

**Libera Università Internazionale
degli Studi Sociali Guido Carli**

PREMIO TESI D'ECCELLENZA

**Il golden power
come rapporto di diritto pubblico**

Francesco Maria Fantini

2022-2023

Libera Università Internazionale
degli Studi Sociali Guido Carli

Working Paper n. 7/2022-2023
Publication date: December 2024
Il golden power come rapporto di diritto pubblico
© Francesco Maria Fantini
ISBN 979-12-5596-195-6

This working paper is distributed for purposes of comment and discussion only.
It may not be reproduced without permission of the copyright holder.

Luiss Academy is an imprint of
Luiss University Press – Pola Srl
Viale Pola 12, 00198 Roma
Tel. 06 85225485
E-mail lup@luiss.it
www.luissuniversitypress.it

Il Golden Power come rapporto di diritto pubblico

By Francesco Maria Fantini

INTRODUCTION

L'intervento dello Stato nell'economia assume oggi colorazioni inedite rispetto alle modalità utilizzate a cavallo del nuovo millennio.

Le politiche pubbliche che hanno dominato il suolo europeo a partire dagli anni '90 del secolo scorso, incentrate sulla tutela della concorrenza, sulla privatizzazione delle imprese pubbliche e sull'apertura dei mercati, incontrano oggi una battuta d'arresto, che essenzialmente trova fondamento in due ragioni¹.

Da una parte, la questione dello stato dell'Unione: la fiducia nei confronti dell'operato delle istituzioni europee, da parte dei suoi cittadini, è instabile, lasciando così ampio spazio alle tentazioni nazionalistiche dei decisori nazionali. Come si vedrà, infatti, alto oggi è il rischio di cadere in misure dal sapore protezionistico.

D'altro canto, invece, la prolungata fase emergenziale che ha caratterizzato lo spazio europeo (e non solo), in primis per la pandemia da COVID-19, e poi, quasi senza soluzione di continuità, per la guerra in Ucraina, ha generato una nuova centralità dello Stato, il cui approccio al mercato si è fatto decisamente più intrusivo, e meno indifferente.

In questo quadro si innesta la disciplina del *golden power* che, come si vedrà, è nata con uno scopo specifico, ma si è poi evoluta e cristallizzata con un obiettivo diverso: la tutela degli interessi strategici nazionali nei confronti di operazioni di investimento estere, extra-europee ed intra-europee.

La prospettiva che qui si privilegia è quella di uno studio teorico dell'istituto: si tenterà, infatti, di inquadrare la disciplina dei poteri speciali del Governo nei canoni tipici del diritto amministrativo, in particolare con riguardo alla natura giuridica amministrativa degli atti, al rapporto procedimentale e all'armamentario provvedimentale di cui dispone la Pubblica Amministrazione.

¹ Sul punto, L. Belviso, *Golden power. Profili di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 1.

I

Dalla Golden Share al Golden Power

1. LA NASCITA DELL'ISTITUTO: DALLO STATO "IMPRENDITORE" ALLO STATO "REGOLATORE"

Com'è noto, buona parte del XX secolo, a partire dal crollo del mercato borsistico di New York del 1929, si è caratterizzata per l'imponente presenza dello Stato nell'economia del nostro paese; si è così affermato il cd. "Stato imprenditore". Con tale definizione si intende un modello statale, quello afferente al sistema delle partecipazioni statali, che gestisce direttamente un gran numero di aziende di produzione ed erogazione di beni e servizi. Questo sistema faceva perno su due Comitati interministeriali (CIPE e CIPI) e sul Ministero delle partecipazioni statali. Questo Ministero aveva il compito di dirigere e vigilare sull'operato degli enti di gestione delle partecipazioni statali, che erano enti pubblici economici con funzione di holding finanziaria (si tratta di IRI, ENI, ed EFIM)².

Quest'esperienza statale ha, poi, perso la sua centralità con l'avvento degli anni '80 e la crescente influenza del diritto comunitario (non si parlava ancora di Unione Europea) sugli ordinamenti nazionali; il diritto alla concorrenza, attraverso la sua esplicazione nelle libertà fondamentali del mercato unico europeo, insieme al ritorno in voga di ideologie antistataliste, hanno definitivamente estromesso il modello di Stato interventista nell'economia, per lasciare spazio al cd. "Stato regolatore".³

Vengono così avviate politiche di liberalizzazione volte a favorire l'apertura dei mercati, attraverso la dismissione e privatizzazione⁴ di molte aziende gestite

² Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 343 ss.

³ Per un'attenta ricostruzione dell'evoluzione delle varie esperienze statuali succedutesi dalla fine del XIX secolo al XX cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 28 ss.

⁴ Prima, attraverso un procedimento di "privatizzazione fredda", o formale, attraverso il quale è stata modificata la veste giuridica degli enti pubblici economici, trasformati in società per azioni, pur mantenendo il controllo pubblico invariato su tali organismi. In un secondo momento, attraverso la "privatizzazione calda", o sostanziale, si è realizzata l'alienazione delle partecipazioni pubbliche ai soggetti privati, fino alla dismissione completa del controllo

direttamente dai pubblici poteri. Lo Stato si fa pertanto “regolatore” dei settori economici, mediante l’ausilio delle neonate Autorità indipendenti, senza intervenire più in modo diretto nel mercato stesso, ma lasciando operare le imprese in concorrenza tra loro. L’ondata privatizzatrice degli anni ‘90 si può pertanto far discendere indirettamente, in primo luogo, dalla creazione del mercato europeo e dal divieto degli aiuti di Stato, ed in secondo luogo, dal divieto di discriminazioni imposto dalla Comunità europea, richiedendo un eguale trattamento delle attività economiche pubbliche e private.⁵

Di pari passo all’incedere delle privatizzazioni sostanziali di aziende pubbliche attive in settori di interesse nazionale viene introdotto un meccanismo che conferisce allo Stato precisi poteri speciali nei confronti delle aziende privatizzate, la cd. “golden share” (o azione dorata), disciplina dettata dal d.l. 31 maggio 1994, n.332, convertito dalla l. 31 maggio 1994, n. 474, recante “Norme per l’accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni”. La ragione di ciò, come posto in evidenza da Alessandro Aresu⁶, è il permanere del carattere di strategicità di alcuni settori dell’economia nazionale; si richiama opportunamente il Rapporto al Ministro del Tesoro Guido Carli, consegnato il 7 novembre 1990 dalla Commissione presieduta da Carlo Scognamiglio, secondo la quale, tra l’altro, “in relazione all’opportunità di proteggere le ‘imprese di interesse nazionale’ non sembra essere venuto meno il ruolo ed il significato di un intervento pubblico”.⁷

È qui che si assiste all’attribuzione allo Stato italiano della definizione di “chameleon State”, per mettere in luce come, seppur cambiando formalmente aspetto, sulle ormai privatizzate imprese pubbliche continuava ad esserci un’incidenza pubblicistica.⁸

pubblico su tali società. Sul processo di privatizzazione cfr. L. Belviso, *Golden power: profili di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2023, pp. 63 ss.

⁵ Sul punto si veda, in termini più estesi, S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n.3/1996, pp. 579 ss.; R. Costi, *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, pp. 77 ss.

⁶ Cfr. 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, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 63 ss.

⁷ Ministero del Tesoro, Commissione per il riassetto del patrimonio mobiliare pubblico e per le privatizzazioni, *Rapporto al Ministro del Tesoro*, Roma, 7 novembre 1990, p.56.

⁸ Come enucleato da 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*, 11 agosto 2021, p. 41, che richiama la definizione di “chameleon State” di M.P. Maduro, *The Chameleon State: EU law and the blurring of the private/public distinction in the market*, Firenze, 2010.

Si apre così la strada alla nascita dell'istituto della *golden share*, in cui lo Stato assume piuttosto le vesti di "azionista",⁹ consistendo il meccanismo nell'obbligatoria introduzione, negli statuti delle società da dismettere, di una previsione che consentiva il mantenimento in capo allo Stato di una quota azionaria speciale, appunto la partecipazione (*share* in inglese) dorata, da cui derivare la titolarità dei suddetti poteri speciali.

2. L'AZIONE DORATA

L'esistenza di aziende pubbliche ha caratterizzato buona parte dei Paesi europei lungo il secolo scorso; la necessaria denazionalizzazione delle stesse, imposta dai nuovi obblighi comunitari, e l'introduzione di più o meno privilegiati poteri speciali dei Governi ha rappresentato un elemento costante rinvenibile nei testi legislativi d'oltralpe.

In Italia il processo di privatizzazione ha avuto inizio con le leggi approvate dal 1992 in poi.¹⁰ Pur con qualche anno di ritardo rispetto a Gran Bretagna e Francia, la stagione delle privatizzazioni nel nostro Paese ha dato ingenti incassi, per un ammontare di circa 105 miliardi di euro.¹¹

Anche in Italia, come nella maggior parte degli altri Stati europei, la privatizzazione è andata di pari passo con l'introduzione di poteri speciali riservati allo Stato, in particolare per le imprese esercenti servizi pubblici.

Infatti, l'art 2 comma 1 della l. 474 del 1994 (istituente la *golden share*) ha disposto che nelle società di servizio pubblico il governo potesse avere – a tempo indeterminato o in via temporanea – "poteri speciali".¹²

Più nel dettaglio, l'art. 2 d.l. 332/1994 ha previsto l'introduzione di suddetti poteri nello statuto delle società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi, "*prima di ogni atto che determini la perdita del controllo*". Tali prerogative si realizzavano in una clausola statutaria che attribuiva al Ministero del Tesoro la titolarità di uno o più dei poteri speciali da esercitare d'intesa con il Ministro del bilancio e della programmazione economica e con il Ministro dell'industria.¹³

⁹ Secondo la ricostruzione di R. Garofoli, *Il controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di Giulio Napolitano, Il Mulino, 2019, pp. 91 ss.

¹⁰ Ci si riferisce alle l. 35 e 359 del 1992 ed alla l. 474/1994.

¹¹ Secondo la ricostruzione di S. Cassese, *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, 8, pp. 855 ss.

¹² *Ibidem*.

¹³ Come esposto da F. Marconi in *L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato: il nuovo golden power tra competizione geopolitica e valutazioni economico-strategiche*, cit., le società nei cui statuti è stata prevista con D.P.C.M. l'introduzione di poteri speciali a favore del

All'art. 2, *lett. a)*, si prevedeva il rilascio del gradimento del Governo all'assunzione di partecipazioni rilevanti, con tale intendendo quelle partecipazioni al capitale che rappresentassero almeno la ventesima parte dello stesso, o comunque la misura inferiore fissata dal Ministro del Tesoro con proprio decreto. In caso di rifiuto del gradimento, o di silenzio-rigetto, le azioni rappresentanti la partecipazione rilevante dovevano essere alienate entro un anno.¹⁴

La successiva formulazione dell'art. 2, introdotta con L. 350/2003, ha trasformato poi il potere di gradimento in "potere di opposizione", legato all'esistenza di un "*pregiudizio agli interessi vitali dello Stato*". La riforma ha anche inserito la possibilità per il cessionario delle partecipazioni di impugnare il provvedimento del potere di opposizione innanzi al TAR Lazio. Tale cambiamento si è reso necessario alla luce delle statuizioni della Corte di Giustizia, intervenuta più volte sul punto.

