<sup>336</sup>, un quadro temporaneo ed eccezionale derogatorio rispetto all'ordinaria disciplina sugli aiuti di Stato e volto a consentire interventi degli Stati in economia al fine di salvaguardare il relativo tessuto economico. La misura era volta a “garantire che le imprese di tutti i tipi dispon[essero] di liquidità sufficiente”, e quindi a “preservar[ne] la continuità dell'attività economica durante e dopo l'emergenza epidemiologica da COVID-19.”<sup>337</sup> Il quadro, che prevedeva comunque un onere di notifica, consentiva l'erogazione degli aiuti ove fossero integrate le condizioni di compatibilità ivi prescritte.

Il Temporary Framework è stato integrato e prorogato più volte a causa del perdurare dell'emergenza e delle conseguenze economiche della stessa; tuttavia, al momento della definizione di un percorso per la *graduale eliminazione* degli aiuti legati alla crisi pandemica, gli eventi bellici che hanno interessato il continente europeo ne hanno bloccato la *ritirata*. Il nuovo *Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina* si è reso necessario a seguito dello scoppio del conflitto, della reazione *politica* europea, che ha imposto all'aggressore una serie di sanzioni, e delle contromisure adottate dalla Russia, le quali hanno determinato ripercussioni

---

<sup>335</sup> Rispettivamente, art. 107, par. 2, lett. b) e art. 108, par. 3, lett. b).

<sup>336</sup> Per esteso, “Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak”.

<sup>337</sup> Dipartimento per le Politiche Europee, *Quadro Temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'emergenza del COVID-19*, disponibile su [www.politicheeuropee.gov.it](http://www.politicheeuropee.gov.it) / <https://www.politicheeuropee.gov.it/it/attivita/aiuti-di-stato/misure-temporanee-covid-19/quadro-temporaneo-19-marzo-2020/>

sull'intero mercato interno dell'UE<sup>338</sup>. Anche in questo caso, il quadro è stato oggetto di emendamenti e proroghe, fino ad arrivare alla Comunicazione della Commissione del 9 marzo 2023, che istituisce un nuovo Quadro per far fronte a crisi e transizioni e che sembra aprire alla possibilità di una maggior flessibilità *di lungo periodo* del sistema di Divieto di aiuti di stato. Difatti, si è contestualmente proceduto ad una modifica del GBER – Regolamento Generale di Esenzione per Categoria al fine di consentire fino al 2026 con l'obiettivo di poter erogare misure di sostegno in settori fondamentali per la transizione verso la neutralità climatica senza la previa approvazione della Commissione.

Un atteggiamento opposto si può notare in tema di Golden Power: alla flessibilità appena vista si oppone, infatti, un irrigidimento dei canoni e delle procedure in entrambi i momenti emergenziali, volti sì alla salvaguardia del tessuto imprenditoriale italiano, e per questo più serrati.

Tra le modifiche più importanti si richiama l'estensione del novero di asset considerati strategici<sup>339</sup>, la sottoposizione ad obbligo di notifica anche di soggetti europei nelle ipotesi di acquisizioni di controllo, la rilevanza degli acquisti di partecipazioni effettuati a qualsiasi titolo da parte di soggetti esterni all'Unione Europea superiori a determinate soglie (10%), l'ampliamento della nozione di soggetto extra-UE, l'introduzione dell'obbligo di notifica per la costituzione di nuove imprese, una maggior partecipazione dei soggetti interessati dall'operazione e la stabilizzazione del regime temporaneo che imponeva l'obbligo di notifica per le imprese europee a determinate condizioni, esteso anche ad imprese italiane.

Ferme restando le novità introdotte sul piano nazionale, ciò che in questa sede maggiormente rileva è come parte di queste modifiche e di questo irrigidimento delle procedure sia frutto, in realtà, di *orientamenti* espressi in sede europea. Si richiamano, pertanto, 3 comunicazioni chiave in questa narrazione. Prima fra tutte, la comunicazione del 13 marzo 2020 relativa ad una “risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19”: questa si fa nuncio dell'utilizzo dei due strumenti degli aiuti di stato e del controllo degli investimenti esteri come scudo e antidoto contro gli effetti economici disastrosi prodotti dalla pandemia. Ai primi è

---

<sup>338</sup> Cfr. *Il nuovo Quadro temporaneo di crisi e transizione per gli aiuti di Stato*, in Gli aiuti di Stato, Camera dei Deputati, Documentazione parlamentare, 14 marzo 2023. Consultabile su [www.temi.camera.it](http://www.temi.camera.it)

<sup>339</sup> I nuovi asset contemplati da Regolamento UE 2019/452 erano già stati oggetto delle modifiche del decreto legge n. 105 del 2019, ma si era in attesa dei decreti attuativi affinché si rendesse obbligatoria la notifica delle operazioni anche in questi settori. Con il decreto n. 23 del 2020 si è proceduto a rendere operative le modifiche già previste e rimaste latenti.

dedicato l'intero punto 5 della comunicazione, mentre in relazione ai Golden Power si sottolinea la necessità dell'utilizzo di tutti gli strumenti disponibili a livello nazionale e unionale per evitare che la crisi determini una perdita di risorse e tecnologie critiche, e dunque si preannuncia l'invio agli Stati membri di orientamenti in vista dell'applicazione del Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti. Si sottolinea come la risposta a livello di politica economica debba essere coraggiosa e coordinata. Le successive comunicazioni, l'una relativa alle misure da adottare durante il periodo pandemico<sup>340</sup>, l'altra per far fronte agli effetti economici della guerra in Ucraina, richiedono sempre più ai governi nazionali di utilizzare i poteri speciali a mo' di *postò di blocco* per gli investimenti, al fine di verificare che essi non producano danno – oltre che alla sicurezza e all'ordine pubblico – anche al tessuto economico della nazione e dell'Unione, intesa come insieme dei paesi che la compongono, in particolare nei settori da questa ritenuti particolarmente esposti o a rischio, e al fine di poter utilizzare il momento della stasi per ulteriori verifiche. In particolare, nel contesto dell'aggressione russa all'Ucraina il controllo sugli investimenti esteri diretti richiesto dalla Commissione è stato giustificato dal fatto che vi fosse “un maggior rischio che qualsiasi investimento direttamente o indirettamente collegato a una persona o entità associata, controllata o soggetta all'influenza del governo russo o bielorusso in attivi critici nell'UE po[tesse] fornire fondati motivi per concludere che l'investimento può costituire una minaccia per la sicurezza o l'ordine pubblico negli Stati membri”, ma ha anche fatto da contorno a quelle che sono state le sanzioni comminate<sup>341</sup>.

Si può dunque fare un parallelismo tra il ruolo degli aiuti di Stato e dei poteri speciali dal punto di vista dell'Unione europea, con particolare riferimento all'utilizzo fatto nei periodi emergenziali.

---

<sup>340</sup> Comunicazione 2020/C 99 I/01 della Commissione del 26 marzo 2020, *Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452 (regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti)*, punto 4

<sup>341</sup> È la comunicazione stessa a precisare la netta distinzione tra sanzioni e controllo degli IDE, salvo poi affiancare le due cose. Il paragrafo parte con una premessa che sembra mettere le mani avanti: sono cose diverse e presentano modalità e finalità differenti, tuttavia in questa occasione si rende necessario utilizzarle entrambe. Si legge, infatti: “*Sebbene il controllo degli IED e le sanzioni siano strumenti giuridici distinti, ciascuno con finalità diverse e con modalità operative diverse, l'aggressione militare della Russia contro l'Ucraina rende necessaria una maggior vigilanza nei confronti degli investimenti diretti russi e bielorusi all'interno del mercato unico che va al di là degli investimenti effettuati dalle persone o dalle entità oggetto delle sanzioni*”.

Emerge qui come l'Unione si avvalga dei due strumenti essenzialmente col medesimo fine, quindi la realizzazione dei propri obiettivi di politica economica ed industriale; li usi in maniera congiunta, quasi *contigua*, come si diceva, nella parte in cui all'uno è affidato il compito di guardiano interno, mentre all'altro esterno; congiunti ed in parallelo, andando a costituire la spada dell'unione da sguainare all'occorrenza e lo scudo della stessa, sempre presente ma a volte più ampio del solito.

Entrambi gli strumenti sono usati dall'Unione al fine di orientare la politica degli stati membri: nel primo caso, specificando i settori in cui gli aiuti sono concessi; nel secondo, "orientando" gli Stati ad una protezione più incisiva di determinati settori. In un certo senso, il libero mercato che avrebbe dovuto essere tutelato da questi due guardiani difensori, è stato in parte compromesso proprio dall'espansione degli stessi, che non consentono più scelte totalmente libere degli investitori, ma necessariamente legate agli ostacoli anche normativi che vi si frappongono.

Sono entrambi strumenti di cui l'UE si serve per assicurare la piena concorrenza sul mercato unico europeo, ma apportando ad esso i propri correttivi: evitare che chi non è soggetto alle medesime regole ne approfitti ed evitare, attraverso deroghe alla rigidità di alcuni principi, che la dura legge del più forte possa mietere *troppe* o, nello specifico, *talune specifiche* vittime. Come si è visto, nei periodi emergenziali è l'Unione il centro propulsivo di un utilizzo congiunto dei due mezzi, in un quadro di azione che richiede agli Stati membri di avere due volti: l'uno caritatevole, di chi in forza delle deroghe accordate al divieto di aiuti di Stato può erogare risorse; l'altro di un rigido doganiere<sup>342</sup>, reso più intransigente dalle strigliate del superiore e legittimato a chiedere sempre più. Ampliando considerazioni già svolte da autorevole dottrina<sup>343</sup>, la combinazione di questi due fattori potrebbe realmente portare ad un rafforzamento della coesione europea: l'Unione è vista, in periodi emergenziali, caratterizzati da particolare sensibilità anche dei popoli che la compongono, come chi chiede a tutti di essere uniti e generosi e tenta di difendere dagli attacchi che possono pervenire dall'esterno.

---

<sup>342</sup> Ancora una volta, si riprende l'espressione di NAPOLITANO, usata in G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del Golden Power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5 | 2019, p.549 ss.

<sup>343</sup> SANDULLI sostiene che i poteri speciali possano essere mezzo per una sempre più forte coesione e integrazione europea. Cfr. A. SANDULLI, *La febbre del Golden Power*, cit.

### 2.3 Il Regolamento (UE) 2022/2560 e la disciplina IDE

Si è potuto osservare, dunque, come le due discipline siano funzionalmente collegate e come l'una (il Golden Power), per taluni versi, supplisca ai limiti dell'altra: il divieto di aiuti di Stato ha una predisposizione di per sé limitata rispetto all'obiettivo di assicurare una perfetta concorrenza. Il Golden Power si trova, *incidenter tantum*, a tenere in considerazione nelle sue valutazioni elementi che richiamano la disciplina del divieto di aiuti di Stato, in quanto indaga – seppur per altre ragioni – l'assetto proprietario delle società e l'eventuale presenza pubblica all'interno dello stesso.

Un nodale punto di incontro tra le due discipline è rappresentato dal recentissimo Regolamento UE 2022/2560 del 14 dicembre 2022, relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno. Il collegamento è insito nella materia che viene regolata, in particolare nella parte in cui il nuovo regolamento direttamente specifica che esso riguarda tutti i settori economici, compresi quelli di interesse strategico per l'Unione e le infrastrutture critiche, come quelli di cui all'articolo 4 del regolamento IDE. Ma soprattutto, il regolamento prevede la creazione di un meccanismo *ad hoc* per ciò che fino a questo momento, come si è appena ricordato, era oggetto di un accertamento incidentale all'interno del controllo sugli investimenti esteri diretti.

Il regolamento mira a creare un involucro protettivo del mercato interno ampliando per la prima volta le vedute dell'Unione a riguardo, e prendendo quindi in considerazione ogni tipo di sovvenzione estera che viene fornita ad imprese che qui vengono a svolgere la propria attività. A differenza degli Stati Membri, i paesi extra-UE non sono in alcun modo vincolati dal divieto di aiuti di Stato ed i contributi economici da loro erogati sono sostanzialmente sottratti a qualsivoglia meccanismo di controllo<sup>344</sup>. La situazione che ne discende, oltre a non garantire gli obiettivi che la disciplina delineata dagli artt. 107 ss. Del TFUE si pone, riflette quello che a tutti gli effetti è un trattamento peggiore al quale sono sottoposti gli operatori economici comunitari rispetto agli altri. Per ovviare a siffatti problemi, il Regolamento 2022/2560 prevede un sistema di controllo comune, rivolto parimenti ad imprese interne ed esterne coinvolte in operazioni di concentrazione o gare d'appalto pubbliche.

Soffermandoci esclusivamente sulla parte relativa ad operazioni M&A e lasciando da parte le previsioni in materia di appalti pubblici, il Regolamento prevede un sistema di notifica delle

---

<sup>344</sup> Un'eccezione può ravvisarsi dai limitati strumenti previsti dal GATT – Accordo Generale sulle tariffe doganali e sul commercio, e da accordi internazionali, al di fuori della normativa comunitaria.



operazioni “rilevanti”, sulle quali la Commissione Europea ha il dovere di sorvegliare ed il potere di decidere.

A differenza della disciplina sugli IDE, la rilevanza delle operazioni non si lega al loro carattere strategico, quanto alla nazionalità dei soggetti coinvolti e al valore economico delle attività. Sono soggette a notifica le operazioni in cui almeno una delle due imprese sia stabilita nei confini dell’Unione e generi un fatturato pari o superiore a 500 milioni di euro e quelle in cui sia coinvolta un’impresa che nei tre anni precedenti ha beneficiato di contributi finanziari da parte di Paesi extra-UE, per una cifra almeno pari a 50 milioni di euro.

A questo punto, a seguito dell’avvenuta comunicazione dell’operazione, la Commissione dovrà vagliare la sovvenzione, intesa come *un contributo finanziario che è erogato direttamente o indirettamente da un paese terzo, conferisce un vantaggio ed è limitato a una o più imprese o uno o più settori* al fine di verificare se questa comporti in maniera effettiva delle distorsioni del mercato. È comunque possibile che, nelle ipotesi in cui vi sia il sospetto che una concentrazione sia stata preceduta dalla concessione di sovvenzioni estere, la Commissione possa richiedere una notifica preventiva anche in assenza dei requisiti previsti; è previsto, in sostanza, un potere di controllo attivabile d’ufficio dalla Commissione.

Il controllo della Commissione e la successiva decisione sono ancorati a parametri economici e alla probabilità che l’operazione possa causare distorsioni sul mercato<sup>345</sup>.

Appaiono dunque diversi, rispetto alla disciplina Golden Power, i criteri di notifica delle operazioni<sup>346</sup>; mentre i parametri per il vaglio sulle stesse attengono entrambi al concetto di rischio di interessi considerati preminenti, ma con ogni evidenza applicato in ambiti differenti. Sono simili, invece, i poteri che l’organo deputato al controllo può esercitare nei confronti delle attività notificate: il Regolamento attribuisce alla Commissione il potere di autorizzare l’operazione poiché non distorsiva, di vietarla o di imporle prescrizioni, cioè misure di adeguamento<sup>347</sup> dei termini dell’operazione che risulti certamente o potenzialmente distorsiva.

---

<sup>345</sup> ad esempio, se nei tre anni consecutivi all’operazione la sovvenzione rimane inferiore a quattro milioni di euro, il Regolamento valuta come improbabile un effetto negativo sul mercato. Cfr. anche, sul punto, *Sovvenzioni estere distorsive del mercato: il Regolamento UE sui limiti*, 23 dicembre 2022, consultabile su [www.diritto bancario.it](http://www.diritto bancario.it).

<sup>346</sup> Con una piccola eccezione: anche nella disciplina Golden Power, in particolare nel d.P.C.M 179/2020, attuativo dell’articolo 2 come integrato dalla normativa europea, sono presenti parametri numerici. Gli asset in questo caso sono *potenzialmente strategici*, ossia acquistano tale qualità solo al superamento di date soglie dimensionali.

<sup>347</sup> In relazione a queste è previsto un elenco non esaustivo di rimedi che possono essere usati. Tra questi, la cessione di attività, la modifica della governance della società, l’offerta a terzi dell’accesso alle infrastrutture, il “recupero” della sovvenzione estera, la riduzione della capacità o della presenza sul mercato. Inoltre, è possibile

## 2.4 Un punto d'intersezione: l'indagine sul controllo statale

Al quadro delle affinità si devono necessariamente affiancare i collegamenti che il Regolamento 2022/2560 stesso fa nel suo preambolo.

Primo fra tutti, il fatto che il Regolamento si rivolge a chiunque eserciti un'attività economica nel mercato interno, intendendo così “qualsiasi impresa che *acquisisca il controllo* di un'impresa stabilita nell'Unione europea o che si fonda con essa” e qualsiasi impresa che partecipi a una procedura di appalto pubblico. Il controllo sugli investimenti esteri diretti previsto dal Regolamento UE 2019/452 e le sue declinazioni nazionali sono gli strumenti principali attraverso i quali si monitora, autorizza e vieta l'acquisizione del controllo di un'impresa da parte di un'altra, fermi restando i limiti dei settori interessati da detto controllo.

Ancora, il Regolamento ritiene necessario “integrare gli strumenti esistenti nell'Unione con un nuovo strumento che permetta di affrontare efficacemente le distorsioni sul mercato interno”, “contribuendo in tal modo all'autonomia strategica aperta dell'Unione”.

Il collegamento tra le due discipline è oggetto di aperta dichiarazione, insito negli obiettivi che l'intervento normativo persegue e presupposto dall'inevitabile intreccio delle procedure.

Invero, il nuovo regolamento delinea un meccanismo procedurale che avrà ad oggetto un controllo parzialmente già svolto da altre unità: che fare, in questi casi?

È assai probabile, data l'ampiezza del novero di settori elencati nella normativa IDE, che una stessa operazione sia soggetta, per requisiti diversi, all'applicazione sia del Regolamento 2019/452 sul controllo degli IDE, sia al Regolamento 2022/2560 sul controllo delle sovvenzioni estere. Come fare in queste ipotesi a garantire che non vi siano doppi giudizi sul medesimo elemento? È possibile che il giudizio dell'uno influenzi l'altro? A quale notifica è necessario procedere per prima?

A questi interrogativi non si può dare risposta certa, poiché questa discenderebbe solo da un ulteriore atto normativo volto a chiarire questi aspetti, o da comunicazioni con lo stesso fine.

---

che la violazione degli obblighi di notifica o l'incompletezza delle informazioni fornite siano sanzionate direttamente dalla Commissione.

Nelle more, si può tentare di risolvere il problema prospettando diversi scenari e, lavorando anche in maniera analogica, scegliere quale tra questi meglio si addice alla realizzazione degli obiettivi di entrambi i regolamenti comportando un minor sacrificio per il privato.

Il primo scenario vede due procedure diverse, ma con un punto in comune. Si può pensare che il procedimento Golden Power si svolga in autonomia, ma che si arresti momentaneamente nelle ipotesi in cui durante le ordinarie indagini si ravvisi la sussistenza di sovvenzioni estere (ed il rispetto degli ulteriori parametri visti). In questo caso, si renderebbe necessario un obbligo di comunicazione all'autorità competente – fermo restando che questa rimanga la Commissione o, contrariamente alla dottrina Meroni, un soggetto europeo da lei delegato – volto alla verifica dei parametri dettati dal Regolamento: se in seguito a questa verifica si dovesse riscontrare l'opportunità di procedere con l'apertura d'ufficio di un procedimento relativo ad operazioni non notificate, il procedimento *a quo* dovrebbe arrestarsi. Questo primo scenario implica, dunque, la previsione di una nuova ed ulteriore ipotesi sospensiva dei termini previsti dalle varie normative nazionali; una parentesi infraprocedimentale che può dar luogo ad un procedimento vero e proprio, autonomo e condizionante. In caso di esito negativo, infatti, il procedimento sulle sovvenzioni condizionerebbe la fattibilità dell'operazione che, pur libera dal punto di vista degli asset strategici coinvolti, troverebbe comunque un limite nel mancato rispetto di un altro e diverso vincolo comunitario.

Il secondo scenario, parzialmente simile, vede le due procedure tra di loro sconnesse, con decisioni svincolate, ma parallele. Ciò significa che il procedimento Golden Power si dovrebbe svolgere parallelamente a quello sul controllo delle sovvenzioni estere, senza punti d'incontro – quindi ipotesi sospensive –, ma richiederebbe che gli esiti di entrambe le procedure siano di segno positivo per gli stessi motivi espressi sopra.

Un terzo scenario, invece, provverebbe ad unire le due procedure.

Il Regolamento 2022/2560 prevede la creazione di un punto di contatto al fine di consentire agli Stati membri, nonché a qualunque persona – fisica o giuridica – o ente di poter fornire informazioni in suo possesso. Anche il Regolamento sul controllo degli IDE prevede la creazione di un punto di contatto al fine di poter comunicare alla Commissione e agli altri Stati membri le operazioni oggetto di controllo in corso e al fine di poter ricevere *feedback* da questi.

È possibile che accada che i due ruoli vengano fatti coincidere: dal momento in cui parte delle notifiche relative ad investimenti esteri diretti possono coincidere con le fattispecie a cui si applica il nuovo Regolamento, il punto di contatto per la realizzazione degli obiettivi dei due regolamenti potrebbe essere il medesimo. Ciò implicherebbe la creazione di una struttura più ampia, con competenze decisamente più estese. Si tratterebbe, con una metafora, dell'occhio della Commissione in ogni Stato membro: un apparato unico volto al rispetto di obiettivi molteplici.

Merita considerazione anche il fatto che un eventuale ufficio nazionale affidatario dei due diversi controlli concentrerebbe in sé competenze di soggetti diversi:

il Golden Power – più in generale, i meccanismi di controllo degli IDE –, come visto, si giustifica con il preminente interesse alla salvaguardia della sicurezza nazionale, competenza che rimane in capo agli Stati membri e che giustifica precise violazioni dei trattati; si tratta di un potere che *nasce* come statale e a cui si è dovuta trovare una giustificazione per garantirne la compatibilità con l'ordinamento comunitario, e che lo stesso ordinamento ha fatto proprio creando un meccanismo di cooperazione con i presidi già presenti;

il controllo sulle sovvenzioni estere, invece, nasce come prerogativa di un'istituzione europea nell'esercizio di una competenza esclusiva dell'Unione, ossia la Politica commerciale comune; in questo caso, contrariamente ai meccanismi di *screening* degli IDE, è un compito europeo che dovrebbe essere svolto a livello statale.

I contenuti del Regolamento del 2022 non possono essere considerati motivi che giustificano l'esercizio dei poteri speciali e risulta impensabile anche un loro eventuale inserimento all'interno dei testi normativi di riferimento: l'aggiunta apparirebbe incoerente con l'oggetto dello stesso, ma soprattutto antitetica nel momento in cui si aggiunga la tutela della concorrenza come motivo giustificativo di un potere che rappresenta di per sé un'eccezione alle regole di concorrenza. Resta aperta, però, la possibilità che sia affidato al punto di contatto già esistente un dovere di comunicazione ulteriore ed un *diverso* potere delegato per le nuove fattispecie prese in considerazione. Un nuovo potere speciale esercitabile direttamente dallo Stato membro, ma esclusivamente a seguito della consultazione con la Commissione.

Prima di scegliere la soluzione migliore, è opportuno consultare i meccanismi di raccordo già esistenti, come quello tra disciplina delle concentrazioni e poteri speciali esercitabili in materia di IDE.

In particolare, il Regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti prevede, al considerando n. 36, l'ipotesi in cui una medesima fattispecie rientri nell'ambito di applicazione delle due diverse discipline. In questo caso, si richiede un'applicazione coerente del regolamento *de quo* e si richiama l'articolo 21, par. 4 del Regolamento (CE) n. 139/2004<sup>348</sup>, anche detto Regolamento *Merger*: l'articolo prevede che, nonostante la competenza esclusiva dell'Unione in materia e l'impossibilità per gli Stati membri di applicare la propria normativa nazionale in materia di concorrenza nelle ipotesi di concentrazioni di dimensione europea, gli Stati membri possono adottare provvedimenti per tutelare anche interessi legittimi diversi da quelli presi in considerazione dal Regolamento *merger*, tra cui la sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione, le norme prudenziali, purché compatibili con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario. Dal momento in cui si specifica che per interessi diversi da quelli elencati è necessaria un'apposita comunicazione alla Commissione e un responso della stessa, se ne deriva che per gli interessi tassativamente elencati si esclude un obbligo di comunicazione.

Ad ogni modo, il Regolamento IDE auspica una applicazione coerente delle disposizioni ivi contenute e dell'articolo richiamato, rappresentando la necessità di interpretare i motivi che legittimano il controllo sugli investimenti e il concetto di interessi legittimi di cui all'articolo 21 in maniera uniforme, ogni volta in cui gli ambiti di applicazione dei due diversi regolamenti dovessero sovrapporsi. Manca, nel Regolamento del 2022, una clausola di questo tipo.

Sia nell'ambito delle concentrazioni, sia in quello del controllo delle sovvenzioni estere, non è esplicitamente previsto un metodo di raccordo coerente con gli obiettivi delle diverse discipline. Dei tre scenari sopra ipotizzati, la disciplina *merger* non corrisponde autenticamente a nessuno, ma dalla non esplicita commistione di due discipline già esistenti si può ricavare che difficilmente sarebbe prospettabile la fattispecie di un'unione delle due procedure, come prospettata dal terzo scenario. Sia in quanto le competenze continuano ad essere poste in capo a soggetti diversi, sia perché le procedure, per quanto abbiano un minimo accertamento in comune, continuano a perseguire obiettivi antinomici, quali sono la concorrenza e l'opportunità, invece, di potervi derogare per interessi considerati strategici per gli Stati.

---

<sup>348</sup> REGOLAMENTO (CE) N. 139/2004 DEL CONSIGLIO del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»).

Anche il secondo scenario, in realtà, non eliminerebbe il problema del mancato rispetto del *ne bis in idem*: quella piccola parte di accertamento in comune potrebbe avere, nei due procedimenti, esiti dissimili e portare a decisioni contrastanti.

La soluzione più opportuna appare, dunque, la prima, in quanto una interlocuzione tra i procedimenti appare necessaria e quantomai opportuna. L'allungamento procedimentale prospettato sarebbe funzionale ad una maggior certezza delle decisioni, dunque il sacrificio richiesto verrebbe compensato da un maggior affidamento che si potrebbe fare sulle deliberazioni finali.

Concludendo, il controllo sulle partecipazioni svolto nelle procedure di controllo degli investimenti esteri diretti non è volto a verificare la presenza di aiuti di stato, ma dovuto al fatto che dietro l'operazione, che potrebbe comportare acquisizione di *know how* o avere ripercussioni su determinati asset, vi sia non un disegno imprenditoriale ma un disegno statale. Tuttavia, con il Regolamento sul controllo delle sovvenzioni estere si rende necessario un coordinamento tra i controlli previsti dal Regolamento 2019/452 e dalla nuova disciplina, che ben potrebbe servirsene. Risulta necessario soprattutto un coordinamento dei risultati, in modo da evitare doppie indagini e risultati diversi. A tale risultato si può giungere a seguito di un dialogo infraprocedimentale.

In considerazione di quanto detto, i due strumenti, diversi concettualmente ma contigui nella loro applicazione, possono essere applicati congiuntamente ed in parallelo, perseguendo anche obiettivi comuni, seppur da punti distinti.

Tra tutte le differenze, l'affinità più grande sta nell'essere entrambi strumenti dell'azione pubblica in economia, statale e comunitaria. O, perlomeno, essere stati usati come tali. In particolare, mentre il Golden Power rappresenta di per sé un'eccezione alle dinamiche di mercato, il Divieto di aiuti di Stato nasce al fine di evitare distorsioni della concorrenza nello stesso, storte che però, a sua volta, e a causa di particolari utilizzi – specialmente nei periodi emergenziali, in cui sono stati utilizzati quasi come mezzo di politica industriale – ha invece prodotto.

## IV. Profili problematici della disciplina

Il presente capitolo è volto a indagare la reale ampiezza dei poteri speciali, a ricostruirne i limiti procedurali e giurisdizionali, nonché a evidenziare le criticità dello strumento e del suo contorno normativo, senza astenersi dall'avanzare proposte d'intervento al fine di superare gli elementi d'inciampo e colmare le assenze. Si analizzeranno dunque i limiti del procedimento amministrativo al quale l'esercizio del Golden Power deve essere sottoposto: in relazione a ciò, se ne fa una qualificazione in termini di potere amministrativo, indagandone la forma e la funzione sottostante e procedendo all'analisi dell'interesse legittimo che fronteggia tale potere. Da qui, la qualificazione del procedimento come *tertium genus* rispetto ai regimi autorizzatori tradizionali, comunque assimilabile ad altre fattispecie presenti nell'ordinamento. Sulla base di dette qualificazioni e fatte le opportune differenze tra settori (in particolare quelli di cui all'art. 1-bis, i quali sembrano corrispondere ad un diverso regime), si procede all'analisi dell'applicabilità dei singoli istituti della legge generale sul procedimento amministrativo, distinguendo tra quelli applicati, applicabili, non applicati e applicati in maniera parziale o peculiare, con particolare attenzione verso questi ultimi. Infine, soffermandosi sull'ampia discrezionalità che caratterizza il procedimento, si propone un'analisi dettagliata di due casi giurisprudenziali, al fine di inquadrare l'ampiezza del sindacato giurisdizionale su tale potere e le esigenze di certezza che emergono dalle censure dei privati.

### 1. Un potere *a fisarmonica*

L'incisività di un potere, ossia la sua capacità di *imprimere la sua impronta*, non può essere valutata esclusivamente sulla *profondità* che tale impronta avrà, ma necessariamente tenendo conto anche del diametro della stessa. Con una similitudine, l'impronta di un animale che concentra il peso del suo corpo su zampe relativamente piccole, ma in grado di lasciare impronte profonde in considerazione del fatto che il peso si concentra su una superficie piccola non può far pensare che l'essere che l'ha impressa pesi più di uno che, al contrario, lasci un'impronta meno profonda ma molto più larga solo perché il peso è meglio distribuito sulla superficie poggiate.

Ecco, il grado di incidenza del potere dorato non può e non deve essere osservato solo dal punto di vista dei poteri concretamente esercitabili o dal raggio d'azione degli stessi, ma da una commistione tra i due fattori. La valutazione non può che essere svolta servendosi di due distinte unità di misura e di due calcoli diversi: circonferenza e profondità.

Si è potuto osservare come le numerose modifiche alla normativa che si sono susseguite negli anni siano attribuibili a fattori diversi ed eterogenei, tra cui fattori emergenziali, tecnici, legati al tempo ed alla evoluzione degli interessi, legati al processo di integrazione europea e ai vari tentativi di semplificazione, il tutto condito da ineliminabili influenze da parte delle vicende politico-economiche; in questo continuo mutamento di cornice, i tre poteri protagonisti<sup>349</sup> sono rimasti nella sostanza pressoché invariati. Il cambiamento del contesto in cui questi si sono trovati ad operare, però, non può che aver comportato un mutamento degli stessi, non dal punto di vista della teoria, rimasta intatta, ma della pratica, cioè dell'attuazione *concreta* che ora si esplica in campi d'intervento prima non contemplati.

Il potere dorato può essere definito – con una metafora rubata ad altra disciplina – come un *potere a fisarmonica*, capace di espandersi nei periodi in cui il contesto economico, sociale, politico lo richiama e astrattamente di tornare alla sua forma originaria al termine degli eventi che ne avevano richiesto una dilatazione. *Astrattamente* poiché, nella realtà dei fatti, le modifiche alla disciplina anche espressamente previste come *temporanee* hanno poi assunto un ruolo di definitività di fatto, una temporaneità *sine die* poi divenuta regola.

Tale potere ha saputo, ora del punto di vista della profondità e non più dell'estensione del suo raggio, cedere parte della sua silenziosa unilateralità in ragione di un temperamento d'interessi, e dunque aprendo le porte ad un dialogo che preceda ed accompagni l'esercizio del potere. Si intenda, il potere rimane unilaterale, ma consente che vi sia un apporto partecipativo che possa guidarne l'esercizio, facendo valere anche istanze e difese dei privati interessati.

Meno recentemente, l'incisività dei poteri esercitabili è stata smussata dagli interventi della Corte di Giustizia europea e dall'affermarsi di quel principio di proporzionalità che oggi è alla base della calibrazione e della ponderazione delle scelte.

Più in generale, esigenze pubbliche legate all'evolversi degli interessi nazionali e alla necessità di protezione degli stessi portano al bisogno di estendere ulteriormente la rete in cui le attività possono rimanere imbrigliate; il posto di blocco al quale le imprese devono esibire generalità e attività in corso. All'opposto, esigenze privatistiche riconducibili al libero esercizio dell'attività economica garantito dalla Costituzione *in primis*, e a garanzie contenute in leggi generali e particolari *in secundis* (come quelle espressamente previste dalla legge sul procedimento

---

<sup>349</sup> Il riferimento è ai poteri concretamente esercitabili: prescrittivo, interdittivo e oppositivo.



amministrativo), richiedono che tali interessi vengano considerati e adeguatamente tutelati, se non riducendo l'ambito di applicabilità della disciplina allora riconoscendo al conducente fermato guarentigie e certezze in merito alle modalità di attuazione della stessa.

## 2. Golden Power e potere amministrativo

La denominazione “Golden Power” arriva al termine di un processo di rinnovamento di un'intera disciplina, ed è complice nel sottolineare la discontinuità con il precedente meccanismo della Golden Share. Nonostante ciò, il potere viene definito in entrambi i testi normativi di riferimento<sup>350</sup> con le medesime parole, identificato come un potere *speciale*.

La specialità del potere può essere spiegata da due distinti punti di vista: in primis, speciale viene utilizzato quale sinonimo di *eccezionale*, dunque un potere da esercitare non in via ordinaria ma esclusivamente in presenza di precisate fattispecie che lo facciano ritenere necessario e indispensabile; da altro punto di vista, la specialità del potere si ricollega all'incisività dello stesso, e dunque al fatto che – di nuovo – eccezionalmente lo Stato possa intromettersi in attività riservate alle imprese e al mercato, in un ambito a cui dovrebbe essere estraneo.

La specialità del potere, da un terzo e distinto punto di vista, può essere intesa come forma *particolare* di un potere generale: il potere amministrativo.

Il potere amministrativo può essere definito come il potere di emanare atti unilaterali produttivi di effetti giuridici<sup>351</sup>: è con l'esercizio di detti poteri, assegnati da una specifica norma – la norma attributiva di potere – che le amministrazioni pubbliche sono in grado di svolgere funzioni amministrative. Questo è, dunque, lo strumento in mano pubblica per realizzare un determinato effetto nell'interesse dei consociati: l'attività che per tramite di tale strumento si viene a realizzare è *funzionale*<sup>352</sup> al raggiungimento di un preciso interesse individuato come rilevante.

---

<sup>350</sup> Ci si riferisce al d.l. 334/1994 per la Golden Share e al d.l. 21/2012 per il Golden Power.

<sup>351</sup> Si veda B. G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2018, pag 172.

<sup>352</sup> “Con altro significato, più rilevante per il diritto amministrativo, il termine è utilizzato per indicare che l'attività amministrativa è f., nel senso che l'amministrazione, in tutti i suoi elementi (organizzazione, personale, finanza, attività), deve essere in rapporto con i fini pubblici. Tale correlazione è sempre presente, anche quando, nel caso

La rilevanza pubblica dell'attività svolta può essere individuata, in via diretta, sulla base delle disposizioni costituzionali che guidano l'attività amministrativa, dunque nel principio del buon andamento, contenuto delle disposizioni dell'articolo 97 Cost., il quale impone che "l'attività della PA [sia] diretta a realizzare l'interesse pubblico", così ponendo un argine ai fini che possono orientare l'operato delle amministrazioni e, dunque, l'esercizio dei poteri.

In via indiretta, riconoscendo un rapporto mediato tra amministrazione e popolo.

L'attività svolta, infatti, persegue fini non autonomamente individuati dall'amministrazione, ma *ricevuti* dal legislatore. Si parla in proposito della c.d. legalità dei fini<sup>353</sup>: l'organo politico individua concretamente l'interesse che ritiene meritevole di tutela e conferisce agli apparati preposti a realizzarlo il potere per poterlo fare.<sup>354</sup>

Se si va alla ricerca di una definizione *precisa* di "funzione", si rischia di incappare in tautologie e ridondanze. La difficoltà nell'individuare una nozione una precisa risiede nella molteplicità di quelle fornite, sia dalla dottrina che dall'ordinamento nazionale<sup>355</sup> e comunitario<sup>356</sup>.