L'art. 2, *lett. b)*, nella formulazione originaria (d.l. 31 maggio 1994, n. 332), stabiliva la facoltà per il Governo di esprimere il gradimento circa la conclusione di patti o accordi parasociali che rappresentassero almeno il 5% del capitale sociale con diritto di voto o la minore percentuale fissata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. La riforma, anche qui, ha trasformato il gradimento in opposizione.

Ancora, un altro potere speciale riservato al Governo era previsto alla *lett. c)* del più volte citato art. 2; tale consisteva nella facoltà di esercitare il diritto di veto, spettante al Ministero del Tesoro, in relazione all'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, di modifica dello statuto che sopprimono o modificano i poteri di cui a questo articolo. Com'è agevole intendere, si tratta di delibere assembleari in grado di pregiudicare il normale svolgimento dell'attività sociale delle società oggetto di privatizzazione, o comunque in grado di estromettere il potere speciale del Governo.¹⁵ Le novità introdotte con la riforma (l. 350/2003) comportano l'introduzione di un obbligo di motivazione in capo al Ministero titolare del diritto di veto.

Da ultimo, si rammenta la *lett. d)* dell'art. 2 d.l. 31 maggio 1994, n. 332, che prevedeva un potere per il Governo di nominare almeno un amministratore o di un numero di amministratori non superiore ad un quarto dei membri del consiglio di amministrazione e di un sindaco.

governo sono state ENI S.p.A., Stet S.p.A., Telecom Italia S.p.A., Finmeccanica S.p.A., Enel S.p.A., Snam rete gas S.p.A.

¹⁴ Per un'attenta ricostruzione della normativa *golden share*, e delle sue successive modificazioni, cfr. C. San Mauro, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in *Concorrenza e Mercato*, n. 1/2010, pp. 415 ss.

¹⁵ *Ibidem*.

Ciò detto, è necessario notare come tale ultima norma sia stata completamente stravolta dalla l. 350/2003 (ovverosia la legge finanziaria per il 2004), che ha previsto un potere di nomina decisamente ridimensionato, limitato ad un solo amministratore, peraltro sprovvisto di diritto di voto. Viene pertanto a definirsi la figura del membro “di controllo” del consiglio di amministrazione.

Lo strumento della *golden share*, come brevemente illustrato, aveva caratteristiche di diritto societario: si riconoscevano al socio pubblico, attraverso specifiche clausole statutarie da inserire con deliberazione dell’assemblea straordinaria, poteri speciali, anche se non proporzionati rispetto alla partecipazione al capitale effettivamente detenuta, giustificati dalla presenza di interessi pubblici di particolare rilevanza.¹⁶

A tal proposito, è di particolare interesse rilevare come tale “riconoscimento allo Stato o ad enti pubblici di poteri societari svincolati dall’ammontare della partecipazione azionaria o addirittura dalla qualità stessa di azionista” comporti una deroga al principio capitalistico, sul quale si fonda l’ordinato svolgimento delle società di capitali.¹⁷ È comunemente accettato, infatti, che nelle società di capitali chi ha una maggiore partecipazione al capitale sociale, e quindi più rischia, ha più potere di imporre la propria volontà alla minoranza.¹⁸ ¹⁹ L’ondata di privatizzazioni degli anni ‘90 del secolo scorso, pertanto, ha ridotto ma non eliminato l’ingerenza dello Stato sulle società privatizzate.²⁰

3. I POTERI SPECIALI AL VAGLIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA

Come messo in evidenza, la disciplina della *golden share*, come risultante dal testo legislativo originario (L. 474 del 1994), ha subito un processo evolutivo a causa della pressione esercitata dalla Commissione europea. Sei sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea pronunciate fra il 2000 ed il 2005,²¹ infatti, hanno

¹⁶ Cfr. 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. 204 ss.

¹⁷ Cfr. G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 10° ed., Milano, 2020, pp. 199 ss.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Secondo A. Sacco Ginevri, *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, pp. 707 ss., infatti, l'utilizzo del termine “golden share” per indicare i poteri speciali italiani appare improprio. Nel nostro Paese la titolarità di questi poteri in capo al Governo prescinde dal possesso formale di una partecipazione azionaria nella società.

²⁰ Cfr. 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*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n.5/2014, p. 1020.

²¹ In particolare, la prima cronologicamente riguarda la valutazione di compatibilità della disciplina dei poteri speciali italiani con il diritto comunitario, CGCE 23 maggio 2000: causa 58/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, I-3811. Seguono poi CGCE 4 giugno 2002: causa C-

esaminato la compatibilità del diritto comunitario con i regimi nazionali che riservavano ai governi la possibilità di incidere in maniera più o meno forte sugli assetti societari e sulla gestione delle imprese privatizzate attive in settori strategici dell'economia.²²

“*Non è tutto oro quel che luccica.*” Con questa citazione tratta dal “Mercante di Venezia” di William Shakespeare, l’Avvocato Generale Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer iniziava le sue conclusioni presentate il 6 novembre 2008, in causa C-326/07, dirette ad ottenere la condanna della Repubblica Italiana per la violazione degli artt. 43 e 56 del Trattato CE. L’Avvocato Generale, infatti, testualmente affermava che: “In materia di “*golden shares*”, tale proverbio dovrebbe essere ben noto agli Stati membri, che, alla stregua di re Mida, si impegnano a trasformare in un surrogato del prezioso metallo le partecipazioni nel capitale di imprese che operano in settori strategici o che prestano servizi pubblici”.²³ Con tale intendendo che gli Stati nazionali – ed in questo caso il nostro Paese – hanno dato ampio spazio alle discipline in materia di poteri speciali, in nome di interessi generali da tutelare, dimenticandosi tuttavia forse dell’opportunità di applicare la disciplina posta a riguardo dalle norme del Trattato CE, e dell’ “*effetto correttore*” del diritto comunitario.

In questa pronuncia la Corte ha utilizzato il cd. “criterio *Baars*”²⁴ per evidenziare la distinzione tra misure che impattano sulla libertà di stabilimento e quelle che invece sono rilevanti per libera circolazione dei capitali. Vengono allora qualificate come misure restrittive della libertà di stabilimento quelle “disposizioni nazionali che si applicano alla detenzione da parte di un cittadino di uno Stato membro, nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro, di una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni di tale società e da consentirgli di indirizzarne le attività” (punto 34 sentenza).

Sono invece fatti rientrare nell’ambito applicativo della libera circolazione dei capitali “gli investimenti diretti, vale a dire gli investimenti di qualsiasi tipo effettuati dalle persone fisiche o giuridiche e aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l’impresa cui tali fondi sono destinati per l’esercizio di un’attività economica. Tale obiettivo presuppone che le

367/98, *Commissione c. Portogallo*, in *Raccolta*, I-473; causa C-483/99, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, I-4781; causa C-503/99, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, I-4809; CGCE 13 maggio 2003: causa C-463/2000, *Commissione c. Spagna*; causa C-98/01, *Commissione c. Regno Unito*.

²² Per una ricostruzione dettagliata del fenomeno cfr., tra gli altri, Sacco Ginevri, *La nuova golden share: l’amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, pp. 707 ss.

²³ Cfr. per intero le conclusioni dell’Avv. Generale al seguente link: https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Conc/Conclusioni-Avv-Generale_causaC_326_08_del_6_11_08.pdf.

²⁴ Come richiamato da F. Bianconi, in *I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi*, in *Contr. e imp.*, I/2022, pp. 207 ss., il criterio “*Baars*” è stato costruito nella sentenza Corte CE, 13 aprile 2000, *Baars*, C-251/98, in *Racc.*, p. I-02787, punto 22.

azioni detenute dall'azionista conferiscano a quest'ultimo la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di tale società o al suo controllo" (punto 35 sentenza).

Al punto successivo (punto 36), di conseguenza, la Corte ha stabilito che "Una normativa nazionale che non è destinata ad applicarsi esclusivamente alle partecipazioni tali da conferire una sicura influenza sulle decisioni di una società e da consentire di indirizzarne le attività, ma che si applichi indipendentemente dall'entità della partecipazione detenuta da un azionista in una società, può rientrare nell'ambito di applicazione sia dell'art. 43 CE, sia dell'art. 56 CE" e quindi degli attuali artt. 49 e 63 TFUE.

La Corte, quindi, ha ritenuto che il potere di veto all'adozione di delibere di cui all'art. 2 lett. c) del d.l. 332/1994, sia restrittivo della libertà di stabilimento, trattandosi di decisioni che riguardano l'amministrazione della società, e pertanto di azionisti che in qualche modo hanno una "sicura influenza" sulle decisioni della società stessa.

D'altra parte, invece, i poteri di cui alle lett. a) e b) dell'art. 2 comma 1 d.l. 332/1994, ovvero sia i poteri di opposizione agli acquisti di partecipazioni rilevanti e alla conclusione di patti parasociali, possono alternativamente essere ricondotti ad una violazione della libertà di stabilimento ovvero della libera circolazione di capitali, a seconda che la partecipazione consenta o meno all'azionista di avere un'influenza sulla gestione della società (punti 38 e 39 della sentenza).²⁵

La CGUE ha sancito che le discipline nazionali, come la *golden share* italiana, possono essere giustificate, alla luce dell'ormai accertata violazione dei principi della libera circolazione di capitali e della libertà di stabilimento, solo nella misura in cui rispettino alcune condizioni specifiche.²⁶ Innanzitutto, le restrizioni devono trovare legittimazione in uno dei motivi contemplati dalle disposizioni dei Trattati: ci si riferisce agli artt. 52 TFUE (ex art. 46 TCE) e 65 TFUE (ex art. 58 TCE). L'art. 52, in riferimento al diritto di stabilimento, enuclea i motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.²⁷ L'art. 65, in riferimento alla libera circolazione di capitali, allo stesso modo prevede le medesime cause di giustificazione.²⁸ In generale, in base alla cd. "*clausola Cassis-Ghebard*", le restrizioni possono trovare fondamento in uno dei motivi di interesse generale

²⁵ Cfr. F. Bianconi, in *op. cit.*, pp. 207 ss.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Si stabilisce: "*Le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano*

impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica".