---

del ricorso delle amministrazioni a istituti propri del diritto privato (contratti, costituzione di società per azioni, gestione di beni pubblici ecc.), risulta meno evidente e assume forme giuridiche diverse." Cfr. voce *Funzione amministrativa* in Treccani.it – Enciclopedie on line, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana (<https://www.treccani.it/enciclopedia/funzione-amministrativa>).

<sup>353</sup> Così M. TRIMARCHI, *Principi generali dell'attività amministrativa* in M. CLARICH – G. FONDERICO (a cura di), *Procedimento amministrativo*, Wolters Kluwer, Vicenza, 2015, pag. 3, dove si richiama il disposto dell'articolo 1 della legge n. 241 del 1990 ("l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge" e lo si intende come un "rimando alla funzione esecutiva dell'amministrazione: essa non agisce per il perseguimento di fini autonomamente individuati, ma per il perseguimento di fini che riceve dal legislatore (c.d. "legalità dei fini")").

<sup>354</sup> Sulla base del funzionamento delle democrazie rappresentative, i vertici politici dovrebbero essere considerati come meri intermediari, rappresentanti del vero "padrone" a cui le amministrazioni devono rispondere con il loro operato: la nazione ed il popolo che la compone. Dunque, sulla base di tale assunto e applicando la proprietà transitiva, l'interesse viene ritenuto meritevole direttamente dal popolo sulla base dei suoi rappresentanti, *nonostante e proprio perché* sarà poi il popolo stesso ad essere inciso dal potere attribuito per perseguire tale interesse.

<sup>355</sup> L'ordinamento nazionale dà una definizione con l'art. 357 del Codice penale, il quale tenta di chiarire il significato del termine in relazione all'attività del pubblico ufficiale, ai soli fini dell'applicazione della legge penale: "è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi".

<sup>356</sup> Ad esempio, il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, all'articolo 45, in tema di deroghe al principio della libera circolazione dei lavoratori, parla di "funzioni che attengono all'esercizio dei pubblici poteri e alla tutela degli interessi generali dello Stato o degli enti pubblici", mentre all'articolo 101, in tema di deroghe consentite alle leggi a tutela della concorrenza, descrive le funzioni come "prerogative tipiche dei pubblici poteri".

La funzione può essere identificata nella *missione* che al soggetto pubblico viene affidata, e che consiste “nella cura di un determinato interesse pubblico individuato dalla legge”<sup>357</sup>, ma anche nella “sintesi verbale di una molteplicità di compiti positivamente individuabili, attribuiti all’amministrazione”<sup>358</sup>.

Si rende pertanto necessario individuare in concreto la funzione perseguita dall’amministrazione nell’esercizio dei suoi poteri, giacché è alla luce di questa (e non solo) che i provvedimenti potranno essere considerati legittimi.

Il Golden Power deve dunque essere considerato una declinazione particolare di un potere più ampio (quello amministrativo), un potere caratterizzato da attributi propri e la cui esistenza si giustifica in relazione ad una previsione normativa (norma attributiva di potere) che contestualmente costituisce la disciplina quadro dell’istituto.

I poteri speciali, infatti, sono esercitabili *in quanto previsti da una legge* e producono *direttamente* nelle sfere dei consociati i propri effetti, sulla base di valutazioni *discrezionali* volte a proteggere *interessi nazionali* qualificati come “strategici”. In base a ciò, sembrano ricorrere i caratteri dell’unilateralità e discrezionalità, propri del potere amministrativo, e risultano soddisfatte anche le esigenze di previsione normativa dei poteri e del carattere necessariamente funzionale degli stessi.

Il potere presenta inoltre le caratteristiche della intrasmissibilità, inalienabilità e irrinunciabilità, rinvenibili nella legittimazione di un unico soggetto e nell’obbligo di procedere.

La doverosità dell’esercizio di tali poteri può scorgersi, oltre che nella formulazione testuale delle disposizioni e dall’interpretazione complessiva delle stesse, anche nella possibilità che il procedimento sia avviato d’ufficio in assenza di uno spontaneo adempimento del privato agli obblighi che con tale disciplina gli sono imposti. L’esercizio del potere è poi prerogativa della sola Presidenza del Consiglio (unico soggetto legittimato) e dei suoi dipartimenti, come

---

<sup>357</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV edizione, Il Mulino, Bologna, 2019, cap. IV, p. 105.

<sup>358</sup> Secondo NAPOLITANO “le funzioni identificano la ragion d’essere e la posizione dell’amministrazione nei confronti della società; costituiscono il principio ordinatore dell’organizzazione e dell’attività amministrativa; determinano la fonte competente a regolarle”. Si v. G. NAPOLITANO, *Le funzioni* in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2015, pag. 29.

Per contro, vi sono più significati attribuiti al termine: funzione nel senso di f. amministrativa, esecutiva, distinta da legislativa e giudiziaria; funzione come nozione opposta a servizio, anche alla luce dell’ordinamento europeo che si serve di tale distinzione; amministrazione intesa come funzione in quanto tale, in quanto “preposta alla cura di interessi generali e che, pertanto, deve essere, nella sua globalità, in un “rapporto di congruenza” con i fini pubblici.

riconosciuto anche dall'articolo 2 del Regolamento europeo sul controllo degli investimenti esteri diretti (Reg. UE 2019/452), il quale dispone che la decisione finale sul singolo caso rimanga nelle mani dello Stato membro. Inoltre, l'inesistenza di espressi divieti alla reiterazione dell'atto di esercizio del potere lascia intendere che questo non si esaurisca con il singolo provvedimento, ma potrebbe legittimamente essere riproposto ove si presentasse la medesima fattispecie, segno dell'inesauribilità<sup>359</sup> dello stesso.

Come si diceva, è necessaria una concreta individuazione della funzione perseguita dal potere, di modo da verificare che essa corrisponda effettivamente alla realizzazione di un pubblico interesse.

Nel caso di specie, la funzione che la norma attributiva del potere persegue è indubbiamente la protezione e la salvaguardia degli interessi nazionali e dello svolgimento delle funzioni basilari e fondamentali dello Stato, nell'interesse dei consociati alla fruizione dei servizi individuati come essenziali. Parte della dottrina<sup>360</sup> considera l'attività realizzata per tramite di tale strumento come espressione di una funzione di regolamentazione, a tratti anche di regolazione. Più corretto, una funzione di regolamentazione che tiene conto di obiettivi propri della regolazione.

Se intendiamo la regolamentazione come un'attività di *direzione* dell'economia e la regolazione come mezzo per la realizzazione di obiettivi di concorrenza, ne vien fuori che lo strumento in parola non aderisce perfettamente a nessuna delle due definizioni, ma che corrisponde a parti di esse. È, infatti, uno strumento che esplica inevitabilmente i suoi effetti sul mercato pur non avendo la direzione di questo come principale obiettivo; vi influisce a seguito di scelte giustificate da interessi diversi e che, nel bilanciamento degli interessi, tiene conto della necessità di non incidere eccessivamente sugli equilibri concorrenziali, addirittura tentando di salvarli da agenti esterni nei periodi emergenziali in cui la concorrenza perfetta viene alterata da fattori estemporanei e imprevedibili<sup>361</sup>. Persegue, ad ogni modo, obiettivi di

---

<sup>359</sup> Su tale caratteristica, autorevole dottrina si esprime statuendo che la norma che attribuisce e disciplina la funzione “ricollega il sorgere del potere al verificarsi di certi presupposti, determinando il continuo succedersi [...] di poteri di eguale contenuto”, da qui l'inesauribilità. Si v. B.G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., pag. 174.

<sup>360</sup> A. GEMMI, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, PA Persona e Amministrazione, Ricerche Giuridiche nell'Amministrazione e l'Economia, 1 | 2020, p. 396

<sup>361</sup> Si noti come gli interventi nazionali durante il periodo pandemico, come anche gli indirizzi comunitari in materia (pervenuti con la nota Comunicazione 2020/C 99 I/01 della Commissione del 26 marzo 2020), perseguivano lo scopo di evitare che soggetti risparmiati dalle questioni sanitarie di quei mesi alternassero l'equilibrio economico europeo. L'obiettivo era dunque *anche* la tutela della concorrenza *interna*.

regolamentazione nella parte in cui l'attività sia orientata da finalità esterne al mercato, "che trovano la propria origine nel processo politico e non nella logica intrinseca di quello economico"<sup>362</sup>.

Come detto, la funzione determina il potere<sup>363</sup>. È sulla base di questa che l'amministrazione viene investita di determinati compiti e modalità di realizzazione. La natura funzionale del potere consente di distinguerne diverse forme, sulla base dell'interesse perseguito e al rapporto con gli altri interessi coinvolti<sup>364</sup>. Tra più forme e categorie di poteri, come poteri *simmetrici* a quelli dei privati, ossia simili a questi ma traslati su un altro piano e relativi all'organizzazione e all'attività contrattuale; poteri che esprimono un'esigenza di controllo – nella parte in cui, nonostante la possibilità di un accordo su un piano paritetico, si esplicano in atti unilaterali che impongono una decisione in modo da poterla controllare, da esserne gli unici padroni – e poteri che incidono sulle sfere giuridiche dei privati in ragione del perseguimento di un interesse pubblico, è in quest'ultima tipologia che ci si sente di collocare il Golden Power.

Per quanto la categoria ora scelta non si riferisca esplicitamente a detti poteri, quanto più a veri e propri poteri autorizzatori, espropriativi e sanzionatori, si può osservare come da un punto di vista sostanziale la descrizione astratta coincida con gli effetti dell'esercizio del potere dorato: attraverso atti sfavorevoli (ma non sempre), si fa prevalere la volontà e le esigenze del soggetto pubblico su quelle del soggetto privato, sacrificandone un diritto (nelle espropriazioni il diritto di proprietà, nel Golden Power la libera iniziativa economica). Giustificano una tale classificazione non soltanto le disposizioni in tema di potere di veto e di opposizione, le quali concretamente fanno prevalere un interesse pubblico a discapito *assoluto* di quello privato, ma anche quelle che prevedono l'imposizione di specifiche condizioni, in quanto segno di un rapporto di subalternità in cui l'interesse dell'uno deve orientare l'attività dell'altro.

---

<sup>362</sup> Così A. GEMMI, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, cit., p. 396 e R. MICCU', *Lo Stato regolatore e la nuova costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto* in P. CHIRULLI, - R. MICCU' (a cura di), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in onore del Prof. Salvatore Cattaneo*, Napoli, Jovene, 2010, p. 162, il quale fa riferimento a E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione preconcorsuale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2007, p.86.

<sup>363</sup> Il potere ha infatti *natura funzionale*, risponde ad una data funzione e serve a perseguire l'interesse ad essa sotteso.

<sup>364</sup> Cfr. B. G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., pag.172

In sintesi, dunque, il Golden Power costituisce una forma particolare di un potere generale: il potere amministrativo. Di esso possiede le caratteristiche fondamentali, alle quali affianca attributi propri.

La funzione che giustifica l'esistenza di tale potere non è individuata in maniera unanime: all'inconfutabile esigenza di difesa e salvaguardia di interessi sommi si aggiungono visioni che individuano nelle attività di regolazione e regolamentazione gli obiettivi e gli effetti di tale potere. È sulla base della funzione perseguita e delle concrete modalità di realizzazione, che la forma del potere viene individuata. Tra quelle tradizionali, il Golden Power si situa tra i poteri che incidono sulle sfere giuridiche dei privati in ragione del perseguimento di un interesse pubblico.

### 2.1 L'interesse legittimo e la natura del controllo

Il diritto amministrativo moderno suole distinguere la posizione giuridica soggettiva che fronteggia il potere pubblico in due tipologie<sup>365</sup>: interesse legittimo *pretensivo*, proprio di chi invochi l'esercizio di un potere – e a cui corrisponde un potere della pubblica amministrazione sostanzialmente ampliativo, il quale può incidere positivamente nella sfera giuridica del privato, ampliandola<sup>366</sup> – e *oppositivo*, di chi, invece, ha interesse a che l'amministrazione rimanga silente in quanto titolare di un potere restrittivo che limiterebbe la sfera del privato. Quest'ultimo, in particolare, è l'interesse che mira alla conservazione di una situazione esistente, dunque ad un *non facere* dell'amministrazione, in modo da non alterare lo stato delle cose e a non vedere sacrificato un bene della vita di cui già si dispone.

Nel caso di specie, è necessario indagare la natura dell'interesse legittimo in riferimento ai poteri speciali, in particolare al diritto di veto e all'opposizione, e alle fattispecie alle quali si rivolgono.

Il potere di veto può essere esercitato in relazione a delibere, atti o operazioni societarie, dell'assemblea o del consiglio di amministrazione, “che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi” individuati come strategici ai sensi del

---

<sup>365</sup> Non è sempre stato così: è solo con l'ingresso dei c.d. diritti sociali nell'ordinamento che il cittadino è divenuto titolare di una pretesa in positivo nei confronti dell'amministrazione, dunque rivestendo una posizione di sottoposizione ad un potere in grado di *ampliare* la propria sfera giuridica.

<sup>366</sup> La Corte di Cassazione definisce tale posizione come la “pretesa a che l'amministrazione provveda legittimamente in vista di un provvedimento positivo”. Corte di Cassazione, SS.UU., ordinanza 4 settembre 2015 n. 17586.

decreto legge n. 21 del 2012, ovvero la fusione, scissione o scioglimento della società, il trasferimento d'azienda o di rami di essa o di società da essa controllate, il trasferimento all'estero della sede sociale, "le cessioni di diritti reali o di utilizzo relative ai beni materiali o immateriali", nonché, da ultimo, la modifica dell'oggetto sociale e/o di determinate clausole statutarie.

In relazione a dette fattispecie, la normativa richiede – agli art. 1 co. 4 e 2 co. 2 e 2-bis – che le imprese interessate comunicano obbligatoriamente *la volontà* di procedere in tal senso. Oggetto della comunicazione non è tanto la delibera, l'atto o l'operazione in sé, quanto *l'intenzione* di pervenire o realizzare le stesse. In caso di esercizio del potere, dunque, tali fatti rimarranno e si cristallizzeranno al livello dell'intenzione, senza mai divenire risultato. L'esercizio del potere si frappone alla realizzazione e concretizzazione della fattispecie, impedendola. L'interesse del privato in relazione a tale potere, di sola forma *negativa*, appare dunque configurabile come un interesse *oppositivo*, proprio di colui che spera nella non intrusione e nella non ingerenza.

La comunicazione, come detto, precede la realizzazione dell'attività: questa previsione avvicina la fattispecie in esame a quella dei regimi autorizzatori, i quali prevedono un controllo *ex ante* dell'attività, con la differenza che, in quei casi, l'amministrazione è titolare anche di un potere in *positivo*, capace di rimuovere gli ostacoli che impediscono al privato la realizzazione dei suoi interessi. In questo caso, invece, il potere dell'amministrazione si atteggia come una *non-autorizzazione*, una negazione. Il suo contrario è, invece, la delibera di non esercizio che esprime esclusivamente la rinuncia all'esercizio del potere.

Il potere di opposizione, invece, è esercitabile in relazione ai casi di acquisto di partecipazioni in società di rilevanza strategica, nonché alla costituzione di nuove imprese che abbiano per oggetto sociale lo svolgimento di attività di rilevanza strategica oppure detengano attivi rilevanti ai sensi degli artt. 1, 1-bis e 2 della normativa; ai sensi degli artt. 1 co. 5 e 2 co. 5, l'operazione deve essere notificata entro dieci giorni dal compimento della stessa. Dunque, al contrario dell'ipotesi del veto, il vaglio sull'attività è *successivo*, cioè la notifica *segue* l'operazione e la valutazione arriva quando questa è già stata conclusa. Fino alla notifica e per il perdurare del procedimento, opera un meccanismo di *standstill* sostanziale, per cui i diritti di voto legati alle partecipazioni rilevanti oggetto di acquisto sono sospesi.

In entrambi i casi, gli interessi si presentano nella forma della *opposizione*, della non volontarietà dell'esercizio del potere: nel secondo caso, potere d'opposizione, nell'interesse a

conservare lo *status quo*; nel primo, potere di veto, si mira al silenzio o al non esercizio, che nel caso specifico in realtà assume le sembianze di un atto vero e proprio (c.d. delibera di non esercizio). Qui sta la peculiarità della situazione giuridica del privato al cospetto di tale declinazione del potere: egli è obbligato a sottoporre al controllo l'attività non ancora intrapresa e mira effettivamente ad ottenere un responso ad egli favorevole, come nei tradizionali regimi autorizzatori, ma il potere dell'amministrazione è in realtà un potere *negativo*, che dunque può solo peggiorare la condizione del richiedente a tutela di interessi superiori. L'interesse del privato è soddisfatto solo in assenza del potere. Il responso favorevole si ottiene invece effettivamente con un atto dell'amministrazione, ma che attesti la non necessità e volontà di esercizio del potere. Per quanto la relazione tra i due soggetti si avvicini alla soggezione del privato propria del regime delle autorizzazioni, in questo caso il lasciapassare non coincide con un provvedimento e con un provvedimento *positivo*, ma con un atto che deliberi formalmente il non esercizio di un potere *negativo*.

Dubbio è se tale formula possa essere astrattamente accostata ad un provvedimento autorizzatorio tacito, in quanto comunque emanato all'esito di un procedimento amministrativo e volto a sbloccare una situazione in cui il concreto esercizio di un diritto è rimasto impantanato, sebbene non rispondente, in concreto, ad alcuna norma attributiva di potere: è proprio questo aspetto a frenare la ricostruzione nel senso di un provvedimento, essendo questo un atto di esercizio di potere e mancando, in questo caso, proprio quest'ultimo ingrediente fondamentale.

È dunque da escludere la configurabilità di un vero e proprio regime autorizzatorio, in quanto assenti sia il potere ampliativo sia l'interesse legittimo pretensivo connesso; parimenti, nonostante le modalità di esercizio dei poteri ora visti presentino qualche aspetto comune, è necessario distinguere il regime proprio di tale procedimento da quello previsto all'art. 19 della legge n. 241 del 1990, ossia le attività sottoposte a SCIA, nonché da quello previsto per le attività oggetto di comunicazione preventiva.

Il regime di comunicazione preventiva e la segnalazione di inizio attività mirano a sostituire, in determinate e limitate circostanze, il regime dei provvedimenti autorizzatori. Questi partono dal principio, condiviso e rimarcato dal diritto comunitario, di una originaria libertà dell'attività, la quale è consentita in quanto non esplicitamente vietata e nei soli limiti della sua possibile interferenza con gli interessi della collettività, giustificandosi in tale maniera dei vincoli e delle



regole speciali, purché proporzionati.<sup>367</sup> L'attività può dunque essere oggetto di un controllo *preventivo*, ove ne sia prevista apposita comunicazione, *contestuale* all'avvio, o *successivo*, che dunque faccia seguito, arrivi in un momento posteriore all'inizio della stessa, come nel caso della SCIA. La giurisprudenza sottolinea come le attività sottoposte a tale regime siano libere, nonostante la necessaria conformità a regimi amministrativi<sup>368</sup>, e il legislatore chiarisce che queste non costituiscono regimi autorizzatori<sup>369</sup>. Alla segnalazione a cui il privato è tenuto, può, "in caso di accertata carenza di requisiti e presupposti", opporsi un divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti ovvero l'invito a conformare la propria attività.<sup>370</sup> L'interesse del privato, dunque, si atteggia come un interesse *oppositivo*, contrario all'esercizio del potere.

Da questa breve descrizione è facile rendersi conto dei numerosi punti in comune con il procedimento di esercizio dei poteri speciali, a partire dalla possibilità di una notifica preventiva o successiva, al tipo di provvedimento che può emettere l'amministrazione (divieto – veto e opposizione – o conformazione – potere di imporre prescrizioni e condizioni), al tipo di interesse che si oppone al potere. La riconducibilità del procedimento Golden Power a detto regime è, però, esplicitamente esclusa dall'assoggettabilità allo stesso dei soli atti a contenuto vincolato. L'amplissima discrezionalità che avvolge la decisione sull'esercizio dei poteri speciali preclude a questa possibilità di configurazione. Inoltre, il regime indicato non è configurabile allorché siano coinvolti interessi pubblici particolarmente rilevanti, come la difesa nazionale e la pubblica sicurezza.

Da qui, la non perfetta vestibilità da parte del procedimento Golden Power dei panni dell'autorizzazione e della dichiarazione preventiva o successiva di inizio attività.

Il procedimento appare come a sé stante, costituente un *tertium genus* non tipizzato che però nel diritto positivo raccoglie diverse fattispecie procedurali. Questo genere si sostanzia in una categoria di comunicazioni strumentali ad attività di vigilanza, e non invece volte ad ottenere un titolo o una legittimazione<sup>371</sup>.

---

<sup>367</sup> Cfr. direttiva servizi 2006/123/CEE

<sup>368</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sent. 13 marzo 2019, n. 45.

<sup>369</sup> D.lgs. 26 marzo 2010 n. 59, art. 8, co.1, lett. f), il quale recepisce la citata direttiva servizi 2006/123/CEE

<sup>370</sup> Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV edizione, Il Mulino, Bologna, 2019, cap. IV, pag. 186

<sup>371</sup> Se ne può trovare una ricostruzione in W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2020, pag 6 e 30 ss., sebbene l'autore non menzioni mai i poteri speciali.

Nei regimi autorizzatori, la presentazione di un'istanza è indispensabile e necessaria per la rimozione di un ostacolo all'esercizio di un'attività; in mancanza, l'impedimento giuridico non verrà rimosso e, dunque, l'attività comunque posta in essere sarà illegittima. L'istanza, dunque, ha la funzione di legittimare il richiedente all'esercizio di un diritto, e di attribuirgli un titolo provvedimentale con tale effetto.

Per la SCIA e le dichiarazioni preventive, per quanto diverse in ragione del fatto che la decisione dell'amministrazione sia *successiva* e *vincolata*, la comunicazione è comunque necessaria al fine di legittimare l'attività svolta. È necessaria una forma di assenso, anche successiva o tacita; in assenza, l'attività verrà svolta *sine titulo*. Dunque, in entrambi i casi la legittimità dell'attività è condizionata quantomeno dalla conoscenza che ne viene data all'amministrazione.

La terza categoria di cui si è appena detto, invece, si distingue da quelle ora analizzate per l'assenza di un nesso tra comunicazione dell'attività e legittimità della stessa. La notizia è necessaria ed obbligatoria e la sua omissione è opportunamente sanzionata, ma non incide sull'esito del procedimento e sulla legittimità delle operazioni notificate<sup>372</sup>. L'attività dei privati è libera e pressoché legittima fin tanto che non venga qualificata diversamente: a questo è rivolto l'obbligo di notifica, a consentirne un controllo, un vaglio alla luce di determinati interessi positivamente tutelati dalla normativa che prevede tale accertamento e rispetto a valutazioni discrezionali a questo finalizzate. Proprio per tale ragione l'omissione non potrebbe rendere di per sé illegittima l'attività, poiché questa deve essere oggetto di valutazioni, complessi accertamenti e di un fondamentale bilanciamento di interessi. Infatti, i poteri speciali hanno carattere restrittivo (condizioni e prescrizioni) o inibitorio (veto ed opposizione), in grado di *bloccare* le operazioni solo in ipotesi di conflitto con interessi nazionali, ovvero di rischio negli ambiti tutelati dalla normativa.

---

<sup>372</sup> In proposito, GIULIETTI osserva che tali comunicazioni, “comunicazioni che, avendo esclusivamente una funzione notiziale, non costituiscono, né condizione di legittimazione, né incidono sul potere di vigilanza dell'amministrazione. Ciò, ancorché sia prevista una sanzione diretta a punire la condotta omissiva”. Ancora, in relazione alle notifiche in materia di concentrazioni, scrive: “È evidente che quello della comunicazione preventiva si configura, nel caso di specie, come un obbligo la cui violazione è specificamente sanzionata, ma il cui inadempimento non condiziona la liceità dell'operazione di concentrazione, che dipende esclusivamente dalla conformità dell'operazione alla disciplina normativa. La presentazione della dichiarazione determina, invece, il necessario avvio di un procedimento di controllo la cui conclusione è soggetta a termini perentori”. Cfr. W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo*, cit. pag. 30-31 e 32.

La comunicazione è dunque un atto con cui si notizia l'amministrazione, e che costituisce termine a quo per l'esercizio della potestà amministrativa, consentendo di procedere con gli accertamenti necessari attraverso l'avvio di un procedimento.

Rientrano nella atipica categoria ora delineata anche alcuni procedimenti dinanzi all'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, nonché le denunce di negozi traslativi della proprietà di beni culturali<sup>373</sup>. Quanto ai primi, al pari di quanto detto in relazione ai poteri speciali, gli obblighi di comunicazione sono concettualmente distinti dalle valutazioni del loro contenuto: si prevedono sanzioni in caso di omissione, ma la legittimità dell'attività continua a dipendere esclusivamente dall'accertamento che ne viene in concreto fatto.

In relazione ai secondi, la denuncia viene qualificata come "atto di alienazione *condizionato sospensivamente* all'esercizio della prelazione", dunque del potere amministrativo previsto per tale fattispecie. Anche nelle ipotesi tracciate dalla normativa Golden Power in relazione al potere di opposizione si prevedono delle ipotesi sospensive in relazione ai diritti coinvolti nelle operazioni notificate, fino alla notifica e per il perdurare del procedimento.

In conclusione, nelle tre ipotesi ora descritte la comunicazione incide sul potere, consentendo che esso venga concretamente esercitato, ma la relativa mancanza ne lascia impregiudicate ampiezza e modalità di esercizio; sospende la possibilità di esercitare i diritti coinvolti fintantoché non si pervenga ad un esito, prevedendo un obbligo di riduzione in pristino nel caso in cui il divieto di esercizio di tali diritti venga disatteso; non ha funzione legittimante, quindi fa riferimento ad attività private libere per cui non è richiesto alcun titolo abilitativo, ma soltanto una dichiarazione dell'interessato da cui prende avvio il procedimento di controllo e i termini perentori entro i quali il potere andrà esercitato.

## **2.2 Un caso a sé: l'articolo 1-bis**

Un discorso a parte merita di essere affrontato per le fattispecie di cui all'articolo 1-*bis* della normativa sui poteri speciali, ossia i servizi di comunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G, basati sulla tecnologia *cloud* e gli altri attivi afferenti al medesimo contesto.

Le previsioni dettate dal decreto legge n. 21 del 2012 per tale articolo, infatti, non sono sovrapponibili al regime dettato per gli articoli 1 e 2; in relazione a queste precise fattispecie,

---

<sup>373</sup> Entrambe le fattispecie sono oggetto di una più estesa trattazione in W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo*, cit. pag. 32 ss.

infatti, la normativa impone un obbligo di notifica non delle singole operazioni (meglio, non impone *più*<sup>374</sup>), ma di un piano annuale che le raggruppi insieme e che preceda la realizzazione delle stesse. I commi 2 e 4 evidenziano che si tratta di una notifica preventiva, risolvendosi nella comunicazione della *programmazione* degli acquisti – e non già di quelli ormai realizzati – e dando notizia delle “modalità di sviluppo”, anche qui ponendosi in un’ottica futura.

La più grande differenza, dal punto di vista dell’analisi che si sta ora svolgendo, risiede nelle previsioni del 3° comma, il quale affida all’amministrazione il potere di *approvare* il piano entro 30 giorni. Qui, affianco alle ipotesi dell’imposizione di prescrizioni e condizioni e del potere di veto, si aggiunge un potere in positivo che dunque legittima ciò che approva. In questo modo, l’amministrazione emette un vero e proprio atto di assenso nei confronti dell’opera del privato, con una valutazione complessiva e generale del contenuto del piano stesso e prevedendo, al pari delle altre ipotesi, una sospensione dei diritti legati alle operazioni notificate la cui trasgressione è sanzionata con l’obbligo di ripristino della situazione antistante.

La partecipazione delle articolazioni tecniche dei Ministeri della difesa e dell’interno, nonché del Centro di Valutazione e Certificazione Nazionale (CVCN) e dei rappresentanti dell’Agenzia per la cybersicurezza nazionale, dimostra come in questo settore sia forte la necessità di valutazioni tecniche. Le scelte finali, dunque, sono sì comunque riservate al Consiglio dei Ministri all’esito delle riunioni del Gruppo di coordinamento, ma si connotano per un mix di discrezionalità, stavolta non solo amministrativa ma anche in senso stretto tecnica.

Infine, all’emanazione della decisione favorevole che approvi il piano però sottoponendolo a precise prescrizioni e condizioni, fa seguito un’attività di monitoraggio<sup>375</sup> volta a verificare l’esatto adempimento di quanto prescritto. Tale fase potrebbe dirsi, in riferimento al momento procedimentale e provvedimentale, “fase integrativa dell’efficacia” del provvedimento *autorizzatorio* emanato<sup>376</sup>. Non è pacifica la qualificazione di tale procedimento come momento

---

<sup>374</sup> Prima delle recenti modifiche il regime di notifica era il medesimo per tutti i settori. Adesso, gli artt. 1 e 2 richiedono la comunicazione di singole operazioni, mantenendo la formulazione originaria, mentre l’articolo 1-*bis* richiede la notifica di un piano.

<sup>375</sup> A tale fine è istituito un apposito gruppo di monitoraggio, composto dai Ministeri competenti *ratione materiae* e da rappresentanti della Presidenza del Consiglio, dalle articolazioni tecniche dei Ministeri dell’interno e della difesa e, soprattutto, al pari del gruppo di coordinamento, da membri dell’Agenzia per la cybersicurezza nazionale, oltre all’aiuto di cui ci si può avvalere da parte dal Centro di Valutazione e Certificazione Nazionale (CVCN).

<sup>376</sup> “Se la salvaguardia dell’interesse pubblico passa necessariamente per l’accertamento di compatibilità preventiva, può anche passare per la previsione di prescrizioni dirette al successivo esercizio, ovvero per la sussistenza in capo all’amministrazione di particolari poteri di controllo sullo svolgimento dell’attività, che instaura un rapporto speciale tra questa e il privato.” Cfr. F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni costitutive di rapporti giuridici fra l’amministrazione e i privati*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 42.

autorizzatorio ma, al contrario delle considerazioni fatte nelle pagine precedenti, è indubbia la presenza di elementi che differenziano tale regime da quello degli altri articoli. Come fatto notare, non solo in questo caso è forte la componente tecnica della valutazione, ma la comunicazione preventiva del privato è volta ad ottenere un atto di assenso che può materialmente pervenire in quanto esercizio di un potere *qui* concretamente assegnato. Il potere di approvare il piano rappresenta quella forma *positiva* del potere assente nelle altre fattispecie e che dunque ne condizionava anche la qualificazione. Il privato può dunque ragionevolmente attendersi un esito positivo del procedimento, non nel senso di un mancato esercizio del potere, ma nel senso di un esercizio a lui favorevole; per questo, l'interesse legittimo appare manifestarsi in queste ipotesi nella sua forma *pretensiva*, volta ad ottenere qualcosa. Anche in questo caso le attività sono di per sé lecite, ma se esercitate in costanza di procedimento o comunque prima dell'esito di questo, divengono illegittime<sup>377</sup>. In assenza di uno specifico atto di assenso, le imprese sono obbligate alla stasi. Tale ricostruzione fa pretendere per la qualificazione di tale regime come *limitrofo* al regime autorizzatorio<sup>378</sup>. Peraltro, trasladando le parole di autorevole dottrina pronunciate per un diverso concetto, “la nozione di insieme impreciso, l'appartenenza al quale [a tale “insieme impreciso”, *ndr.*] può essere misurata ma non sempre affermata o negata con certezza è utile (...) anche per i giuristi, che spesso si sforzano di delimitare ambiti sempre più incerti e di precisare concetti che, con vitalità sempre maggiore, sembrano voler sfuggire a ogni definizione”<sup>379</sup>.

### 2.3 La natura provvedimento dell'atto di esercizio dei poteri

L'atto di esercizio dei poteri speciali corrisponde all'atto tipico di esercizio del potere amministrativo: il provvedimento<sup>380</sup>.

---

<sup>377</sup> Cfr. W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo*, cit.

<sup>378</sup> Dove “lo schema è quello del diritto soggettivo scisso dalla possibilità del suo esercizio, ovvero scisso dalla facoltà della sua attuazione” (O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative* in *Rivista italiana della scienza giuridica*, 1895, p. 328); la capacità qui limitata è certamente quella contrattuale, alla quale si aggiungono evidenti limiti al diritto di proprietà e allo svolgimento dell'attività d'impresa.

<sup>379</sup> Così B.G. MATTARELLA in relazione ai *fuzzy sets*. Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento* in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Jovene, Napoli, 2006, pag. 303

<sup>380</sup> Risulta difficile dare una definizione più precisa che vada oltre la ricostruzione minima ora fatta. Non esiste, infatti, una definizione legislativa dell'atto in questione e le ricostruzioni dottrinali divergono per trovare un punto comune in quanto appena detto. Si osservino, in proposito, le definizioni date da MATTARELLA in B.G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino 2018, p. 200 ss., ma anche B.G.

La presenza di pronunce giurisprudenziali in tema di esercizio dei poteri speciali conferma tale configurabilità, conformemente a quanto disposto dall'art. 135, co. 1 lett. h) c.p.a., il quale ne affida competenza funzionale al TAR Lazio. Tenendo conto della natura e della funzione del potere, nonché della discrezionalità in cui esso è avvolto, l'atto di esercizio viene qualificato da dottrina<sup>381</sup> e giurisprudenza<sup>382</sup> come “atto di alta amministrazione”, cioè atto a natura amministrativa, ma talmente discrezionale da trovarsi al confine con l'atto politico, invece escluso dalla giurisdizione del giudice amministrativo.

In generale, il provvedimento amministrativo presenta caratteri necessari ma non indefettibili (la cui eventuale assenza, dunque, non determina che l'atto non possa essere considerato alla stregua di un provvedimento) e caratteri necessari ma non caratterizzanti (rinvenibili dunque anche in atti di natura non provvedimentale). Per meglio comprendere tale distinzione, si consideri che, inizialmente, la qualificazione giurisprudenziale di un atto come provvedimento rispondeva alla necessità di assicurare che esso fosse adeguatamente motivato e ricorribile dinanzi al giudice amministrativo. Questi due caratteri – la motivazione e l'impugnabilità – dovrebbero dunque essere intesi come nucleo duro della qualificazione di provvedimento. In realtà, è possibile che atti qualificati come provvedimento non necessitino di motivazione (es. gli atti amministrativi generali) o non siano ricorribili dinanzi al tribunale amministrativo (es. alcuni tipi di sanzioni); per questo, tali caratteri sono sì necessari, ma non essenziali e indefettibili ai fini della qualificazione. Ancora, altri aspetti *non qualificanti* del provvedimento sono il carattere imperativo o autoritativo (la legge 241/1990 all'art. 1, co. 1bis contempla ipotesi di provvedimenti non autoritativi), la discrezionalità (esistono provvedimenti vincolati)

---

MATTARELLA, Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento in V. CERULLI IRELLI (a cura di), cit., pag. 301 ss. e in S. CASSESE (a cura di), Istituzioni di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, 2015, p. 353 ss. nonché quelle fornite da CLARICH in M. CLARICH, Manuale di diritto amministrativo, IV edizione, Il Mulino, Bologna, 2019, cap. IV, pag. 166 ss. e (a cura di), *Procedimento amministrativo*, cit.

<sup>381</sup> Si vedano, tra gli altri, R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, giugno 2022 e, dello stesso autore, *Conclusioni*, cit.; S. DE NITTO, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, cit.; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia*, in Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche, 4 | 2021, p. 121; A. TRISCORNIA, *Golden power; un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in Rivista delle società., 2019, p. 749 s.; D. IELO, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti “Golden Powers”*, Rivista Interdisciplinare Sul Diritto Delle Amministrazioni Pubbliche, 4 | 2021, pp. 59- 97.

<sup>382</sup> Si vedano TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486 e n. 4488 e Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289.

e il fatto che l'atto sia emanato da una Pubblica Amministrazione (hanno però carattere provvedimento anche atti provenienti da soggetti considerati privati per altri fini)<sup>383</sup>.