²⁸ Questo prevede: "*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, (...) o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza*".

enucleati dalla Corte stessa.²⁹ Tra gli interessi generali si richiama l'approvvigionamento minimo di risorse energetiche e di beni essenziali della collettività, la continuità del servizio pubblico, la sicurezza degli impianti utilizzati nell'ambito dei servizi pubblici essenziali, la difesa nazionale, la tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, le emergenze sanitarie.³⁰ La giurisprudenza della Corte, inoltre, pone un duplice limite: non possono trovare giustificazione misure restrittive poste in essere per finalità esclusivamente economiche, anche se possono assurgere a motivi di interesse generale quelli di "ordine economico che perseguono un obiettivo di interesse generale".³¹

Da ultimo, le restrizioni ai principi fondamentali europei di cui sopra, possono essere giustificate quando si fondino su presupposti obiettivi, chiari, trasparenti e siano proporzionate rispetto allo scopo perseguito.³²

Proprio quest'ultimo rappresenta il perno del sindacato che deve svolgere la Corte nel valutare le misure in questione; il principio di proporzionalità, infatti, è un principio generale del diritto europeo, oggi codificato dall'art. 5 TUE.³³

4. L NASCITA DEL POTERE DORATO

Con l'apertura di una nuova procedura d'infrazione, intentata dalla Commissione europea³⁴ nel 2011, il nostro legislatore si è deciso ad intervenire per riformare completamente la materia dei poteri speciali del Governo in tema di investimenti esteri diretti, per renderla compatibile con le disposizioni dell'ordinamento comunitario e poter quindi introdurre restrizioni alle libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali che siano giustificate e proporzionate.

Ciò è avvenuto con il d.l. n. 21 del 2012,³⁵ convertito con modificazioni in L. n. 56 del 2012, determinando il passaggio dalla *golden share*, di cui si è detto finora, al *golden power*.

²⁹ Cfr. F. Bianconi, in *op. cit.*, p. 209.

³⁰ Tali motivi sono ricostruiti da F. Bianconi, in *op. cit.*, sulla base di certa giurisprudenza europea: Corte CE, 26 marzo 2009, *Commissione c. Italia*, C-326/07, punto 45; Corte UE, 8 luglio 2010, *Commissione c. Portogallo*, C-171/08, in *Racc.*, p. I-6817, punto 72; Corte UE, 8 novembre 2012, *Commissione c. Repubblica Ellenica*, C-244/11, in *Racc. digitali*, punti 64-66.

³¹ Cfr. F. Bianconi, *I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi*, *cit.*, per la ricostruzione della giurisprudenza europea sul tema. Con riferimento a quest'ultimo requisito, richiama Corte CE, 11 settembre 2008, *Commissione c. Germania*, C-141/07, in *Racc.*, p. I-06935, punto 60.

³² *Ivi*, p. 210.

³³ Esso stabilisce, al par. 4, che "In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati".

³⁴ Come richiamata da F. Bianconi, in *op. cit.*, p. 215, la procedura d'infrazione n. 2009/2255.

³⁵ 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".

La nuova disciplina, a differenza della previgente, perde ogni tipo di collegamento con il fenomeno delle privatizzazioni in Italia e, di conseguenza, con la conservazione della mano pubblica nelle società appena dismesse; adesso la platea delle imprese soggette ai poteri speciali governativi si amplia notevolmente (e continua ad ampliarsi, come si vedrà), includendo tutte quelle che operano in determinati settori ritenuti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale.

I nuovi poteri speciali attribuiscono al Governo³⁶ la possibilità di intervenire in casi di circolazione delle azioni o di operazioni straordinarie realizzate da imprese che operano nei settori strategici, a prescindere da una partecipazione al capitale di dette società. Pertanto, il nuovo intento del legislatore non è più quello di mantenere un rapporto di ingerenza statale diretta nelle società individuate ex pubbliche, ma piuttosto quello, più ampio, di tutela dell'interesse pubblico senza preclusioni, potendo riguardare indistintamente tutte le situazioni in cui venga messo a repentaglio il funzionamento di attività economiche strategiche.³⁷

Se nella disciplina “*golden share*” i poteri speciali trovano la loro legittimazione in apposite clausole *ad hoc* inserite negli statuti delle società privatizzate, in quella attuale di cui al d.l. 21/2012 lo Stato discende i suoi poteri esclusivamente dalle norme applicabili che ne regolano l'esercizio.

Questo approccio chiaramente dimostra il passaggio da uno strumento tipicamente di diritto societario ad uno di natura amministrativistica. Si tratta di poteri pubblicistici esterni alla governance dell'assetto societario, ma che sullo stesso influiscono. Parliamo, infatti, di “*power*”, overosia “potere”, e non più di “partecipazione” (*share*, in inglese).

Ancora, i poteri speciali non sono più utilizzati per mantenere un'influenza sulle società oggetto di dismissione pubblica, ma per controllare (ed eventualmente inibire, o sottoporre a condizioni) investimenti esteri effettuati nel nostro Paese.³⁸ A questo proposito in dottrina si è addirittura parlato di “Stato stratega” o di “Stato doganiere”,³⁹ per descrivere i più recenti sviluppi della normativa sul golden power.

³⁶ Ed in particolare alla Presidenza del Consiglio dei ministri, novità rispetto alla precedente titolarità del potere in capo al Ministero dell'Economia e delle Finanze.

³⁷ Cfr. A. Sacco Ginevri, *I “golden powers” dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *Federalismi.it*, 16 novembre 2016, p. 4.

³⁸ Cfr. A. Comino, in *op. cit.*, p. 1044.

³⁹ La prima definizione è attribuita a R. Garofoli, *Il controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, cit., p. 91, utilizzata per descrivere l'evoluzione dello Stato regolatore (qual è tipicamente quello del d.l. 21/2012) alla luce dei nuovi eventi storici riguardanti la necessità, per lo Stato, di saper svolgere anche valutazioni di tipo geo-economico e geo-politico. La seconda si deve a G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5/2019, p. 549, secondo il quale lo Stato torna a farsi “doganiere”, assumendo un ruolo di guardiano dei confini da minacce alla sicurezza ed agli interessi nazionali, spesso nascoste da operazioni solo apparentemente economiche.

Più propriamente, si deve intendere che lo Stato nella disciplina “golden power” si comporta da “regolatore” delle attività economiche private (con la *golden share*, come visto in precedenza, si parlava piuttosto di Stato “azionista”, in quanto lo stesso traeva la sua legittimazione, almeno formalmente, dalla presenza di determinate clausole poste negli statuti societari), ed è beneficiario di poteri speciali esercitabili a tutela di un interesse collettivo, sempre in ossequio dei principi fondamentali dell’ordinamento nazionale e di quello europeo (principi di libera circolazione dei capitali e di stabilimento, in primis).

In particolare, a livello costituzionale, si può richiamare l’art 41, commi 2 e 3 Cost.,⁴⁰ ed individuare nell’ “utilità sociale” la ragione per cui i poteri speciali governativi possono limitare la libera iniziativa economica privata, ed anche nell’attuazione del terzo comma dell’art. citato.⁴¹ Pertanto, si ripete, il decreto 21/2012 vuole limitare l’iniziativa economica privata al fine di tutelare valori sociali, ed è questa la manifestazione piena dello stato regolatore del mercato. In dottrina si è parlato di “*accidentale interferenza*” nell’applicazione delle norme del diritto societario per il sopravvenire di esigenze collettive contingenti, ma senza però che derivi una conformazione o tipizzazione relativamente ai settori rilevanti, com’è accaduto per le società quotate e quelle che operano nei mercati finanziari.⁴²

Sicché i nuovi poteri speciali attribuiti al Governo, per rimarcarne la sostanziale differenza rispetto a quelli precedenti di cui alla L. 474/1994, devono considerarsi unicamente espressione di una potestà pubblica. Tali facoltà non hanno alcun tratto di somiglianza con i diritti che spettano a coloro che sono interlocutori qualificati della società di capitali, come gli *shareholders* o, in misura minore, gli *stakeholders*.

Il Governo, attraverso la Presidenza del Consiglio dei ministri, esercita i poteri previsti dal d.l. 21/ 2012 dall’esterno, ovvero da una posizione extra-sociale (con tale intendendo un intervento estraneo ai meccanismi della normale gestione societaria).⁴³

La nuova disciplina ha quindi inteso allinearsi alle regole del diritto europeo, sulla scorta di quanto affermato nelle pronunce della Corte di Giustizia europea. Questo lo si comprende in modo particolare con riferimento alla previsione di specifici ambiti di applicazione della nuova normativa, quando invece nel regime precedente non erano individuate precise aree di riferimento, e pertanto ogni

⁴⁰ Che stabilisce: “*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*”.

⁴¹ Cfr. L. Ardizzone e M.L. Vitali, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. Comm.*, n. 5, 2013, pp. 922 ss.

⁴² Ivi, p. 923.

⁴³ Ibidem.

ingresso straniero nel capitale sociale poteva essere considerato di rilevanza strategica.⁴⁴

Questo nuovo impianto normativo ha pertanto sostituito la disciplina di cui al d.l. 332 del 1994, con l'effetto di far cessare la validità di tutte quelle clausole speciali che erano state inserite negli statuti delle società privatizzate, che sono incompatibili con la nuova disciplina.

Nel nuovo sistema, poi, i poteri si applicano a tutte le società, pubbliche o private che siano, che operano in determinati settori stabiliti dalla legge e svolgono attività di rilevanza strategica.⁴⁵

5. SEGUE: L'AMBITO APPLICATIVO DEL D.L. 21 DEL 2012

A seguito delle vicende giuridiche sopra esposte, e con l'obiettivo di evitare un'ennesima condanna da parte della Corte di Giustizia, il legislatore italiano, come detto, è intervenuto ad una completa sistematizzazione dell'istituto oggetto di studio, con un ampliamento dei poteri speciali.

Si è optato per l'adozione di una disciplina *ad hoc*, il d.l. 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni dalla l. n. 56 del 2012,⁴⁶ delineando così il definitivo passaggio dalla *golden share* (la partecipazione aurea) al *golden power* (il potere aureo).

Se i poteri speciali riconducibili al d.l. 322/1994 erano applicabili solamente ad imprese pubbliche in via di privatizzazione, l'ambito soggettivo di applicazione della nuova normativa si amplia notevolmente: destinatarie sono tutte le imprese, pubbliche o private che siano, operanti in determinati settori strategici per l'interesse nazionale.

Come infatti enucleato in precedenza, e qui giova richiamarlo, la fonte del nuovo potere governativo non è più da individuare nelle clausole appositamente previste negli statuti delle imprese ormai ex pubbliche, bensì direttamente nella disciplina normativa; si delinea così chiaramente la natura pubblicistica dei poteri speciali riservati allo Stato, superando "ogni tentativo di dare una veste privata ai poteri dello stesso, riconoscendo chiaramente la natura amministrativa".⁴⁷ Emerge di fondo una chiara volontà legislativa di permettere un'ingerenza governativa in tutte quelle circostanze in cui viene compromesso il funzionamento di attività

⁴⁴ Cfr. C. San Mauro, *I poteri speciali del Governo nei confronti delle società che operano nei settori strategici: dalla golden share ai golden power*, in *Foro amministrativo*, 2015, p. 2955.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ 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".

⁴⁷ Cfr. M. Allena, *Un nuovo ambito di giurisdizione del giudice amministrativo nel diritto dell'economia: la competenza esclusiva in materia di esercizio dei golden powers*, in *Dir. Econ.*, vol. 25, n. 79 (3-2012), pp. 639-661.

economiche ritenute strategiche per il Paese, a prescindere dalla natura del soggetto che l'esercita.⁴⁸

Per quanto concerne l'ambito oggettivo di applicazione, la disciplina *golden power* offre una perimetrazione rigorosa dei settori da proteggere, riconducibile a due macroaree in base al settore di riferimento dell'impresa destinataria dei poteri.

In via preliminare, il decreto-legge prescrive, all'art. 1, i poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale (ivi incluse "le attività strategiche chiave"), affidando al d.P.C.M. n. 108 del 2014⁴⁹ l'individuazione analitica delle attività di rilevanza strategica.

All'art. 2, invece, sono circoscritti i poteri inerenti agli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, perdendo peraltro ogni rilevanza il collegamento con le attività di servizio, oggetto di liberalizzazione. Piuttosto, il riferimento è ai profili infrastrutturali, in particolare "le reti e gli impianti", oltre che "i beni e i rapporti". Al d.P.C.M. n. 85/2014, relativo a queste materie, è riservata l'elencazione degli *asset* rilevanti.⁵⁰

È lo stesso art. 1, comma 1, del d.l. 21 del 2012, infatti, a rinviare ad uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri la definizione delle attività di rilevanza strategici in relazioni alle quali è concesso l'esercizio dei poteri speciali.⁵¹ Il combinato disposto di questi due livelli di delimitazione normativa punta proprio a ridurre il grado di incertezza circa l'ambito di applicazione oggettiva della disciplina.

A queste due categorie se n'è aggiunta di recente una terza, disciplinata all'art. 1-bis del d.l. 21 del 2012, che prevede la possibilità di esercitare i poteri speciali governativi nei settori inerenti ai servizi di comunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G, qualificati come di rilevanza strategica per il sistema di difesa e di sicurezza nazionale.

⁴⁸ Cfr. A. Sacco Ginevri, *L'espansione dei golden powers fra sovranismo e globalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 1/2019, p. 156 ss.

⁴⁹ Cfr. M. D'alberti, *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in *Foreign direct investment screening – Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di Giulio Napolitano, Il Mulino, 2019, p. 85, secondo il quale si tratta degli interessi strategici strettamente legati alla "*puissance publique*"; il DPCM n. 108/2014 precisa che le materie includono le attività di ricerca, sviluppo, produzione, relative a vari sistemi e materiali tecnico-militari, a radar multi spettrali, a sistemi di sorveglianza e di controllo del territorio, a sistemi di raccolta e classificazione di informazioni a fini di repressione dei reati.

⁵⁰ Si tratta della rete nazionale di trasporto del gas naturale, della rete ferroviaria nazionale rilevante per le reti trans-europee, degli impianti per la fornitura dell'accesso agli utenti finali dei servizi a banda larga e ultra-larga.

⁵¹ Cfr. A. Sacco Ginevri, in *L'espansione dei golden powers fra sovranismo e globalizzazione*, cit., secondo il quale la disciplina dei *golden powers*, derogando ai principi di autonomia privata e di tendenziale corrispondenza tra rischio d'impresa e gestione societaria, non dovrebbe applicarsi indiscriminatamente a qualsiasi attività, non potendosi dunque giustificare una lettura estensiva od analogica delle disposizioni inerenti all'ambito oggettivo di applicazione della normativa.

Per quanto riguarda i poteri esercitabili da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, sia che si tratti delle materie di cui all'art. 1, che di quelle di cui all'art. 2, essi possono essere raggruppati in tre categorie: (i) imposizione di specifiche condizioni o impegni in caso di acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica nei settori indicati (partecipazioni qualificate); (ii) opposizione all'acquisto di partecipazioni in siffatte imprese; (iii) veto rispetto all'adozione di determinate delibere, atti od operazioni dell'assemblea o dell'organo di amministrazione dell'impresa di particolare rilievo strategico.⁵²

Diversa è chiaramente la specificazione dei poteri speciali nelle due norme richiamate: nell'art. 1, comma 1, d.l. 21/2012, a differenza che nell'art. 2, si fa riferimento all'imposizione di specifiche condizioni⁵³ con riferimento alle imprese che svolgono attività strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, al veto all'adozione di delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione, ed infine all'opposizione all'acquisto di partecipazioni da parte di un soggetto diverso dallo Stato italiano, enti pubblici italiani o soggetti da questi controllati, ove il livello della partecipazione acquisita sia tale da compromettere nel caso specifico gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale.⁵⁴

D'altra parte, anche relativamente agli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, sono previsti all'art. 2 d.l. 21/2012 analoghi poteri speciali, anche se differenziati a fronte di una diversa rilevanza di tali cambi per gli interessi nazionali.

Non a caso, i poteri governativi nei settori della difesa e sicurezza nazionale, di cui si è detto poco sopra, sono più invasivi e pregnanti rispetto a quelli nel campo dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

La ragione di ciò la si può giustificare, da una parte, per la preminenza che la difesa e la sicurezza nazionale rivestono nella scala gerarchica degli interessi strategici per lo Stato e, dall'altra, per la minor armonizzazione legislativa operata a livello europea sulla materia, essendo tali settori tradizionalmente e storicamente di competenza nazionale.⁵⁵

Anche nell'art. 2 del d.l. 21/2012, come nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, sono stabiliti i classici poteri dell'imposizione di specifiche

⁵² Cfr. art. 1, comma 1, lett. a) e c) e art. 2, commi 5 e 6, d.l. n. 21 del 2012. Cfr. anche art. 1, comma 1, lett. b) e art. 2, commi 2 ss., d.l. n. 21 del 2012.

⁵³ Cfr. A. Sacco Ginevri, *op. cit.*, p. 159, secondo il quale ciò che rileva ai fini dell'esercizio di questo potere non è tanto l'entità della partecipazione qualificata acquisita, quanto più la concreta idoneità del trasferimento partecipativo a incidere su determinati aspetti dell'attività imprenditoriale: a titolo esemplificativo si richiama la sicurezza degli approvvigionamenti e la sicurezza delle informazioni.

⁵⁴ *Ibidem*. Si richiama la differenza con la disciplina previgente, di cui all'art. 2, comma 1, lett. a, d.l. 332/1994, in cui si parlava di gradimento pubblico ai trasferimenti di partecipazioni rilevanti.

⁵⁵ Cfr. A. Sacco Ginevri, *op. cit.*, p. 158.

condizioni, di opposizione agli acquisti di partecipazioni qualificate e di veto a certe delibere, atti od operazioni. In questo caso, a differenza che nell'art. 1, i poteri sono disciplinati in modo unitario al comma sesto dell'articolo in esame, stabilendosi la possibilità di imporre condizioni o impegni diretti a garantire la tutela di interessi essenziali dello Stato o, nei casi eccezionali, di opporsi.

I presupposti di utilizzo dei poteri sono differenti rispetto a quelli previsti all'art. 1. Ai sensi dell'articolo precedentemente analizzato, infatti, i *golden powers* possono essere esercitati in presenza di una minaccia di grave pregiudizio agli interessi essenziali della difesa e sicurezza nazionale. Qui, invece, ai fini dell'integrazione della fattispecie si richiede 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" ed inoltre anche "un pericolo per la sicurezza o per l'ordine pubblico".⁵⁶ Pertanto, come si può notare, nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, affinché possano essere esercitati i poteri speciali si richiede un *quid pluris* rispetto ai requisiti di cui all'art. 1: si rende necessaria una situazione eccezionale che riduce l'ambito dell'esercizio legittimo dei poteri speciali. Da una parte, la maggiore invasività dei poteri speciali nei settori di cui all'art.1 è ascrivibile alla maggior rilevanza che la difesa e la sicurezza nazionale rivestono nella scala degli interessi essenziali dello Stato; dall'altra, però, degno di nota è anche il fatto che tali settori sono sempre stati rimessi alla competenza nazionale, lasciando così minor spazio all'armonizzazione legislativa europea.⁵⁷

Il decreto-legge n. 22/2019 ("d.l. Brexit") ha introdotto, accanto alle ipotesi tradizionali appena indicate, un'ulteriore fattispecie del potere aureo, inserendo l'art. 1-bis nel d.l. 21/2012.

Si prevede così un'ipotesi di esercizio dei poteri speciali con riguardo alla stipulazione di contratti o accordi aventi ad oggetto l'acquisto di beni o servizi relativi alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione delle reti inerenti ai servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G.

Questa disciplina, introdotta al fine di aggiornare la normativa *golden power* conseguentemente all'evoluzione tecnologica incorsa, si differenzia dalle due fattispecie fondamentali (art. 1 ed art. 2 del d.l. 21/2012) essenzialmente per un punto: oggetto della notifica che deve provenire dalle imprese interessate non è più un'operazione societaria, ma sono specifiche operazioni contrattuali, come prima elencate, quando la controparte è un soggetto stabilito in uno Stato esterno all'Unione Europea.

⁵⁶ V. art. 2, commi 3 e 6, d.l. 21 del 2012.

⁵⁷ Cfr. S. Alvaro, M. Lamandini, A. Police, I. Tarola, *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica*, in *Quaderni giuridici CONSOB*, febbraio 2019, p. 24 ss.

Anche in quest'ipotesi, in “presenza di fattori di vulnerabilità che potrebbero compromettere l'integrità e la sicurezza delle reti e dei dati che vi transitano”,⁵⁸ il ventaglio dei poteri che in concreto il Consiglio dei Ministri può utilizzare si compone del potere di veto o dell'imposizione di specifiche prescrizioni nei confronti dell'operatore, al fine di assicurare la tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale.

⁵⁸ Così il comma 4 dell'art. 1-bis, d.l. 21/2012.

II

L'inquadramento giuridico nel background pubblicistico

1. NATURA GIURIDICA (DEGLI ATTI APPLICATIVI) DEI POTERI SPECIALI: TRA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E POLITICA

Si rende ora necessario introdurre e sviluppare la ricostruzione della natura giuridica dei poteri speciali per meglio favorire l'inquadramento dell'istituto dei *golden powers* all'interno delle categorie generali del diritto amministrativo.

I provvedimenti adottati in applicazione dell'art. 1 e ai sensi dell'art. 2 del d.l. 21 del 2012 hanno la forma di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri.