Nonostante dunque la mera eventualità dell'esistenza di detti aspetti, il provvedimento Golden Power li racchiude tutti, essendo un provvedimento emanato da una PA – la Presidenza del Consiglio – nell'esercizio di un potere autoritativo e discrezionale che deve essere debitamente motivato e contro il quale è possibile proporre ricorso innanzi al giudice amministrativo.

---

<sup>383</sup> Cfr. B.G. MATTARELLA, Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento in V. CERULLI IRELLI (a cura di), La disciplina generale dell'azione amministrativa, cit. pag. 301

### 3. L'applicabilità della legge n. 241 del 1990

#### 3.1 L'applicabilità in astratto

Il provvedimento veniva individuato, dalla giurisprudenza prima che dalla legge, come atto proveniente da un'autorità amministrativa con cui si esercitava un potere frutto di un procedimento<sup>384</sup>. L'articolo 29 della legge n. 241 del 1990 determina, al primo comma, l'ambito soggettivo di applicazione delle regole sul procedimento amministrativo: prime fra tutte, vengono menzionate le amministrazioni statali, seguite dagli enti pubblici nazionali. Sulla base di tale disposizione, si può ritenere che il procedimento di esercizio dei poteri speciali debba essere sottoposto ai vincoli tracciati nella legge generale.

La legge generale sul procedimento amministrativo crea una cornice all'interno della quale tutte le attività delle amministrazioni legate all'esercizio di un potere possono collocarsi. Il suo intento consiste nel disciplinare le modalità di svolgimento e di esercizio di attività e poteri, consentendo che gli effetti si producano solo al termine di una sequenza integrale e corretta di azioni<sup>385</sup>. La funzione principale di tale sequenza è consentire che – *prima* e affinché possano essere *poi* valutati – gli interessi secondari vengano *conosciuti*, acquisiti. Il modello disegnato dalla legge supera il rapporto di altezzosa subordinazione ed il carattere autoritario delle decisioni<sup>386</sup>, a favore di un modello che favorisca e incentivi la collaborazione ed il contraddittorio. In definitiva, tale legge riveste una funzione di garanzia per i privati destinatari dell'esercizio del potere, consentendo un controllo capillare – del privato e del giudice – sulle fasi che precedono la decisione e concorrono a formarla, limitando il potere e la discrezionalità, che ne costituisce amplificatore. L'intervento si pone, dunque, nella costante dialettica tra autorità e libertà, tentando di disciplinarne le modalità di dialogo.

---

<sup>384</sup> Si v. B.G. MATTARELLA, Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa* cit. pag. 302

<sup>385</sup> Si v. B.G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino 2018, pag. 180. Peraltro, è utile un confronto anche con le definizioni e le funzioni che sono attribuite a tale legge in M. CLARICH – G. FONDERICO (a cura di), *Procedimento amministrativo*, cit. pag. 2.

<sup>386</sup> “il procedimento [...] si incunea nell'interno del potere e ne modifica la struttura autoritaria e unilaterale: sicchè il c.d. formalismo del procedimento è in realtà, una volta che lo si inquadra nel contesto costituzionale, un esempio di limitazione del potere.” Così MORBIDELLI riprendendo le idee di SORDI in G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo: il principio del procedimento* in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa* cit. pag. 126



La generalità della legge sul procedimento amministrativo è caratteristica che rimuove limiti e li pone: se da un lato essa sarà applicabile, per l'appunto, alla *generalità* dei procedimenti, così svolgendo anche una funzione unificatrice di rapporti e iter procedurali tra loro eterogenei, dall'altro trova un limite proprio nella diversità dei procedimenti, che non consente che le medesime disposizioni vengano applicate allo stesso modo e nella stessa misura a procedimenti differenti.

Il procedimento Golden Power, come visto, sfugge da una classificazione tradizionale, situandosi in zone intermedie non facilmente definibili. Proprio per questa ragione, l'applicabilità della legge sul procedimento amministrativo, per quanto indubbia astrattamente, deve essere indagata nello specifico, disposizione per disposizione.

In ragione della struttura delineata dalla normativa quadro, appare lampante come alcuni istituti siano pressoché incompatibili con le procedure ivi descritte. Un esempio su tutti: è incompatibile col tipo di decisione e di procedimento l'art. 14, relativo alle conferenze di servizi, attenendo gli interessi in gioco ad un livello più alto, e dunque affidati alle ponderazioni di amministrazione, tecnica e politica in un "luogo" distinto, quello del Gruppo di coordinamento.

Al di là di quanto astrattamente e concretamente incompatibile e di quanto invece pienamente applicato, ci sono zone d'ombra a diversa intensità, tra istituti che *sembrano* soltanto essere applicati e disposizioni che, non essendo né astrattamente né concretamente incompatibili, ben potrebbero trovare applicazione.

### **3.2 L'applicabilità in concreto: gli istituti incompatibili**

Non c'è motivo di dubitare della piena applicabilità delle disposizioni di articoli come l'1, il 3-bis, il 15 e il 16, relativi, rispettivamente, ai principi generali che devono disciplinare ogni attività della Pubblica Amministrazione, l'utilizzo di ausili informatici per implementare l'efficienza delle comunicazioni, la possibilità che tra amministrazioni si siglino accordi di collaborazione e di avvalersi di organi consultivi.

All'opposto, è da escludere che istituti propri dei tradizionali regimi autorizzatori, incentrati sul ruolo del privato quale propulsore, possano operare: non si applica, dunque, l'articolo 19, che delinea il regime di SCIA, nonché gli articoli che vi fanno espresso richiamo, come il 19-bis sulla concertazione amministrativa ed il 21, il quale sanziona la falsità delle dichiarazioni

presentate ai sensi degli appena citati articoli. Non opera, in particolare, l'articolo 10-*bis*: l'obbligo di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento di un'istanza si riferisce, appunto, ai procedimenti ad istanza di parte, categoria nella quale il procedimento in esame non rientra. Anche la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di esprimersi sul punto<sup>387</sup>, ricordando come “la notifica, in sostanza, costituisce per l'impresa unicamente un atto (dovuto) a contenuto informativo, di ausilio all'esercizio dei poteri speciali” e che dunque risulti “inammissibile [una] equiparazione tra l'obbligo, per l'impresa interessata, di “notificare” alla Presidenza del consiglio l'operazione prima che venga attuata, e la presentazione di una istanza di parte che dà avvio a un procedimento amministrativo.” La notifica costituirebbe per l'impresa un vero e proprio obbligo e non sarebbe, invece, assimilabile ad una richiesta spontanea del privato “*volta ad ottenere un bene della vita*”. La funzione di tale istituto consiste nell'evitare il rigetto dell'atto ove questo, con apposite correzioni ed integrazioni, possa ancora svolgere il proprio compito, tentando di acquisire l'assenso dell'amministrazione: si procede dunque alla comunicazione dei c.d. motivi *ostativi* all'accoglimento dell'istanza, in modo che l'interessato possa presentare osservazioni, scritti e tentare di superare le obiezioni presentate dall'amministrazione.

In questo caso, gli atti sono presentati all'amministrazione nell'interesse di quest'ultima: è impensabile che un istituto nato per un fine ben preciso possa essere utilizzato in un contesto del tutto diverso, se non quasi opposto. Qui, le eventuali integrazioni vengono richieste direttamente dall'amministrazione e non sono queste o la forma dell'atto ad incidere sulla decisione finale, bensì una più complessa ponderazione d'interessi.

Un'ulteriore esclusione deve farsi in relazione alla categoria degli accordi. L'unilateralità e l'imperatività che connotano l'atto di esercizio dei poteri speciali non lasciano spazio ad altre posizioni. Le decisioni arrivano dall'alto e non possono essere oggetto di discussione su un piano paritetico. Si ricordi come all'inizio di questo elaborato il Golden Power sia stato definito eloquentemente come un *esercizio di sovranità* in senso economico. Sovranità statale che si impone, senza lasciare spazio a negozi e accordi che, come da lettera dell'articolo 11, integrino o sostituiscano il provvedimento. Si aggiunga che, in relazione alla posizione di preminenza che l'amministrazione come espressione dello Stato deve e vuole mantenere, rimane possibile procedere ad una modifica o ad una revoca del provvedimento emanato (art. 21 *quinquies*),

---

<sup>387</sup> TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486 e n. 4488, di cui si riportano le parole, e Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289

rimanendo questo sempre nella piena disponibilità dell'apparato amministrativo. Coerentemente, risultano applicabili tutte le disposizioni sul provvedimento ed i suoi caratteri (21-*bis*, 21-*ter*, 21-*quater*), nonché sui suoi vizi ed i relativi rimedi (21 *septies*, *octies* e *nonies*). È da precisare, però, che ove la dequotazione dei vizi formali stabilita dal secondo comma del 21-*octies* fosse applicabile, essa opererebbe limitatamente agli articoli compatibili. In realtà, essendo tale meccanismo riferibile ai soli provvedimenti il cui esito sia vincolato, difficile risulta un accostamento a un provvedimento altamente discrezionale come l'esercizio dei poteri speciali.

### **3.3 Le zone grigie. Il silenzio**

Tra le zone d'ombra di cui prima si diceva, si colloca un meccanismo chiave della legge sul procedimento amministrativo che dalla lettera del decreto legge n. 21 del 2012 potrebbe sembrare pienamente operante: il silenzio assenso. L'istituto, previsto dall'articolo 20 della legge, offre una tutela ai privati vittime dell'inerzia dell'amministrazione, insolvente all'obbligo di concludere con un provvedimento espresso ogni procedimento iniziato (art. 2), valido anche nella fattispecie in analisi. Nella legge che disciplina il funzionamento dei poteri speciali, si prevede che ove il termine per l'esercizio dei poteri spiri senza che sia pervenuta alcuna comunicazione, l'attività notificata potrà essere svolta. Sembra dunque effettivamente che anche in questa fattispecie operi tale meccanismo; tuttavia, da un'attenta lettura del testo dell'articolo, ci si accorge che tale sistema possa operare esclusivamente in relazione a procedimenti ad istanza di parte. Per le stesse ragioni esposte sopra e trasponendo in questa sede le considerazioni del giudice amministrativo, non può considerarsi ammissibile una equiparazione tra una richiesta di parte ed un obbligo. Il meccanismo previsto in tema di poteri speciali *ricalca* quello dell'articolo 20 nelle modalità in ragione del perseguimento dei medesimi fini. Tuttavia, non può comunque affermarsi la piena operatività di una disposizione riservata, ancora una volta, ad una categoria di cui tale procedimento non fa parte.

Sulla stessa scia, non possono considerarsi vevoli per la fattispecie in analisi le disposizioni di cui all'articolo 2, comma 8 (silenzio inadempimento in relazione all'obbligo di conclusione del procedimento), di cui all'art. 2-*bis* sulle conseguenze del ritardo e di cui all'articolo 17-*bis* relativo agli effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni.

I primi due prendono le mosse dalla medesima situazione d'inefficienza: l'inerzia.

Nel primo caso si fa riferimento ai rimedi per l'inerzia definitiva che sfoci in silenzio, prevedendo che l'istante possa proporre ricorso giurisdizionale avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione: riferendosi tale fattispecie a colui che abbia interesse all'emanazione di un provvedimento, l'*istante* appunto, e dunque ad una posizione di interesse legittimo *pretensivo*, questa risulta incompatibile con l'obbligo e la conseguente antitetica situazione giuridica soggettiva dell'impresa nel procedimento Golden Power.

Il secondo, invece, richiama una situazione meno grave, in cui l'amministrazione concluda il procedimento, ma con ritardo e consente che, in relazione a tale circostanza, possa essere risarcito il danno che derivi dal protrarsi del tempo. Anche qui, è impensabile equiparare la situazione di chi abbia interesse ad un provvedimento a chi invece gioisca del silenzio, a ciò aggiungendosi il fatto che, per espressa previsione di una legge *speciale* rispetto a quella generale del 1990, non sono contemplati ritardi e dunque la non risposta equivale ad un assenso. Quanto all'ultimo, riferendosi questo in epigrafe ai casi in cui sia prevista l'acquisizione di "assensi, concerti o nulla osta", si esclude da principio l'applicabilità dello stesso, avendo un ambito di applicazione oggettivo differente.

### **3.4 La partecipazione: posizione del terzo, comunicazione di avvio e diritto di accesso.**

Ancora, poco chiara risulta l'applicabilità delle disposizioni in tema di partecipazioni del terzo. È da notare come grandi passi avanti siano stati fatti sull'argomento tramite le modifiche normative del decreto-legge 21 marzo 2022 n. 22<sup>388</sup>, il quale ha previsto che la notifica dell'acquisto di partecipazioni in società che svolgano attività di rilevanza strategica sia soggetta ad una notifica *congiunta*, dunque con la diretta partecipazione anche dell'impresa *target* e, ove questo non sia possibile, che quest'ultima venga debitamente informata. Come detto<sup>389</sup>, l'intervento si inserisce nel solco dell'efficientamento dell'azione amministrativa in corrispondenza con i principi delineati dalla legge che regola l'azione stessa, evitando il "disallineamento procedimentale" che altrimenti si produrrebbe e, dunque, anche lo sdoppiamento delle decisioni. La novella, oltre a perseguire l'obiettivo di semplificare al fine di evitare un (inutile) appesantimento e prolungamento del processo, tenta di favorire la partecipazione dell'impresa destinataria dell'investimento, scopo confermato dalla circostanza per cui ove la notifica contestuale non sia possibile o non avvenga, la società acquirente deve

---

<sup>388</sup> Il decreto ha modificato il comma 5 dell'articolo 1, e l'art. 2 del d.l. 21/2012.

<sup>389</sup> Cap. I, par. 4, pag. 47

redigere un'informativa da inviare alla società *target*, così rendendola edotta dell'apertura del procedimento Golden Power, "al fine di consentirne la partecipazione" anche attraverso la presentazione di memorie e documenti presso la Presidenza del Consiglio, così come previsto dal comma 5 dell'art.1.

Gli articoli 9 e 10 della legge n. 241 del 1990 stabiliscono le facoltà di cui possono avvalersi i soggetti legittimati ad intervenire, indentificando gli stessi con i portatori di interessi pubblici, privati o diffusi "cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento" e con i destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, attraverso un rinvio all'articolo 7.

Come una matrioska, l'analisi di questa legge pone interrogativi sempre nuovi, per cui dall'analisi di compatibilità di una disposizione si apre la strada al dubbio per una diversa; in questo caso, la comunicazione di avvio del procedimento e gli atti ex. art. 18-*bis*, che ad essa possono essere equiparati.

Per certi versi, l'articolo 7 non dovrebbe avere modo di operare in considerazione del fatto che grava sulle imprese un preciso obbligo di comunicazione per talune operazioni considerate strategiche; dunque, dal momento dell'adempimento di detto obbligo, queste sarebbero pienamente a conoscenza del fatto che sulla base della notifica effettuata si aprirà un procedimento di valutazione.

Ipotesi distinta è, invece, quella dell'avvio d'ufficio del procedimento. L'intervento del 2020<sup>390</sup> ha sancito la possibilità per la Presidenza del Consiglio di avviare autonomamente dei procedimenti ove l'obbligo di notifica non sia assolto. In queste ipotesi, da un lato persiste l'idea per cui sull'operazione grava un onere di comunicazione e, quindi i soggetti coinvolti sono in grado di prevedere che, in assenza di tale comunicazione, il procedimento avrà inizio ugualmente; dall'altro, una puntuale applicazione dell'articolo 7 porterebbe a pensare che una comunicazione dovrebbe essere indirizzata alle imprese, in ragione del fatto che dall'eventuale provvedimento di esercizio dei poteri speciali possa derivare un pregiudizio per le stesse.

Nella pratica, l'articolo 7 e l'articolo 18-*bis* non trovano sempre applicazione: quanto al secondo, in quanto non viene rilasciata alcuna ricevuta che possa essere equiparata ad una comunicazione di avvio del procedimento, fatto salvo l'automatismo proprio del sistema di posta elettronica certificata che consente di sapere quando la comunicazione è stata ricevuta e letta, dandone apposita ricevuta. Quanto al primo, la comunicazione è assente nelle ipotesi di

---

<sup>390</sup> C.d. d.l. Liquidità, dell'8 aprile 2020 n. 23, come convertito dalla legge 5 giugno 2020, n. 40.

notifica effettuata da parte delle imprese, non essendoci atti dell'amministrazione volti a confermarne la ricezione e non registrandosi comunicazioni da parte dell'Ufficio indirizzate alle imprese; nelle ipotesi di avvio del procedimento d'ufficio, invece, si procede sulla base di quanto disposto dagli artt. 7 e 8 della legge 241 del 1990, dando notizia dell'avvio e di tutti gli elementi di conoscenza necessari per consentire una piena partecipazione al procedimento.

Tra le facoltà riconosciute ai portatori di interessi a cui le porte del procedimento si aprono, l'articolo 10 prevede la possibilità di presentare memorie scritte e documenti, di cui diviene obbligatoria la valutazione in caso di accertata pertinenza, e la possibilità di prendere visione degli atti attraverso l'esercizio del diritto di accesso.

Quanto al primo diritto così riconosciuto, nella pratica accade che la società notificante o la *target* instaurino un dialogo con l'amministrazione, fornendo scritti e chiedendo di essere audite: da qui le c.d. *audizioni* che la Presidenza del Consiglio fa per consentire alle imprese interessate di far valere i propri interessi e chiarire le proprie posizioni rispondendo ai quesiti che il Gruppo di coordinamento di volta in volta formula.

Non è invece oggetto di esplicita disciplina la posizione di una terza impresa che intrattenga relazioni con le imprese coinvolte e che dunque possa essere indirettamente interessata e toccata dall'esito dell'istruttoria. O perlomeno, il quadro delineato dal decreto legge n. 21 del 2012 prende in considerazione la sola ipotesi in cui sia l'amministrazione ad aver bisogno di informazioni in possesso di terzi, prevedendo in tal caso un'ipotesi sospensiva dei termini del procedimento.

Accade però che possa verificarsi la fattispecie inversa, in cui sia l'impresa a volere rassicurazioni dall'amministrazione o a volerla rendere edotta di particolari sfuggiti all'istruttoria. Si pensi al creditore di un'impresa in crisi che tenta di alienare un ramo d'azienda per risanare i suoi bilanci; è da questa operazione che dipende la solvibilità dell'una e l'equilibrio finanziario dell'altra.

Per il primo caso, a tutela della riservatezza delle imprese coinvolte, dei relativi segreti industriali, nonché della sensibilità degli interessi statali protetti, appare ragionevole la scelta di non esternare informazioni di un procedimento in corso, facendo prevalere detti interessi sulle curiosità ed esigenze anche di eventuali *competitors*. Nel secondo caso, nel silenzio del decreto, si insinuano le disposizioni del Regolamento UE 452/2019, che al considerando n. 14 prevede la possibilità per le amministrazioni procedenti di acquisire qualsiasi informazione

pertinente fornita da terzi<sup>391</sup> come informazione suppletiva, nonché quanto disposto dall'articolo 10 della legge sul procedimento amministrativo, che attribuisce in via ordinaria tale diritto a qualunque soggetto portatore di interessi cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento.

La posizione del terzo estraneo all'operazione notificata è particolarmente delicata, caratterizzata da una posizione di passività che raramente può sfociare in un ruolo attivo, comunque limitato alla presentazione di documenti nel procedimento e all'intervento nel processo. Tale considerazione apre ad una riflessione più ampia sul ruolo del terzo inciso di riflesso dalle determinazioni del Governo, prima, e del giudice, poi.

Come si dirà nell'analisi del c.d. Caso Syngenta<sup>392</sup>, nel processo l'interesse del terzo intervenitore è un interesse indiretto e riflesso, ritenuto comunque giuridicamente apprezzabile ai fini dell'intervento, ma tutelabile solo in conseguenza di una decisione favorevole a chi condivide la medesima posizione. I soggetti solo indirettamente interessati ad una decisione trovano nell'intervento di terzi ex art. 50 c.p.a. l'unica possibilità di partecipazione e di conoscenza degli atti del procedimento concluso e dello stato del processo pendente, peraltro con la sola possibilità di aderire completamente alle posizioni del ricorrente o dell'amministrazione resistente (c.d. interventi *ad adiuvandum* o *ad apponendum*).

Si riconosce dunque come l'apporto partecipativo del terzo interessato sia estremamente limitato: nel procedimento a monte, alle sole ed eventuali richieste istruttorie ad esso rivolte dal Gruppo di coordinamento, dal Ministero titolare dell'istruttoria o da possibili quesiti presentati dagli Stati membri o dalla Commissione europea nell'ambito della c.d. fase due; nel processo a valle, a sostenere le argomentazioni dell'una o dell'altra parte, senza la possibilità di addurre ulteriori motivi che lascino propendere verso una decisione piuttosto che un'altra.

L'esperienza partecipativa dei protagonisti del procedimento e del terzo si inceppa anche in relazione alla facoltà prevista dalla lettera a) del citato articolo 10, ossia la possibilità di prendere visione degli atti attraverso l'esercizio del diritto di accesso.

---

<sup>391</sup> Nello specifico, si tratta di operatori economici, organizzazioni della società civile o parti sociali, come i sindacati.

<sup>392</sup> Cap. IV. par. 4.1, pag. 217

Il diritto d'accesso è punto nevralgico della funzione di garanzia svolta dalla legge che regola il procedimento amministrativo. Questo consente agli interessati<sup>393</sup>, ossia tutti i soggetti portatori di un interesse *diretto, concreto e attuale*, riferibile ad una situazione tutelata dall'ordinamento, di prendere visione e di estrarre copia dei documenti amministrativi a cui tale interesse è collegato. Ciò al fine di consentire di poter partecipare al procedimento e di poter controllare l'imparzialità dell'attività dell'amministrazione, nonché la rispondenza a tutti i principi generali della stessa. L'accesso è l'istituto giuridico che consente all'amministrazione di assumere le sembianze della tanto auspicata *casa di vetro*, rispondendo dunque ad un'esigenza di trasparenza della relativa attività.

L'applicabilità degli articoli 22 ss. della legge n. 241 del 1990 rappresenta un punto delicato, un equilibrio raggiunto a seguito di necessari bilanciamenti di interessi.

*In primis*, l'interesse dei privati a prendere visione di particolari documenti si scontra con i motivi che giustificano l'esercizio dei poteri speciali: il controllo di talune operazioni ai fini dell'esercizio del Golden Power è legittimato dall'esigenza di salvaguardia di interessi di rango primario, afferenti alla sicurezza della nazione, alla continuità degli approvvigionamenti e allo svolgimento di attività di rilevanza strategica per gli interessi dello Stato, tra cui garantire l'ordinaria erogazione dei servizi e lo svolgimento delle funzioni basilari e fondamentali dello Stato. È facile intuire come una *disclosure* da parte dell'amministrazione impedirebbe o ostacolerebbe la protezione di detti interessi, creando un rischio ancor più grande di quello oggetto di valutazione. A ciò si aggiunga l'interesse dell'impresa coinvolta a che altri operatori economici non vengano a conoscenza delle proprie scelte industriali o dei propri piani d'azione, delle tecnologie utilizzate e delle informazioni tecniche sulle stesse. Agli interessi nazionali si aggiungono, dunque, dei veri e propri interessi industriali.

L'articolo 22 della legge sul procedimento consente delle eccezioni e per esse rinvia all'articolo 24. Quest'ultimo elenca una serie di circostanze in cui il diritto di accesso non opera: tra queste particolare attenzione meritano, per quanto qui trattato, i commi 2 e 6, lettere a) e d).

Il comma 2 consente alle amministrazioni di individuare specifici spazi di riservatezza, indicando le categorie di documenti di cui si intende escludere la consultabilità.

Il comma 6 consente invece al Governo di prevedere tramite regolamenti l'esclusione dall'accesso "ove dalla divulgazione dei documenti possa derivare una lesione, *specificata e individuata*, alla sicurezza e alla difesa nazionale, all'esercizio della sovranità statale e alla

---

<sup>393</sup> Si confronti l'art. 22 l. 241/1990, co. 1, lett. a) e lett. b), recanti precise definizioni dei concetti ora presentati.



continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali”<sup>394</sup>, ovvero quando i documenti incidano sulla riservatezza anche di persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, in relazione anche ad interessi finanziari, industriali e commerciali<sup>395</sup>.

Per quanto tale ultima disposizione sembrerebbe calzare a pennello e inquadrare appieno tutti i “*controinteressi*”<sup>396</sup> che vengono ad essere bilanciati, i decreti attuativi della normativa Golden Power<sup>397</sup> contengono un espresso rinvio al comma 2 dell’articolo 24, relativo alle categorie documentali specificamente individuate dalle amministrazioni.

Alle previsioni dell’ordinamento nazionale si aggiungono, inoltre, quelle più specifiche dettate in sede europea dal Regolamento 2019/452, il quale contiene una serie di disposizioni a salvaguardia della riservatezza delle informazioni riguardanti le operazioni notificate. Punto di maggior tutela è l’articolo 10, il quale dispone un obbligo di protezione delle informazioni ricevute sulla base del meccanismo di scambio europeo ivi delineato e un utilizzo esclusivamente improntato agli scopi per i quali tali informazioni siano state richieste. Ciò in aggiunta alle disposizioni dell’articolo 3, comma 4, che impone la protezione delle informazioni “riservate” inserendo tra queste le informazioni commerciali sensibili, e dell’art. 11, che prevede la creazione di un sistema sicuro e criptato per lo scambio di informazioni tra punti di contatto, così come auspicato nel considerando n. 27.

Sulla base di quanto anticipato nel considerando n. 30, l’art. 10 dispone infine l’obbligo di provvedere affinché le informazioni *classificate* non possano essere declassate o declassificate senza il consenso scritto dell’originatore.

### **3.4.1 Le classifiche di sicurezza**

Per “informazioni classificate” l’ordinamento italiano<sup>398</sup> intende quei documenti contenenti informazioni particolarmente sensibili ai quali sia apposta una “classifica di sicurezza”, ossia

---

<sup>394</sup> Cfr. art. 24, co. 6, lett. a)

<sup>395</sup> Cfr. lett d)

<sup>396</sup> L’art. 22 definisce i controinteressati come “tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall’esercizio dell’accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza”.

<sup>397</sup> Trattasi dei d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, art. 9 il quale individua le procedure per l’attivazione dei poteri speciali nei settori disciplinati dall’art. 1, ed il d.P.R. 25 marzo 2014, n. 86, art. 9 rubricato “Regolamento per l’individuazione delle procedure per l’attivazione dei poteri speciali nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell’art.2, comma 9, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21”. A questi si aggiungono le disposizioni in materia dettate dall’art. 13 del d.P.C.M n. 1° agosto 2022 n. 133, recante “disciplina delle attività di coordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri propedeutiche all’esercizio dei poteri speciali”.

<sup>398</sup> Si vedano, in particolare, l’art. art. 42 della legge n. 124 del 2007 (e successive modifiche) ed i d.P.C.M n. 5 del 2015 (artt. 19-21) e il n. 7 del 2009.

un timbro che attesti il livello di segretezza delle informazioni contenute<sup>399</sup>. I livelli di sicurezza sono quattro e a tutele crescenti (RISERVATO (R), RISERVATISSIMO (RR), SEGRETO (S), SEGRETISSIMO (SS) ), e servono a limitare la diffusione dei documenti su cui sono apposte, circoscrivendo l'ambito di quanti possono venirne legittimamente a conoscenza<sup>400</sup>. L'accesso a tali documenti è consentito solo a chi abbia necessità di venire a conoscenza del contenuto in ragione di un incarico o di attività da svolgere e sia munito di apposita abilitazione di sicurezza. I livelli più alti (RISERVATISSIMO o superiore) impongono *inoltre* che il richiedente accesso sia in possesso di particolari caratteristiche al fine di poter prendere visione dei documenti: in particolare, per le persone fisiche è richiesta una abilitazione di sicurezza personale, il NOS (Nulla Osta di Sicurezza), mentre per gli operatori economici sono richieste abilitazioni di sicurezza industriale, come l'Abilitazione Preventiva (AP), il Nulla Osta di Sicurezza Industriale (NOSI) ed il Nulla Osta di Sicurezza Industriale Strategico (NOSIS).

Il procedimento di declassifica delle informazioni è automatico, per cui ogni 5 anni il livello di sicurezza di ciascun documento si riduce al livello inferiore o viene eliminato, salvo espressa proroga dei termini con provvedimento motivato dall'ente che l'ha apposta o, nel caso di proroga superiore ai quindici anni, dal Presidente del Consiglio dei ministri.

In ragione di quanto detto, i funzionari dell'Ufficio Golden Power della Presidenza del Consiglio – che costituisce il punto di contatto italiano del meccanismo di cooperazione europeo – devono essere abilitati alla conoscenza di dette informazioni, tramite l'acquisizione del NOS. Al contempo, La Commissione e gli Stati Membri, nel trasmettere notifiche ed informazioni in loro possesso, indicano sin da subito la presenza di documenti riservati o classificati RESTRICTED/CONFIDENTIAL: per taluni di questi, il punto di contatto si serve infatti di una Segreteria Speciale che fa da ponte per la trasmissione del materiale riservato così indicato.

---

<sup>399</sup> Tali documenti sono dunque protetti con misure di sicurezza fisica e tecnica. Per approfondire, si veda M. CARBONELLI – M. ROTIGLIANI, *Le informazioni classificate in ambito nazionale e internazionale*, sul sito Safety & Security Magazine, 1 luglio 2020 (link: <https://www.safetysecuritymagazine.com/articoli/le-informazioni-classificate-in-ambito-nazionale-e-internazionale/>).

<sup>400</sup> Cfr. Classifiche di sicurezza, Portale UCSE – Ufficio Centrale per la Segretezza, Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza, Presidenza del Consiglio dei Ministri (link: <https://ucse.sicurezza nazionale.gov.it/portaleucse.nsf/ClassificheSegretezza.xsp>), nonché la pagina dedicata alle Classifiche di segretezza del Sistema di Informazione per la Sicurezza della Repubblica (link: <https://www.sicurezza nazionale.gov.it/sisr.nsf/cosa-facciamo/tutela-delle-informazioni/classifiche-di-segretezza.html>) e quella del sito del Consiglio Europeo “Protezione delle informazioni classificate UE (ICUE)” (link: <https://www.consilium.europa.eu/it/general-secretariat/corporate-policies/classified-information/>)

Le classifiche di segretezza non sono le stesse in tutti gli Stati, europei ed extraeuropei. Per completezza, si riporta uno schema di raffronto con i principali paesi<sup>401</sup>.

### Tabella di comparazione CLASSIFICHE DI SEGRETEZZA

Italia	USA	UK	Francia
SEGRETISSIMO	TOP SECRET	TOP SECRET	TRÈS SECRET DÈFENSE
SEGRETO	SECRET	SECRET	SECRET DÈFENSE
RISERVATISSIMO	CONFIDENTIAL	NO NATIONAL EQUIVALENT <sup>1</sup>	CONFIDENTIAL DÈFENSE
RISERVATO	NO NATIONAL EQUIVALENT	OFFICIAL SENSITIVE <sup>2</sup>	NO NATIONAL EQUIVALENT

**Nota 1:** Il Regno Unito si impegna a proteggere le informazioni nazionali classificate "RISERVATISSIMO" e quelle degli altri Paesi/Organismi internazionali classificate "CONFIDENTIAL", alla stregua di informazioni classificate "UK SECRET".

**Nota 2:** Il Regno Unito si impegna a proteggere le informazioni nazionali classificate "RISERVATO" tramite caveat che fornisce protezione sul territorio UK alle informazioni internazionali classificate "RISERVATO" e "RESTRICTED".

### Tabella di comparazione QUALIFICHE DI SICUREZZA

NATO	UE
COSMIC TOP SECRET	TRÈS SECRET EU / EU TOP SECRET
NATO SECRET	SECRET UE / EU SECRET
NATO CONFIDENTIAL	CONFIDENTIAL UE / EU CONFIDENTIAL
NATO RESTRICTED	RESTREINT UE / EU RESTRICTED

**NB:** la dicitura NATO UNCLASSIFIED apposta sui documenti NATO non classificati NON è una classifica di segretezza, ma garantisce comunque un regime minimo di protezione (non divulgabilità).

#### 3.4.2 Il caso Invenland e gli atti di origine europea

Una questione relativa all'esercizio dell'accesso si presenta anche in relazione ad atti di origine europea acquisiti nel procedimento nazionale: il tema è stato trattato dalla giurisprudenza

<sup>401</sup> Fonte: M. CARBONELLI – M. ROTIGLIANI, *Le informazioni classificate in ambito nazionale e internazionale*, sul sito Safety & Security Magazine, 1 luglio 2020 (link: <https://www.safetysecuritymagazine.com/articoli/le-informazioni-classificate-in-ambito-nazionale-e-internazionale/>)

amministrativa<sup>402</sup> con un'ordinanza che decideva sull'istanza ex art. 116 co. 2 c.p.a. presentata dalla società Invenland Technology Limited S.A.R.L. contro le determinazioni della Presidenza del Consiglio sull'istanza di accesso relativa a tutti gli atti del fascicolo istruttorio.

Con l'ordinanza in parola il giudice ha affrontato la questione del coordinamento tra le garanzie procedurali nazionali, come quella sul diritto di accesso e sulle richieste ex art. 22 della legge 241 del 1990, e le esigenze di riservatezza tutelate dalla disciplina comunitaria.

In considerazione dei rapporti tra l'ordinamento nazionale e quello europeo, e del carattere di specialità delle previsioni di quest'ultimo, si rileva come *“le previsioni nazionali in materia di accesso cedono il passo a fronte della disciplina speciale di rango comunitario esistente, che introduce un apposito regime per consentire la divulgazione di informazioni riservate ovvero classificate scambiate dagli Stati membri e dalla Commissione nell'ambito della cooperazione di cui al regolamento (UE) numero 2019/452”*.

La Presidenza del Consiglio rispondeva alle richieste istruttorie della società Invenland con una nota in cui invitava la stessa a formulare la medesima richiesta direttamente alla Commissione Europea, ai Paesi Bassi ed alla Svezia, in considerazione del fatto che nel plico istruttorio erano contenuti atti da questi generati e che senza il consenso degli stessi, non avrebbero potuto essere divulgati. Il giudice evidenzia come tale risposta non costituisca un diniego, quanto piuttosto la corretta interpretazione della disciplina contenuta nei Regolamenti 1049/2001<sup>403</sup> (che regola l'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione) e 2019/452<sup>404</sup>, in ragione della quale la Presidenza del Consiglio non avrebbe

---

<sup>402</sup> TAR Lazio, sez. I, 9 novembre 2021, ordinanza n. 11490, che decideva sull'istanza ex art. 116 co. 2 c.p.a. presentata contro le determinazioni della Presidenza del Consiglio sull'istanza di accesso relativa a tutti gli atti del fascicolo istruttorio, presentata dalla società Invenland Technology Limited S.A.R.L. nell'ambito del ricorso per l'annullamento del provvedimento con cui la Presidenza aveva opposto il veto all'operazione notificata dalla stessa società.

<sup>403</sup> All'art. 5, il Regolamento (CE) n. 1049/2001 prevede che: *“qualora uno Stato membro riceva una domanda di accesso a un documento in suo possesso, che provenga da un'istituzione, e non sia chiaro se il documento debba o non debba essere divulgato, lo Stato membro consulta l'istituzione in questione onde adottare una decisione che non metta in pericolo gli obiettivi del presente regolamento. In alternativa, lo Stato membro può deferire all'istituzione la domanda di accesso”*. Gli articoli successivi disciplinano la modalità di presentazione delle domande, il relativo esame ed il loro possibile esito, anche nell'ipotesi di richiesta di accesso a “documenti sensibili” (art. 9); in quest'ultimo caso, è previsto che il documento venga divulgato *“solo con il consenso dell'originatore”*;

<sup>404</sup> Al trentesimo *“considerando, il Regolamento (UE) 2019/452 prevede che “Tutte le informazioni di natura sensibile ma non classificate o che sono fornite a titolo riservato dovrebbero essere trattate come tali dalle autorità”*.

Ancora, l'art. 10, par. 2, del predetto Regolamento stabilisce che *“Gli Stati membri e la Commissione garantiscono la protezione delle informazioni riservate acquisite in applicazione del presente regolamento in conformità del diritto dell'Unione e del rispettivo diritto nazionale.”*; ai sensi del successivo par. 3 *“Gli Stati membri e la*

potuto in alcun modo divulgare le informazioni classificate come “riservate” provenienti da istituzioni estere senza il relativo consenso, dovendo ad essere *deferire* la domanda di accesso.