Gli atti di competenza del Presidente del Consiglio, a parità di forma utilizzata, possono avere ad oggetto alternativamente un'attività politica dell'organo, ovvero un'attività cd. di alta amministrazione, o ancora un'attività amministrativa ordinaria.⁵⁹

Nel caso in esame la dottrina, pressoché unitariamente, ritiene che il d.P.C.M. di esercizio dei poteri speciali non assuma la veste di atto politico.

Nel nostro ordinamento, difatti, lo spazio riservato all'atto politico (contemplato dall'art. 7, comma 1, c.p.a.) è stato molto ridimensionato, a favore di una generalizzata estensione dell'ambito del sindacato giurisdizionale.⁶⁰ Un atto, per potere essere qualificato come "atto politico", deve contenere due

⁵⁹ Cfr. R. Angelini, *Stato dell'arte e profili evolutivi dei poteri speciali: al crocevia del golden power*, in *Rivista di diritto societario*, 3/2018, p. 706 ss.

⁶⁰ Si veda, a riguardo, la sentenza della Corte Costituzionale n. 81/2012, secondo la quale: "gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate".

elementi: un requisito soggettivo, per il quale l'atto deve promanare da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello, ed un requisito oggettivo, che richiede che l'atto sia libero nei fini perché riguardante le supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri.⁶¹

In altre parole, nella categoria di atti politici rientrano gli atti che sono emanati da un organo costituzionale nell'esercizio di una funzione di governo e sono liberi nel fine. Proprio in ragione di ciò, sono sottratti al sindacato giurisdizionale, il quale risulta privo del parametro di legittimità e dunque di misurabilità.⁶²

In dottrina si è sostenuto che "l'atto di governo, concorrendo a determinare gli obiettivi dell'azione politica dell'amministrazione, si muove al di fuori del principio normativo di canonizzazione degli interessi pubblici: per questo è giuridicamente libero, rispondendo l'amministrazione solo in sede politica".⁶³

L'atto di alta amministrazione, invece, ha natura amministrativa, seppure caratterizzato da un'ampissima discrezionalità nell'*an* e nel *quid*. È comunque subordinato diacronicamente e contenutisticamente all'atto di indirizzo politico, cui solo spetta la predeterminazione degli obiettivi, da perseguire anche mediante atti o provvedimenti amministrativi. Esempi ne sono i provvedimenti di nomina e revoca dei vertici militari o dei ministeri (prefetti, capi di dipartimento) o dei direttori generali delle aziende sanitarie locali.

Gli atti di alta amministrazione devono essere motivati e sono impugnabili innanzi al giudice amministrativo, il quale però esercita su di essi un sindacato meno intenso, volto a giudicare le violazioni più evidenti dei principi che presiedono all'esercizio del potere discrezionali.⁶⁴

L'atto di alta amministrazione, infatti, costituisce una *species* del più ampio *genus* degli atti amministrativi, e ne condivide il regime giuridico inclusa la sottoponibilità al controllo giurisdizionale. Trattandosi, però, di un atto altamente discrezionale, il sindacato del giudice amministrativo è inevitabilmente ridotto

⁶¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 808 e Cass., Sez. Un., 28 giugno 2013, n. 16305.

⁶² È la teoria di C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Munchen und Leipzig, 1928, 131, che parla di "Messbarkeit" degli atti, inteso come principio informatore dello stato di diritto, in quanto garanzia di controllo degli stessi per verificare in sede giurisdizionale se siano *intra* od *ultra-vires*.

⁶³ Cfr. B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, p. 3.

⁶⁴ Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 200.

alla rilevazione dell'illogicità o irragionevolezza manifesta,⁶⁵ al riscontro dell'esistenza dei presupposti e alla congruità della motivazione rispetto a questi.⁶⁶

Alla luce di quanto appena esposto, nel caso degli atti di esercizio del *golden power* di certo il requisito soggettivo appare integrato, mentre quello oggettivo non sembra essere soddisfatto. In particolare, dalla normativa si evince che, dal lato del requisito soggettivo, il potere viene esercitato da organi del Governo che svolgono funzioni di indirizzo politico; dal lato del requisito oggettivo, invece, i fini della disciplina in tema di poteri speciali non sono liberi, ma precisamente circoscritti e codificati dagli articoli 1 e 2 del d.l. 21 del 2012.⁶⁷

Tale soluzione, della natura amministrativa (seppur connotata da ampia discrezionalità) della decisione finale del Consiglio dei Ministri, è sostenuta in maniera uniforme dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa.

Si ribadisce, comunque, l'ampia componente politica di questi atti amministrativi: il *golden power* garantisce infatti allo Stato potestà, rispetto a società (anche) private, che vanno oltre la normale disciplina privatistica societaria, esercitando un controllo sui cambiamenti proprietari e/o imponendo il veto sull'adozione di alcune decisioni strategiche. Per questo vengono anche definiti come "atti di altissima amministrazione", in quanto è presente una componente politica ineludibile, avendo ad oggetto la tutela di essenziali interessi statali, quali la tutela della sicurezza nazionale o un grave pregiudizio alla collettività.⁶⁸

In ogni caso, pur sottolineando questa connotazione, la dottrina appare concorde nel ritenere che tali atti mantengono natura amministrativa. Si è infatti efficacemente affermato che "pur viaggiandosi su un terreno ibrido, la natura amministrativa finisce per prevalere su quella politica, la quale viene orientata e direzionata dal potere amministrativo".⁶⁹

Si deve pertanto affermare che il d.P.C.M. di esercizio dei poteri speciali rientri nella categoria di atto di alta amministrazione.

⁶⁵ In senso critico si v. F. Cintioli, *La natura amministrativa della decisione sull'esercizio dei poteri speciali e la sua sottoposizione al sindacato del giudice amministrativo*, in *Golden power*, a cura di Chieppa, Piro, Tuccillo, Il Foro Italiano, La Tribuna, Piacenza, 2023, p. 252 ss., che sostiene come la formula dell'illogicità o irragionevolezza manifesta sarebbe persino insufficiente a descrivere le caratteristiche del sindacato giurisdizionale in materia. Secondo l'Autore, nel caso concreto, di fronte a tale tipologia di atti, il sindacato dovrebbe quasi tendere all'accertamento della carenza eclatante dei requisiti di fondo per poter esercitare tali poteri.

⁶⁶ Cfr. E.M. Tepedino, *Golden powers: i poteri speciali del governo al vaglio del giudice amministrativo*, in *Amministrazione in cammino*, giugno 2022, p. 11 ss.

⁶⁷ Si veda L. Belviso, *Golden power*, cit., p. 139.

⁶⁸ Così D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti "Golden Powers"*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 4/2021, p. 62 ss., in cui afferma altresì che la componente politica dell'atto di esercizio del *golden power* lo si evince dal soggetto chiamato ad operare (Presidenza del Consiglio dei Ministri).

⁶⁹ Così A. Sandulli, *La febbre del golden power*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3 – 2022, p. 753.

2. SEGUE: ULTERIORI ARGOMENTAZIONI A FAVORE DELLA NATURA AMMINISTRATIVA DEL POTERE

A conferma della natura amministrativa del potere speciale soccorre la presenza di regole proprie dei procedimenti amministrativi. Infatti, a differenza della precedente disciplina sulla *golden share*, rimessa alle clausole degli statuti societari, per i *golden power* è prevista nelle fonti normative primarie e secondarie la disciplina di dettaglio sul procedimento che deve essere seguito dal Governo per giungere alla decisione finale.

Come si può osservare, infatti, anche nel procedimento di *golden power* sono rinvenibili le classiche tre fasi: iniziativa, istruttoria e decisoria.⁷⁰

Quanto alla fase introduttiva, si pone un problema interpretativo circa il momento in cui prende avvio il procedimento, se con l'iniziativa di parte o d'ufficio. L'istanza, o più propriamente la notifica, dell'operatore interessato sarebbe, invero, da intendersi "come una sorta di segnalazione – certamente atipica, in quanto qui doverosa ed effettuata dalle parti e non dai terzi – nell'ambito di un procedimento che origina, in ogni caso, d'ufficio".⁷¹

Sia il T.A.R. Lazio che il Consiglio di Stato nella vicenda Syngenta-Verisem⁷² confermano infatti che la notifica costituisce un atto dovuto a contenuto informativo di ausilio all'esercizio dei poteri speciali (in funzione di controllo) non equiparabile all'istanza di parte di cui all'art. 2 della legge 241/1990, diretta a conseguire un bene della vita. Ne deriva, come primo importante corollario, che non è applicabile alla fattispecie la disciplina del preavviso di rigetto di cui all'art 10-bis della predetta legge, concernente i procedimenti a istanza di parte.

Appare dunque preferibile ritenere che il procedimento sia caratterizzato da un atipico atto di iniziativa doverosa connotato in termini di segnalazione (la notifica); fermo restando che la norma nel testo novellato (con il "Decreto Liquidità", d.l. 23/2020) consente espressamente l'iniziativa *ex officio*,⁷³ qualora la parte non dovesse procedere alla segnalazione, benché obbligatavi.⁷⁴

Da ultimo, da questa interpretazione discende che la situazione giuridica soggettiva del notificante è diversa da quella classica dell'istante titolare di un interesse legittimo pretensivo: il notificante ex art. 1 e 2 d.l. 21 del 2012 è titolare

⁷⁰ Si v. L. Belviso, *op. cit.*, p. 140.

⁷¹ Ivi, p. 142.

⁷² Si tratta delle seguenti sentenze: Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione I, 13 aprile 2022, n. 4486 e n. 4488; Consiglio di Stato, Sezione IV, 9 gennaio 2023, n. 289.

⁷³ In questo caso, ai sensi dell'art. 1, comma 8-bis, d.l. 21 del 2012, il *dies a quo* decorre dalla conclusione del procedimento di accertamento della violazione dell'obbligo di notifica.

⁷⁴ In questo senso anche A. Sandulli, *La febbre del golden power*, *cit.*, p. 760.

piuttosto di un interesse legittimo oppositivo all'esercizio dei poteri governativi.⁷⁵ Non solo, una ricostruzione *a contrario* che dovesse ammettere il perfezionamento di un'operazione commerciale come un bene della vita esterno alla libera disponibilità delle parti interessate apparirebbe in contrasto con le libertà europee cui è storicamente collegata la disciplina *golden power*.⁷⁶

Per quanto riguarda la fase istruttoria, ancora a favore della natura amministrativa del potere governativo, interviene anche qui una normativa decisamente complessa e articolata, richiedendosi l'intervento di molteplici strutture operanti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.⁷⁷

È, infatti, il Ministro competente per materia, all'interno del Gruppo di Coordinamento interministeriale, il soggetto competente a svolgere l'istruttoria procedimentale, spettandogli la ricognizione dell'operazione in questione, di modo da poter effettuare una proposta motivata di esercizio o di non esercizio dei poteri speciali, che verrà poi trasmessa al Consiglio dei Ministri per la deliberazione finale.

Sul punto, è stata sollevata in dottrina la questione se, a fronte della ricezione della notificazione da parte dell'impresa interessata, il Ministro competente debba sempre avviare l'istruttoria, quand'anche ritenga non vi sia spazio per l'applicazione della disciplina in materia di *golden power*.

La giurisprudenza prevalente statuisce che il Ministro titolare dell'istruttoria non debba procedere automaticamente all'avvio di tale fase ogniqualvolta gli pervenga la comunicazione dell'operazione da parte degli operatori economici interessati. Più chiaramente, il soggetto titolare di questa fase non deve avviare l'istruttoria quando ritenga che un'attività od un attivo non siano strategici, non rientrando nel catalogo dei settori strategici previsti dalla normativa in materia di *golden power*.⁷⁸

⁷⁵ Così E.M. Tepedino, *Golden powers: i poteri speciali del governo al vaglio del giudice amministrativo*, cit., p. 9.

⁷⁶ Cfr. L. Masotto, *Il golden power alla prova del procedimento e del processo amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2022, p. 665 ss.

⁷⁷ Si rammenta che, anche alla luce delle modifiche normative intervenute dopo il d.l. 21 del 2012, il procedimento *golden power* si realizza oggi per mezzo di una serie di organi: il Gruppo di Coordinamento, composto dal Segretario Generale della Presidenza e da personale dirigenziale delle singole amministrazioni coinvolte; il Dipartimento per il Coordinamento Amministrativo (DICA), è l'ufficio responsabile dell'attività di coordinamento; presso il DICA è stato istituito, poi, tra le agenzie di sicurezza dell'*intelligence*, un Nucleo di Valutazione e Analisi Strategica in materia di esercizio dei poteri speciali; da ultimo è stato istituzionalizzato il rapporto del Gruppo di Coordinamento con le *Autorithies*, le università e gli enti di ricerca, nonché con la Guardia di Finanza.

⁷⁸ Cfr., in questo senso, T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 13 luglio 2021, n. 727, ove il Giudice, rigettando la tesi del ricorrente, stabilisce che correttamente la Presidenza del Consiglio "non ha sostanzialmente aperto la procedura di valutazione in concreto dell'operazione (che presuppone, quantomeno, preliminarmente che la stessa rientri astrattamente nel campo di applicazione della disciplina) e sono quindi inconferenti le minuziose analisi di presunte

Richiamando la lettura offerta dal Consiglio di Stato⁷⁹ sul punto, d'altra parte, si osserva come il rigore richiesto dal legislatore sull'accertamento dei requisiti nella fase istruttoria viene meno nel momento in cui si afferma che il carattere strategico dell'attività, e quindi la giustificazione del veto, possa desumersi anche solamente da una valutazione negativa circa la nazionalità del soggetto acquirente (nel caso di specie, si trattava della Cina).⁸⁰ Con le parole del supremo giudice amministrativo: "il Consiglio dei Ministri è organo decisionale deputato [...] ad operare un'ampia valutazione prospettica di scenario, tesa da un lato a preservare il Paese da possibili fattori di rischio prospetticamente rilevanti, dall'altro e contestualmente ad arginare iniziative di Paesi terzi potenzialmente pericolosi o per i quali, comunque, sia ritenuto opportuno un ingaggio geopolitico particolarmente prudente. In altra angolazione argomentativa, 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".⁸¹

Al termine del procedimento si impone poi la fase decisoria, unicamente appannaggio del Consiglio dei Ministri che,⁸² deliberando sulla proposta pervenutagli dal Ministro competente per l'istruttoria, opta per l'esercizio dei poteri speciali, ovvero, consentendo il decorso del termine per provvedere, decide per il non esercizio degli stessi. La delibera, poi, è inserita obbligatoriamente all'interno di un decreto presidenziale (d.P.C.M.) nell'ipotesi di esercizio dei poteri speciali, mentre l'inserimento nello stesso decreto della delibera di non esercizio dei poteri è solo eventuale, valendo il silenzio del Consiglio dei Ministri in ogni caso come assenso alla realizzazione dell'operazione.⁸³

In relazione a quest'ultima fase è sorta una questione circa il rapporto tra la proposta ministeriale di esercizio o non esercizio dei poteri e la conseguente

successive violazioni procedurali dedotte in atti e che presupporrebbero, a monte, la sussistenza di un obbligo di valutazione dell'operazione".

⁷⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289.

⁸⁰ Così F. Cintioli, *La natura amministrativa della decisione sull'esercizio dei poteri speciali e la sua sottoposizione al sindacato del giudice amministrativo*, in *Golden Power*, a cura di R. Chieppa, C.D. Piro, R. Tuccillo, *Il Foro Italiano*, 2023, p. 258.

⁸¹ Cons. Stato, Sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289, par. 18.3 e 18.4.

⁸² In questo senso, Cons. Stato, Sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289, già citata.

⁸³ Così L. Belviso, in *op. cit.*, p. 146, il quale osserva, tuttavia, la recente tendenza ad inserire in un decreto presidenziale la delibera di non esercizio dei poteri, accompagnando la stessa con raccomandazioni non vincolanti.

attività di deliberazione del Consiglio dei Ministri, ovverosia, in altre parole, se quest'ultima potesse discostarsi o meno dall'esito della fase istruttoria, ed eventualmente con quali limiti.

Il giudice amministrativo,⁸⁴ sul punto, chiarisce che la proposta ministeriale deve ritenersi non vincolante, potendo pertanto il Consiglio dei Ministri discostarsene anche senza bisogno di una motivazione rafforzata, andando pertanto a creare una netta cesura tra la fase istruttoria e quella decisoria.⁸⁵

Normalmente, nella teoria generale dell'azione amministrativa, la motivazione rappresenta il mezzo attraverso cui l'amministrazione evidenzia il procedimento logico-argomentativo posto alla base del provvedimento adottato, a garanzia e controllo dell'esercizio del potere in conformità ai principi imposti dall'art. 97 della Costituzione.

Se questa è la regola generale in tema di motivazione dell'atto amministrativo, con le distinzioni dovute al carattere discrezionale o vincolato dello stesso, l'attività di alta amministrazione costituisce un'eccezione, richiedendo un "apparato motivazionale (comunque necessario ma) meno puntuale ed incisivo".⁸⁶

Secondo una parte della dottrina, in questo modo si sarebbe introdotto nel sistema un elemento di "sostanziale insindacabilità della valutazione politica, che esprime una motivazione quasi autosufficiente; l'istruttoria non servirebbe ad orientare la conclusione del decidente, così come accade nel procedimento amministrativo ordinario (art. 6, ultimo comma, L. n. 241/1990), ma solo a fornire dati conoscitivi".⁸⁷

Pertanto, il procedimento in materia di *golden power* si delinea alquanto chiaramente come un procedimento *sui generis*, perché in deroga a molte norme della L. 241/90, pur mantenendo però una sua scansione in fasi ben precisa, che gli conferisce pienamente natura amministrativa.

A conforto di suddetta natura si può altresì richiamare il principio di proporzionalità (richiamato nella fase iniziale di questa trattazione come elemento essenziale nel sindacato del giudice per valutare la compatibilità della

⁸⁴ Si tratta delle pronunce del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 aprile 2022, n. 4486 e 4488.

⁸⁵ In questo senso A. Sandulli, *La febbre del golden power*, cit., p. 759.

⁸⁶ In tal senso, L. Masotto, *Il golden power alla prova del procedimento e del processo amministrativo*, cit., p. 669.

⁸⁷ F. Cintioli, *La natura amministrativa della decisione sull'esercizio dei poteri speciali e la sua sottoposizione al sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 261, ove l'Autore richiama la composizione bifasica del procedimento in materia di *golden power*, come prospettata da Cons. Stato Consiglio di Stato, Sezione IV, 9 gennaio 2023, n. 289. Il giudice amministrativo di secondo grado, infatti, postula l'esistenza di una prima fase di carattere prettamente istruttorio tesa all'acquisizione di tutti i dati necessari al fine di ricostruire ed inquadrare l'operazione a beneficio della fase finale ("attività propedeutica all'esercizio dei poteri speciali" come definita dal D.P.R. n. 86 del 2014); e poi una seconda fase, decisoria, unicamente in capo al Consiglio dei Ministri, che presenta un "marcato e assai lato profilo discrezionale".

misura adottata in relazione alla disciplina nazionale e sovranazionale),⁸⁸ per la centralità che riveste in materia.

3. SEGUE: IL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

Come osservato in precedenza,⁸⁹ i poteri spettanti al Consiglio dei Ministri in materia di *golden power* possono essere di tre tipologie: (i) potere di imporre prescrizioni, che comporta l'obbligo per le imprese di rispettare specifiche condizioni per l'acquisizione di quote rilevanti di partecipazioni e le operazioni societarie straordinarie; (ii) potere oppositivo, che non permette l'acquisto di partecipazioni in un'impresa da parte di un determinato soggetto, quando l'acquirente venga a detenere così una quota di capitale che possa compromettere gli interessi strategici; (iii) potere di veto, che blocca e impedisce l'attuazione della delibera societaria relativa all'operazione straordinaria.

La scelta del potere da esercitare in concreto è permeata dal principio di proporzionalità: ad esempio, si richiede l'esercizio del potere prescrittivo, in quanto meno invasivo della sfera giuridica delle imprese sottoposte a controllo, ogniqualvolta esso risulti comunque sufficiente per la tutela degli interessi strategici nazionali, secondo una scala crescente che solo al suo apice vede l'esercizio del potere di veto.⁹⁰ Non solo, applicazione di suddetto principio è oggi anche l'esercizio di poteri ancor meno invasivi del potere di imporre prescrizioni. Si tratta del potere di prescrivere raccomandazioni, inserendole nelle medesime delibere di non esercizio dei poteri speciali, in modo da orientare le condotte degli operatori del mercato.

Come riconosciuto in dottrina, le raccomandazioni sono atti non vincolanti, come tali rientrando nell'ampio concetto di *soft law*, di certo meno restrittivo del potere prescrittivo (che è pur sempre un caso di *hard law*) e non sono impugnabili davanti al giudice amministrativo (non facendo sorgere un concreto interesse a ricorrere). Pur essendo tale la natura delle raccomandazioni, esse sono comunque caratterizzate dall'elemento della *moral suasion*, per cui il destinatario è portato al loro rispetto in virtù dell'autorevolezza dell'organo che le adotta.⁹¹

Il Consiglio di Stato, poi, nella pronuncia resa nel caso Syngenta-Verisem,⁹² ha escluso la violazione del principio di proporzionalità nell'applicazione del veto, in quanto l'imposizione di condizioni non sarebbe stata sufficiente perché non

⁸⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 13 luglio 2000, causa C-423/98, ove il giudice europeo rammenta come le esigenze di pubblica sicurezza possono giustificare deroghe alle norme del Trattato, in particolare quelle relative alla libertà dei movimenti di capitali e del diritto di stabilimento, purché rispettino il principio di proporzionalità, ossia nei limiti di quanto è idoneo per raggiungere l'obiettivo perseguito.