Può sembrare un paradosso che nel dipartimento individuato dal d.P.C.M 1° marzo 2012 come competente a “forni[re] supporto all'attività della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241”, vi sia un ufficio (Golden Power) in cui tale diritto è escluso.

In realtà, i decreti attuativi della normativa Golden Power non precludono totalmente all'esercizio di tale diritto, limitandolo alle sole ipotesi di cui al comma 7 dell'articolo 14, cioè ove l'accesso si renda necessario al fine di *curare o difendere i propri interessi giuridici*, cioè alle ipotesi di accesso c.d. difensivo, ipotesi in cui deve dunque essere garantito.

Una restrizione tale, seppur giustificata dagli interessi sopra richiamati e dalle tutele ad essi apposte, incide inevitabilmente sul livello di trasparenza degli atti dell'amministrazione.

Più di un autore auspica che, pur mantenendo una segretezza *a monte*, possa poi procedersi in maniera diversa *a valle*, con una conoscenza successiva, il più ampia possibile ma sempre nei limiti della non lesione degli interessi nazionali. Si accetta dunque che i vetri appannati dell'amministrazione rimangano tali fino alla fine del procedimento, ma si chiede che diventino poi nitidi a cose fatte. Tra le soluzioni proposte vi è la possibilità della pubblicazione per estratto delle decisioni finali dei procedimenti<sup>405</sup>, a cui si potrebbe aggiungere la possibilità di una esposizione di maggior dettaglio all'interno della Relazione annuale che viene presentata al Parlamento ex art. 3-*bis* del decreto del 2012.

In conclusione, non può dirsi pienamente integrata l'esperienza partecipativa garantita dagli articoli 9 e 10 della Legge sul procedimento amministrativo (l. 241/1990), stante la parziale applicabilità delle disposizioni ad essi connesse.

---

*Commissione provvedono affinché le informazioni classificate fornite o scambiate a norma del presente regolamento non siano declassate o declassificate senza il previo consenso scritto dell'originatore”;*

<sup>405</sup> così G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del Golden Power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5 | 2019, p.549 ss. e S. DE NITTO, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, cit., secondo cui “Necessaria risulta in tal senso l'imposizione di vincoli più stringenti di trasparenza, non solo nella fase procedimentale, ma anche nel processo valutativo sotteso alla decisione e da esplicitare nella motivazione. Manca, infatti, il carattere della pubblicità, non garantita nemmeno per estratto, dei provvedimenti”.

### 3.5 Il responsabile del procedimento e le risultanze istruttorie

Una situazione particolare che si situa a mezza via è quella dell'articolo 5, il quale dispone l'individuazione di un soggetto responsabile per ogni procedimento amministrativo avviato, a cui sia attribuita la responsabilità dell'istruttoria, di adempimenti connessi al procedimento e l'adozione del provvedimento finale. Ove ciò non avvenga, è considerato responsabile il funzionario preposto alla unità organizzativa responsabile (co.2), ossia l'unità cui la legge, atti normativi secondari o le determinazioni della stessa Pubblica Amministrazione affidino la competenza di un particolare tipo di procedimento<sup>406</sup>.

All'interno dell'ufficio Golden Power non risulta essere individuato, di volta in volta, alcun responsabile per ciascun procedimento, rimanendo responsabile la sola struttura.

La particolarità del procedimento di esercizio dei poteri speciali, però, risiede nella scomposizione in fasi che dello stesso debba essere fatta: mentre la fase di avvio del procedimento, di comunicazione con i soggetti coinvolti e di raccolta delle informazioni avviene a livello dell'ufficio preposto, l'elaborazione di questi dati, la ponderazione degli interessi così emersi e la fase istruttoria vera e propria – che si estrinseca anche nella richiesta di ulteriori informazioni da parte di soggetti rappresentanti amministrazioni interne o da Stati membri e Commissione Europea nell'ambito della cooperazione sul controllo degli IDE, nonché l'eventuale audizione dei soggetti – avviene in un luogo parzialmente distinto, ma con soggetti diversi: l'amministrazione di riferimento rimane egualmente la Presidenza del Consiglio, ma le voci del coro non sono solo quelle di funzionari e dirigenti dell'ufficio competente, quanto di una serie di ulteriori amministrazioni che vengono coinvolte in ragione degli interessi potenzialmente lesi e che formano il Gruppo di coordinamento.

Ancora, l'ultima fase – quella decisoria – è affidata (tendenzialmente<sup>407</sup>) ad un soggetto nuovo e diverso, sia dal primo che dal secondo: il Consiglio dei Ministri.

Al netto di ciò, se può apparire facile trasporre le disposizioni di cui all'articolo 6 relative ai compiti del responsabile del procedimento sul piano dell'unità organizzativa responsabile, l'analogia entra in crisi dinanzi alla lettera e) del comma 1 del medesimo articolo, proprio in ragione della ripartizione *almeno* trifasica del procedimento: stando a quanto qui disposto, il responsabile avrebbe il compito di adottare, avendone la competenza, il provvedimento finale; *ovvero* trasmettere gli atti all'organo competente per l'adozione e ricevere apposita motivazione

---

<sup>406</sup> Cfr. art. 4 l 241

<sup>407</sup> Fanno eccezioni le ipotesi di non esercizio dei poteri speciali, deliberate direttamente dal Gruppo di coordinamento, ex art. 6 d.P.C.M n. 133 del 2022.

nel caso in cui tale ultimo organo decida di discostarsi dalle risultante dell'istruttoria, alle quali è in teoria legato.

Il fatto che tale ultima disposizione non trovi applicazione nel procedimento Golden Power spalanca le porte ad una riflessione ben più ampia, che prende in analisi l'ampiezza e il dettaglio della motivazione, il coinvolgimento del maggior organo politico e la qualificazione dell'atto di esercizio dei poteri.

È proprio quest'ultima riflessione a fare il punto e a restituire un quadro di quale sia la reale ampiezza dei poteri così esercitabili.

### **3.6 La motivazione**

Di qualunque branca del diritto si tratti, il compito della motivazione è il medesimo: consentire al destinatario di un atto, giudiziario o amministrativo, di comprendere il ragionamento sottostante ad una decisione. Questa può essere intesa, dunque, come la giustificazione dell'esercizio di un potere, o come riflesso dello stesso.

L'articolo 3 della legge generale sul procedimento amministrativo impone che ogni provvedimento amministrativo debba essere motivato, con la sola eccezione degli atti normativi (dunque, ne è esente il potere legislativo) e degli atti amministrativi a contenuto generale.

La *ratio* risiede non solo in quanto sopra appena detto, ma anche nell'esigenza di trasparenza dell'azione amministrativa, e della possibilità di sottoporre a verifica l'iter argomentativo da parte del potere giurisdizionale. Mentre gli atti politici, espressione del potere legislativo – democraticamente legittimato –, sfuggono a tale obbligo in ossequio al principio della separazione dei poteri, pena la sostituzione del giudice al legislatore, gli atti emanati *in applicazione* di scelte politiche ricadono comunque nella sfera degli atti amministrativi, sindacabili dunque non nel contenuto, *nelle idee*, ma nelle modalità di attuazione, con un controllo volto a verificare il corretto perseguimento dell'interesse pubblico.

In ragione della verificabilità giurisdizionale di tali atti, il comma 4 dell'articolo 3 impone che su ogni atto notificato al destinatario, quale è l'atto di esercizio dei poteri speciali, siano indicati il termine e l'autorità entro cui è possibile ricorrere. Si riscontra qui una prima lampante carenza del provvedimento Golden Power, che non riporta tali indicazioni. Di tale mancanza non si rinviene un preciso e immediato motivo, tale da giustificare questa omissione. È auspicabile dunque che – seppur le informazioni siano comunque sottintese e disponibili altrimenti, attraverso un calcolo dei termini operato autonomamente e con la conoscenza delle disposizioni

del codice del processo amministrativo, le quali attribuiscono la competenza funzionale al TAR del Lazio – la comunicazione di tali informazioni e l’adempimento delle disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo, avvenga al più presto e nella maniera più chiara possibile.

La motivazione richiesta dall’articolo 3, inoltre e soprattutto, deve però dare conto dei presupposti di fatto e di diritto che hanno determinato la decisione dell’amministrazione, “in relazione alle risultanze dell’istruttoria”, richiedendo dunque un fermo collegamento con i documenti acquisiti e gli interessi conosciuti, al fine di evitare l’arbitrio della decisione.

A seconda del tipo di decisione e dell’atto emanato, però, la motivazione può essere più o meno pregnante. Nel caso di specie, il provvedimento di esercizio del Golden Power è definito dalla giurisprudenza del Tribunale Amministrativo del Lazio (sent. n. 4486 e n. 4488 del 2022) e dal Consiglio di Stato (sent. n. 289/2023) come un atto di alta amministrazione, peraltro dal *sapere politico*<sup>408</sup>.

Gli atti di alta amministrazione sono atti amministrativi ad amplissima discrezionalità che possono perseguire scopi politici e che, in ragione della discrezionalità che li connota, non sono sindacabili in maniera *piena* dal giudice amministrativo, ossia lo sono limitatamente alla logicità dei contenuti. Tali atti sono soggetti al regime del provvedimento amministrativo e svolgono una funzione di raccordo tra la funzione di indirizzo politico con quella amministrativa<sup>409</sup>. Ciò che differenzia tali atti dagli atti politici è l’esistenza di un vincolo alla discrezionalità, ossia la necessità che gli atti rispettino i principi dell’azione amministrativa e siano sottoposti a controllo giurisdizionale; gli atti politici, al contrario, sono liberi nei fini, espressione del solo indirizzo politico e, pertanto, sottratti al sindacato del giudice sempre a garanzia del principio di separazione dei poteri<sup>410</sup>.

---

<sup>408</sup> “La stessa valutazione di strategicità [...] rappresenta la risultante di una ponderazione altamente discrezionale (se non apertamente politica)”, così Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289. Si veda inoltre R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell’economia*, in Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche, 4 | 2021, p. 121, secondo cui “Quel che è indubbio è che nella fattispecie in esame il potere speciale riconosciuto al Governo, in ogni sua manifestazione, sia connotato da un alto tasso di politicità”.

<sup>409</sup> Si v. B.G. MATTARELLA, *Il Provvedimento* in S. CASSESE (a cura di), Istituzioni di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, 2015, pag. 360.

<sup>410</sup> Per una definizione di atto di alta amministrazione e per la differenza con gli atti politici si veda in giurisprudenza, tra le altre, TAR Lazio, sez. I, sent. 4 aprile 2012 n. 2223.



Gli atti di esercizio dei poteri speciali, seppur frutto in ultima istanza della decisione di un organo politico, riflettono una ponderazione di interessi che avviene all'interno di una vera e propria istruttoria volta a verificare il miglior modo di perseguire e far prevalere un interesse pubblicistico. Il fine perseguito non è libero, ma ampiamente delineato da una normativa estesa e capillare che vincola il potere alla proporzionalità. Non sono scevri da vincoli formali e possono essere oggetto di ricorso dinanzi al giudice (come meglio si vedrà nel prossimo paragrafo), che potrà disporre l'annullamento nelle sole ipotesi di manifesta illogicità.

Come detto, il mezzo attraverso il quale una decisione può essere compresa, indagata e sindacata è la motivazione. Il grado di analiticità ed esaustività della motivazione dipende dal tipo di provvedimento sul quale è apposta, e dalla discrezionalità che lo connota. Ed è proprio quest'ultima il fulcro di tutto. L'*amplissima*<sup>411</sup> discrezionalità propria degli atti di alta amministrazione e, in particolare, di questo peculiare tipo, esclude non solo un esame pieno da parte del giudice, ma influisce anche sul contenuto della motivazione stessa.

In una scala ideale, l'atto politico, ossia l'atto in cui la discrezionalità sfocia in libertà, non necessita di alcuna motivazione; l'atto di alta amministrazione, ampiamente discrezionale, richiede una motivazione ma non minuziosa; l'atto frutto di discrezionalità amministrativa pura necessita di una forte motivazione, in modo di dar causa di una scelta, presidio di garanzia in assenza di scelte vincolate; l'atto espressione di discrezionalità tecnica si accontenta di una motivazione anche sintetica e, infine, l'accertamento tecnico non la richiede.

Il cerchio si apre e si chiude con atti che, in ragione del contenuto, sfuggono dalla qualificazione di provvedimento amministrativo e dalle sue regole; dunque, si parte dall'atto *sine* motivazione per approdare ad atti che *progressivamente* richiedono ragioni sempre più ampie a sostegno, fino a tornare all'atto privo di motivazione.

L'atto di alta amministrazione si colloca tra l'atto politico *sine* motivazione e l'atto a discrezionalità pura con motivazione forte. La *ratio* del livello di analiticità inferiore richiesto risiede nella ampiezza della scelta, che può giustificarsi con una motivazione di qualunque tipo e difficilmente sindacabile.

Di per sé, la discrezionalità amministrativa rigetta la possibilità della qualificazione della decisione come giusta o sbagliata, limitando il giudizio all'opinabilità della stessa. In questo caso, la discrezionalità – intesa non come assoluta libertà della decisione, ma come un margine di valutazione e di scelta tra più soluzioni compatibili con il dato normativo<sup>412</sup>, e quindi come

---

<sup>411</sup> TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486

<sup>412</sup> Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il Provvedimento*, cit., pag. 297

il mezzo per assicurare la cura in concreto degli interessi pubblici tramite la possibilità di scegliere la soluzione migliore per il caso specifico<sup>413</sup> – tocca il suo livello più alto, l'ultimo prima della libertà di scelta e ancora diverso e distinto dall'arbitrio, poiché sottoposta non solo ai vincoli della norma attributiva di potere, ma anche in generale ai principi che regolano l'azione amministrativa. È una decisione che rasenta la libertà pur essendo vincolata e ancorata al dato normativo, in questo caso del decreto legge n. 21 del 2012 e di tutti gli atti normativi secondari a corredo.

All'esigenza di dare riscontro delle risultanze dell'istruttoria, come richiesto dall'articolo 3 della legge sul procedimento amministrativo, nella pratica il provvedimento di esercizio dei poteri speciali risponde con una motivazione che contiene un rinvio generico alle stesse, soffermandosi poi in maniera più specifica sui dati di fatto e le informazioni raccolte. Quel che si può notare è l'asimmetria tra il livello di informazioni fattuali fornite e il rapido accenno che si fa agli interessi strategici che giustificano l'esercizio. La motivazione, dunque, contiene una estesa esposizione delle ragioni di fatto, un richiamo alle norme a cui si fa appiglio, e una più breve considerazione sulla valenza strategica dell'operazione e su come questa incida, possa incidere o rischi di incidere su interessi nazionali. La brevità si giustifica non solo in ragione della sensibilità di informazioni relative alla fragilità del sistema – sarebbe assurdo rivelare *come* un'operazione possa o avrebbe potuto causare un danno ove questo sia stato evitato -, ma anche in considerazione del fatto che le valutazioni sulla strategicità degli asset emergono dal confronto del Gruppo di coordinamento prima e soprattutto del Consiglio dei Ministri poi, tenendo in considerazione una serie di fattori mutevoli e ulteriori rispetto ai fattori individuati dalla disciplina primaria e secondaria, non oggettivi e talvolta non rivelabili<sup>414</sup>. In questo

---

<sup>413</sup> Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

<sup>414</sup> Si tenga in considerazione che di rado l'asset può essere qualificato come strategico di per sé e che tale mutevole qualifica viene attribuita “nel contesto di una valutazione collegiale della questione in cui intervengono i vertici politici di tutte le Amministrazioni dello Stato, [in cui si] affronta, inquadra e qualifica l'operazione nell'ambito della più ampia postura politica dello Stato in ottica non solo economica e finanziaria, ma in senso più globale strategica”. In sostanza, usando ancora le parole del Consiglio di Stato (sent. 9 gennaio 2023 n. 289), “la stessa valutazione di strategicità non costituisce un dato oggettivo e, per così dire, inconfutabile riveniente dalle caratteristiche dell'operazione in sé atomisticamente considerate, ma rappresenta la risultante di una ponderazione altamente discrezionale (se non apertamente politica), sì che ben può essere qualificata “strategica” e capace di determinare “una situazione eccezionale” non altrimenti fronteggiabile un'operazione che pure, di per sé, non presenti profili intrinseci macroscopicamente straordinari: altrimenti detto, una stessa operazione può essere strategica o meno in funzione anche (se non soprattutto) dei soggetti coinvolti, non solo dei caratteri dell'asset e della società target”.

particolare procedimento, dunque, alla discrezionalità tecnica che può guidare talune considerazioni dei membri del gruppo di coordinamento<sup>415</sup> si affianca una discrezionalità amministrativa nel medesimo momento di confronto e in quello successivo, vale a dire quando la decisione è rimessa al Consiglio dei Ministri. Qui la discrezionalità diviene ancora più forte, fino quasi a stridere con talune disposizioni generali del procedimento amministrativo, dal momento che tale ultima deliberazione è totalmente svincolata dalle considerazioni e conclusioni emerse nel gruppo di coordinamento e poi avanzate tramite la proposta spettante al Ministero competente<sup>416</sup>.

Quindi, da un lato la motivazione è lapidaria in relazione ai motivi legati all'interesse nazionale che realmente giustifichino l'esercizio dei poteri; dall'altro, si fa un distratto rinvio alle risultanze dell'istruttoria, richiamando espressamente dati fattuali e invece prescindendo da valutazioni e conclusioni formulate dal gruppo di coordinamento<sup>417</sup>; in aggiunta, non solo di

---

Dunque, la strategicità del bene non può che arrivare a seguito di una valutazione, dato che il parametro utilizzato – l'interesse nazionale – “non è un prius, ossia un dato oggettivo preesistente in natura, bensì un posterius, ossia la risultante di valutazioni ed opzioni politiche”.

Tra gli interessi da tenere in considerazione non vi sono solo elementi oggettivi e fisicamente riscontrabili, ma anche i fattori elencati dallo stesso Regolamento UE 2019/452 e dalla normativa nazionale, seppur non riguardanti l'operazione in senso stretto, quanto più i relativi soggetti ed il contesto.

<sup>415</sup> Sul punto, CHIEPPA fa notare che “Si tratta di una decisione in cui gli aspetti di discrezionalità amministrativa prevalgono su quelli di discrezionalità tecnica, diversamente da quanto accade in altri campi della disciplina pubblica dell'economia [...]. Peraltro, se si ha riguardo all'ambito dei settori ad alta intensità tecnologiche delle infrastrutture 5G, gli aspetti tecnici appaiono riemergere con forza.”

Anche AMICARELLI marca la natura tecnica di talune valutazioni interne gruppo di coordinamento, in considerazione della presenza di una certa *expertise*, come voluta dall'art. 2-bis, di cui fa apposito richiamo: “art. 2-bis, D.L. n. 21/2012 oggi prevede, al primo comma, che la Banca d'Italia, la Consob, la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni, l'Autorità di regolazione dei trasporti, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente e il gruppo di coordinamento istituito ai sensi dell'art. 3, d.P.C.M. 6 agosto 2014 collaborino tra loro, anche mediante scambio di informazioni, al fine di agevolare l'esercizio delle funzioni di cui al presente decreto”. Si veda B.P. AMICARELLI, *Il Golden Power fra istruttoria viziata e principio di legalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5 | 2021, p. 646.

<sup>416</sup> Il D.P.R. 25 marzo 2014, n. 86, rubricato “Regolamento per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'articolo 2, comma 9, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21” all'art. 6 dispone che “Il Ministero responsabile dell'istruttoria e della proposta ai sensi dell'articolo 3, tenuto conto delle risultanze emerse nell'ambito del gruppo di coordinamento di cui all'articolo 2, comma 2, lettera c), trasmette tempestivamente in via telematica alla Presidenza del Consiglio dei ministri, e al suddetto gruppo di coordinamento, la proposta di esercizio dei poteri speciali con il relativo schema di provvedimento, ovvero comunica le motivazioni per cui ritiene non necessario l'esercizio dei poteri speciali”.

<sup>417</sup> Diversi autori denunciano la scarsità di informazioni, tra cui AMICARELLI in B.P. AMICARELLI, *Il Golden Power fra istruttoria viziata e principio di legalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5 | 2021, p. 646. secondo il quale “i pochi provvedimenti disponibili al pubblico mostrano un rispetto dell'onere motivazionale per lo più

tali considerazioni non si fa menzione, ma queste possono essere totalmente ribaltate in sede di Consiglio dei Ministri senza che se ne debba dar conto ad alcuno, in quanto, come rilevano anche il Tar Lazio ed il Consiglio di Stato, l'istruttoria non vincola in alcun modo la decisione finale, ma è soltanto funzionale a fornire gli elementi per decidere<sup>418</sup>.

Tornando al punto critico dal quale si era partiti, sembrano dunque qui non operare le disposizioni sul rapporto tra Responsabile del procedimento e organo deputato alla decisione finale, le quali prevedevano la vincolatività delle risultanze istruttorie ed un confronto scritto in forma di motivazione rafforzata per giustificare il discostamento.

La situazione attuale, fotografata dalla sentenza del Consiglio di Stato relativa al caso Syngenta<sup>419</sup> (di cui dopo meglio si dirà), non risponde adeguatamente all'esigenza di certezza del diritto e di affidamento dei privati che certo si avrebbero con una motivazione più esaustiva che, insieme ad altre misure di contorno, lascerebbe non solo comprendere, ma soprattutto prevedere i comportamenti dell'amministrazione in relazione a talune fattispecie. La difficoltà di realizzazione di questo auspicio si aggiunge al problema dell'apparente ridotto valore riconosciuto al lavoro del gruppo di coordinamento: per quanto anche il Consiglio di Stato riconosca la natura bifasica del procedimento e la separatezza dei due momenti<sup>420</sup>, l'uno volto ad indagare e ponderare, l'altro a valutare e decidere, la completa autonomia della decisione finale e l'esenzione da qualsivoglia accenno alle conclusioni alle quali si era pervenuti e che formano oggetto di apposita proposta, ridimensiona il valore della prima ponderazione di interessi svolta in sede di Gruppo di coordinamento, ponendosi quasi in antitesi con la novella del 2022<sup>421</sup> che, al contrario ha attribuito a questo la competenza a decidere sul non esercizio

---

formale. La parte dispositiva, infatti, prevale nettamente sull'esposizione dell'istruttoria e del bilanciamento degli interessi ad essa conseguito. Questa seconda parte, infatti, risulta estremamente scarna e, spesso, si limita al mero richiamo degli interessi tutelati dal D.L. n. 21/2012.”

<sup>418</sup> Si veda TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486, in cui si legge che “il compito del gruppo di coordinamento, che si avvale del contributo partecipativo delle amministrazioni coinvolte, (...) è quello di raccogliere gli elementi di valutazione tecnica da sottoporre al Consiglio dei ministri in sede collegiale, che non è pertanto vincolato o comunque tenuto ad adottare una motivazione rafforzata nel caso vengano formulate in fase istruttoria proposte differenti rispetto all'esercizio del potere di veto”.

<sup>419</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289

<sup>420</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289, punto 13.

<sup>421</sup> Trattasi del d.P.C.M n. 133 del 2022, il quale all'articolo 6 prevede che, a meno che non vi sia una specifica richiesta da parte di una delle Amministrazioni che compongono il gruppo, o le parti espressamente richiedano che la questione sia rimessa alla valutazione del Consiglio dei ministri, la proposta del Ministero, adeguatamente motivata, è oggetto di delibera da parte del Gruppo di coordinamento. Il Dipartimento comunica alle imprese coinvolte l'esito del procedimento con nota.

ove l'intero gruppo concordi. Seppur la *ratio* di tale intervento risieda altrove, ossia nell'esigenza di snellire il flusso di documenti destinati al Consiglio dei Ministri attraverso una prima (la prenotifica) e una seconda cernita (la valutazione del Gruppo), l'esito è quello di attribuire (*rectius*: delegare) una specifica competenza al Gruppo, in ragione della composizione variegata dello stesso, in grado di valutare a tutto tondo le questioni e, dunque, riconoscendo che ove tutti i partecipanti, dalle loro diverse posizioni di partenza, concordino su una determinata soluzione, questa possa essere ritenuta per ciò tale adeguata e dunque adottata. Con l'intervento del 2022, l'unanimità del Gruppo ha raggiunto un proprio peso. È auspicabile dunque che, in maniera coerente, l'unanimità assuma un ruolo e un peso anche per le ipotesi in cui ad essere proposto sia l'esercizio dei poteri speciali<sup>422</sup>.

Difatti, la previsione che eventualmente richieda di dar ragione dei motivi nei casi in cui l'esito della proposta del gruppo di coordinamento voglia essere superato, costituirebbe sì un vincolo alla discrezionalità della fase decisionale, ma che non precluderebbe affatto alla possibilità di effettuare una scelta diversa, anche di segno opposto. Questa costituirebbe un argine alla politicizzazione della decisione<sup>423</sup>, richiedendo un confronto della scelta con valutazioni a discrezionalità di tipo misto, sia amministrativa che tecnica; comporterebbe maggiori garanzie per privati e, soprattutto, consentirebbe un controllo più esteso da parte del giudice amministrativo.

La discrezionalità, in conclusione, costituisce un attributo del potere che si riverbera sull'attività e sul provvedimento: sul se, sul quando e sul come. È per tale ragione che il Golden Power è, come definito in principio, un potere eventuale, poiché corrisponde all'esercizio di un potere altamente discrezionale. Tale discrezionalità, ad ogni modo, potrebbe in astratto conoscere

---

<sup>422</sup> Tale auspicio si differenzia dai reclami a cui le sentenze TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486 e n. 4488 e Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289 danno risposta, limitandosi a sperare in una maggior valorizzazione dell'*unanimità*, e non anche a richiedere una motivazione rafforzata per qualsivoglia decisione contraria alle conclusioni del Gruppo di coordinamento.

<sup>423</sup> Anche CHIEPPA fa notare come la decisione abbia "caratteri peculiari, nella misura in cui resta amministrativa ma è assunta dall'organo politico di vertice, con la ulteriore complicazione che non sempre l'organo politico percepisce la natura amministrativa della deliberazione e ciò può esporre alla tentazione di compiere valutazioni puramente politiche". Così R. CHIEPPA, *Conclusioni* in G. NAPOLITANO, G. NAPOLITANO (a cura di) *Foreign Direct Investment Screening - Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 184. Si richiamano inoltre le già citate parole di R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia*, cit., p. 121 secondo cui "Quel che è indubbio è che nella fattispecie in esame il potere speciale riconosciuto al Governo, in ogni sua manifestazione, sia connotato da un alto tasso di politicizzazione".

limiti ulteriori che non precluderebbero ad un suo pieno esercizio, ma ne consentirebbero un più esteso controllo.

#### **4. La portata del sindacato giurisdizionale: alcuni rilievi giurisprudenziali**

L'articolo 135, co. 1 lett. h) del c.p.a. consente che avverso gli atti di esercizio dei poteri speciali si possa proporre ricorso dinanzi al giudice amministrativo, in particolare rivolgendosi al TAR Lazio, a cui è riconosciuta competenza funzionale su tali controversie.

Tra le rade vicende giurisprudenziali in tema di Golden Power, i casi *Syngenta* e *Vivendi* meritano particolare attenzione. L'importanza dei citati casi è riconducibile, da un lato, alla rilevanza temporale delle vicende, in cui la difficoltà di pervenire ad una soluzione definitiva ha comportato il loro protrarsi nel tempo, occupando più di tutte le aule dei tribunali amministrativi e delle amministrazioni coinvolte. Dall'altro, alla loro rilevanza giuridica: si rinviene in entrambi i casi una forte contestazione della discrezionalità esercitata dal Governo nelle scelte, censura che ha alimentato un articolato dibattito anche in dottrina. Nel caso *Syngenta*, in particolare, si contesta la non applicazione di precisi istituti della legge generale sul procedimento amministrativo, più sopra esaminati.

La complessità dei casi si manifesta sia nella questione in fatto, sia nell'esame e nella risoluzione delle questioni di diritto presentate al giudice: è proprio per le statuizioni e qualificazioni contenute in dette sentenze che queste possono essere considerate capisaldi della giurisprudenza in materia di poteri speciali.

Nella trattazione dei due casi, la vicenda *Syngenta* precederà la meno recente *TIM-Vivendi*. Il motivo risiede nel ruolo chiarificatore che può essere riconosciuto alle sentenze che compongono detto caso, metaforicamente *dei dizionari* per la disciplina Golden Power. Infatti, il caso *Syngenta* si compone di tre diversi provvedimenti, due del TAR del Lazio, uno conclusivo del Consiglio di Stato; quest'ultimo intervento è stato riconosciuto dalla dottrina che lo ha analizzato come un punto definitivo da cui partire, un assioma che può fungere da base per ragionamenti ulteriori: il chiarimento ultimo di concetti rimasti indeterminati su cui si possono innestare nuovi spunti di riflessione.

La sentenza 289/2023<sup>424</sup> riveste un'importanza granitica per la complessità e il carattere definitivo dei concetti espressi, in particolare in tema di qualificazione dell'atto di esercizio, facendo chiarezza sul procedimento e le sue fasi, sulla discrezionalità, sul rapporto con la politica e riconoscendo i limiti del sindacato del giudice. Oltre, dunque, al fattore numerico che rende questo caso più corposo, il carattere fermo, risoluto e *marmoreo* delle parole usate della giurisprudenza aiuta a percepire e comprendere le differenze con le precedenti pronunce, consentendo di intendere meglio le questioni racchiuse anche nel caso TIM-Vivendi.

Le tre sentenze che compongono la vicenda costituiscono la chiave di lettura dei poteri speciali del governo.

Il caso TIM-Vivendi aiuta a chiarire un punto presente anche in Syngenta, tuttavia in quella vicenda oggetto di un'analisi di intensità minore a causa della marginalità dal punto di vista di fatto: la discrezionalità nella qualificazione dell'asset come strategico e la riconducibilità ad un settore piuttosto che ad un altro. Soffermandosi sulla questione, si analizzerà anche qui la natura altamente discrezionale delle scelte e delle valutazioni, senza arrivare però a statuizioni di intensità pari a quelle contenute nell'appena citato Consiglio di Stato. Oltre a ciò, l'analisi del caso consentirà un chiarimento sul legame tra procedimento Golden Power e interventi delle authorities.

## **4.1 Il caso Verisem - Syngenta**

### **4.1.1 Fatto e diritto**

La vicenda Syngenta riveste un ruolo particolarmente importante all'interno dell'esiguo panorama giurisprudenziale in tema di esercizio del Golden Power. Sia in quanto si compone di una vicenda procedimentale conclusasi con un provvedimento di esercizio dei poteri speciali nella forma più afflittiva dell'opposizione al compimento dell'operazione economica notificata, poi sfociata in una pluralità di procedimenti giudiziari volti a verificare la legittimità della valutazione governativa; sia in quanto l'operazione notificata afferiva operante al settore agroalimentare, settore di relativamente nuova introduzione, inserito tra gli asset considerati

---

<sup>424</sup> La sentenza del Consiglio di Stato nel caso Syngenta.



strategici solo a seguito dell'intervento europeo del 2019 che ha inteso ampliare il novero degli asset con l'articolo 4 del Regolamento IDE, a cui la normativa nazionale fa esplicito rinvio<sup>425</sup>. Nei provvedimenti giurisdizionali che compongono la vicenda si affronta, sulla base delle censure mosse, il tema della strategicità di tale settore alla luce delle rilevanze fattuali del caso concreto. In due procedimenti paralleli e finanche nel ricorso al Consiglio di Stato, i protagonisti dell'operazione – ciascuno ricorrente in un singolo e diverso processo - tentano di dar prova della genuinità delle proprie azioni e di dimostrare l'assenza di qualsivoglia minaccia per l'interesse e la sicurezza nazionale. Né il gruppo di coordinamento che ha curato l'istruttoria, né il Governo che ha emesso la decisione finale sono dello stesso avviso, seppur pervenendo a soluzioni diverse, definite addirittura “tra loro contrastanti” dai ricorrenti. I giudici dei tribunali amministrativi coinvolti e il Consiglio di Stato ripercorrono i fatti alla base della vicenda e, sulla base degli stessi, ponderano le decisioni assunte dal Governo, tenendo fermi i limiti del sindacato giurisdizionale sui c.d. atti di alta amministrazione.

La vicenda ha inizio nel luglio 2021, anno in cui la società Syngenta Crop Protection AG decide di acquistare l'intero capitale sociale della società Verisem B.V., nonché le società da questa controllate.

Syngenta Crop Protection AG è una società svizzera costituente una delle quattro *business unit* del gruppo svizzero Syngenta AG, a sua volta controllata dalla cinese ChemChina, società classificabile come SOE (State-Owned Enterprise), dunque controllata dal governo della Repubblica Popolare Cinese.

---

<sup>425</sup> Cfr. art. 2 co 1-ter dl 21 2012

Verisem B.V. è una società di diritto olandese che controlla, tra le altre, cinque società italiane in modo diretto e indiretto: Suba Seeds Company S.p.A.<sup>426</sup>, Royal Seeds S.R.L.<sup>427</sup>, HortuSi S.R.L., Verisen Distribution S.R.L. e Franchi Sementi S.p.A.<sup>428</sup>. Il capitale sociale di Verisem, oggetto dell'acquisto, è interamente detenuto dalla lussemburghese PSP Verisem Luxemburg Holding S.à.r.l., controllata da un fondo di private equity statunitense.

Dalla ricostruzione degli assetti proprietari si fa chiaro chi siano le reali parti dell'operazione: la *business unit* Syngenta Crop Protection AG nelle vesti di acquirente e PSP Verisem Luxemburg Holding S.à.r.l. nel ruolo di alienante.

Entrambe le parti dell'operazione sono attive nel settore agricolo-agroalimentare, con importanti differenze dimensionali: mentre Syngenta viene definita come uno dei maggiori operatori a livello mondiale, Verisem, e le società da essa controllate, svolgono per loro stessa ammissione un'attività marginale, indirizzata in particolar modo al campo hobbistico (quota di mercato del 20-25% a fronte dell'1% sul mercato professionale) e non svolgendo attività diretta di produzione di semi né di sviluppo e ricerca.

Non si può non notare – e lo farà anche in sede di giudizio il Consiglio di Stato – come l'operazione riguardi, a ben vedere, due soggetti esteri, e come solo in via incidentale soggetti

---

<sup>426</sup> La società Suba Seeds Company è una società per azioni con sede a Milano.

Dalla visura camerale si apprende come la società Verisem B.V. risulti titolare di diritti di proprietà sulla totalità delle azioni e rivesta la carica di socio unico.

Attiva dal 2013, Suba Seeds dichiara di svolgere prevalentemente attività di “costituzione e selezione di varietà di vegetali di ogni genere”, di “produzione, riproduzione e selezione di sementi di base e di sementi commerciali”, nonché “commercializzazione di sementi di tutte le specie e varietà in Italia ed all'estero”. Ancora, nell'atto costitutivo della stessa si legge la società ha per oggetto

- a) la costituzione e la selezione di varietà di qualsiasi genere di sementi vegetali, di verdure, ortaggi, legumi o altre categorie agronomiche;
- b) la produzione, la riproduzione, la selezione, la trasformazione, il trattamento, la commercializzazione e distribuzione di qualsiasi genere di sementi per coltivatori professionali, semi-professionali e non professionali, a livello globale, nonché per consumo alimentare e di spezie, a livello globale;
- c) il commercio, sia in Italia che all'estero, di sementi di tutte le specie e varietà;
- d) l'importazione e l'esportazione, sia direttamente che indirettamente, di qualsiasi altro prodotto; (...)

<sup>427</sup> Royal Seeds, invece, è una società a responsabilità con sede a Modena e che si occupa di commercio all'ingrosso di prodotti sementieri in genere, bulbose e piante ortive. Oggetto sociale risulta essere “la costituzione, produzione, selezione e confezionamento, a scopo di vendita, di prodotti sementieri in genere, bulbi da fiore, bulbose e piante ortive” nonché, come anticipato, “il commercio, anche in esportazione, di qualsiasi prodotto inerente l'agricoltura ed i prodotti alimentari”.

<sup>428</sup> L'assetto proprietario risulta essere il medesimo per tutte e cinque le società.

italiani siano coinvolti. In particolare, si osservi come l'impresa acquirente (Syngenta) sia una società totalmente straniera, con sede in un paese non appartenente all'Unione Europea (la Svizzera) e controllata in ultima istanza da una SOE cinese; mentre la società *target* sia una società solo apparentemente europea, ai sensi dell'articolo 2, co. 5-*bis* del d.l 21 del 2012 che considera soggetti esterni all'UE le persone giuridiche che, pur stabilite nei confini dell'Unione, risultino controllate da persone fisiche o giuridiche che non abbiano qui la cittadinanza, la residenza o la sede.