⁸⁹ Vedi art. 1, comma 1, lett. a), b) e c) e art. 2 del d.l. 21 del 2012.

⁹⁰ In tal senso anche A. Sandulli, op. cit., ove qualifica il potere di veto quale *ultima ratio*.

⁹¹ Cfr., ancora, L. Belviso, op. cit., p. 148.

⁹² Ancora, Cons. Stato, n. 289/2023, cit.

avrebbe comunque ostato al perfezionamento dell'operazione ed avrebbe peraltro prodotto "effetti pecuniari e/o obbligatori [...] di complessa realizzabilità in caso di inottemperanza del destinatario cinese".

Si osserva pertanto come, in quest'ipotesi, la nazionalità del soggetto acquirente viene ad acquisire una funzione centrale anche nello scrutinio del principio di proporzionalità. Difatti, l'estraneità del soggetto rispetto all'Unione Europea e la mancata partecipazione dello stesso ad organizzazioni sovranazionali di cui l'Italia fa parte (in questo senso il Consiglio di Stato cita la NATO), limitando in un certo senso la coercibilità dei rimedi, giustificherebbe l'esercizio del potere di veto come soluzione più proporzionata nel caso concreto.⁹³

Da ultimo, a ulteriore conferma della natura amministrativa (e non politica) del potere di *golden power* si richiamano ulteriori profili procedurali, che si rifanno alle caratteristiche tipiche dei procedimenti amministrativi. Siamo parlando, a titolo esemplificativo, dell'esistenza di precisi termini di conclusione del procedimento,⁹⁴ della previsione di ipotesi di sospensione del procedimento⁹⁵ o ancora dell'attivazione di procedimenti paralleli a quello principale (come quello per l'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie).

Si tratta, secondo la dottrina, di indizi o, meglio, di vere e proprie prove, che corroborano la tesi secondo cui il potere di cui al d.l. 21 del 2012 abbia natura amministrativa, culminando in un provvedimento amministrativo vero e proprio (con le dovute cautele di cui si è parlato in precedenza circa la fattispecie dell'atto di alta amministrazione) e non in un atto politico.

Ne discende la sindacabilità di questi atti, pur nelle forme attenuate che sono state esposte in precedenza.

4. L'EPIFANIA DEI POTERI DI *GOLDEN POWER*: ANALISI DEI PROVVEDIMENTI

Si tratta ora di ricostruire le caratteristiche dei provvedimenti con i quali vengono esercitati i poteri speciali alla luce degli effetti che producono sui loro destinatari. Come ampiamente osservato in precedenza, i poteri governativi sono esercitabili sia a seguito di notifica dell'operatore interessato che d'ufficio. Si è anche visto come la notifica di un'operazione rientrante nelle materie di cui al d.l. 21 del 2012 non ha natura di istanza volta ad ottenere un bene della vita (*recte*:

⁹³ Così F. Cintioli, *op. cit.*, p. 264.

⁹⁴ È stabilito un termine di 45 giorni dal ricevimento della notifica completa per l'adozione della decisione finale da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri.

⁹⁵ Si rammenta qui la possibilità per il Governo di sospendere il procedimento per procedere a "richieste di informazioni"; il Regolamento IDE ha poi previsto ulteriori ipotesi di sospensione, come per esempio nell'ipotesi di attivazione del meccanismo di cooperazione amministrativa tra gli Stati membri.

un'autorizzazione, enucleando quindi un interesse legittimo pretensivo),⁹⁶ quanto piuttosto costituisce adempimento di un obbligo di informazione in ausilio all'esercizio del *golden power* che, del resto, può anche essere esercitato ove non vi sia stata la notificazione da parte dell'operatore interessato (venendo a costituire piuttosto un interesse legittimo oppositivo).

Oltre al carattere officioso della fase di avvio del procedimento, giova segnalare altresì l'officiosità dei poteri istruttori dell'Amministrazione una volta che il procedimento sia stato aperto. In questo senso, infatti, si osserva come l'Autorità governativa procedente persegue l'obiettivo di un'acquisizione completa di tutti gli elementi che sono rilevanti considerando, da una parte, la situazione effettiva e sostanziale di controllo sugli attivi strategici e, d'altra parte, gli obiettivi da raggiungere in punto di sicurezza ed ordine pubblico.⁹⁷

Dato questo come punto di partenza, la (pur limitata) dottrina che si è occupata di tale tema sembra concorde nell'assimilare il potere speciale di cui al d.l. 21 del 2012 al potere di controllo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di concentrazione tra imprese. Ci si riferisce qui, in particolare, al *golden power* quando si traduce nella forma dell'imposizione di condizioni o dell'opposizione, di cui alle lettere a) e c) del comma 1 dell'art. 1 del suddetto decreto, riservando l'analisi del terzo potere, quello di veto (di cui alla lettera b)) ad una fase successiva della trattazione.

Tale prerogativa dell'*Antitrust*, infatti, pacificamente ritenuta in giurisprudenza come non autorizzatoria, si considera come un potere di controllo "inibitorio-repressivo" del diritto di iniziativa economica privata.⁹⁸

Invero, si tratta di funzioni apparentemente autorizzatorie ma che nascondono in realtà un potere di vigilanza e di monitoraggio del mercato per la cura di interessi pubblici di primario rilievo, venendo quindi a costituire un "rapporto giuridico durevole con l'amministrazione "vigilante", presentando dunque tratti di analogia con il procedimento di esercizio dei *golden powers* di cui al d.l. 21 del 2012.⁹⁹

In particolare, ci riferiamo qui alle autorizzazioni dell'AGCM ad operazioni di concentrazione sopra soglia rimesse alla competenza della stessa Autorità garante, di cui agli articoli 5, 6, 16 e seguenti della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e al Regolamento CE, 20 gennaio 2004, n. 139.

⁹⁶ In questo senso, come già osservato, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 aprile 2022, n. 4486 e 4488.

⁹⁷ Si veda la Circolare n. 11 del 17 aprile 2023 di Assonime su *Poteri speciali dello Stato. Evoluzione del quadro normativo e profili operativi del Golden Power*.

⁹⁸ Così A. Lalli, *Effetti istituzionali e strutturali dell'espansione dei golden powers*, in *Rivista quadrimestrale di diritto costituzionale*, 2/2022, p. 93, che richiama la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 luglio 2004, n. 5288.

⁹⁹ In questo senso F. Cintioli, *op. cit.*, p. 254 ed anche A. Sandulli, *La febbre del golden power*, cit., p. 760, in cui si sottolinea come il potere pubblico, nella disciplina *golden power*, opera in funzione di controllo rispetto ad operazioni economico-finanziarie condotte dalle imprese.

In breve, si ha concentrazione in tre diverse ipotesi: (i) quando due o più imprese si fondono dando luogo ad un'unica impresa (si parla qui di concentrazione giuridica); (ii) quando due o più imprese, pur mantenendo giuridicamente la loro autonomia, diventano un'unica entità economica, venendo quindi ad essere sottoposte ad un controllo unitario che permette di esercitare un'influenza determinante sull'attività produttiva delle imprese controllate (si parla qui di concentrazione economica); (iii) quando due o più imprese indipendenti vengono a costituire un'impresa societaria comune. Se le modalità per dar luogo ad un'operazione di concentrazione sono più di una, l'effetto è il medesimo: l'ampliamento della quota di mercato detenuta da un'impresa, a fronte di una stabile riduzione del numero delle imprese indipendenti operanti nel settore.¹⁰⁰

Pur rappresentando astrattamente uno strumento utile ad accrescere la competitività tra le imprese, le concentrazioni possono diventare illecite e sono vietate in quanto idonee ad alterare il normale regime concorrenziale tra le imprese. Pertanto, quelle operazioni che superino determinate soglie di fatturato (a livello nazionale o comunitario) devono essere preventivamente comunicate rispettivamente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato o alla Commissione europea, per valutare se esse comportino la creazione di una posizione dominante che possa eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza sul mercato.¹⁰¹

A fronte di questa comunicazione l'Autorità *Antitrust* dovrà esprimersi nel senso dell'autorizzazione all'operazione (o di un'autorizzazione condizionata) o del divieto della stessa.¹⁰² Come osservato, quello dell'AGCM, pur essendo definito come potere di autorizzazione, è notoriamente ritenuto come un potere di controllo dell'autonomia privata al fine di tutela di interessi generali.

A voler ricercare un altro termine di confronto della disciplina *golden power* nell'ordinamento, al fine di meglio comprenderne la natura, si può menzionare altresì il rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale (AIA), di cui agli articoli 4, 5, 9, 10, 29-bis e seguenti del D. lgs. 3 aprile 2006, n. 152.¹⁰³

Si tratta di un esempio di autorizzazione condizionata a contenuto prescrittivo (o autorizzazione con prescrizioni conformative), in quanto il provvedimento rilasciato, a seconda dei casi, dal Ministero dell'ambiente o dalla Regione, autorizza lo svolgimento di un'attività produttiva che importa rischi di inquinamento ambientale, dettando però una serie di prescrizioni circa gli impianti (o parte di essi) di cui deve essere dotato lo stabilimento. Tali impianti,

¹⁰⁰ Si veda G.F. Campobasso, *Diritto commerciale 1 – Diritto dell'impresa*, UTET, Milano, 2013, p. 232 ss.

¹⁰¹ Cfr. art. 16, comma 1, legge 287/1990.

¹⁰² Cfr. F. Ghezzi, G. Olivieri, *Diritto antitrust*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 278.

¹⁰³ Nel senso della possibile analogia con il procedimento di *golden power*, ancora F. Cintioli, *La natura amministrativa della decisione sull'esercizio dei poteri speciali e la sua sottoposizione al sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 254.

infatti, devono garantire la conformità ai requisiti stabiliti a livello europeo per la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento. In questo modo, il rilascio dell'autorizzazione dall'Autorità governativa è anche "occasione per l'esercizio di poteri conformativi nei confronti del diritto d'impresa (art. 29-sexies Codice dell'Ambiente)".¹⁰⁴

Le autorizzazioni, di norma, sono i provvedimenti amministrativi tipici con cui l'amministrazione rimuove un limite all'esercizio di un'attività cui il privato ha già astrattamente diritto ma che non può praticamente esercitare fino a quando il titolo abilitativo non è stato rilasciato.¹⁰⁵ Se da una parte la Costituzione vieta al legislatore di introdurre meccanismi di controllo preventivi basati su autorizzazioni quando si tratta di esercizio di libertà e diritti fondamentali (come quelli di associazione e di libertà di manifestazione del pensiero, di cui agli articoli 18 e 21 della Costituzione), dall'altra, in conformità con quanto previsto dall'art. 41 comma 2 della Costituzione,¹⁰⁶ numerosi sono i regimi autorizzatori previsti per l'esercizio di attività economiche private (come, ad esempio, la distribuzione di farmaci e di carburanti, la fornitura di servizi postali e di telecomunicazione).¹⁰⁷

Come visto, normalmente il provvedimento autorizzatorio ha solo un effetto ampliativo della sfera giuridica del soggetto istante. D'altro canto, invece, in alcune ipotesi specifiche, lo stesso provvedimento può essere anche fonte di obblighi in capo al privato, che il soggetto autorizzato deve adempiere, pena la perdita dell'autorizzazione.¹⁰⁸ È la fattispecie delle autorizzazioni condizionate, di cui un esempio è rappresentato proprio dall'autorizzazione integrata ambientale (AIA, di cui *supra*).