Tale dato di fatto merita una riflessione: ai fini dell'esercizio dei poteri speciali acquista notevole rilievo l'ubicazione dell'asset ritenuto strategico. Nonostante il controllo delle imprese fosse in mano straniera e stesse per passare ad altra diversa, ma dello stesso tipo, tale ultima ha dovuto, prima di poter materialmente procedere all'acquisto delle cinque società, notificare l'operazione al governo italiano al fine di valutare i rischi ai quali gli asset da queste detenuti avrebbero potuto essere esposti. Rilevava, dunque, non solo formalmente la sede in Italia, ma che l'attività fosse esercitata/svolta anche all'interno dei confini nazionali, con ripercussioni sulla filiera, sul mercato, sull'economia nazionale. E che strumenti e/o conoscenze ritenute strategiche fossero ivi collocate.

Dunque, a seguito della decisione di acquisto Syngenta notifica l'operazione al Dipartimento per il Coordinamento Amministrativo, così come previsto dal DPR 86/2014, e lo stesso ne dà conoscenza alle amministrazioni titolari di interessi potenzialmente coinvolti, venendo individuato come competente *rationae materiae* il Ministero delle Politiche agricole.

La fase istruttoria viene coordinata da detto Ministero, il quale più volte richiama l'attenzione sulla strategicità degli asset coinvolti nell'operazione, qualificando come "programmatici" gli impegni contenuti nelle notifiche e autonomamente assunti dalle società coinvolte, pertanto ravvisando l'esigenza di garantire il monitoraggio sull'osservanza degli stessi. Per tali ragioni, in gruppo di coordinamento si fa portatore della proposta di indirizzare apposite raccomandazioni alle società, pur aderendo alla comune opinione sul non esercizio dei poteri speciali.

Al contrario, il Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza propone l'esercizio dei poteri speciali nella forma dell'imposizione di specifiche prescrizioni al fine di mantenere intatti e invariati i rapporti contrattuali, e assicurandosi che l'attività della società Suba Seeds Company S.p.A. rimanesse in Italia.

Il Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, invece, fa notare come le raccomandazioni proposte somiglino in realtà a vere e proprie prescrizioni e come, al termine del procedimento, queste possano realmente trasformarsi in esse a seguito delle valutazioni del Consiglio dei Ministri.

Alla luce di ciò, il Gruppo di coordinamento si allinea alla posizione del Ministero competente proponendo, per tramite dello stesso, il non esercizio dei poteri speciali, accompagnato ben determinate raccomandazioni e prevedendo la periodica trasmissione di una relazione che dia conto del rispetto delle stesse.

Le posizioni cambiano in fase decisoria: durante il Consiglio dei Ministri del 19 ottobre 2021, il vertice politico del ministero competente per l'istruttoria raddrizza il tiro, puntando direttamente all'esercizio dei poteri. L'esito è ben più drastico, con l'opposizione del Governo alla realizzazione della operazione congiuntamente notificata mesi prima da Syngenta e Verisem.

Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 21 ottobre 2021, conseguente alla delibera di esercizio dei poteri speciali del 19 ottobre, è comunicato alla società con nota di trasmissione del 21 ottobre 2021, ponendo fine al procedimento n. 230 del medesimo anno.

Nel novembre 2021, la società alienante PSP Verisem Luxemburg Holding S.à.r.l. propone ricorso avverso il citato decreto, incardinando il giudizio dinanzi al Tribunale Amministrativo del Lazio, sede di Roma. In questa sede, la società chiede l'annullamento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 21 ottobre 2021.

Venivano dunque formulati quattro tipi di censure, relativi ad aspetti procedurali e sostanziali della decisione.

In primo luogo, il ricorrente lamenta l'assenza dei presupposti richiesti ai fini dell'esercizio di un potere dagli effetti così incisivi, non potendo l'attività svolta dalle controllate italiane conciliarsi con una minaccia alla sicurezza nazionale nel settore agroalimentare<sup>429</sup>.

A questa prima doglianza di ordine sostanziale, se ne aggiungono ulteriori di tipo procedimentale: si lamenta come il provvedimento di esercizio dei poteri sia carente di una

---

<sup>429</sup> Verisem sostiene che l'ampiezza del mercato di riferimento – ossia il mercato professionale di semi - delle sue controllate sia pari solo all'1% del totale, percentuale esigua, incapace di produrre un danno tale da fondare una decisione così drastica. Ancora, le stesse società non svolgerebbero attività di ricerca o di sviluppo di tali semi, né tantomeno attività di diretta produzione degli stessi.

motivazione rafforzata (“*non sarebbe stato rispettato l’onere aggravato di motivazione*”<sup>430</sup>), la cui presenza, invece, si renderebbe necessaria in presenza di un esito contrastante con le proposte formulate in fase istruttoria; si evidenzia inoltre l’indeterminatezza della formulazione dell’art. 11 comma 1, lett. c) del d.P.C.M. numero 179 del 2020, decreto che definisce le attività strategiche nel settore agroalimentare, vizio alla base delle violazioni del principio di legalità, del principio di imparzialità e di quello di uguaglianza.

In secondo luogo, la ricorrente si concentra sugli ulteriori motivi di ordine sostanziale che hanno portato al blocco dell’operazione: si contesta quindi l’erronea riconduzione dell’attività a quelle menzionate negli artt. 6 e 9 del d.P.C.M 179/2020, riguardanti la raccolta di dati personali ed il trattamento di informazioni sensibili, e l’intelligenza artificiale, la robotica e la cybersicurezza<sup>431</sup>.

Nel terzo gruppo di censure, si ravvisa una violazione del principio di proporzionalità nella scelta del Governo. Si sottolinea come non sia stata data evidenza della necessità di detta misura per il raggiungimento dello scopo perseguito, a fronte di altre meno incisive e di come, agendo con superficialità, il Consiglio dei Ministri non abbia vagliato l’ipotesi di misure di minor impatto.

Così, inoltre, si rende palese la contraddizione tra l’esito dell’istruttoria – che invece optava per misure più leggere – e il contenuto del provvedimento.

Da ultimo, si propone un ulteriore vizio procedimentale da cui dipenderebbe l’illegittimità formale del provvedimento: secondo la ricorrente, il procedimento di esercizio dei poteri speciali sarebbe riconducibile alla categoria dei procedimenti amministrativi e, pertanto, sarebbe applicabile la relativa legge generale, ossia la legge n. 241 del 1990. In particolare, non essendo state espressamente previste eccezioni, il procedimento di cui trattasi non potrebbe sottrarsi all’applicazione dell’art. 10 bis, rubricato “Comunicazione dei motivi ostativi

---

<sup>430</sup> Cfr. TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486

<sup>431</sup> Secondo la ricorrente, in sede di valutazione delle circostanze dell’accordo, con un’indagine sulle attività svolte dalle società interessate, si è erroneamente ricondotta la suddetta attività in quelle disciplinate dal d.P.C.M 179/2020, Regolamento per l’individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all’articolo 4 del regolamento (UE) 2019/452. Si contesta dunque il richiamo agli artt. 6 e 9 del citato decreto, riguardanti la raccolta di dati personali ed il trattamento di informazioni sensibili, e l’intelligenza artificiale, la robotica e la cybersicurezza.

all'accoglimento dell'istanza". Il decreto di esercizio dei poteri sarebbe dunque viziato dall'assenza di tale comunicazione prima dell'emanazione dello stesso.

Il 13 aprile 2022, il TAR Lazio, sez. I, con sentenza n. 4486 si esprimeva sulla questione.

In tale occasione, il giudice ha avuto modo di ribadire l'amplissima discrezionalità che connota la decisione sull'esercizio dei poteri speciali, trattandosi di valutazioni in grado di incidere sul delicato interesse alla sicurezza nazionale. Le scelte anzidette sono qualificabili come atti di alta amministrazione, e come tali, sindacabili dal giudice amministrativo nel ristretto limite dell'illogicità dei contenuti.

Si sottolinea poi come detta scelta sia semplicemente orientata dalle risultanze istruttorie della fase precedente, ma mai obbligata: il momento che precede la decisione è atto alla raccolta degli elementi necessari per decidere, al coinvolgimento delle amministrazioni interessate al fine di raccoglierne i pareri, alla partecipazione dei soggetti interessati dall'operazione, nonché altre amministrazioni il cui apporto partecipativo e le cui valutazioni si rendano necessarie. Nel caso in cui la decisione finale differisca dalla proposta avanzata dal gruppo di coordinamento o dal ministero competente, non è in alcun modo necessaria l'adozione di una motivazione rafforzata finalizzata a giustificare la difformità.

Due ulteriori censure proposte dal ricorrente portano il giudice a chiarire l'ampiezza della discrezionalità di cui il Consiglio dei Ministri gode nella sua scelta: strategicità e proporzionalità.

Con riguardo alla prima, il ricorrente lamenta l'indeterminatezza della formulazione contenuta nel d.P.C.M n.179/2020 – decreto che individua gli attivi strategici, tra gli altri, nel settore agroalimentare – ed il conseguente contrasto con i principi di legalità, imparzialità e uguaglianza.

A tal proposito, il tribunale oppone all'indeterminatezza lamentata una scelta ben ponderata: *“la tecnica redazionale adoperata per individuare gli asset nel settore agroalimentare rappresenta un adeguato compromesso tra la tutela della libertà di impresa e la garanzia della sicurezza nazionale e tiene conto dell'impossibilità di una catalogazione puntuale e minuta degli attivi strategici.”*

Da ultimo, si conferma la proporzionalità della scelta operata dal Governo, stante la formulazione normativa che impone misure meno gravose solo ove consentano di raggiungere il medesimo risultato e la motivazione adottata dallo stesso Governo in relazione all'impossibilità di impedire gli effetti negativi dell'operazione con una più mite misura.<sup>432</sup>

Dal punto di vista procedimentale, viene rigettata l'ipotesi di un assoggettamento del decreto ad una preventiva comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, così come prevista dalla legge sul procedimento amministrativo all'art. 10 bis. L'istituto, infatti, non può trovare applicazione al di fuori del contesto per il quale è stato previsto e, soprattutto, in mancanza dei presupposti di fatto. Trattasi, nel procedimento in esame, di un obbligo di notifica di un'operazione potenzialmente rischiosa e non, come nel procedimento amministrativo di cui alla legge 241 del 1990, di un'istanza "*volta ad ottenere un bene della vita*". Risulta impensabile un'equiparazione tra un atto dovuto a titolo informativo ed una esplicita richiesta, soprattutto in considerazione del fatto che, nell'ipotesi in esame, la mancata collaborazione del privato non osta all'avvio del procedimento, azionabile dunque anche d'ufficio.

All'esito infausto di questo primo tentativo di ricorso, Syngenta<sup>433</sup> tenta di porre rimedio rivolgendosi al Consiglio di Stato che, con la sentenza 9 gennaio 2023 n. 289, pone fine alla questione.

Si noti, in via preliminare, la ritenuta ammissibilità di un intervento *ad opponendum* da parte di una società concorrente che aveva presentato una proposta di acquisto del capitale della società target, alla quale era stata preferita la ricorrente. Sulla base di tale circostanza, posta la teorica ripetibilità della procedura di vendita, secondo il giudice la società interveniente avrebbe sì un interesse indiretto e riflesso, ma comunque giuridicamente apprezzabile al fine di consentirle di intervenire.

---

<sup>432</sup> "*non solo consentirebbe la conclusione dell'acquisizione, ma, per di più, sarebbe oggettivamente difficile da implementare, considerata la natura sovrana del detentore sostanziale del controllo della società acquirente.*"

<sup>433</sup> Si noti come, al contrario, Verisem decida di non proseguire la vicenda giudiziaria.

Tale inciso è degno di particolare attenzione nella parte in cui solleva una riflessione più ampia sul ruolo del terzo inciso di riflesso dalle determinazioni del Governo, prima, e del giudice, poi – come si è già avuto modo di evidenziare<sup>434</sup>.

Infatti, i soggetti solo indirettamente interessati ad una decisione trovano nell'intervento di terzi ex art. 50 c.p.a. l'unica possibilità di partecipazione e di conoscenza degli atti del procedimento concluso e dello stato del processo pendente, peraltro con la sola possibilità di aderire completamente alle posizioni del ricorrente o dell'amministrazione resistente (c.d. interventi *ad adiuvandum* o *ad apponendum*). Si riconosce dunque come l'apporto partecipativo del terzo interessato sia estremamente limitato: nel procedimento a monte, alle sole ed eventuali richieste istruttorie ad esso rivolte dal Gruppo di coordinamento, dal Ministero titolare dell'istruttoria o da possibili quesiti presentati dagli Stati membri o dalla Commissione europea nell'ambito della cd. fase due; nel processo a valle, a sostenere le argomentazioni dell'una o dell'altra parte, senza la possibilità di addurre ulteriori motivi che lascino propendere verso una decisione piuttosto che un'altra.

Difetta quindi *in toto* un'esperienza partecipativa paragonabile a quella garantita dagli articoli 9 e 10 della Legge sul procedimento amministrativo (l. 241/1990), che prevedono la possibilità per “qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento”<sup>435</sup> di avere facoltà d'intervento all'interno del procedimento, di poter prendere visione degli atti<sup>436</sup> e di poter presentare memorie scritte e documenti, oggetto di una doverosa successiva analisi da parte dell'amministrazione ove questi risultino pertinenti all'oggetto del procedimento.

L'art. 24 della summenzionata legge, rubricato “Esclusione dal diritto di accesso”, espressamente esclude dalla possibilità di esercizio del Diritto di accesso previsto e definito dall'art. 22, e ripreso proprio dall'art.10, gli atti e i documenti – comunque intesi - coperti da Segreto di stato, da segreto o divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge o, ancora, nelle ipotesi in cui intere categorie di documenti formati da singole pubbliche amministrazioni o comunque rientranti nella loro disponibilità siano da esse individuate e

---

<sup>434</sup> Cap. IV, par. 3.4

<sup>435</sup> Cfr. art. 9 della Legge 7 agosto 1990, n. 241.

<sup>436</sup> L'art. 10 nel prevedere la possibilità di accedere agli atti fa salve le ipotesi contenute nell'art. 24, rubricato “Esclusione dal diritto di accesso”, che espressamente individua i casi in cui il diritto appena menzionato viene limitato o dove l'esercizio ne è integralmente precluso.



sottratte all'accesso.<sup>437</sup> Gli atti del procedimento Golden Power possono inserirsi in quest'ultima categoria.

Si comprende dunque come esigenze di riservatezza e di celerità – dal momento che il procedimento di cui trattasi prevede delle tempistiche stringenti in ragione degli interessi in gioco – conducano ad un'esclusione pressoché totale dei terzi,

Stante la proposizione dell'appello, riemerge l'intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado. Il collegio dunque procede con un rinnovato esame dei motivi posti a sostegno del ricorso introduttivo.

Il Consiglio di Stato evidenzia – come sopra anticipato – come dalle ricostruzioni di fatto risulti una situazione avente ad oggetto un'operazione estero su estero, dove il coinvolgimento delle società italiane – e, dunque, del Governo, è incidentale; ciononostante, rileva in maniera determinante la qualificazione dell'operazione come strategica in virtù del settore interessato. Proprio su tal punto si inserisce la censura della società target, secondo la quale sussisterebbe difetto di entrambe le condizioni legittimanti l'esercizio del potere di veto: carattere strategico dell'attività e minaccia di grave pregiudizio.

#### **4.1.2 La strategicità degli asset**

In relazione alla strategicità dell'asset coinvolto, si ricorda come a seguito dell'emanazione del Regolamento UE 452/2019, le attività svolte nel settore agroalimentare assumono di per sé rilevanza strategica, per come individuate dai regolamenti attuativi dell'art. 2 comma 1-ter del decreto-legge 21/2012, che ha integrato tale ampliamento. In particolare, queste vengono individuate dal d.P.C.M 179/2020, posto alla base non solo della decisione ultima del Consiglio dei Ministri, ma anche delle valutazioni svolte in sede d'istruttoria<sup>438</sup>.

Con riguardo alle censure di indeterminatezza mosse avverso la formulazione del d.P.C.M che qualifica beni e rapporti come “*di rilevanza strategica*”, si sottolinea la necessità di inquadrare la forma data all'atto alla luce del suo scopo, quello cioè di “*di non imbrigliare – quindi, depotenziare – il presidio*” costituito dall'esercizio di tali poteri. La volontà del legislatore è dunque quella di “*apprestare una disciplina a maglie volutamente larghe*”, un fondamento

---

<sup>437</sup> Cfr. art. 24 comma 1, lett. a) e comma 2.

<sup>438</sup> Qui il Ministero competente ha più volte sottolineato la delicatezza dell'operazione, parlando apertamente di “strategicità degli asset coinvolti” e, classificando gli impegni assunti dall'acquirente in sede di notifica come a “carattere programmatico”, premeva affinché fossero sottoposti a monitoraggio nella loro attuazione.

normativo “*ampio, elastico, flessibile ed inclusivo, che consenta di apprestare la massima e più efficace tutela agli (assai rilevanti) interessi sottostanti*”. Al contempo, ci si trova al di fuori dell’ambito penalistico o tributaristico in cui, da previsione costituzionale, si richiede una individuazione puntuale e tassativa delle varie ipotesi.

#### **4.1.3 La valutazione dell’interesse nazionale**

In secondo luogo, in relazione all’elemento della “minaccia di grave pregiudizio” – così fornendo una risposta anche alla censura sul secondo elemento legittimante – il Consiglio di Stato rileva come la tutela degli interessi nazionali sia da intendersi in senso lato. Si precisa come il concetto di interesse nazionale non sia a sé stante, oggettivo, ma dipenda da “*valutazioni ed opzioni politiche*”; l’apprezzamento “*viene svolto dal Consiglio dei Ministri nell’ambito di un’ampia valutazione geopolitica proiettata a scenari futuri e può legittimamente essere proteso non solo a proteggere istanze nazionali, ma anche a non favorire esigenze e scopi di Stati ritenuti (non solo ostili, ma anche semplicemente) competitor o con i quali, comunque, i rapporti possano prospetticamente. presentare profili di problematicità*”.

Ne discende che i caratteri dell’asset e della società target non sono gli unici elementi da tenere in considerazione; che la valutazione non è oggettiva e vincolata, ma altamente discrezionale “*se non apertamente politica*”, ed è il risultato della ponderazione degli interessi in rilievo. L’organo politico di vertice tiene in considerazione e valuta le caratteristiche specifiche dell’operazione, ma “*la riguarda nell’ambito e nel contesto dei fini generali della politica nazionale, ponderando gli impatti sull’assetto economico produttivo, sull’economia nazionale, sui rapporti internazionali “e sul complessivo posizionamento politico strategico del Paese nell’agone internazionale.”*”

Ciò detto, il Consiglio dei Ministri ha considerato gli impatti che l’operazione avrebbe potuto avere ed ha riscontrato la sussistenza di una “situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e alla continuità degli approvvigionamenti”, ex art. 2 comma 3 del decreto legge n. 21 del 2012.

I giudici di Palazzo Spada prendono atto della situazione fattuale prospettata ed evidenziano come sia precipuo compito dell’organo decisionale operare una “*valutazione prospettica di scenario*” volta a tutelare lo Stato da fattori di rischio e ad “*arginare iniziative di paesi terzi potenzialmente pericolosi o per i quali, comunque, sia ritenuto opportuno un ingaggio geopolitico particolarmente prudente*”. In questa descrizione rientra il caso in esame, in cui

l'impresa *target* risultava direttamente controllata da uno Stato estero non europeo ed estraneo a qualunque tipo di legame di alleanza. In queste ipotesi, la valutazione finale non può prescindere da considerazioni di politica nazionale e di sicurezza, oltre alle ordinarie cautele in merito a logiche di mercato e di politica industriale. L'interesse da preservare si amplia, fino ad abbracciare non solo il corretto funzionamento dei mercati e del mercato interno, ma anche la salvaguardia della sovranità statale.

In relazione al motivo di ricorso che vuole il provvedimento finale viziato a causa della mancanza di una motivazione rafforzata, necessaria a giustificare un contenuto differente rispetto alla proposta presentata dal gruppo di coordinamento, il giudice puntualizza la natura bifasica del procedimento di esercizio dei poteri.

La prima fase<sup>439</sup>, come da rubrica della normativa di riferimento, è una fase preliminare, atta ad individuare gli interessi lambiti dall'operazione, siano essi pubblici o privati. Come già opportunamente rilevato dal giudice di prime cure, il momento istruttorio è un momento ricognitivo, di dialogo, di coinvolgimento delle amministrazioni titolari di un ruolo nella protezione di un determinato interesse e di scambio di elementi utili alla successiva valutazione. È, inoltre, un momento propositivo, in cui i soggetti interpellati suggeriscono la soluzione considerata adeguata. Nel caso in esame, il Consiglio di Stato parla di "*climax istruttorio*" nel notare come, sottolineando più volte la delicatezza dell'operazione, le amministrazioni propongano diverse soluzioni, più o meno onerose<sup>440</sup>, fino alla soluzione finale di opposizione all'acquisto. Detto climax "*testimonia l'esito tutt'altro che monolitico ed univoco dell'istruttoria stessa*", non sussistendo, dunque, il contrasto lamentato dal ricorrente.

La seconda fase si svolge in sede di Consiglio dei Ministri, ed è affidata, a differenza della fase precedente, al massimo organo di direzione politica. Nella valutazione collegiale della questione "*intervengono i vertici politici di tutte le amministrazioni dello Stato*" affrontando, inquadrando e qualificando l'operazione "*nella più ampia postura politica dello Stato in ottica non solo economica e finanziaria, ma in senso globale strategica*". La discrezionalità propria di questa fase decisoria esclude la necessità di una motivazione rafforzata.

---

<sup>439</sup> Disciplinata dal D.P.R. 25 marzo 2014, n. 86, rubricato "Regolamento per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'art.2, comma 9, del decreto-legge 15 marzo 2012, n.21" (con le modifiche apportate dal d.P.C.M 6 agosto 2014),

<sup>440</sup> Il DIS si schierava a favore dell'imposizione di specifiche prescrizioni nell'esercizio dei poteri speciali, mentre il gruppo di coordinamento presentava una proposta relativa all'inserimento di precise raccomandazioni nella delibera di non esercizio.

Si ribadisce, inoltre, come il sindacato del giudice amministrativo su tali decisioni sia limitato alla loro manifesta illogicità, la quale può presentarsi nelle ipotesi di fatti smentiti o contrari a quelli risultanti nell'istruttoria.

Sul tema della proporzionalità il Collegio si limita a riproporre le conclusioni del giudice di primo grado, mentre sull'applicabilità a detto procedimento dell'istituto della comunicazione preventiva dei motivi ostativi ex. art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, oltre a confermare le motivazioni addotte alla decisione del TAR, si aggiunge che *“l'ampiezza, la delicatezza e la politicizia sostanziale”* della scelta non si prestano alla *“discussione “pari a pari”* con i soggetti notificanti e che, in ogni caso, la disciplina posta dalla legge sul procedimento amministrativo è da considerarsi incompatibile con la natura giuridico-costituzionale dell'organo deputato.

#### **4.2 I limiti del sindacato**

Il peso e l'importanza della vicenda in esame appaiono lampanti: una serie di temi fuoriescono dalle accurate analisi dei giudici del Tribunale Amministrativo prima, e del Consiglio di Stato poi. È da evidenziare, come fatto nell'incipit dell'esame del caso in questione, la limitatezza del numero di casi di esercizio dei poteri speciali che siano giunti in sede giurisdizionale. Questo dato è senza dubbio riconducibile all'esiguo numero di veti<sup>441</sup> apposti dal Governo sin dal momento dell'introduzione dello strumento del Golden Power fino al giorno in cui si sta scrivendo<sup>442</sup>, stante la preferenza che deve essere assicurata a misure meno incisive (prescrizioni e condizioni), ove le stesse siano in grado di assicurare in egual modo l'obiettivo perseguito. Proprio per tali ragioni, pronunce giurisdizionali in materia suscitano *curiosità*, trattandosi di una tematica poco dibattuta in sede giurisdizionale<sup>443</sup> e insieme, di un tema in cui il sindacato giurisdizionale è ridotto ai minimi termini, potendosi espletare nei limiti della manifesta illogicità della scelta governativa, ovvero nelle ipotesi di una evidente violazione di legge o di irragionevolezza. Nondimeno, la pronuncia del giudice è altresì limitata da altri fattori: le scelte del potere esecutivo, come rilevato dai tribunali che si sono espressi sul caso in esame, sono spesso guidate da fattori esterni, da elementi non tangibili o non giuridicamente

---

<sup>441</sup> Alcuni dati sono riportati da A. SANDULLI, *La febbre del Golden Power* in Rivista trimestrale di diritto pubblico n. 3 -2022, pag. 747

<sup>442</sup> A fronte di 1645 notifiche totali (al 2022), solo 9 sono stati i casi di esercizio del potere speciale di veto.

<sup>443</sup> Cfr. M. LONARDI, *Golden powers e sicurezza alimentare: il caso Syngenta*, in Rivista della Regolazione dei mercati, fascicolo 2 | 2022.

rilevanti, come possono essere la congiuntura internazionale, il momento storico, la “*postura politica dello Stato in ottica non solo economica e finanziaria, ma in senso globale strategica*”<sup>444</sup>. In considerazione di ciò, si comprende come il potere giudiziario fatichi a sbilanciarsi in un campo intriso di valutazioni politiche – il Consiglio di Stato parla, in proposito, di *politicità sostanziale* della scelta –, in cui la perfetta corrispondenza del fatto al diritto non è sufficiente a valutare la bontà della decisione, ma solo la sua legittimità, qualunque sia l’effetto che produrrà la sua conservazione o il suo annullamento.

È proprio a questo riguardo che il problema si pone: la scelta operata dal governo e, più in generale, l’esistenza di strumenti come il Golden Power, operano un immancabile bilanciamento tra esigenze imprenditoriali e bisogni ed interessi nazionali, con un temperamento dell’uno rispetto all’altro. Il sacrificio della libertà d’iniziativa economica apparirebbe vano e insensato se non fosse operato a favore di un obiettivo di protezione e tutela di interessi nazionali *raggiunto*. Dunque, la bontà della scelta in termini di risultato, la sua efficacia, pesano (quasi) quanto la sua legittimità sul piano formale, comportando, altrimenti, un’inutile limitazione della sfera d’azione del privato.

Il sindacato giurisdizionale è però – correttamente – limitato, non potendo prendere in considerazione gli aspetti (fattuali) di cui si è appena detto. È quindi possibile che una pronuncia sugli aspetti formali del procedimento incida sulla *bontà*, sull’*efficacia* della scelta governativa<sup>445</sup>. Di qui il problema del rapporto dei poteri esecutivo e giudiziario sugli atti in questione, e la timidezza del giudice nel relativo sindacato.

Si giunge dunque ad un’obbligata e necessaria riflessione sulla discrezionalità che connota la scelta di esercizio dei poteri e, in particolare, la qualificazione operata dal Consiglio di Stato nel definirla “*altamente discrezionale se non apertamente politica*”.

La discrezionalità, come noto, è uno degli elementi caratterizzanti il diritto amministrativo.

---

<sup>444</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289.

<sup>445</sup> IELO fa notare come “non è agevole duplicare in sede giurisdizionale la stima, da parte della Presidenza del Consiglio, di rischi inerenti, per esempio, all’interruzione di una rete di comunicazione elettronica o a un malfunzionamento delle reti, impianti e sistemi strategici. Del resto, sovente solo la Presidenza del Consiglio ha (e ha il diritto di avere) in mano i dati che servono per una esatta percezione di quale sia la portata di una minaccia”. Si v. D. IERLO, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti “Golden Powers”*, Rivista Interdisciplinare Sul Diritto Delle Amministrazioni Pubbliche, 4 | 2021, pag. 62.

Il motivo si comprende facilmente se si pensa all'attività dell'amministrazione come attività di ponderazione di interessi pubblici primari con interessi "privati rilevanti". Accade spesso che le situazioni da vagliare non siano di semplice risoluzione o non abbiano esito univoco. È qui che si è ritenuto opportuno inserire uno "spazio di adattabilità"<sup>446</sup>, un elemento che consentisse un margine di manovra per scegliere la soluzione migliore, utile allo scopo di soddisfare l'interesse principale contemperando i secondari. Al fine di non consegnare all'attività decisionale dell'amministrazione un potere di scelta illimitato e di sconfinare, dunque, nell'arbitrio, si pongono ad argine della discrezionalità i limiti enucleati dalla stessa norma che conferisce il potere da esercitare discrezionalmente, nonché il fine pubblico perseguito e gli ordinari principi che guidano l'azione amministrativa.

L'espressione utilizzata dal Consiglio di Stato, sopra riportata, necessita di essere letta nel contesto in cui è collocata. In questo modo si rinviene e comprende l'intenzione dei giudici di Palazzo Spada di motivare e giustificare la difformità di valutazione compiuta dal Consiglio dei Ministri, e di racchiudere nel sostantivo "politicalità" i vari elementi presi in debita considerazione dallo stesso collegio giudicante. Gli elementi di cui trattasi esulano da valutazioni tecniche, normative ed obiettive, che sono oggetto dell'attività invece svolta dal Gruppo di coordinamento; per tale ragione vengono ricondotte nell'area della *politicalità*<sup>447</sup> della scelta.

È proprio in ragione dell'esistenza di questa area che il giudice vede qui il suo potere limitato: se a questi fosse concesso di intervenire nel merito delle valutazioni, l'intervento sconfinerebbe inevitabilmente in un potere diverso, quello esecutivo, facendo del giudice un decisore. In aggiunta, per decidere il giudice dovrebbe sbilanciarsi con valutazioni su fatti non alla sua portata, né alla portata di un qualunque tecnico, stante la vastità di visioni e opinioni contrastanti. Da qui l'opinabilità delle decisioni, e l'impossibilità di stabilire se esse siano *giuste* o meno, quanto solo se siano *conformi* alla legge in senso lato e alle garanzie che essa porta con sé.

---

<sup>446</sup> M. CLARICH, Manuale di diritto amministrativo, IV edizione, Il Mulino, Bologna, 2019, cap. IV, pag. 126.

<sup>447</sup> Anche IELO fa notare come "l'ambito [sia] innervato da una componente politica amplissima, perché riguarda un terreno di confine con la tutela di essenziali interessi statali. Lo si evince dal soggetto chiamato a operare (Presidenza del Consiglio), dal ruolo istituzionale e dagli interessi in gioco: la minaccia alla sicurezza nazionale o un grave pregiudizio alla collettività". Cfr. D. IELO, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti "Golden Powers"*, cit, pag. 62.

La separazione dei poteri impone, dunque, che il sindacato si arresti alla sola valutazione formale, senza poter incidere sulla sostanza delle decisioni.

### 4.3 La “*politicalità sostanziale*”

L’atto di esercizio dei poteri speciali viene qualificato dalla giurisprudenza ora analizzata alla stregua di un atto di alta amministrazione dalla *politicalità sostanziale*.

La sostanza dell’atto, però, non vale in alcun modo a influenzarne la forma. Se così fosse, una serie di problemi scaturirebbero dalla qualificazione dell’atto conclusivo del procedimento quale *atto politico*:

In primo luogo, tale attribuzione indurrebbe a pensare che l’atto di esercizio del Golden Power sia slegato dalla necessità di rispettare i vincoli imposti dal procedimento amministrativo e non sia sottoposto al regime del provvedimento amministrativo<sup>448</sup>, stante l’inoppugnabilità<sup>449</sup> espressamente prevista dal Codice del processo amministrativo all’art. 7, comma 1 per gli atti politici. La non ricorribilità dell’atto porterebbe ad un enorme ed irreparabile *vulnus* nei confronti delle imprese che, dovendo notificare le proprie operazioni, sarebbero private di qualsivoglia mezzo di contestazione della scelta finale, ove questa sia ritenuta ingiusta, o meglio, irragionevole, sproporzionata, illogica.

In secondo luogo, se per ipotesi si arrivasse alla conclusione di qualificare tali decisioni come atti politici, si amplierebbe ulteriormente la già attuale non prevedibilità delle scelte governative in materia. Infatti, la discrezionalità che connota gli esiti del procedimento in esame, come ribadito dai giudici amministrativi, comporta *già* la possibilità dell’organo di vertice politico di distaccarsi dalle risultanze istruttorie a cui erano pervenuti i membri del gruppo di coordinamento. Ulteriori perplessità sorgerebbero, dunque, con un atto (di natura politica) che a nulla si deve conformare, che con nulla si deve rapportare: l’imprevedibilità della scelta raggiungerebbe il suo livello massimo, di contro a quanto auspicato dall’Unione Europea nell’ambito dei procedimenti amministrativi, in cui l’esito dovrebbe essere, il più delle volte,

---

<sup>448</sup> M. CLARICH, Manuale di diritto amministrativo, IV edizione, Il Mulino, Bologna, 2019, cap. IV, pag. 200.

<sup>449</sup> L’inoppugnabilità degli atti politici è confermata da un’ampia giurisprudenza in materia. A riguardo, si riportano: Cons. Stato, sez. VI, 29 febbraio 1996, n. 217; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209; Cons. Stato, sez. V, 02 ottobre 2009, n. 6094; Cons. Stato, sez. V, 06 maggio 2011, n. 2718; Cons. Stato, sez. VI, 18/11/2011, n. 6083; Cons. Stato, sez. V, 21/06/2012, n. 3670; Corte Cass., SS. UU., 28/06/2013, n. 16305; Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2015, n.1210; Cons. Stato, sez. VI, 29 febbraio 2016, n. 808; Cons. Stato, sez. V, 09 gennaio 2017, n. 16; Cons. Stato, sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3550; Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2019, n. 6444.

vincolato o facilmente prevedibile. Come facilmente intuibile dal contenuto delle direttive della fine dello scorso secolo, le quali hanno portato alla trasformazione dei regimi concessori discrezionali in regimi autorizzatori vincolati, il diritto europeo ha sempre guardato con diffidenza alla discrezionalità delle scelte. Invero, partendo da una concezione liberal-democratica che considera in principio libera l'attività dei privati, ritiene che la stessa sia limitabile solo ove esigenze manifeste lo richiedano e a patto che sia assicurato il minor sacrificio possibile. In questo senso, ancorare le scelte a parametri oggettivi consentirebbe di raggiungere il risultato della prevedibilità e del minore impatto delle limitazioni.

Da ultimo, come sopra ricordato, il sindacato giurisdizionale sugli atti di alta amministrazione è un sindacato *monco*, debole. “L'ambiente ibrido (amministrazione e politica, *ndr.*) condiziona (...) l'intensità della tutela”<sup>450</sup> riducendo le valutazioni del giudice ai macroscopici errori di illogicità dell'atto. La qualificazione di cui trattasi eliminerebbe persino questo spiraglio di luce, lasciando i privati nell'ombra dell'insindacabilità della scelta governativa.

È pur vero però che la distinzione tra atto politico ed atto di alta amministrazione risulta (tuttora, ma soprattutto in passato) labile, basata essenzialmente sulla natura della funzione esercitata e sull'ampiezza della discrezionalità riconosciuta al decisore<sup>451</sup>. Al fine di evitare la riconduzione dei provvedimenti nell'alveo dell'insindacabilità, il giudice amministrativo ha provveduto a circoscrivere l'estensione della nozione di atto politico ai soli atti “liberi nel fine e che sono emanati da un organo costituzionale (...) nell'esercizio di una funzione di governo”, volti dunque alla realizzazione ed alla tutela degli interessi che la comunità affida all'esecutivo. Al contrario, gli atti di alta amministrazione operano un raccordo tra le istanze politiche, gli indirizzi espressi dai vertici politici, e l'attività amministrativa necessaria alla loro realizzazione. È un'attività *di confine*, per tale motivo problematica nel suo esatto inquadramento.

La politicità dell'atto, qui, si ferma al dato sostanziale. L'espressione utilizzata dal Consiglio di Stato serve a far comprendere la complessità delle scelte e la difficoltà del successivo sindacato giurisdizionale a causa all'altissimo livello di discrezionalità che le caratterizza.

Di per sé, la cosa suscita non pochi dubbi in dottrina, in quanto l'autonomia che viene riconosciuta all'esecutivo “consentirebbe un esercizio, seppur mediato, di un'influenza sul

---

<sup>450</sup> A. SANDULLI, *La febbre del Golden Power* in Rivista trimestrale di diritto pubblico n. 3 -2022, pag. 750.

<sup>451</sup> M. LONARDI, *op. cit.*



mercato” e comporterebbe “un pregiudizio al principio di legalità in termini di sacrificio della certezza applicativa”<sup>452</sup>.

Risulta evidente, però, come l’obiettivo dell’assenza di discrezionalità sia in questo contesto impraticabile.

*In medio stat virtus*: né la vincolatività né la libertà nei fini consentirebbero di operare un opportuno e giusto bilanciamento degli interessi rilevanti nel procedimento Golden Power.

Di qui, la necessità di considerare il tenore letterale dell’espressione usata dal Consiglio di Stato e provare a ricercare soluzioni che limitino l’ampiezza della discrezionalità della scelta del Consiglio dei Ministri senza per questo eliminarla.

#### **4.4 Strategicità ed elementi di valutazione**

La politicità *sostanziale*, dunque, si giustifica con riferimento alle valutazioni alla base dell’esercizio dei poteri speciali, senza che queste incidano mai sulla forma dell’atto e sulle garanzie che essa porta con sé.

Il sapore politico si ritrova in quelle situazioni in cui la scelta è guidata da una serie di fattori concomitanti che difficilmente possono dirsi oggettivi e obiettivamente sindacabili, quanto piuttosto mutevoli in relazione allo spazio e al tempo, e capaci di assumere forme diverse.

In particolare, queste valutazioni si riflettono nel dinamismo della nozione di strategicità degli asset, oggetto di disaccordo tra le imprese coinvolte ed il governo nel caso ora analizzato, ma anche di diversa qualificazione nei due gradi di giudizio: se da un lato, infatti, ricorrente e resistente dibattevano sulla potenziale configurabilità dell’operazione come strategica in quanto afferente ad un dato settore, dall’altro il giudice di primo grado ha proceduto a confermare la classificazione dell’attività come strategica in relazione alle tecnologie coinvolte (e dunque art. 6 e 9 del d.P.C.M n. 179/2020), mentre il Consiglio di Stato ha rimarcato la strategicità dell’asset in relazione al settore in cui ricadeva, ossia quello agroalimentare direttamente menzionato nella disciplina nazionale e comunitaria. Un altro esempio in tema può essere dato

---

<sup>452</sup> Si vedano M. CLARICH-G. MARRA, Golden Power: il Giudice conferma il potere dello Stato, in *dirittobancario.it* (Dialoghi di diritto dell’economia), 2022 e M. LONARDI, *Golden powers e sicurezza alimentare: il caso Syngenta*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, fascicolo 2 | 2022

dalla vicenda Tim – Vivendi, oggetto di successiva analisi, in cui la classificazione dell’operazione in un settore piuttosto che in un altro determina la nascita di precisi obblighi e, la comminazione di sanzioni per la violazione degli stessi.

I dubbi di qualificazione sorgono quindi in relazione all’interpretazione delle norme, ma anche al concreto e tecnico inquadramento che dell’asset si fa. A ciò aggiungasi che l’opinabilità e la dinamicità della nozione di strategicità derivano da ulteriori e diversi fattori necessariamente coinvolti nella valutazione dell’operazione, come la “grave minaccia” e l’“interesse nazionale”, oltre a quelli espressamente menzionati dall’art. 2, co. 6<sup>453</sup> e 7<sup>454</sup> e dall’art. 4 del Regolamento europeo. Tali concetti si presentano come labili, volubili, aeriformi. Di cui, quindi, manca e non può essere data una precisa definizione, ma che svolgono il ruolo fondamentale di parametri per la valutazione della bontà dell’operazione: stabilendo *cosa* valutare, ma non esattamente *come* farlo. Tale compito è rimesso all’interprete alla luce del caso concreto, ed è proprio questa la discrezionalità di cui tale procedimento necessita e della quale non può spogliarsi.

Nel caso appena visto, ad esempio, ruolo importante nella valutazione dell’intera operazione ha rivestito il tipo di acquirente coinvolto: la società svizzera Syngenta era stata acquisita, nel 2017, dalla cinese China National Chemical Corporation Ltd., meglio conosciuta come ChemChina. Quest’ultima viene definita una SOE, acronimo di State-owned enterprise, «impresa a conduzione statale»<sup>455</sup>, cioè un’azienda di Stato cinese: a seguito della ristrutturazione notificata da Assets Supervision and Administration Commission dello State Council - ente statale che controlla le SOE - che ha portato alla fusione con Sinochem nel 2021,

---

<sup>453</sup> Ossia che l’acquirente sia direttamente o indirettamente controllato dall’amministrazione pubblica, compresi organismi statali o forze armate, di un Paese non appartenente all’Unione europea, anche attraverso l’assetto proprietario o finanziamenti consistenti, ovvero che l’acquirente sia già stato coinvolto in attività che incidono sulla sicurezza o sull’ordine pubblico in uno Stato membro dell’Unione europea, o infine che vi sia un grave rischio che l’acquirente intraprenda attività illegali o criminali.

<sup>454</sup> “l’esistenza, tenuto conto anche delle posizioni ufficiali dell’Unione europea, di motivi oggettivi che facciano ritenere possibile la sussistenza di legami fra l’acquirente e paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto, che non rispettano le norme del diritto internazionale o che hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale, desunti dalla natura delle loro alleanze, o hanno rapporti con organizzazioni criminali o terroristiche o con soggetti ad esse comunque collegati;”

- “l’idoneità dell’assetto risultante dall’atto giuridico o dall’operazione, tenuto conto anche delle modalità di finanziamento dell’acquisizione e della capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa dell’acquirente, a garantire”: “la sicurezza e la continuità degli approvvigionamenti”, nonché “il mantenimento, la sicurezza e l’operatività delle reti e degli impianti”;

<sup>455</sup> “SOE” in Dizionario di Storia, in Enciclopedia Treccani on line, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Italiana. [https://www.treccani.it/enciclopedia/soe\\_%28Dizionario-di-Storia%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/soe_%28Dizionario-di-Storia%29/)

è controllata al 100% da una nuova holding, la Sinochem Holdings Corporation Ltd. (Sinochem Holdings) finanziata e supervisionata dall'ente "SASAC", lo stesso che ne ha deciso la ristrutturazione.<sup>456</sup>

Sinochem e ChemChina non erano esattamente delle sconosciute nel panorama imprenditoriale italiano, essendo Sinochem Holdings maggiore azionista di Pirelli & C S.p.A. con il 37% delle azioni.

I problemi che minano la serenità dei rapporti economici tra Roma e Pechino sono riconducibili a questioni geopolitiche e perplessità di ordine strategico.

Per quel che riguarda il primo punto, nell'ottobre 2022 ChemChina è stata inserita dal Governo americano nella lista delle aziende militari cinesi<sup>457</sup>: il Consiglio di Stato nella sentenza di cui sopra parla dell'assenza di "formali e cogenti legami di alleanza"<sup>458</sup> con il governo cinese, così facendo intendere l'importanza del sodalizio, come noto invece presente in modo stabile con gli stessi Stati Uniti sulla base del trattato NATO a cui il collegio rinvia come esempio opposto alla situazione prospettata con l'acquirente sinico. Inoltre, l'importanza delle alleanze è direttamente ricavabile dal testo del decreto legge 21 del 2012, in cui al comma 7, lett a), dell'art. 2<sup>459</sup> si parla di "comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale, desunti dalla natura delle loro alleanze (dell'acquirente, *ndr.*)".

---

<sup>456</sup> Sito web ufficiale di Pirelli & C S.p.A e Il sole 24 ore, "Sinochem-ChemChina, nasce holding petrolchimica da 150 miliardi di dollari" articolo del 1 aprile 2021 a cura di Rita Fatiguso.

Link: <https://press.pirelli.com/it/approvata-la-ristrutturazione-congiunta-di-chemchina-e-sinochem-group/> e <https://www.ilsole24ore.com/art/sinochem-chemchina-nasce-holding-petrolchimica-150-miliardi-dollari-ADdnViUB>

<sup>457</sup> DOD Releases List of People's Republic of China (PRC) Military Companies in Accordance With Section 1260H of the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 202, sito ufficiale dello U.S. Department of Defense,

link: <https://www.defense.gov/News/Releases/Release/Article/3180636/dod-releases-list-of-peoples-republic-of-china-prc-military-companies-in-accord/>

<sup>458</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289, al punto 18.5.

<sup>459</sup> "I poteri speciali di cui ai commi precedenti sono esercitati esclusivamente sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori. A tale fine il Governo considera, avuto riguardo alla natura dell'operazione, i seguenti criteri: a) l'esistenza, tenuto conto anche delle posizioni ufficiali dell'Unione europea, di motivi oggettivi che facciano ritenere possibile la sussistenza di legami fra l'acquirente e paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto, che non rispettano le norme del diritto internazionale o che hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale, desunti dalla natura delle loro alleanze, o hanno rapporti con organizzazioni criminali o terroristiche o con soggetti ad esse comunque collegati (...)"

Gli acquisti di ChemChina destano poi preoccupazioni da un punto di vista strategico, a causa dell'acquisizione da parte di questa del *know how* italiano<sup>460</sup>, nonché l'influenza di Pechino in aziende strategiche. Nel marzo 2019, infatti, Italia e Cina hanno siglato un memorandum di intesa<sup>461</sup> che include la cooperazione scientifica tra i due paesi, rafforzando i rapporti già esistenti e orientandoli ulteriormente in ambito scientifico e tecnologico. In considerazione di quanto detto sopra, si ricordi che la Repubblica Popolare Cinese è la seconda potenza in campo scientifico e tecnologico, esattamente dopo gli Stati Uniti<sup>462</sup> e proprio grazie alla sua volontà e capacità di assorbire il *know how* estero in cui negli anni si è imbattuta<sup>463</sup>. In merito, anche il COPASIR sottolinea la pericolosità degli accordi che la Cina ha stipulato ed è in grado di stipulare con le università e gli istituti di ricerca italiani, paventando “il serio rischio che da una parte queste siano un modo per aggirare la disciplina del golden power e dall'altra un modo per acquisire direttamente da parte di queste aziende cinesi così coinvolte, know-how, tecnologie ma anche personale al quale vengono offerte possibilità di lavoro in Cina”<sup>464</sup>. Quella cinese appare dunque come una strategia silenziosa, di lungo termine, costante e dinamica, guidata

---

<sup>460</sup> Sulla questione l'Unione Europea ha concentrato la propria attenzione con incontri e accordi volti a meglio delineare le relazioni economiche tra i due paesi. Si vedano i report diffusi dal Consiglio Europeo sul vertice del 22 e 23 marzo 2019 e sul successivo summit del 9 aprile con la Cina.

A commento, MANNA scrive che “le istituzioni europolitane ed anche i singoli Stati membri hanno, infatti, preso coscienza dei rischi potenziali per la sicurezza e l'ordine pubblico derivanti dalla sempre più evidente intenzione del Governo della Repubblica popolare cinese di appropriarsi dei *know how* delle imprese comunitarie, al fine di conseguire l'obiettivo del primato tecnologico.” Si v. M. MANNA, *I Golden Powers dalla stagione delle privatizzazioni alle congiunture emergenziali: l'eterno ritorno dello Stato nell'economia*, cit.

<sup>461</sup> “La nuova via della seta” o “Belt and Road Initiative”.

<sup>462</sup> L. MARIANI, *L'Iniziativa Belt and Road e l'internazionalizzazione della potenza cinese in campo scientifico: il caso dell'Italia*, IAI - Istituto Affari Internazionali, Roma, settembre 2021, pag. 26 (link: <https://www.iai.it/it/publicazioni/liniziativa-belt-and-road-e-linternazionalizzazione-della-potenza-cinese-campo>).

<sup>463</sup> Si v. la Relazione annuale 2022 del SISR, Sistema di Informazione per la Sicurezza della Repubblica, Presidenza del Consiglio dei Ministri, a pag. 69, in cui si ricorda come spesso la Cina faccia affidamento sulla tecnologia straniera importata.

<sup>464</sup> COPASIR, *Relazione sull'attività svolta dal 10 febbraio al 19 agosto 2022*, pag. 68, in cui si legge che “La supremazia globale inseguita da Pechino si incarna in un crescente interesse per la tecnologia, ambito nel quale in varie forme si realizza l'attivismo del Paese. L'interesse si rivolge soprattutto a quei settori nei quali più avanzata risulta l'attività di ricerca, start up e mondo accademico. Il Comitato ha più volte segnalato il rischio concreto di sottrazione di tecnologie e conoscenze per gli evidenti profili di sicurezza nazionale. Sul tema si è svolta l'audizione del Ministro dell'università e della ricerca, dott.ssa Maria Cristina Messa. I protocolli esistenti tra MIUR, MAECI e Repubblica popolare cinese sono due, sulla ricerca di base e sulla ricerca applicata in materia di nuovi materiali, ambiente, fisica, salute. Ogni Ateneo può però procedere in autonomia a stringere collaborazioni con aziende che sono poi emanazioni statali e vi è il serio rischio che da una parte queste siano un modo per aggirare la disciplina del golden power e dall'altra un modo per acquisire direttamente da parte di queste aziende cinesi così coinvolte, know-how, tecnologie ma anche personale al quale vengono offerte possibilità di lavoro in Cina”.

dall'obiettivo ben preciso di arricchire le proprie conoscenze anche a discapito della fonte e, pertanto, viene definita una “minaccia ibrida”<sup>465</sup>.

Il rischio della ricostruzione appena fatta è che si possa erroneamente ricondurre la scelta dell'esercizio del potere ad un atto di discriminazione dell'acquirente per la sua nazionalità. A ben vedere, le scelte non solo *non possono* essere discriminatorie per espresso divieto della normativa nazionale e di quella europea, ma sono invece orientate da parametri che, pur non essendo oggettivamente definibili in maniera univoca, sono *predeterminati* e vevoli per qualsivoglia soggetto coinvolto.

Più semplicemente, le valutazioni sono orientate dal contesto dell'operazione e non avulse dalla geopolitica e i suoi legami, e ciò non può che apparire normale se si pensa che è proprio il dato storico, geografico, geopolitico a determinare se un bene possa o debba essere considerato strategico.

La strategicità è nozione cangiante, così ampia e dinamica che si crea e si distrugge sulla base degli eventi esterni, e che poche volte può essere attribuita *esclusivamente* in base ai dati oggettivi dell'asset.

Anche la dottrina rileva come il giudizio divenga inevitabilmente più serrato nei confronti di investimenti provenienti da fondi sovrani, per il semplice fatto che l'operazione stessa potrebbe avere contorni politici e perseguire finalità in tal senso, mettendo in secondo piano il lato economico<sup>466</sup>.

---

<sup>465</sup> Ibidem. Nella medesima relazione si sottolinea inoltre che lo Stato cinese “mette in atto delle strategie più a lungo termine, soprattutto rivolte a penetrare il tessuto produttivo nel campo dell'innovazione tecnologica, con obiettivi quali le start up e le eccellenze tecnologiche sia industriali che in ambito accademico.

La strategia applicata da questo gigante è di lungo termine, costante e dinamica, imperniata innanzitutto sui tradizionali ambiti di azione cinese, economico e commerciale, e recentemente anche sulla dimensione militare, con una crescente produzione e commercializzazione di armamenti e con presenze, seppur limitate, in tutta l'area. L'apertura della Via della seta rappresenta il fattore trainante che spinge la Cina a creare un corridoio fino al Mediterraneo e a insistere perciò nell'area, con la prospettiva di sviluppare un'influenza sui traffici marittimi nell'Atlantico.”

<sup>466</sup> Sul punto, D. GALLO, *La questione della compatibilità dei goldenpowers in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche*, Rivista della Regolazione dei Mercati, 1 | 2021 secondo cui “ non c'è dubbio che i motivi indicati nell'ordinamento italiano circa stato di diritto, democrazia e legami con organizzazioni criminali, oltre che sicurezza e ordine pubblico, assumano contorni ancora più decisivi ed estesi se l'investimento pro- viene dai c.d. investitori sovrani, in particolare da state owned enterprises e fondi sovrani (...) La ratio che ispira la precisazione, sopra riportata, contenuta nel regolamento, tiene conto della circostanza che sono gli investitori sovrani quelli che, più di altri, in sostanza, potrebbero (voler) per- seguire obiettivi di natura, in senso lato, politica. (...) [sembra] dunque, condivisibile ritenere che i golden powers, con riferimento a come vengono praticati in concreto soprattutto sotto il profilo del principio di proporzionalità e dei pericoli rilevati nell'ingresso

Spesso gli interessi economici si intrecciano con interessi strategici, collidono con velleità nazionali, con desiderio di supremazia ed esigenze di difesa industriale, o del comparto economico e strategico di un paese. Dunque non si tratta sempre di interessi economici puri.

Anche il DIS in una sua relazione pone l'attenzione sulla presenza di "tentativi di ingerenza di soggetti esteri, volti a depotenziare o finanche marginalizzare il nostro comparto industriale ad alto valore aggiunto nei principali mercati internazionali di settore" (settore aerospaziale), sull'"attivismo di [tali soggetti] in direzione dei principali operatori attivi in Italia, finalizzato a favorire la diffusione di soluzioni tecnologiche sulla base di interessi non esclusivamente economici" (settore delle telecomunicazioni), e sulle costanti iniziative di detti operatori volte a sottrarre know how<sup>467</sup>.

Alcuni autori traslano la situazione dei rischi e delle minacce appena delineati in un immaginario bellico, e con egual linguaggio definiscono la creazione e l'utilizzo dei meccanismi dei poteri speciali come una *corsa agli armamenti giuridici* "intrapresa da vari ordinamenti per tutelare propri interessi economici ritenuti strategici" ed evitare la "perdita di sovranità economica da parte dello Stato"<sup>468</sup>.

In questo senso e alla luce di quanto detto, si può comprendere come gli elementi di valutazione delle singole operazioni siano molteplici, non statici, non tutti obiettivi e sindacabili, e come la nozione di strategicità risenta inevitabilmente della molteplicità degli interessi coinvolti.

---

dell'investitore in un dato mercato, siano dilatati al massimo se l'investitore extra-UE ha collegamenti strutturali con il potere pubblico dello Stato terzo".

Anche A. SANDULLI, *La febbre del Golden Power*, cit., pag. 745 rileva come "i poteri speciali del governo sono particolarmente protettivi in relazione alla preservazione degli equilibri geopolitici e, difatti, essi sono assai rigidi soprattutto nei riguardi di investitori esteri riconducibili alla sfera pubblica di Stati a basso tasso di democraticità".

<sup>467</sup> Si v. la Relazione annuale 2022 del SISR, Sistema di Informazione per la Sicurezza della Repubblica, Presidenza del Consiglio dei Ministri, a pag. 68. Qui si sottolinea anche come le infrastrutture portuali "costituiscono uno snodo fondamentale della catena del valore. L'importanza di queste strutture e di quelle a esse collegate è testimoniata, tra l'altro, dal potere di controllo attribuito dallo Stato alle Autorità di Sistema Portuale e dal recente inserimento degli interporti tra gli attivi del settore trasporti che ricadono nella disciplina Golden Power."

<sup>468</sup> L. ARNAUDO, *A l'économie comme a la guerre. Note su golden power, concorrenza e geo-economia*, Mercato Concorrenza Regole, 3 | 2017, pag. 436. Interessante è anche l'analisi che in questo contributo l'autore fa della geo-economia, in relazione alla quale scrive che "la tesi corrente secondo cui la geo-economia è da intendersi come l'uso di strumenti economici per raggiungere obiettivi geo-politici può nondimeno accettarsi solo se si chiarisce bene che gli aspetti geografici non si limitano a fare da mero sfondo all'azione, quale che essa sia, bensì costituiscono sempre una fondamentale combinazione storico-culturale di spazio e tempo, dalla quale dipende propriamente il potenziale dell'azione", così riprendendo le tesi sopra esposte da chi scrive.

#### 4.5 Il punto di vista delle imprese. Prospettive di riforma

Alla molteplicità degli interessi e alla complessità delle valutazioni si oppone una forte necessità di certezza dal lato dei soggetti coinvolti, nonché di tutti quelli toccati di riflesso dall'operazione. Ancora una volta si propone l'esempio dell'operazione da cui dipenda la solvibilità di un'impresa e dunque l'equilibrio finanziario dei suoi creditori.

Certezza dei tempi, certezza degli obblighi, certezza nelle misure.

I primi due elementi possono essere trattati congiuntamente, in quanto il problema relativo ai primi è solo un riflesso della lamentata poca chiarezza dei secondi. I termini procedurali sono in sé molto brevi, seppur soggetti ad ampliamenti dovuti a particolari esigenze istruttorie e interlocuzioni con attori europei. Il problema lamentato dalle imprese riguarda, invece, i tempi pre-procedimentali: prima dell'invio di una formale notifica è possibile per l'impresa procedere ad una *prenotifica*, ossia una informazione preventiva su *progetti* di operazioni<sup>469</sup> al fine di conoscerne l'eventuale *futura* riconducibilità alla normativa Golden Power. La decisione è ugualmente rimessa al Gruppo di coordinamento, il quale dispone di 30 giorni per esprimersi sulla stessa<sup>470</sup> e l'eventuale silenzio deve essere interpretato nel senso della necessità di procedere a formale notifica.

È da notare come questo strumento possa essere al contempo considerato sintomo e cura di una situazione di confusione ingenerata nel mondo imprenditoriale, in cui si è fatta strada

---

<sup>469</sup> Si parla di progetti di costituzione, acquisizione, delibere, atti o operazioni, i quali siano accompagnati da tutti i documenti e le informazioni, se disponibili, previsti per la formale notifica.

<sup>470</sup> La notifica viene materialmente ricevuta dal DICA, ma la decisione sulla stessa spetta comunque al Gruppo di coordinamento, che ha 30 giorni (termine più breve rispetto al procedimento ordinario e che non è suscettibile di sospensioni, neanche nell'ipotesi di richiesta di informazioni) per esprimersi sulla suscettibilità dell'operazione di rientrare nell'ambito applicativo del decreto del 2012. Il gruppo, a seguito dell'istruttoria svolta dal Ministero competente, potrà svincolare del tutto l'operazione, considerandola lontana dalle fattispecie vincolate, ovvero richiedere che sia presentata formale notifica: quest'ultima condizione si ha nei casi in cui il progetto rientri nell'ambito applicativo oppure nei casi in cui le amministrazioni partecipanti al gruppo lo richiedano. È altresì possibile, in questo caso, che il Ministero responsabile proceda ad una valutazione preliminare sull'autorizzabilità dell'operazione, lasciando al Gruppo di coordinamento la possibilità di prevedere raccomandazioni.

Un'ulteriore ipotesi è quella in cui la normativa sia ritenuta applicabile, ma contestualmente appaiano "*manifestamente insussistenti*" i presupposti per l'esercizio dei poteri.

Si noti che, a differenza del procedimento ordinario, il silenzio deve qui essere interpretato nel senso della necessità di procedere a formale notifica.

l'occorrenza di uno strumento più agile e veloce che evitasse le lungaggini di una formale notifica, ma che si è reso necessario proprio a causa della non semplice interpretazione della normativa di riferimento.

Il problema di tale strumento risiede proprio in questo e nella dubbia considerazione dello stesso come una opportunità – dal momento che evita che una eventuale comunicazione fatta a solo scopo cautelativo possa bloccare l'operazione per ben più tempo in attesa dell'esito del procedimento – o come un onere aggiuntivo: i tempi del procedimento sono sì brevi, ma con l'utilizzo di questi strumenti, nella disperata ricerca di risposte certe, si rischia di allungarli e dunque di mantenere in stallo per ancor più tempo le operazioni.

Come si diceva, il problema trova la sua radice nell'incertezza sugli obblighi di notifica delle operazioni. Le imprese lamentano, in tal senso, l'assenza di un elenco di società soggette a tali obblighi e una formulazione eccessivamente vaga delle definizioni degli asset contenute nei decreti attuativi. Mentre alla seconda doglianza ha dato risposta in maniera eloquente la giurisprudenza più sopra citata, la prima richiesta appare manifestamente irrealizzabile, stante l'assunzione di carattere strategico da parte di operazioni poste in essere da imprese che, di per sé, non lo sono in relazione alla loro ordinaria attività.

Ascolto può essere dato, al contrario, alle richieste di una maggior certezza in tema di misure adottate.

Il mondo imprenditoriale lamenta, in relazione all'esercizio dei poteri speciali, una completa imprevedibilità delle misure che possono essere imposte tramite prescrizioni e condizioni e ne chiede una tipizzazione<sup>471</sup>. Alla teorica non predicibilità delle imposizioni del governo va affiancato il dato pratico della registrata ripetizione delle stesse nei più svariati casi. È proprio in relazione a tale dato che le imprese auspicano un completamento del quadro normativo anche per tramite di più semplici linee guida volte a dare un orientamento *prima* della notifica: tale intervento produrrebbe benefici per entrambi i soggetti, pubblici e privati: mentre i primi vedrebbero aumentare il numero di procedimenti che sfociano in un non esercizio dei poteri speciali, i secondi potrebbero agire a livello imprenditoriale nella sicurezza delle loro azioni, nella consapevolezza di aver seguito le indicazioni e, pertanto, di non dover correre il rischio di veder cambiate le carte in tavola.

---

<sup>471</sup> ASSONIME, Poteri speciali dello Stato. Evoluzione del quadro normativo e profili operativi del Golden Power, Circolare n. 11 del 17 aprile 2023, pag. 3 ss.



La misura garantirebbe dunque prevedibilità delle decisioni, affidamento da parte dei privati e certezza. Ferma restando l'ineliminabile area di discrezionalità dell'amministrazione, che le consentirebbe scelte anche contrastanti con le aspettative dei notificanti.

In relazione a ciò, altro strumento di garanzia potrebbe essere la valorizzazione della discrezionalità tecnica del gruppo di coordinamento, per tramite della già più sopra auspicata valorizzazione dell'unanimità delle decisioni<sup>472</sup>, come già accade in tema di non esercizio. Questa dovrebbe vincolare il Consiglio dei Ministri non già nel contenuto della decisione, quanto nella motivazione di una scelta difforme, in analogia a quanto previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo in tema di responsabile del procedimento e organo preposto all'adozione del provvedimento finale<sup>473</sup>.

Invero, per quanto sia stato chiarito come la prima parte del procedimento sia atta a verificare l'applicabilità della normativa Golden Power, a raccogliere elementi da valutare in seguito e a formulare una mera proposta di (non) esercizio dei poteri, la decisione di segno opposto che arrivi in ultima istanza – come già rilevato<sup>474</sup> – sminuisce le valutazioni operate dai membri del gruppo di coordinamento che, seppur non compongono un collegio con legittimazione paragonabile a quella del Consiglio dei Ministri, sono rappresentanza – per volere della normativa – di tutti gli interessi coinvolti ed operano, dunque, un primo efficace bilanciamento. Proprio in virtù della legittimazione democratica che investe i membri dell'esecutivo, appare corretta e ragionevole la scelta di affidare ad essi l'*ultima parola*, ma altrettanto ragionevole parrebbe un confronto con chi prima sia giunto a diverse conclusioni. Come si è già avuto modo di proporre, si può ipotizzare un confronto scritto, per tramite di una motivazione rafforzata – appunto – che punto per punto ripercorra il ragionamento previamente operato e lo sconfessi nelle parti che non si ritengono adeguate.

Le ragioni di certezza dei privati si scontrano con le esigenze di un ampio spazio di manovra per le valutazioni pubbliche, in un continuo contemperamento di interessi che non vedrà mai pienamente soddisfatta una singola parte. In ragione di ciò, si auspica un prolungamento del percorso già intrapreso dallo Stato in tema di valorizzazione dell'interesse imprenditoriale e di

---

<sup>472</sup> Si v. Cap. IV, par. 3.6

<sup>473</sup> Si v. gli artt. 5 e 6 della legge n. 241 del 1990.

<sup>474</sup> Cap. IV, par. 3.6

quelli che sono e/o possono essere problemi e questioni relativi e scaturenti da tale esercizio di sovranità economica.

#### 4.6 Il caso TIM-Vivendi

Un ulteriore esempio di incertezza applicativa delle disposizioni in tema di poteri speciali, causa di confusione e conflitti tra l'amministrazione che rileva l'errore ed il privato che giustifica il suo operato, è la annosa vicenda TIM – Vivendi.

L'importanza del caso in esame, e l'enorme risonanza mediatica che esso ha avuto, sono dovuti sia al peso dei nomi dei soggetti coinvolti, sia alla particolarità della vicenda che si svolge interamente in territorio europeo, tra due paesi con rapporti *peculiari*<sup>475</sup>.

La vicenda ha inizio nel giugno del 2015 con un primo acquisto da parte di Vivendi SA di quote di partecipazione in TIM S.p.A (6,6%). Con gli anni, la percentuale di quote detenute dalla società francese aumenta considerevolmente, fino ad arrivare al 23,94%, percentuale che, in ragione della composizione dell'azionariato di TIM<sup>476</sup>, le consente di esercitare la maggioranza relativa. A seguito della fortunata nomina di dieci consiglieri di amministrazione su quindici, e la nomina del Presidente esecutivo, TIM rilasciava una dichiarazione<sup>477</sup> in cui si annunciava l'attività di direzione e coordinamento sulla stessa da parte della francese Vivendi.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri, su richiesta del Ministero dello Sviluppo Economico, si adoperava per indagare che in dette vicende non fossero sfuggiti obblighi di comunicazione ai sensi della normativa Golden Power e, a seguito di un'istruttoria dall'esito positivo, ne dava comunicazione alla società.

---

<sup>475</sup> Nell'analizzare il caso, SALTARI parla di *rivalità italofrancese nell'interazione economica*, richiamando anche le considerazioni di A. ASOR ROSA, Machiavelli e l'Italia. Resoconto di una disfatta, Einaudi, Torino, 2019. Cfr. L. SALTARI, *Il tentativo francese di controllo in TIM. Rule of Law nel golden power*, in G. DELLA CANANEA - L. FIORENTINO (a cura di), I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pag. 300.

<sup>476</sup> Il 61.89% delle partecipazioni risultava detenuto da azionisti istituzionali ed altri azionisti esteri; l'1.08% dal Gruppo Telecom Italia; il 13.09% faceva invece capo ad un azionariato diffuso.

<sup>477</sup> Il cui testo riportava: "il Consiglio di Amministrazione della Società ha preso atto dell'inizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte di Vivendi SA".

Il ricorso in esame si fonda sull'asserita illegittimità della comunicazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 28 settembre 2017, con cui si accertava l'assoggettamento della società francese Vivendi agli obblighi di notifica anzidetti, in relazione ad i numerosi e reiterati acquisti di azioni di Tim S.p.A.

La ricorrente lamenta l'erronea riconduzione di tali obblighi di notifica all'ambito di applicazione dell'art. 1 del d.l. 21/2012, con riferimento ad asset tutelati nei settori della difesa e della sicurezza nazionale<sup>478</sup>.

Stante la incontestata detenzione di attivi strategici nei settori delle comunicazioni e la mai affermata rilevanza degli stessi attivi in ambiti diversi, Vivendi considerava prevedibile, nonché logica, l'applicazione dell'art. 2 della citata legge. Al contrario, la sussistenza di attività strategiche riconducibili all'art.1 del d.l. 21/2012 non era mai stata esplicitamente affermata, né in sede societaria, né giurisdizionale, né, soprattutto, amministrativa.

Per tale motivo, non sarebbe neanche possibile imputare alla ricorrente la tardività della notifica effettuata prima della ricezione della comunicazione di cui trattasi, in quanto solo sulla base di essa sarebbe stato possibile conoscere le nuove determinazioni dell'amministrazione in merito all'asserita strategicità degli attivi di Telecom anche nei settori di difesa e sicurezza nazionale.

In tal senso, l'attività della società francese appare tutt'altro che tardiva, quanto piuttosto *tempestiva*: Vivendi, infatti, sarebbe venuta a conoscenza delle risultanze istruttorie sull'obbligo di notifica solo per propria meticolosità, uno zelo ed una scrupolosità che avrebbero portato la società a presentare istanza di accesso agli atti del procedimento aperto presso la Presidenza del Consiglio. Tale istanza ha consentito di prendere visione delle posizioni dei membri del gruppo di coordinamento e di adeguarsi ad esse prima della ricezione della comunicazione.

L'impossibilità di conoscere tale circostanza giustificerebbe le tempistiche dell'atto di notifica, anzi, le innalzerebbe a premura non dovuta o, come sostenuto dalla stessa società, a notifica in via *cautelativa*.

---

<sup>478</sup> Era noto, infatti, come le reti di Telecom costituissero asset di rilevanza strategica ai sensi dell'art. 2 della normativa Golden Power, che disciplina i settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, ma mai prima di allora si era parlato delle medesime infrastrutture in termini di attività strategiche nei settori della difesa e della sicurezza nazionale ex art. 1.

Invero, solo a seguito dell'adozione di un formale provvedimento le valutazioni avrebbero potuto essere conosciute e solo da questa concreta conoscibilità obblighi sarebbero potuti sorgere in capo alla ricorrente.

Ancora, la società francese procede con una censura rivolta ai contenuti della comunicazione, a suo parere viziata da eccesso di potere per contraddittorietà e disparità di trattamento: nello stesso arco di tempo cui ci si riferisce, altre imprese avrebbero proceduto all'acquisto di partecipazioni in Telecom senza presentare alcuna formale notifica, senza che la Presidenza del Consiglio avvertisse la necessità di attivarsi d'ufficio

Il comportamento dell'amministrazione appena descritto fa (legittimamente) sorgere il dubbio che la disparità di trattamento abbia guidato l'azione amministrativa e, conseguentemente, abbia viziato l'atto impugnato.

Sul punto si rileva come la motivazione appaia manifestamente insufficiente, non giustificando in alcun modo le difformità di valutazione lamentate dalla società francese. Né si potrebbe argomentare, si fa notare, che codesta differenza possa essere giustificata dalla posizione di controllo assunta dalla stessa Vivendi, avendo gli uffici della Presidenza chiarito nell'atto in questione la necessità di notifica per ogni atto al di sopra della soglia prevista, e non dunque solo per il singolo acquisto che dava luogo al raggiungimento di una posizione di controllo.

Dalla carenza motivazionale di cui si è appena detto, si può desumere la sussistenza della lamentata *contraddittorietà* dell'atto, figura sintomatica dell'eccesso di potere di cui si accusa essere viziata la comunicazione.

Da ultimo, si censura l'illegittimità della normativa di cui con l'atto impugnato si è fatta applicazione e dunque, l'illegittimità derivata dell'atto stesso. Ci si riferisce al d.l. 21/2012 ed al d.P.C.M 108/2014<sup>479</sup>.

La ricorrente ravvisa e denuncia un contrasto tra i suddetti decreti e la normativa europea, per come interpretati dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri: in particolare, con la libertà di circolazione dei capitali, pilastro fondante dell'unione doganale europea e sancita dall'art. 63 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, e la libertà di stabilimento, prevista dall'art. 49 e presupposto immancabile per la creazione di condizioni di concorrenza interna, di mercato unico e di effettività delle quattro libertà poste a fondamento dell'Unione.

---

<sup>479</sup> Regolamento per l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale.

La normativa secondaria complementare, invece, peccherebbe di indeterminatezza e genericità e tenderebbe a ricomprendere al suo interno attività che non presentano alcun nesso con gli obiettivi di protezione propri del decreto di cui costituiscono applicazione.

Per tale motivo, la ricorrente formula una richiesta di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia: il controllo europeo richiesto sarebbe volto a verificare la sussistenza dei criteri di specificità, restrittività e proporzionalità della normativa, in particolare della formulazione dell'art. 1 del dl 21/2012, così come richiesti dalla giurisprudenza della stessa corte.

Con sentenza del 6 settembre 2022, il TAR Lazio dichiara il ricorso infondato.

In relazione all'asserita erronea applicazione dell'art.1 del d.l. 21/2012, relativo ad asset strategici nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, il giudice rileva come, a differenza di quanto riportato dalla ricorrente, numerose fossero le attività, i compiti ed i rapporti della società target dell'operazione riconducibili ai settori dell'articolo indicato. In particolare, sono proprio i Ministeri della Difesa e dell'Interno a far notare, con le relazioni richiamate nel provvedimento impugnato, i rapporti intrattenuti tra gli stessi Ministeri e Tim, tra cui i contratti con il primo per la fornitura di circuiti terrestri e di circuiti satellitari al fine di garantire collegamenti di natura militare e servizi di connettività affidabili, flessibili e sicuri; reti private virtuali fornite al secondo, "tra cui la regolamentazione del servizio inerente gli strumenti di controllo delle persone sottoposte a misura cautelare degli arresti domiciliari o dei condannati in stato di detenzione domiciliare". A ciò si aggiungono la gestione delle reti di emergenza e le *reti in fibra ottica Interpolizie*.

Se non fosse sufficiente, il giudice prosegue con un elenco di attività svolte da TIM o dalle sue controllate<sup>480</sup> di evidente ed innegabile carattere strategico, così qualificato anche dall'Autorità Nazionale per la Sicurezza italiana, oltre al fatto che gli organi di sicurezza delle società in questione fanno parte dell'Organizzazione nazionale per la sicurezza, "complesso di organi pubblici e privati che gestiscono gli asset classificati e dei quali si avvale l'Autorità nazionale

---

<sup>480</sup> Ci si riferisce a Telsy Elettronica S.p.A., società controllata al 100% da Tim certificata dall'Autorità Nazionale per la Sicurezza italiana come "fornitore di apparati, sistemi e soluzioni per la protezione delle informazioni a tutti i livelli di classifica". Cfr. TAR Lazio, sez. I, 6 settembre 2022, n. 11508

per la sicurezza per l'esercizio delle funzioni che attengono alla protezione e tutela delle informazioni classificate e qualificate, a diffusione esclusiva o coperte da Segreto di Stato".

Appurata la riconducibilità sotto l'ombrello dei settori considerati all'art. 1, il tribunale evidenzia la fragilità della tesi sostenuta da Vivendi secondo la quale *la consapevolezza di tale obbligo sarebbe scaturita solo dall'esame delle posizioni* espresse dai membri del Gruppo di coordinamento.

La tesi non può essere accolta per due ordini di motivi:

in primo luogo, la Presidenza del Consiglio fa notare come sia normalità, nonché buona norma, "svolgere una serie di accertamenti sulle attività svolte dalla società target", anche al fine di valutare la *bontà* dell'investimento: appare difficile da credere, dunque, che l'acquirente francese, non essendo un mero investitore finanziario, ma un azionista industriale vicino al settore in cui opera la target, non fosse a conoscenza delle attività svolte. Nella sentenza si legge infatti che "non poteva ritenersi che Vivendi non avesse consapevolezza *quantomeno della natura di interesse linee di attività*" e, soprattutto, dei "(...) contratti in essere con i Ministeri indicati, *in ragione del loro inequivoco oggetto*".

In secondo luogo, l'assunto per cui la notifica dovrebbe seguire la conoscenza dell'assoggettabilità a poteri speciali rovescia l'iter procedimentale previsto dalla normativa vigente. L'istituto della notifica, invero, e l'obbligo a cui è connessa, sono condizioni necessarie affinché l'attività svolta da ciascuna società possa essere inquadrata e classificata come rilevante ai sensi della normativa Golden Power, stante la formulazione non puntuale<sup>481</sup> dei decreti che individuano in via generale le attività strategicamente rilevanti; e, a seguito di detta valutazione, per stabilire se i singoli atti, delibere od operazioni societarie possano recare pregiudizio agli interessi nazionali e dunque valutati in tal senso.

Si rileva come ai tempi del fatto non fosse ancora presente l'istituto della prenotifica, giovane espediente introdotto proprio per evitare qualsivoglia dubbio e comunicazione cautelativa.

La tesi della ricorrente, invertendo i passaggi logici del procedimento, comporterebbe l'inapplicabilità della normativa e l'impossibilità materiale di esercizio dei poteri. Il tribunale fa notare come gli obblighi di notifica, al contrario, "devono essere ancorati ad un elemento

---

<sup>481</sup> Sul punto, vedi anche la sentenza n. 4486 del TAR Lazio, sez. I, del 13 aprile 2022.

formale”, quale è l’atto, l’operazione, in questo caso l’acquisto della partecipazione, “proprio in quanto preordinati, in via prudenziale, a consentire alle Amministrazioni di esprimersi al riguardo”.

Infine, il TAR Lazio rigetta la richiesta di rinvio pregiudiziale, in quanto non ritiene sussistenti i profili di incompatibilità con i parametri europei lamentati da Vivendi. Si ricorda infatti come la normativa sui poteri speciali in vigore al momento della decisione altro non fosse che un adeguamento della disciplina interna agli indirizzi europei: l’istituto cardine della previgente disciplina, la cd. Golden Share, era stata oggetto di molteplici procedure di infrazione da parte della Commissione europea, a seguito delle quali l’Italia ha introdotto la normativa attuale. Si rileva come i criteri di compatibilità<sup>482</sup> dettati dalla Commissione con apposita Comunicazione siano tutti rispettati e come la normativa risulti “sufficientemente specifica e determinata”.

#### **4.6.1 Il settore di attività e l’investitore europeo: tra discrezionalità e certezza.**

Fondamentale punto di scontro tra la francese Vivendi e la Presidenza del Consiglio è la qualificabilità dell’operazione come rilevante ai sensi dell’articolo 1 del decreto n. 21 del 2012. Anche in questo caso giurisprudenziale, dunque, si presenta come dirimente il problema dell’esatta riconduzione delle operazioni a determinati settori e determinati interessi in essi tutelati: in questo caso, alla tutela della sicurezza nazionale ovvero agli asset ritenuti strategici nei settori dell’energia, dei trasporti e, appunto, delle telecomunicazioni.

La differenza risultava ai tempi non poca<sup>483</sup> e comportava importanti conseguenze anche sul piano degli obblighi soggettivi, così scagionando o condannando definitivamente la società francese. Si ricordi infatti che prima dell’intervento legislativo del 2020 le operazioni afferenti agli asset considerati dall’articolo 2 del decreto dovevano essere oggetto di comunicazione – a determinate condizioni – solo da parte di operatori esteri, non appartenenti all’Unione europea. Diverse invece le previsioni di cui all’articolo 1 che, in ragione degli interessi sommi tutelati, obbligava *chiunque* ad inviare formale notifica. Da qui, in assenza della riconduzione operata

---

<sup>482</sup> “l’esercizio di tali poteri deve comunque essere attuato senza discriminazioni ed è ammesso se si fonda su criteri obiettivi, stabili e resi pubblici e se è giustificato da motivi imperiosi di interesse generale.”

<sup>483</sup> Ad oggi, le disposizioni dei due articoli sono state pressoché equiparate nella sostanza.

dal Gruppo di coordinamento delle attività svolte da TIM nel perimetro dell'articolo 1, Vivendi, in quanto società europea, sarebbe risultata esente da obblighi di comunicazione.

Invero, suscita parecchio scalpore in dottrina che una vicenda di così ampia portata coinvolga due soggetti europei, costituendo quasi “un paradosso”, in quanto trattavasi di “investimento di un operatore francese, e dunque europeo, nell'ambito di quello che dovrebbe essere il libero mercato interno delle comunicazioni elettroniche”<sup>484</sup>.

Diversamente da quanto accade per i settori di cui all'articolo 2, a tutela degli interessi salvaguardati dall'articoli 1, esplicite deroghe sono contenute nei Trattati e nel testo normativo fondamentale in tema di controllo europeo degli investimenti esteri, il Regolamento UE 452/2019.

I trattati europei limitano la sovranità delle nazioni che compongono l'Unione europea senza mai comprometterla del tutto. L'articolo 4 par. 2 del TUE precisa il rispetto dell'Unione nei confronti delle funzioni essenziali degli Stati membri, esplicitamente includendo tra queste il mantenimento dell'ordine pubblico e la tutela della sicurezza nazionale, quest'ultima oggetto di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro<sup>485</sup>. Tale disposizione, insieme all'articolo 346 del TFUE costituisce una *Public Security Exemption* a favore della competenza degli Stati. A queste si aggiungono le disposizioni degli articoli 52, par. 1 e 65, lett. b) TFUE sulla tutela dell'ordine pubblico. In una sua comunicazione, la Commissione ricorda come “il trattato consente agli Stati membri di mantenere [o istituire, come dopo aggiunto] le misure necessarie per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza o le misure fondate sui motivi imperativi di interesse generale riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea”, aggiungendo che la stessa Corte “ha chiarito che la nozione di pubblica sicurezza di cui all'articolo 65, paragrafo 1, lettera b), TFUE ricomprende sia la sicurezza interna sia la

---

<sup>484</sup> G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del Golden Power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5 | 2019, p.549 ss.

<sup>485</sup> Si riporta il testo del par. 2 dell'art. 4 TUE: L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro.



sicurezza esterna dello Stato<sup>486</sup>. Restrizioni ai movimenti di capitali possono inoltre essere adottate per affrontare le minacce alla stabilità finanziaria<sup>487</sup>”.

Il Regolamento 2019/452, dal canto suo, riconosce la competenza esclusiva dello Stato membro di adottare la decisione finale sull’esercizio dei poteri (considerando 17 e art. 6 co. 9), consentendo che in casi eccezionali di pericolo per la sicurezza o l’ordine pubblico si possa intervenire immediatamente, prescindendo dagli ordinari termini del meccanismo di cooperazione (art. 6 co. 8).

Il grande problema che qui è sorto riguarda dunque i criteri che determinano la riconduzione di un’attività in un settore piuttosto che in uno diverso, tornando al problema atavico dei privati in questo procedimento: la discrezionalità dell’amministrazione.

Il gruppo di coordinamento, come si è detto, riunisce le competenze delle diverse amministrazioni coinvolte in relazione all’operazione notificata e alla materia in cui essa ricade, tentando di dare una valutazione ampia, complessiva e tecnica di fatti e interessi. Alcuni autori fanno notare come nel caso in esame, ricostruendo le opinioni espresse in detta sede<sup>488</sup>, alcuni aspetti importanti ai fini della qualificazione – come un’analisi più giuridica dei termini, comprensiva di un ampio studio giurisprudenziale – siano completamente mancati, a causa del poco tempo a disposizione e di una carente *expertise*, elementi invece utili per una valutazione completa e accurata<sup>489</sup>.

La limitatezza della discrezionalità tecnica lascia così più ampio spazio a quella amministrativa, ma soprattutto a incursioni politiche<sup>490</sup>. Nel caso in esame, ad esempio, Vivendi aveva assunto, sulla base delle dichiarazioni di TIM, una posizione di direzione e coordinamento, e non di *controllo*: in realtà è solo quest’ultima fattispecie ad essere presa in considerazione nella normativa, a nulla rilevando posizioni dissimili come quella del caso concreto. Alle valutazioni

---

<sup>486</sup> Causa T-315/01, Kadi/Consiglio e Commissione, ECLI:EU:T:2005:332, punto 110.

<sup>487</sup> Cfr. la dichiarazione della Commissione, del 29 giugno 2015, in merito ai controlli sui capitali imposti dalle autorità greche, disponibile al seguente indirizzo: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/STATEMENT\\_15\\_5271](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/STATEMENT_15_5271)

<sup>488</sup> Per un’ampia ricostruzione, si veda L. SALTARI, *Il tentativo francese di controllo in TIM. Rule of Law nel golden power*, in G. DELLA CANANEA - L. FIORENTINO (a cura di), I “poteri speciali” del Governo nei settori strategici, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pag. 291-320.

<sup>489</sup> Si v. T. DI PROSPERO, *Golden power tra compatibilità sovranazionale e parallelismi d’intervento pubblico*, *Giornale di diritto amministrativo*, 3| 2023, p. 395, nonché L. SALTARI, *Il tentativo francese di controllo in TIM. Rule of Law nel golden power*, cit.

<sup>490</sup> Per SALTARI, l’individuazione dell’esatta collocazione dell’attività è “un’operazione che si situa a metà tra tecnica e politica”. Cfr. L. SALTARI, *Il tentativo francese di controllo in TIM. Rule of Law nel golden power*, cit.

normative, dunque, si aggiungono apprezzamenti di opportunità strategica ineliminabili, ancorate a concetti indeterminati e dai confini necessariamente mutevoli.

Di nuovo, accade che esigenze di certezza dei privati si scontrino con esigenze di manovra dell'amministrazione.

Altro punto a discapito della prevedibilità degli iter procedurali e del loro esito è la già<sup>491</sup> lamentata assenza di precise disposizioni in tema di coordinamento tra discipline legate ma distinte. Se ne è parlato in tema di Divieto di aiuti di Stato e del nuovo regolamento sul controllo delle sovvenzioni estere; riemerge qui il tema in materia di concentrazioni, questione oggetto della sentenza in commento in relazione alle considerazioni svolte dall'autorità di settore e al peso che esse abbiano esercitato o potenzialmente *possano esercitare* sulle delibere di esercizio dei poteri speciali.

A riguardo, solo il Regolamento 2019/452 prevede, al considerando n. 36, l'ipotesi in cui una medesima fattispecie rientri nell'ambito di applicazione delle due diverse discipline, in questo caso prevedendo un'applicazione coerente del regolamento *de quo* con il Regolamento (CE) n. 139/2004<sup>492</sup>, anche detto Regolamento *Merger*: si rappresenta dunque la necessità di interpretare le disposizioni dei due testi in maniera uniforme tutte le volte in cui gli ambiti di applicazione dovessero sovrapporsi. Ancora, l'articolo 8, par. 1 obbliga gli Stati ad indicare se l'operazione oggetto di un controllo possa rientrare nell'ambito di applicazione del regolamento (CE) n. 139/2004.

Sul punto, invece, la normativa nazionale tace, non prevedendo alcun tipo di raccordo né a livello primario né secondario.

L'ex Segretario Generale della Presidenza del Consiglio, già Segretario Generale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ritiene che il rapporto tra le due discipline – del controllo degli investimenti esteri e delle concentrazioni – non possa essere individuato in termini di prevalenza, in quanto “si tratta piuttosto di due binari paralleli che si possono intrecciare, ma non necessariamente”<sup>493</sup>. Sulla stessa scia si pone il TAR del Lazio nella sentenza ora analizzata, insistendo nel definire l'autonomia dei due procedimenti.

---

<sup>491</sup> Cap. III, par. 2.3 e par. 2.4

<sup>492</sup> REGOLAMENTO (CE) N. 139/2004 DEL CONSIGLIO del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»).

<sup>493</sup> R. CHIEPPA, *Conclusioni*, cit.

Particolari problemi di coordinamento non si pongono in relazione alle ipotesi in cui entrambi gli iter procedimentali si concludano con esito dello stesso segno (positivo o negativo) o dove anche uno solo di questi abbia esito sfavorevole per l'operazione, così compromettendola e condizionando la conclusione dell'altro, essendo una qualunque decisione ormai *inutile*.

Difficoltà possono sorgere, invece, ove le prescrizioni eventualmente dettate nell'ambito dei due procedimenti collidano tra loro. È qui che emerge con evidenza l'esigenza di "certezza, coordinamento e coerenza nel sistema dei controlli, rispettivamente, nazionali e comunitari al fine di non ingenerare incertezze sul perimetro dell'azione istituzionale nonché dal punto di vista delle imprese e dei mercati"<sup>494</sup>.

Ancora una volta, la disperata richiesta di certezza da parte dei privati, degli operatori economici, delle società, trova un ostacolo alla sua realizzazione. L'accertata influenza di un procedimento sull'altro, nonostante la formale autonomia e indipendenza degli stessi, rende la necessità di un coordinamento normativo tra le discipline necessaria ed urgente.

Attraverso gli interventi ora e più sopra auspicati sarebbe possibile eliminare un granello di aleatorietà al procedimento Golden Power, pur mantenendo la discrezionalità necessaria al fine di un corretto vaglio e soddisfacimento di interessi primari. La tanto dibattuta discrezionalità, invero, non può in alcun modo essere eliminata, in quanto necessaria e connaturata alle decisioni che devono esser prese, ma può essere oggetto di un accurato *labor limae* che consenta di mantenere invariato il potere in capo all'amministrazione, garantendo però ai privati un effettivo e reale affidamento nei riguardi del comportamento dell'interlocutore istituzionale, così dando piena luce ed applicazione al relativo principio, in ossequio soprattutto al principio della certezza del diritto.

---

<sup>494</sup> Così R. ANGELINI, *Stato dell'arte e profili evolutivi dei poteri speciali: al crocevia del golden power*, in *Rivista di Diritto Societario*, 3 | 2018, pag. 681 ss.

## Conclusioni

Il tema del Golden Power pone il problema della dialettica tra *autorità e libertà*; la disciplina normativa e i numerosi interventi a corredo tentano di definirne le modalità di dialogo, cercando ininterrottamente un equilibrio tra interessi antitetici. Si impone dunque la necessità di un incessante bilanciamento tra interessi pubblici e privati, con l'esigenza di individuare il giusto dosaggio tra gli ingredienti opposti della discrezionalità e della certezza; della fluidità e della tipizzazione, della prevedibilità. Ancora, della necessità d'intervento e della richiesta di non ingerenza.

È ragionevole che, in considerazione degli interessi sommi protetti da uno strumento come il Golden Power, sia l'interesse pubblico a prevalere, salvaguardando l'esigenza di sicurezza che giustifica l'esistenza di uno strumento così pregnante. Prevalere, però, non significa annientare. La riconosciuta prevalenza arriva al termine di un processo di contemperamento, che richiede di conoscere, valutare, soppesare qualsiasi interesse si ponga sul braccio opposto della bilancia. Quest'operazione non si arresta con la scelta dell'interesse da prediligere, ma porta con sé l'attenzione nel rendere più leggero il peso della decisione.

Si è visto come l'esistenza di un potere come il Golden Power comporti una serie di oneri che ricadono sulle imprese, come l'obbligo di notificare le operazioni prima che vengano realizzate (dunque l'*intenzione* di realizzarle) o prima che esse possano produrre i propri effetti, il meccanismo di *stand-still* che segue la comunicazione, l'eventuale sanzione e l'obbligo di ripristino in caso di violazione delle regole di notifica; ancora più in generale, il dover sottostare alle deliberazioni del Consiglio dei Ministri e l'impossibilità di prevedere l'esito dei procedimenti che davanti ad esso si svolgono. È per questo che la dottrina parla di una «pellicola pubblicistica»<sup>495</sup> che avvolge l'attività d'impresa: trasparente, ma condizionante.

I benefici che si possono apprezzare, però, interessano sia il profilo pubblico che quello privato: in relazione al primo, il vantaggio riguarda il fine perseguito dal Golden Power, cioè la protezione dell'interesse nazionale. A nulla infatti servirebbe comprimere la libertà d'iniziativa economica a salvaguardia dell'interesse pubblico se poi non si potesse avere riscontro di un'utilità. In relazione al secondo, il “guadagno” dei privati consiste nella difesa assicurata dallo strumento al tessuto imprenditoriale italiano, e dunque la protezione delle imprese strategiche vulnerabili e di quelle rese tali da momenti di crisi o di emergenza, ma anche il

---

<sup>495</sup> A. SANDULLI, La febbre del Golden Power, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3 | 2022.

blocco di investimenti dubbi che potrebbero far saltare i più genuini equilibri di mercato. Quest'ultima funzione può essere accostata ad un beneficio *metapubblicistico*, che dunque non riguarda solo l'interesse pubblico, ma anche quello dei privati coinvolti: questo coincide con la salvaguardia del mercato e del suo corretto funzionamento, evitando l'ingerenza degli Stati al suo interno, nell'interesse a mantenere un piano in cui si giochi a parità di condizioni (*level playing field*). Dando luogo quasi ad una contraddizione, il Golden Power è strumento di deroga alle normali regole di concorrenza, ma che contemporaneamente ne favorisce un modello ben preciso, quello della concorrenza vera e alla pari, non falsata da capitali di Stati esteri. In questo senso, il Golden Power rappresenta la pelle dell'economia italiana, la barriera protettiva che consente di trattenere e attrarre gli investimenti buoni («genuini e ben intenzionati»<sup>496</sup>) e di sbarrare l'ingresso a quelli “mascherati” e/o potenzialmente pericolosi.

È in questo punto che si ravvisa la familiarità dei poteri speciali con altri strumenti che rappresentano a loro volta un punto d'incontro tra diritto ed economia: il divieto di aiuti di Stato ed il recente controllo sulle sovvenzioni estere. Nonostante le profonde differenze già illustrate, prima fra tutte la diversità concettuale tra uno strumento (il Golden Power) ed un principio (il divieto di aiuti di Stato, da cui però discende un sistema di controlli), i due meccanismi sono stati oggetto di un uso congiunto nei periodi emergenziali, uso che ne ha sottolineato il carattere *contiguo*, in quanto i poteri speciali potevano essere considerati il prolungamento della verifica sulla presenza statale nel controllo delle imprese, ossia l'estensione verso l'estero del controllo sugli aiuti di Stato, invece limitato ai confini europei. Il Regolamento (UE) 2022/2560<sup>497</sup> ha esteso il controllo in tema di aiuti di Stato, consentendo un'indagine sulla presenza di sovvenzioni distorsive della concorrenza anche nei confronti di Stati ed imprese estere, così introducendo un accertamento che per fini diversi già veniva effettuato alla luce della disciplina – anche comunitaria – sul controllo degli investimenti esteri diretti. In quest'ultimo contesto, il controllo sulle partecipazioni non è volto a verificare la presenza di aiuti di Stato, ma dovuto al fatto che dietro l'operazione, che potrebbe comportare acquisizione di *know how* o avere ripercussioni su determinati asset, vi sia non un disegno imprenditoriale ma un disegno statale. I due meccanismi, seppur per fini diversi, possono quindi imporre il medesimo controllo sulla medesima operazione, indagando gli stessi elementi di fatto ma senza che sia previsto alcun

---

<sup>496</sup> B. ARGOLAS in *Il golden power tra Stato e mercato* in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 6 | 2022.

<sup>497</sup> Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno

collegamento tra gli esiti dei due distinti procedimenti. In questo modo, una operazione potrebbe essere oggetto due volte del medesimo esame. Con il Regolamento sul controllo delle sovvenzioni estere si rende necessario un coordinamento tra i controlli previsti dal Regolamento (UE) 2019/452<sup>498</sup> e dalla nuova disciplina, che ben potrebbe servirsene. Risulta indispensabile soprattutto un coordinamento dei risultati, in modo da evitare doppie indagini e conclusioni contrastanti.

Per giungere a tale obiettivo, in questo elaborato si è proceduto alla formulazione di tre ipotesi applicative della nuova disciplina in riferimento a detto controllo, tra le quali l'idea di un dialogo infraprocedimentale sembra essere la più efficiente dal punto di vista dei tempi e dei risultati.

La tesi prospettata ipotizza la coesistenza di due procedure diverse che si intersecano in particolari condizioni: il procedimento Golden Power si svolgerebbe in autonomia, arrestandosi momentaneamente nelle ipotesi in cui durante le ordinarie indagini si dovesse ravvisare la sussistenza di sovvenzioni estere (ed il rispetto degli ulteriori parametri visti). In questo caso, sorgerebbe un obbligo di comunicazione nei confronti dell'autorità competente – la Commissione, o chi da essa delegato – volto alla verifica dei parametri dettati dal Regolamento: se in seguito a questa verifica si dovesse riscontrare l'opportunità di procedere con l'apertura d'ufficio di un procedimento relativo ad operazioni non notificate, il procedimento a quo dovrebbe arrestarsi. Questo scenario implica, dunque, una nuova ed ulteriore ipotesi sospensiva dei termini previsti dalle varie normative nazionali; una parentesi infraprocedimentale che può dar luogo ad un procedimento vero e proprio, autonomo e condizionante. Infatti, in caso di esito negativo il procedimento sulle sovvenzioni condizionerebbe la fattibilità dell'operazione che, pur libera dal punto di vista degli asset strategici coinvolti, troverebbe comunque un limite nel mancato rispetto di un altro e diverso vincolo comunitario.

La previsione di un'ulteriore ipotesi sospensiva potrebbe sembrare in contrasto con la parola d'ordine a cui le più recenti modifiche della disciplina rispondono: semplificazione.

Al contrario di quanto si possa pensare, tale parentesi porterebbe invece ad un allungamento dei tempi del procedimento solo nelle ipotesi in cui l'impresa coinvolta abbia mancato di inviare apposita comunicazione ai fini di detto controllo. Al contrario, nella piena efficienza,

---

<sup>498</sup> Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione

collaborazione e solerzia dell'impresa, il fatto che un tale controllo sia demandato ad altre autorità semplificherebbe l'iter istruttorio, dovendo l'amministrazione solo prendere atto di risultanze istruttorie già svolte, valutandole in questo contesto per fini diversi. Ancora, nell'interesse dell'impresa alla più rapida conclusione del procedimento, in presenza di un'ulteriore ipotesi sospensiva questa sarebbe spinta dai propri interessi ad adempiere agli obblighi di comunicazione previsti da entrambi i regolamenti, onde evitare una dilatazione temporale. Il coordinamento, dunque, potrebbe appesantire solo eccezionalmente il procedimento, in ipotesi di non collaborazione o di mere sviste e disattenzioni delle imprese, negli altri casi facendosi invece portatore di una più generale semplificazione dell'istruttoria e dunque del processo stesso.

Al pari di quanto qui denunciato, non si rinviene nella normativa Golden Power alcun punto di raccordo con il procedimento volto ad indagare la presenza di concentrazioni ai sensi del Regolamento (CE) n. 139/2004<sup>499</sup>, che vada al di fuori della necessità di una interpretazione coordinata di determinati concetti, auspicata dal Regolamento UE 2019/452. Un intervento normativo in tal senso è dunque fortemente auspicabile, in quanto consentirebbe ad un'unica valutazione di assumere molteplici usi, evitando contraddizioni e contrasti.

Oltre all'assenza di coordinamento con altre discipline che intrecciano la rotta del Golden Power, ulteriori profili problematici si possono individuare nella formulazione normativa e nell'assenza di adeguate risposte alle richieste imprenditoriali in tema di garanzie e certezze.

In primis, lo strumento presenta un quadro normativo assai farraginoso e complesso, essendo la normativa attualmente in vigore frutto di innumerevoli innesti che non sempre si sono armonizzati a dovere con la base di partenza. Questo comporta una difficoltà sintattica nella lettura del decreto e, di conseguenza, ne ostacola una rapida e perfetta comprensione. Inoltre, la presenza di un costante rinvio a normativa secondaria rende ancor più complesso il corretto adempimento degli oneri di comunicazione, anche in ragione della formulazione degli stessi d.P.C.M., così provocando un aumento del numero di notifiche cautelative e opprimendo la libertà d'iniziativa economica sul lato formale e procedimentale. Si può poi notare come oggi, a differenza del contesto temporale e normativo in cui il sistema predisposto dalla normativa Golden Share è stato cassato, la legittimazione ad una più forte compressione della libertà dei

---

<sup>499</sup> REGOLAMENTO (CE) N. 139/2004 DEL CONSIGLIO del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»).

mercati e di chi vi opera arrivi direttamente dal cuore dell'Europa. Il Regolamento (UE) 2019/452 rappresenta l'appiglio per eccellenza della legittimità di tali restrizioni e della compatibilità con i principi comunitari, tuttavia rappresentando un'ulteriore estensione documentale del quadro normativo, dunque ormai costruito su tre livelli.

Da altro punto di vista, la complessità delle procedure aumenta anche in relazione alla continua ed inarrestabile espansione del novero degli asset tutelati e delle operazioni coinvolte, registrandosi in tal senso un progressivo ampliamento dei contenuti della disciplina, anche a causa degli interventi europei. Ne è esempio l'introduzione dell'obbligo di notifica per le c.d. operazioni greenfield, in cui l'incisività di questa previsione si intravede nel fatto che limiti all'attività d'impresa sono posti sul nascere e non più solo in corso d'opera: è l'operazione stessa a far sorgere l'asset.

Proprio per tali ragioni, nell'ultimo anno sono stati introdotti degli strumenti di semplificazione al fine di limitare l'incidenza degli oneri amministrativi legati al procedimento Golden Power sulle imprese, e di rendere più snelli e chiari i suoi passaggi. Nell'elaborato ad essi si è dedicato un intero paragrafo; qui si ricordano gli esempi della *prenotifica*, della *notifica congiunta* e la presentazione del *piano annuale* per i settori disciplinati dall'art.1-*bis*.

In particolare, in tema di *prenotifica* si ricorda come questa rappresenti, insieme, sintomo e cura di una malattia di cui i privati accusano il Golden Power di essere affetto: l'incertezza. A quest'ultima condizione si devono le numerose notifiche cautelative pervenute negli uffici dell'amministrazione e i conseguenti interventi volti ad evitarle. L'ultimo intervento in tal senso ha sì fornito uno strumento di semplificazione che consente una più rapida definizione del problema dell'applicabilità della disciplina e del settore, ma che allunga inevitabilmente i tempi di inattività forzata delle imprese, sia nei casi in cui venga effettivamente riconosciuto un obbligo di notifica (qui producendo un allungamento che, in presenza di una normativa chiara, non sarebbe servito), sia in caso di dichiarata estraneità della fattispecie alla normativa, non risultando comunque conveniente realizzare l'operazione prima di un responso a causa dell'obbligo di *riduzione in pristino* che può poi eventualmente sorgere. Scenario peggiore è quello del silenzio (di cui però non si sono mai registrati casi) che obbliga a formale notifica, così attestando l'inutilità per il privato di aver fatto ricorso a tale mezzo: questi ci rimette, infatti, non solo in termini di tempo di cui è stato (*a questo punto*) immotivatamente privato, ma anche per il fatto che l'obiettivo perseguito – una risposta certa – non è stato raggiunto e non per accertata complessità della vicenda, ma per inerzia.



Gli interventi di semplificazione risultano utili per un verso, ma insufficienti a rispondere alle esigenze manifestate dalle imprese, evidenti anche nella giurisprudenza analizzata (casi Syngenta e TIM-Vivendi): certezza, prevedibilità ed argini più forti al potere.

L'altro grande deficit che si registra è, infatti, l'insufficienza di garanzie procedurali adeguate a fronteggiare il potere, stante la non piena applicabilità della legge generale sul procedimento amministrativo, la quale riveste una funzione di garanzia per i privati destinatari dell'esercizio del potere. Come si è detto, è importante in questo ambito che tutti gli interessi, pubblici e privati, vengano adeguatamente considerati e tutelati, riconoscendo al privato sottoposto a controllo garanzie e certezze.

Al fine di verificare in astratto ed in concreto l'applicabilità della legge n. 241 del 1990, si è prima proceduto ad un'analisi dettagliata del potere coinvolto. Il Golden Power è stato in questa analisi ricondotto ad una forma peculiare, *speciale*, di un potere generale: il potere amministrativo.

Nella forma concretamente assunta, però, il potere si presenta solo in una declinazione negativa (con l'eccezione delle previsioni di cui all'art.1-*bis*), potendo incidere solo in maniera sfavorevole sulla situazione del privato: questi, pertanto, presenta un interesse legittimo oppositivo, soddisfatto solo in assenza del potere, e che quindi concretamente mira al suo non esercizio. Tale qualificazione fa escludere la configurabilità di un vero e proprio regime autorizzatorio, mancando il vantaggio che l'amministrazione può concedere, ma anche la possibilità di ricondurre il controllo Golden Power al meccanismo della SCIA e delle comunicazioni di inizio attività, essendo l'esercizio dei poteri altamente discrezionale. Il potere si colloca dunque in un terzo e ulteriore regime, che vede l'attività libera in principio ma sottoposta a controlli che possono eventualmente condizionarne l'esercizio, e dove la mancanza della comunicazione comporta sanzioni ma non si riversa sull'esito del procedimento.

In quanto potere amministrativo, il procedimento di esercizio del Golden Power è astrattamente ricondotto ai limiti della legge n. 241 del 1990. In concreto, non tutte le disposizioni risultano compatibili con la forma e la funzione dei poteri speciali: se ne è dunque fatta una classificazione in termini di istituti applicabili, non applicabili e zone grigie. In relazione a queste ultime, si auspica una più ampia attenzione verso gli istituti compatibili ma non applicati ed un più esteso utilizzo degli istituti che invece assumono una forma applicativa peculiare, quasi ridotta rispetto al loro reale potenziale di garanzia.

In queste zone si situano l'accesso, fortemente limitato dalle classificazioni apposte sulle informazioni, la partecipazione del terzo, limitata alle richieste dell'amministrazione, ma soprattutto la motivazione. Forti limiti a questo baluardo di garanzia sono imposti dalla qualificazione che anche la giurisprudenza amministrativa fa dell'atto di esercizio dei poteri speciali in termini di atto di alta amministrazione. Il significato di tale qualifica è stato a fondo indagato, soprattutto riguardo alle proporzioni dei suoi ingredienti di politica e discrezionalità.

Nonostante la discrezionalità sia vista dal mondo imprenditoriale come l'elemento che determina l'imprevedibilità delle scelte e la situazione di incertezza in cui i privati giacciono prima del responso governativo, tale elemento non può essere eliminato. Un suo esercizio è infatti necessario ai fini della valutazione dell'interesse nazionale, concetto mutevole e cangiante al pari degli elementi che prende in considerazione; parimenti, discrezionale è la valutazione in tema di strategicità di un asset e di collocazione in un preciso settore.

Al contempo, al fine di un più equilibrato bilanciamento tra interessi per definizione contrapposti e dove a prevalere sono spesso gli interessi pubblici che limitano l'autonomia privata, è opportuno un intervento normativo volto a rafforzare le garanzie procedurali nei confronti dei privati.

Una possibilità qui elaborata e argomentata è quella di non eliminare la discrezionalità, ma *limarla*: con ciò non si intende impedirne un pieno esercizio in relazione al *tipo* di scelta, ma obbligare, talvolta, a rendere note le ragioni della scelta. Tale intento può essere realizzato per mezzo di una valorizzazione della discrezionalità tecnica del gruppo di coordinamento, a cui con l'intervento del 2022<sup>500</sup> è stata riconosciuta la possibilità di deliberare il non esercizio dei poteri speciali nelle ipotesi di unanimità della decisione. In generale, si è potuto osservare come il Gruppo di coordinamento rappresenti l'arena degli interessi in gioco, essendo tale luogo deputato a conoscere l'interesse pubblico, con la presenza di rappresentanti di amministrazioni titolari di interessi potenzialmente coinvolti e di vertici politici – espressione di discrezionalità tecnica e amministrativa – e dell'interesse privato, pervenendo qui le osservazioni e informazioni fornite dalle imprese coinvolte nelle operazioni oggetto di vaglio. È in questo contesto che si realizza il più ampio contemperamento di interessi. Proprio in ragione di ciò, si

---

<sup>500</sup> d.P.C.M n. 133 del 2022, art. 6

auspica che alla opinione del Gruppo sia riconosciuto un peso maggiore al momento del vaglio dell'operazione in Consiglio dei Ministri.

Al fine di riconoscere pieno valore a tale prima ponderazione, e di soddisfare le esigenze di maggior certezza dei privati, sarebbe opportuno attribuire anche in questa sede particolare rilevanza all'unanimità. Ciò vuol dire che ove l'intero gruppo sia concorde su una misura, e il successivo vaglio del Consiglio dei Ministri porti ad un risultato diverso, tale discostamento meriterebbe una motivazione. Quindi, l'eventuale decisione di segno contrario del Consiglio dei Ministri dovrebbe rendere conto dei motivi.

Una previsione in tal senso non eliminerebbe la astratta possibilità per l'organo politico di ritenere non adeguata la soluzione e di pervenire ad una diversa, ma lo obbligherebbe a motivare il discostamento, consentendo ai privati di comprendere non solo le motivazioni che giustificano la misura adottata, ma anche le ragioni che rendevano inadeguata quella scartata. Con pochi sacrifici per la discrezionalità, la misura assicurerebbe trasparenza, controllo, certezza.

È proprio questa la richiesta che arriva dal mondo imprenditoriale: predicibilità e certezza. In quest'ottica le imprese propongono una tipizzazione delle prescrizioni imponibili, stante il loro ripetersi registrato nella prassi.

Un punto nuovo potrebbe invece essere rappresentato da forme di dialogo da instaurare tra l'amministrazione e le parti del procedimento al fine di far valere gli interessi statali quasi in accordo con chi dovrà subire gli effetti di tali scelte, riducendo l'astio che inevitabilmente tra i due attori si crea. La possibilità di un'interlocuzione che anticipi l'esercizio dei poteri è una realtà mai presa in considerazione nel nostro ordinamento ed invece in uso oltreoceano, nell'esperienza statunitense del CFIUS (Committee on Foreign Investment in the United States): qui l'esercizio dei poteri è preceduto da una negoziazione del contenuto delle prescrizioni, da c.d. misure di mitigazione ("*mitigation measures*"), così facendo prevalere l'interesse pubblico, ma solo dopo una reale e attenta conoscenza di quello privato, che proprio come in una trattativa tenta di guadagnare terreno ed attenuare gli effetti negativi. È a questo che mirano le richieste dei privati, all'obiettivo di poter almeno astrattamente prevedere le misure che saranno imposte prima che queste pervengano su carta bollata, divenendo così irrimediabili se non attraverso il ricorso al giudice, che però, come si è visto, non dispone degli strumenti per poter limitare e contestare la discrezionalità delle scelte governative, a meno che queste non si presentino in una manifesta forma di contrasto con i relativi presupposti istruttori, scadendo nell'illogicità.

Al fine di preservare l'efficienza dello strumento e garantire che le misure imposte siano correttamente rispettate, è necessario agire in termini di coordinamento.

Coordinamento con altri meccanismi di controllo e relativi procedimenti, al fine di evitare un doppio giudizio sulla medesima questione e sugli stessi elementi di questa, rischiando di pervenire a risultati contrastanti.

E coordinamento con gli interessi in antitesi, prevedendo un'estesa conoscenza degli stessi e tenendoli nella più ampia considerazione al fine di far prevalere l'interesse nazionale arrecando il minor pregiudizio possibile alle libertà riconosciute ai privati.

## BIBLIOGRAFIA

1. N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli editore, Torino, 1976.
2. R. BIN, *La sovranità nazionale e la sua erosione*, in *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Jovene editore, Napoli, 2013.
3. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, VII edizione, Giappichelli editore, Torino, 2021.
4. Glossario Intelligence, Dipartimento delle informazioni per la sicurezza, PDC, 2019
5. R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Istituzioni di diritto pubblico*, XXVI edizione, Giappichelli editore, Torino.
6. A. RUGGERI, *Quale sovranità?*, in rivista Il mulino, 4 marzo 2021.
7. G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in Quaderni costituzionali, 1992.
8. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983.
9. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica (libertà di)*, in Enciclopedia del Diritto, vol. XVIII, Roma, 1992
10. F. PERGOLESI, *Rigidità ed elasticità della Costituzione italiana*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1959
11. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV edizione, il Mulino editore, 2019.
12. S. VELLUCCI, *The new regulation on the screening of FDI: the quest for a balance to protect EU's essential interest*, Diritto del Commercio Internazionale., 2019, 1, 142 ss.
13. F. BASSAN, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, in Studi sull'integrazione europea, 2014, n. 9, pp. 57-80
14. A. SACCO GINEVRI, *I goldenpowers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in Giurisprudenza commerciale, pag. 282
15. A. GEMMI, *Il principio di legalità tra authorities e goldenpower: quale spazio per i poteri impliciti*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2021
16. M. CLARICH-G.MARRA, *Golden power: il Giudice conferma il potere dello Stato*, in Dialoghi di diritto dell'economia, dirittobancario.it, aprile 2022.

17. E. M. TEPEDINO, *Golden powers: i poteri speciali del Governo al vaglio del giudice amministrativo, Nota a T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 aprile 2022, nn. 4486 e 4488*, in *Amministrazione in Cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 21 giugno 2022.
18. M. RESCIGNO, *Il nuovo regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti diretti tra integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell'Europa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2020, p. 847.
19. D. GALLO, *La questione della compatibilità dei goldenpowers in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche*, *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 1 | 2021
20. L. ARDIZZONE-M. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità: il paradosso del socio senza azioni*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, [orizzontideldirittocommerciale.it](http://orizzontideldirittocommerciale.it).
21. F. SANTONASTASO, *Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1 | 2006, p. 383 ss.
22. A. TRISCORNIA, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Rivista delle società.*, 2019, p. 733.
23. F. MERUSI, *La Corte di Giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, p. 1236
24. F. SANTONASTASO, *La "saga" della golden share tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, p. 302.
25. T. BALLARINO-L. BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Rivista delle società*, 2004, p. 2
26. E. RIMINI, *Gli investimenti esteri diretti in Italia e dall'Italia verso Paesi terzi: è ravvisabile un percorso che possa davvero agevolare un "commercio libero ed equo"?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2021, p. 1142.
27. G. SCARCHILLO, *Golden powers e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei: un primo commento al Regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2020, p. 569;
28. R. DIPACE, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Diritto Amministrativo*, 2020 p. 903;
29. L. BALDACCI, *La "difesa dell'italianità"*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2020, p. 920;

30. A. GUACCERO, *Compliance e tutela degli investimenti esteri diretti. Spunti di comparazione tra Stati Uniti ed Europea*, in *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo degli investimenti esteri diretti*, a cura di G. Napolitano, Bologna, 2019, 147.
31. F. MARCONI, *L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato: il nuovo goldenpower tra competizione geopolitica e valutazioni economico-strategiche*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2021;
32. A. SANDULLI, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al goldenpower*, in *Diritto Pubblico*, 2020, p. 405;
33. C. FAVARETTO, *Italiano è meglio? Per un golden power equilibrato*, in *Enciclopedia italiana Treccani online*, giugno 2020.
34. F. De BORTOLI, *Golden power «gonfiato». ci difende o ci danneggia?*, *L'Economia*, *Il Corriere della Sera*, 10 novembre 2020.
35. L. SCIPIONE, *La «golden share» nella giurisprudenza comunitaria: criticità e contraddizioni di una roccaforte inespugnabile*, in *Le Società*, 7 | 20120, pp. 855 – 870.
36. L. SCIPIONE, *L'arma della “golden share” tra giurisprudenza comunitaria ed evoluzione normativa interna*, in *Innovazione e Diritto*, 1/2-2010, pp. 81-118
37. A. COMINO, *Golden Powers per dimenticare la Golden Share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5 | 2014, p. 1019-1053.
38. C. SAN MAURO, *La Disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in *Concorrenza e mercato*, 2010. pp. 409-433
39. G. DE ROSA, *La Corte di giustizia condanna i criteri di esercizio della golden share*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009 p.1649-1666.
40. F.E. SANTONASTASO, *Impresa, società e poteri pubblici. Una perenne “voglia” di Stato?*, Sapienza Università editrice, Roma, 2018.
41. D. IELO, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti “Golden Powers”*, *Rivista Interdisciplinare Sul Diritto Delle Amministrazioni Pubbliche*, 4 | 2021, pp. 59- 97.
42. F. GIORDANO, *Sviluppo e diffusione delle criptovalute e loro dimensione sovranazionale*, in [Diritto.it](http://Diritto.it)
43. E. BERTO, *Golden Share: il fenomeno della Golden Share e quello del Golden Power: analisi introduttiva*, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com)

44. M. LONARDI, *Golden powers e sicurezza alimentare: il caso Syngenta*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, Giappichelli editore, Torino, 2 | 2022
45. E. BERTO, *Dalla Golden share ai Golden powers: il nuovo bilanciamento tra interessi statali nei settori strategici ed il controllo degli investimenti stranieri a fronte del Decreto Liquidità 23/2020 e dei DPCM 179 e 180 del 2020*, in *Ius in Itinere*, 29 marzo 2021.
46. R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del goldenpower dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), giugno 2022.
47. R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia*, in *Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, 4 | 2021, p. 121.
48. F. BIANCONI, *I goldenpowers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi*, in *Contratto e Impresa*, 1 | 2022, pp. 202-251.
49. L. VASQUES, *Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 1 | 2020, n. 1, pp. 119-137.
50. G. NAPOLITANO, *I Golden Power italiani alla prova del Regolamento europeo*, Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti, il Mulino, Bologna, 2019, p. 131;
51. A. GEMMI, *La Golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, n. 1, pp. 381-420.
52. B.P. AMICARELLI, *Il Golden Power fra istruttoria viziata e principio di legalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5 | 2021, p. 646.
53. L. MASOTTO, *Il golden power alla prova del procedimento e del processo amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5 | 2022, p. 662
54. A. PACCIONE, *Il Golden Power e il principio di legalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5 | 2022, p. 655.
55. G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2017, n. 22
56. M. FARNESE, *Primi orientamenti giurisprudenziali sul Golden Power: la difficile ricerca di un punto di equilibrio tra prerogative governative e garanzie delle imprese*, in *Lab- IP, Laboratorio per l'Innovazione Pubblica*, aprile 2022.



57. D. IORIO e C. RIZZO, *La nuova disciplina del Golden Power - Brevi riflessioni sulle ricadute pratiche in operazioni di M&A*, Norme & Tributi Plus, Il sole 24 ore, 26 Ottobre 2022
58. G. SCARCHILLO, *Privatizzazioni e settori strategici: l'equilibrio tra interessi statali e investimenti stranieri nel diritto comparato*, Giappichelli editore, Torino, 2018.
59. D. IELO, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti Golden Powers*, in Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche, 2021, n. 4, pp. 59-111.
60. S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Laterza editore, Roma-Bari, 2021
61. *Misure urgenti a tutela dell'interesse nazionale nei settori produttivi strategici – Dossier Camera* 23 gen 2023, in [www.documenti.camera.it](http://www.documenti.camera.it).
62. M. RUBECCHI, *I decreti del Presidente; studio sui D.P.C.M.*, Giappichelli editore, Torino 2022
63. US DEPARTMENT OF DEFENSE, *DOD Releases List of People's Republic of China (PRC) Military Companies in Accordance With Section 1260H of the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2021*, Oct. 5, 2022
64. L. MARIANI, *L'Iniziativa Belt and Road e l'internazionalizzazione della potenza cinese in campo scientifico: il caso dell'Italia*, Istituto Affari Internazionali, Roma, settembre 2021, p. 26
65. B. P. AMICARELLI, *L'arte della guerra (commerciale) alla Cina: offensive cinesi e difese occidentali*, in Mercato Concorrenza Regole, 2019.
66. S. ALVARO, M. LAMANDINI, A. POLICE, I. TAROLA, *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica. Il goldenpower dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*, in Quaderni giuridici Consob, 2019
67. G. SERAFIN, *Golden power: vecchi problemi e nuovi temi societari*, in Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale, Fascicolo 2|2021 p.1007 – 1056.
68. M. MASSELLA DUCCI TERI, *La disciplina nazionale sul goldenpower. Primi problemi applicativi*, in Gnosis, rivista dell'Agencia informazioni e sicurezza interna, prima edizione, 2019.
69. CO.PA.SI.R - COMITATO PARLAMENTARE PER LA SICUREZZA DELLA REPUBBLICA, *Relazione sull'attività svolta dal 10 febbraio al 19 agosto 2022*.

70. ISPI - Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, *5G e infrastrutture strategiche in Italia: ecco a cosa serve il Golden Power*, in [www.ispionline.it](http://www.ispionline.it)
71. R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo degli investimenti esteri diretti*, a cura di G. Napolitano, Bologna, 2019, 147.
72. R. ANGELINI, *Stato dell'arte e profili evolutivi dei poteri speciali: al crocevia del golden power*, in *ASTRID Rassegna*, 8 giugno 2018.
73. G. DELLA CANANEA, *Golden power e garanzie*, in *I poteri speciali del Governo nei settori strategici*, Giacinto della Cananea e Luigi Fiorentino (a cura di), 2020.
74. S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996.
75. T. BALLARINO, L. BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Rivista delle società*, 2004.
76. V. DONATIVI, *Golden Powers. Profili di diritto societario*, Giappichelli, 2019
77. P. DE PASQUALE, *Golden share all'italiana. Nota a CGCE 23 maggio 2000 (causa C-58/99)*, in *Rivista di diritto pubblico comparato europeo*, 2000.
78. A. ARESU, M. NEGRO, *La Geopolitica della protezione, investimenti e sicurezza nazionale: gli Stati Uniti, l'Italia e l'UE*, in "Verso l'Europa" Fondazione per lo Studio sui Mercati Pubblici Europei, Roma, 2018.
79. A. ARESU, *Dalla golden share al golden power: la dimensione strategica*, in *I poteri speciali del Governo nei settori strategici*, a cura di Giacinto della Cananea e Luigi Fiorentino, 2020
80. F. MARCONI, *L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato: il nuovo "golden power" tra competizione geopolitica e valutazioni economico-strategiche*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2021, 20, pp. 39-62.
81. L. DI VIA, P. LEONE, *Controllo degli investimenti stranieri e "antitrust". Un matrimonio che s'ha da fare*, in *Mercato concorrenza regole*, 2020, 1, pp. 99-118.
82. E. RIMINI, M. RESCIGNO, *"Golden power" e coronavirus: regole per l'emergenza o per il futuro*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, 2, pp. 517-544.
83. F. RIGANTI, *I golden powers italiani tra «vecchie» privatizzazioni e «nuova» disciplina emergenziale* (Artt. 15, 16 e 17, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla l. 5 giugno 2020, n. 40; d.l. 15 marzo 2012, n. 21, convertito con modificazioni dalla l. 11 maggio 2012, n. 56), in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 4 | 2020, p. 867

84. E. RIMINI, *Gli investimenti esteri diretti in Italia e dall'Italia verso Paesi terzi: è ravvisabile un percorso che possa davvero agevolare un "commercio libero ed equo"?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 6/1, 2020, pp. 1142-1157.
85. A. SANDULLI, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al "goldenpower"*, in *Diritto Pubblico*, 2 |2020, pp. 405-420
86. B. CAROTTI, *Sicurezza cibernetica e Stato-nazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5 | 2020, pp. 629-641
87. V. MACCARONE, *I poteri speciali dopo il decreto-legge "liquidità": un'analisi e alcune note in prospettiva*, in *Osservatorio costituzionale*, 1| 2021, pag. 137 ss.
88. E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo stato*, Il Mulino editore, agosto 2020
89. LIBERTINI M., *Aiuti alle imprese e diritto comunitario della concorrenza*, in R. COSTI, M. LIBERTINI (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 42, 1982.
90. R. CAFARI PANICO, J. MOSCIANESE, *Le operazioni di M&A fra regolamentazione e concorrenza*, Giappichelli, 2022.
91. L. BELLODI, *La sovranità statale e l'Unione Europea*, in *La Nuova Sovranità*, Capitolo 8, Giappichelli, Torino, 2020.
92. M. LUCIANI, *Integrazione europea, sovranità statale e sovranità popolare*, XXI Secolo. Norme e idee, Enciclopedia italiana Treccani, Roma, 2009, p. 339-346
93. A. MITROTTI, *L'atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne 'tensione' tra scienza costituzionale ed amministrativa*, in *NOMOS*, *Le attualità del diritto*, quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale, 1 | 2020.
94. ISPI - Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, *Politica industriale: nuovi equilibri tra Stato e mercato nell'era del CoVid-19*, in [www.ispionline.it](http://www.ispionline.it).
95. M. FARNESE, *Il regolamento sulle sovvenzioni estere discorsive del mercato UE: questioni aperte e nuove prospettive per il Golden Power*, in *Laboratorio per l'innovazione pubblica*, 9 gennaio 2023.
96. G. BRUZZONE, *Controllo degli aiuti di Stato e politica industriale: quale rapporto? - Workshop «La modernizzazione degli aiuti di Stato: un bilancio e le sfide future» tenutosi a Roma, Università Luiss, il 17 giugno 2019, pubblicato da [assonime.it](http://assonime.it) nella sezione "PUBBLICAZIONI INTERVENTI E CONSULTAZIONI"*.

97. CAMERA DEI DEPUTATI, *Criteri di dettaglio del nuovo Temporary Framework di crisi e transizione*, in [www.temi.camera.it](http://www.temi.camera.it), 13 marzo 2023
98. E. LA TORRE, *Il Temporary Framework in materia di aiuti di Stato: un primo bilanciamento*, in *Il Mercato legale 4.0* (4CLegal), 29 agosto 2022
99. M. BENVENUTI, *La spada e lo scudo: prime note sulle nuove forme di intervento diretto dello Stato nell'economia con finalità di politica industriale*, Franco Angeli editore, 2021, pp.13-45
100. R. MAGLIANO, *La ricerca di equilibrio tra investimenti esteri diretti e interventi emergenziali a tutela dell'interesse strategico nazionale: una sfida per l'Unione europea*, in *Diritto del Commercio. Internazionale*, 2021, p. 1057;
101. R. MAGLIANO, *Gli orientamenti della Commissione europea sul controllo degli investimenti esteri diretti e i goldenpowers rafforzati in tempo di pandemia*, in Osservatorio "Diritto Dell'impresa Dopo La Pandemia", *Rivista di Diritto Bancario*, luglio 2020.
102. F. BIANCONI, *I goldenpowers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi*, in *Contratto e Impresa*, 2022, p. 202.
103. A. GRECO, *I semi italiani non andranno ai cinesi, il governo pronto a usare il Golden Power*, in [Repubblica.it](http://Repubblica.it), 22 ottobre 2021.
104. G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in Cammino*, 24 maggio 2012
105. E. DE LUISE, *Controllo societario e goldenpower: il caso Vivendi-Tim*, *Ius in itinere*, ottobre 2017.
106. M. MATTIA, *Il controllo di fatto di Vivendi su TIM. Sintesi della comunicazione Consob n. 0106341 del 13-09-2017 in merito alla qualificazione del rapporto partecipativo di Vivendi S.A. in Telecom Italia S.p.a.* – in *Rivista Cammino Diritto*, luglio 2017.
107. CORTE DEI CONTI EUROPEA, *Il controllo delle concentrazioni nell'UE e i procedimenti antitrust esperiti dalla Commissione: occorre innalzare la sorveglianza del mercato*, in *Relazione speciale 24/2020*
108. F. BESTAGNO, *Politica commerciale comune, L'azione esterna dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021
109. E. P. MARELLI e M. SIGNORELLI, *Politica economica: le politiche nel nuovo scenario europeo e globale*, Giappichelli editore, Torino, 2019.

110. L. ARNAUDO, *L'economia è la continuazione della guerra con altri mezzi? Una lettura su goldenpower e concorrenza*, Entrepreneurship, LUISS Open, 4 gennaio 2018.
111. E. CHITI, *Guerra e Diritto amministrativo*, Giornale di Diritto Amministrativo, n. 3, 1 maggio 2022, p. 293
112. G. TORELLI – E. GUARNIERI, *Alcune considerazioni in tema di regolazione dell'infrastrutture: crisi, semplificazioni, finanziamenti e ruolo dello stato-apparato*, in Revista Digital de Derecho Administrativo, 2021
113. GOLDEN POWER, autori vari, *Sistema di Informazione per la Sicurezza della Repubblica*, Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS), in Gnosis, rivista dell'Agenzia informazioni e sicurezza interna, prima edizione, dicembre 2019
114. F. VIOLA, *Hobbes tra moderno e postmoderno. Cinquant'anni di studi hobbesiani*, in Ragioni Critiche - Anno IV (III serie) n°5-6/ottobre 1988, pp.6-20 e in *Hobbes oggi*, a cura di A.Napoli, F. Angeli editore, Milano 1990, pp. 39-98.
115. L. BERTOLONE, *Lo stato di natura: il mondo prepolitico per Hobbes e Locke*, Enciclopedia italiana Treccani online, 26 febbraio 2020
116. G. SOLARI, *Contrattualismo*, in Enciclopedia Italiana Treccani online.
117. A. GARGANO, *Il Principe di Niccolò Machiavelli*, Istituto italiano per gli studi filosofici, Città del Sole editore, Reggio Calabria.
118. S.B. SABETTA, *Machiavelli e lo stato moderno*, in diritto.it
119. U. DOTTI, *L'esigenza dello "Stato": i contestatori e Machiavelli*, in LA RIVOLUZIONE INCOMPIUTA p. 245-282, Aragno editore, Torino 2011
120. S. RAPACCINI, *Le forme di governo nel pensiero di Machiavelli*, Pensiero Filosofico, 14 agosto 2018
121. G. CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2001, p. 284)
122. A. SANDULLI, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al goldenpower*, in *Diritto pubblico*, 2|2020, pp. 405-420
123. C. CAVAZZA, *Golden share, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c.*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 5 | 2008, p. 1193
124. MANNA, *I Golden Powers dalla stagione delle privatizzazioni alle congiunture emergenziali: l'eterno ritorno dello Stato nell'economia*, in *Diritto del Risparmio*, 3 | 2022

125. R. CARLONI, *La formazione del sistema radiotelevisivo misto: Le indicazioni della Corte costituzionale e le risposte del legislatore*, Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari, 1-3/1995
126. G. VESPERINI, *Privatizzazioni e trasformazioni dell'impresa pubblica in Italia*, in Il Corriere Giuridico, 11|1992, p. 1267
127. R. PERNA, *Il processo legislativo di privatizzazione delle imprese pubbliche*, in Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari, n. 1-3/1995, p. 271 ss.
128. G. VITALI, *Il processo di liberalizzazione dei servizi a rete*, CERIS, CNR, 2010 e
129. G. LOMBARDO, voce *Golden share* in Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XVII, Roma, 1998
130. E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, Giornale di diritto amministrativo, 2007, p. 145 ss.
131. G. COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milano, 1958, p. 168
132. J. SODI, *Poteri speciali, golden shares e false privatizzazioni*, in Rivista delle società, 2 | 1996, p. 386 ss
133. L. ARDIZZONE, M.L. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in Giurisprudenza Commerciale, 6 | 2013, pag. 919 ss
134. G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche privatizzate*, in P.G. MARCHETTI (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, 1995, p. 165
135. G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in Rivista delle società, 3 | 1994
136. B. LIBONATI, *La faticosa accelerazione delle privatizzazioni*, in Giurisprudenza commerciale, 1 | 1995, p. 20
137. F. GASPARI, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno comunitario e comparato*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 14
138. J.P. DREYFUS, *Privatisations. Recontre d'un société du troisième type: la société à action spécifique*, L.P.A
139. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1995, p.174
140. S. VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di Golden share e principio di legalità*, in Il Foro amministrativo, CdS, 2003, pag. 2752 ss

141. Y. LE GUERNIGOU, T. THOMAS, *France, Germany and Italy urge rethink of foreign investment in EU*, 14 febbraio 2017
142. S. DE NITTO, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*. 2 | 2022 , pag. 553-558.
143. A. SANDULLI, *La febbre del Golden Power*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3 |2022
144. B. G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2018, pag 172
145. R. MICCU', *Lo Stato regolatore e la nuova costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto* in P. CHIRULLI, - R. MICCU' (a cura di), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in onore del Prof. Salvatore Cattaneo*, Napoli, Jovene, 2010, p. 16
146. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione preconcorsionale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2007, p.86.
147. W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2020
148. F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 42.
149. O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative* in *Rivista italiana della scienza giuridica*, 1895, p. 328
150. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento* in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit. pag. 301
151. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo: il principio del procedimento* in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa* cit. pag. 126
152. M. CARBONELLI – M. ROTIGLIANI, *Le informazioni classificate in ambito nazionale e internazionale*, sul sito Safety & Security Magazine, 1 luglio 2020 (link: <https://www.safetysecuritymagazine.com/articoli/le-informazioni-classificate-in-ambito-nazionale-e-internazionale/>)
153. B.G. MATTARELLA, *Il Provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 353 ss

154. R. CHIEPPA, *Conclusioni*, in G. NAPOLITANO (a cura di) *Foreign Direct Investment Screening - Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 184
155. L. ARNAUDO, *A l'économie comme a la guerre. Note su golden power, concorrenza e geo-economia*, *Mercato Concorrenza Regole*, 3 | 2017, pag. 436
156. G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del Golden Power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5 | 2019, p.549 ss
157. L. SALTARI, *Il tentativo francese di controllo in TIM. Rule of Law nel golden power*, in G. DELLA CANANEA - L. FIORENTINO (a cura di), *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pag. 291-320
158. T. DI PROSPERO, *Golden power tra compatibilità sovranazionale e parallelismi d'intervento pubblico*, *Giornale di diritto amministrativo*, 3| 2023, p. 395
159. M. CLARICH – G. FONDERICO (a cura di), *Procedimento amministrativo*, Wolters Kluwer, Vicenza, 2015,
160. ASSONIME, *Poteri speciali dello Stato. Evoluzione del quadro normativo e profili operativi del Golden Power*, Circolare n. 11 del 17 aprile 2023



## Sitografia:

Commissione Europea, Foreign Investment Bulletin, January-March 2023 TRENDS IN FOREIGN DEALS AND GREENFIELD INVESTMENTS IN THE EU, link: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC133444>

OECD, FRAMEWORK FOR SCREENING FOREIGN DIRECT INVESTMENT INTO THE EU, 2022, <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/oecd-eu-fdi-screening-assessment.pdf>

Commissione Europea, Foreign Investment Bulletin, October-December 2022 Trends in Foreign Deals and Greenfield Investments in the EU. Link: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC132467>

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Relazione annuale sull'attività svolta, 31 marzo 2020, 11. Link: <https://www.agcm.it/pubblicazioni/relazioni-annuali?limit=0>

SISR, Sistema di Informazione per la Sicurezza della Repubblica, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Relazione annuale 2022. Link: [https://www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/wp-content/uploads/2023/02/Relazione\\_annuale\\_2022\\_interattiva.pdf](https://www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/wp-content/uploads/2023/02/Relazione_annuale_2022_interattiva.pdf)

Relazione annuale al Parlamento sull'esercizio dei poteri speciali 2022, 2021, 2020, 2019, 2018, 2016, consultabili su: <https://www.governo.it/it/dipartimenti/dip-il-coordinamento-amministrativo/dica-att-goldenpower-relparlamento/9298>

Camera dei Deputati, Servizio studi, *La poison pill*, consultabile al link: [http://leg15.camera.it/cartellecomuni/leg14/RapportoAttivitaCommissioni/testi/05/05\\_cap10\\_sch03.htm](http://leg15.camera.it/cartellecomuni/leg14/RapportoAttivitaCommissioni/testi/05/05_cap10_sch03.htm)

*Il nuovo Quadro temporaneo di crisi e transizione per gli aiuti di Stato*, in Gli aiuti di Stato, Camera dei Deputati, Documentazione parlamentare, 14 marzo 2023. Consultabile su [www.temi.camera.it](http://www.temi.camera.it)

*Sovvenzioni estere distorsive del mercato: il Regolamento UE sui limiti*, 23 dicembre 2022, consultabile su [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).

Consultazione pubblica avviata dalla Commissione europea al fine di valutare e predisporre la revisione del Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione Europea (Regolamento UE 2019/452): [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13739-Controllo-degli-investimenti-esteri-diretti-IED-valutazione-e-revisione-del-quadro-europeo\\_it](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13739-Controllo-degli-investimenti-esteri-diretti-IED-valutazione-e-revisione-del-quadro-europeo_it)

<sup>1</sup> Commissione europea, "Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sulla "strategia europea per la sicurezza economica", link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52023JC0020>

Classifiche di sicurezza, Portale UCSE – Ufficio Centrale per la Segretezza, Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza, Presidenza del Consiglio dei Ministri (link: <https://ucse.sicurezzanazionale.gov.it/portaleucse.nsf/ClassificheSegretezza.xsp>),

Sistema di Informazione per la Sicurezza della Repubblica, Classifiche di segretezza del (link: <https://www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/cosa-facciamo/tutela-delle-informazioni/classifiche-di-segretezza.html>) e quella del sito del

Consiglio Europeo, “Protezione delle informazioni classificate UE (ICUE)” (link: <https://www.consilium.europa.eu/it/general-secretariat/corporate-policies/classified-information/>)

M. CARBONELLI – M. ROTIGLIANI, *Le informazioni classificate in ambito nazionale e internazionale*, sul sito Safety & Security Magazine, 1 luglio 2020 (link: <https://www.safetysecuritymagazine.com/articoli/le-informazioni-classificate-in-ambito-nazionale-e-internazionale/>)

ANSA, *Tim: per l'antitrust non c'è concentrazione*, Milano, 27 novembre 2020 ([https://www.ansa.it/sito/notizie/tecnologia/tlc/2020/11/27/tim-per-lantitrust-ue-non-ce-concentrazione\\_15c78838-12bd-4d78-a9b6-c72392cf87e5.html](https://www.ansa.it/sito/notizie/tecnologia/tlc/2020/11/27/tim-per-lantitrust-ue-non-ce-concentrazione_15c78838-12bd-4d78-a9b6-c72392cf87e5.html))

C. MASI, *Cosa allontana Pirelli e la Cina? Ecco gli scenari*, in Formiche.net, 5 aprile 2023. <https://formiche.net/2023/04/pirelli-sinochem/>

R. FATIGUSO, *Sinochem-ChemChina, nasce holding petrolchimica da 150 miliardi di dollari*, in Il Sole 24 ore, 1 aprile 2021. <https://www.ilsole24ore.com/art/sinochem-chemchina-nasce-holding-petrolchimica-150-miliardi-dollari-ADdnViUB>

G. FOSCHINI, *La Cina punta ai robot italiani, ma il governo blinda la tecnologia: "golden power" sulla piemontese Robox*, la Repubblica, 7 giugno 2022. [https://www.repubblica.it/economia/2022/06/07/news/la\\_cina\\_punta\\_ai\\_robot\\_italiani\\_ma\\_il\\_governo\\_blinda\\_la\\_tecnologia\\_golden\\_power\\_sulla\\_piemontese\\_robox-352919430/](https://www.repubblica.it/economia/2022/06/07/news/la_cina_punta_ai_robot_italiani_ma_il_governo_blinda_la_tecnologia_golden_power_sulla_piemontese_robox-352919430/)

S. BENNEWITZ, *La Pirelli targata Cina alla prova del Golden Power*, La Repubblica, 5 aprile 2023. [https://www.repubblica.it/economia/2023/04/05/news/laccordo\\_pirellisinochem\\_al\\_vaglio\\_del\\_golden\\_power-395100829/](https://www.repubblica.it/economia/2023/04/05/news/laccordo_pirellisinochem_al_vaglio_del_golden_power-395100829/)

Il Sole 24 ore, *Pirelli, assemblea posticipata in attesa del responso sulla Golden Power. Proposta cedola di 0,218 euro*, 5 aprile 2023. [https://www.ilsole24ore.com/art/pirelli-l-italia-studia-come-limitare-socio-cinese-sinochem-AEzY9uDD?refresh\\_ce&nof](https://www.ilsole24ore.com/art/pirelli-l-italia-studia-come-limitare-socio-cinese-sinochem-AEzY9uDD?refresh_ce&nof)

A. RINALDI, *Pirelli, il governo valuta il golden power per limitare i cinesi di Sinochem*, L'Economia, Corriere della Sera, 4 aprile 2023 [https://www.corriere.it/economia/finanza/23\\_aprile\\_04/pirelli-governo-valuta-golden-power-limitare-cinesi-sinochem-2b43fd6e-d326-11ed-b1de-c931acb2994d.shtml](https://www.corriere.it/economia/finanza/23_aprile_04/pirelli-governo-valuta-golden-power-limitare-cinesi-sinochem-2b43fd6e-d326-11ed-b1de-c931acb2994d.shtml)

G. POMPILI, *Come si ferma il bullismo cinese*, Il Foglio, 6 aprile 2023.  
<https://www.ilfoglio.it/esteri/2023/04/06/news/come-si-ferma-il-bullismo-cinese-5145104/>

La Repubblica, *Pirelli verso la Cina, pronta l'Opa a 15 euro per azione*, 25 marzo 2015.  
[https://www.repubblica.it/economia/finanza/2015/03/20/news/pirelli\\_verso\\_la\\_cina\\_a\\_camfin\\_15\\_euro\\_per\\_azione-110023783/](https://www.repubblica.it/economia/finanza/2015/03/20/news/pirelli_verso_la_cina_a_camfin_15_euro_per_azione-110023783/)

La Repubblica, *Pirelli: chi è ChemChina, il prossimo socio forte della Bicocca*, 20 marzo 2015.  
[https://www.repubblica.it/economia/finanza/2015/03/20/news/pirelli\\_chi\\_e\\_chemchina\\_il\\_prossimo\\_socio\\_forte\\_della\\_bicocca-110066239/](https://www.repubblica.it/economia/finanza/2015/03/20/news/pirelli_chi_e_chemchina_il_prossimo_socio_forte_della_bicocca-110066239/)

S. BENNEWITZ, *Indennizzi alle imprese con il nuovo Golden power*, La Repubblica, 29 dicembre 2022.  
[https://www.repubblica.it/economia/finanza/2015/03/20/news/pirelli\\_chi\\_e\\_chemchina\\_il\\_prossimo\\_socio\\_forte\\_della\\_bicocca-110066239/](https://www.repubblica.it/economia/finanza/2015/03/20/news/pirelli_chi_e_chemchina_il_prossimo_socio_forte_della_bicocca-110066239/)

G. PONS, *Meloni vuole più Golden Power e la Rete unica in mano allo Stato*, La Repubblica, 18 agosto 2022.  
[https://www.repubblica.it/economia/2022/08/18/news/meloni\\_vuole\\_piu\\_golden\\_power\\_e\\_la\\_rete\\_unica-362133468/](https://www.repubblica.it/economia/2022/08/18/news/meloni_vuole_piu_golden_power_e_la_rete_unica-362133468/)

L. PAGNI, *Priolo, Goi Energy non convince. l'Italia valuta il golden power*, La Repubblica, 7 aprile 2023.  
[https://www.repubblica.it/economia/2023/04/07/news/priolo\\_goi\\_energy\\_non\\_convince\\_litali\\_a\\_valuta\\_il\\_golden\\_power-395352998/](https://www.repubblica.it/economia/2023/04/07/news/priolo_goi_energy_non_convince_litali_a_valuta_il_golden_power-395352998/)

## **Giurisprudenza:**

TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486

TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4488

TAR Lazio, sez. I, 6 settembre 2022 n. 11508

TAR Lazio, sez. I, 9 novembre 2021, ordinanza n. 11490

Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289

Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 maggio 2022, n. 2922

Consiglio di Stato ,sez. VI, 29 febbraio 1996, n. 217

Consiglio di Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397;

Consiglio di Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209;

Consiglio di Stato, sez. V, 02 ottobre 2009, n. 6094;

Consiglio di Stato, sez. V, 06 maggio 2011, n. 2718;

Consiglio di Stato, sez. VI, 18 novembre 2011, n. 6083;

Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2012, n. 3670;

Consiglio di Stato, sez. IV, 10 marzo 2015, n.1210;

Consiglio di Stato, sez. VI, 29 febbraio 2016, n. 808;

Consiglio di Stato, sez. V, 09 gennaio 2017, n. 16;

Consiglio di Stato, sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3550;

Consiglio di Stato, sez. IV, 26 settembre 2019, n. 6444.

Corte di Cassazione, SS. UU., 28 giugno 2013, n. 16305;

Corte di Cassazione, SS.UU., ordinanza 4 settembre 2015 n. 17586.

Corte costituzionale, sentenza n. 223 del 16 dicembre 1982

Corte costituzionale, sentenza n. 58 del 9 aprile 1970

Corte costituzionale, sentenza n. 30 del 1965 e n. 97 del 1969

Corte costituzionale, sentenza n. 97 del 1969

Corte costituzionale, sentenza n. 58 del 23 marzo 2018

Corte costituzionale, sentenza n. 35 del 1959

Corte costituzionale, sentenza n. 59 del 1960

Corte costituzionale, sentenze n. 225 e 226 del 1974

Corte costituzionale, sent. 13 marzo 2019, n. 45.

CGUE, sent. 1 aprile 2008, grande sezione, causa C-212/06

CGUE, sent. 23 maggio 2000, causa C-58/99, *Commissione c. Italia*.

CGUE, sent. 4 giugno 2002, causa C-503/99, *Commissione c. Belgio*.

CGUE, 6 dicembre 2007, cause riunite C- 463/04 - C-464/04

CGUE, sent. 26 marzo 2009, causa C-326/07

CGUE, sent. 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Ghebard*

CGUE, sent. 3 febbraio 2021, causa C-555/19, *Fussl Modestraße Mayr*

CGUE, sent. 16 gennaio 2003, causa C-388-2001

CGUE, sent. 14 marzo 2000, causa C-54/99, *Église de scientologie*

CGUE, sent. 27 febbraio 2019, causa C-563/17, *Associação Peço a Palavra*

CGUE, sent. 8 novembre 2012, causa C-244/11, *Commissione c. Grecia*

CGUE, sent. 13 luglio 2023, causa C-106/22

CGUE, sent. 21 settembre 2005, causa C-3125/01, *Kadi c. Consiglio e Commissione*