In questo senso, secondo una parte della dottrina, anche le prescrizioni e le condizioni che il Consiglio dei Ministri può imporre alle operazioni di investimento che hanno ad oggetto imprese di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale ovvero negli altri settori strategici previsti dal d.l. 21 del 2012 (come modificato dai recenti interventi normativi)¹⁰⁹ possono essere fatte rientrare nel novero delle autorizzazioni condizionate a contenuto prescrittivo.

¹⁰⁴ Cfr. sulla nozione di autorizzazione con prescrizioni conformative, D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 79.

¹⁰⁵ Secondo la definizione classica di O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte II: Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Riv. it. sc. giur., 1894, XVI, p. 82 ss.

¹⁰⁶ Ove stabilisce che (l'iniziativa economica privata) "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". Si richiede pertanto che a tutela di questi valori l'esercizio dell'impresa, in certi settori, può essere subordinato al previo rilascio di atti di assenso dell'amministrazione.

¹⁰⁷ Cfr. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 209.

¹⁰⁸ *Ibidem*. L'Autore osserva come tra l'amministrazione e il soggetto autorizzato viene a costituirsi un rapporto di durata, nel corso del quale le condizioni apposte all'atto di assenso possono essere riviste ed adeguate al mutare delle circostanze di fatto.

¹⁰⁹ Ci si riferisce qui in particolare al potere di cui all'art. 1, comma 1, lett. a) del d.l. 21 del 2012, consistente nell'"imposizione di specifiche condizioni nel caso di acquisto, a qualsiasi titolo, di

Difatti, il *golden power*, in quest'ipotesi, si sostanzia in un assenso all'investimento ed al mutamento del controllo in imprese strategiche seppur nel rispetto di prescrizioni fissate dall'Esecutivo. Tali impegni possono riguardare, ad esempio, la nomina di cittadini italiani in posizioni apicali di responsabilità,¹¹⁰ la tutela della riservatezza di dati e informazioni sensibili, la capacità finanziaria o professionale dell'investitore, obblighi di conservare nel territorio nazionale determinati asset,¹¹¹ la salvaguardia di determinati progetti in corso che possono essere di interesse nazionale.¹¹²

Le analogie appena analizzate sono da considerare di certo come concettualmente vicine al potere di *golden power*, senza tuttavia perdere di vista come quest'ultimo, pur presentandosi come un potere solo impropriamente "autorizzativo", è quello che in concreto implica poteri di controllo, vigilanza, indirizzo più incisivi e limitativi della libertà d'impresa degli operatori economici interessati, anche in ragione della tipologia di interessi pubblici (di rango nazionale e sovranazionale) che vengono in rilievo.¹¹³

In ogni caso, ed è questo il punto su cui questa trattazione intende insistere, anche l'esercizio dei poteri speciali, soprattutto nel caso in cui esso si esprima nell'imposizione di condizioni o prescrizioni, fa sorgere un rapporto giuridico di durata tra l'Autorità governativa e l'impresa (o le imprese) soggetta alle misure.

In aggiunta, si osserva, come il decreto presidenziale di esercizio dei poteri speciali contestualmente costituisce un Ufficio od un Comitato competente a svolgere il monitoraggio delle prescrizioni imposte, a verifica del rispetto delle stesse ai sensi dell'art. 7 del D.P.R. 25 marzo 2014, n. 86.¹¹⁴ In particolare, si stabilisce che, qualora vi sia il rischio di mancato o intempestivo o inadeguato rispetto delle determinazioni assunte con il decreto di esercizio del *golden power*, "l'ufficio incaricato del monitoraggio dal citato decreto di esercizio trasmette alla Presidenza del Consiglio, tempestivamente e comunque non oltre 15 giorni dai relativi riscontri, una completa informativa, comprensiva anche delle eventuali ragioni giustificative dei suddetti accadimenti". Per di più, se una delle Amministrazioni interessate ha il fondato sospetto dell'inadempimento delle

partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale".

¹¹⁰ Come accaduto nel caso *Avio S.p.A. – General Electric Company*.

¹¹¹ È la prescrizione imposta nel caso *Vivendi*, per mezzo del d.P.C.M. 16 novembre 2017. In particolare, è stato prescritto dal Consiglio dei Ministri il mantenimento stabile sul territorio nazionale delle funzioni di gestione e sicurezza delle reti e dei servizi e delle forniture che supportano attività "strategiche" e "strategiche chiave".

¹¹² Cfr. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., p. 209.

¹¹³ In questo senso, ancora, F. Cintioli, *op. cit.*, p. 255.

¹¹⁴ Si tratta del 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. 2. Allo stesso modo si vedano gli articoli 7 e 8 del DPR n.35 del 2014.

misure imposte con il decreto, può chiedere alla Presidenza del Consiglio la verifica delle informazioni rivolgendosi all'ufficio competente per il monitoraggio.

In questo senso, l'ufficio incaricato delle verifiche di ottemperanza e la stessa Presidenza del Consiglio possono richiedere, anche direttamente all'impresa, "dati, notizie e informazioni utili all'attività di monitoraggio".¹¹⁵ La verifica dell'ottemperanza alle prescrizioni e condizioni imposte dai decreti avviene attraverso contatti diretti con la società destinataria delle prescrizioni, in sede di audizione e mediante acquisizione di relazioni scritte.¹¹⁶ Per di più, è prevista la facoltà di obbligare la società a trasmettere alla Presidenza, con cadenza periodica e senza previsione di un termine finale, una relazione in cui dia conto dell'ottemperanza alle prescrizioni imposte.¹¹⁷

Si rammenta, da ultimo, come dalle verifiche di ottemperanza operate possa anche discendere l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, a norma del d.l. 21 del 2012.

L'esistenza di un rapporto di monitoraggio dell'adempimento delle prescrizioni imposte dall'Autorità comporta, come osservato, l'insorgere di un rapporto giuridico amministrativo durevole tra i due soggetti interlocutori.

Il rapporto amministrativo "di durata" è inteso come un sistema proiettato nel tempo di connessi diritti, obblighi, competenze, facoltà ed oneri tra uno o più soggetti giuridici. In questo senso, il rapporto amministrativo di durata è la categoria generale più idonea per la comprensione di quelle fattispecie che, come quella in esame, in seguito a fenomeni di liberalizzazione di determinate attività economiche, "si pongono come alternative al provvedimento".¹¹⁸

Il carattere duraturo del rapporto amministrativo, invero, permette di esprimere la dimensione del tempo oltre il momento, statico, del provvedimento amministrativo, "di talché il procedimento amministrativo, l'adozione del provvedimento e i successivi poteri dell'amministrazione (di vigilanza, di controllo, o di riesame) non sono più concepiti come episodi isolati e di segno opposto, ma come vicende connesse in un rapporto duraturo e dinamico che si genera prima dell'emanazione del provvedimento".¹¹⁹

¹¹⁵ A ricostruire il rapporto di monitoraggio è R. Tuccillo, *Le tipologie di decisioni: le prescrizioni, le raccomandazioni e le verifiche di ottemperanza*, in *Golden Power*, a cura di R. Chieppa, C. Piro, R. Tuccillo, Il Foro Italiano, Piacenza, 2023, p. 250.

¹¹⁶ In questo senso, e in modo più estensivo sul tema, si veda A. Cipollone, *La verifica dell'ottemperanza alle prescrizioni. I comitati di monitoraggio*, in rapporto GNOSIS sul Golden Power, Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, dicembre 2019, p. 52 -59.

¹¹⁷ *Ibidem*. L'Autore sottolinea inoltre come l'attività di monitoraggio, quando si conclude in senso positivo per l'impresa interessata, assume anche un valore di *compliance*: implica che le modalità di ottemperanza alle prescrizioni imposte siano state "validate" dal Governo e dunque la sua operatività sul mercato può ritenersi conforme alla disciplina sul controllo degli investimenti esteri.

¹¹⁸ Si veda, per una ricostruzione del concetto di rapporto amministrativo di durata, M. Proto, *Il rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 243 ss.

¹¹⁹ *Ibidem*.

Ancora, la configurazione del rapporto amministrativo come rapporto di durata permette, sotto la spinta del legislatore nazionale e di quello europeo, di “sostituire i provvedimenti (discrezionali) concessori con quelli autorizzatori subordinati a valutazioni (tecniche) di sussistenza dei presupposti indicati dalla legge”.¹²⁰

4.1. *Segue: una prospettiva diversa. L'atto di esercizio del potere come provvedimento di ordine*

Secondo un'altra prospettiva, alimentata da una parte della dottrina, più che di provvedimento impropriamente autorizzativo, o di autorizzazione condizionata a contenuto prescrittivo, in materia di esercizio del *golden power* dovrebbe parlarsi piuttosto di provvedimenti di ordine.¹²¹ Intendiamo qui in particolare la categoria dei provvedimenti ablatori obbligatori¹²² o personali in senso lato, che fanno sorgere imperativamente delle situazioni obbligatorie, imponendo ai destinatari obblighi di fare o di non fare puntuali.

In questo senso, i poteri speciali, quando esercitati (nella forma dell'opposizione o dell'imposizione di prescrizioni), assumerebbero la natura di prestazioni imposte,¹²³ ricadendo nell'ambito di applicazione dell'art. 23 della Costituzione.¹²⁴

La giurisprudenza costituzionale ha indicato in modo chiaro cosa la legge debba contenere quando attribuisce un potere impositivo, in virtù della riserva di legge prevista dal suddetto articolo. In particolare, deve essere indicato il fatto al verificarsi del quale la prestazione è dovuta (cd. fatto-presupposto), il soggetto che

¹²⁰ *Ibidem*, anche nel senso, che poco rileva nel caso di specie, di poter estendere modelli alternativi al provvedimento, quali il silenzio assenso e la dichiarazione di inizio attività.

¹²¹ In questo senso D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti Golden Powers*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 4/2021, p. 72 ss.

¹²² Si v. estensivamente sul tema D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Un'introduzione*, cit., p. 76. Secondo l'Autore principali esempi di questi provvedimenti sarebbero quelli che impongono “tributi”, ma anche quei provvedimenti capaci di costituire obblighi di fare, come nella “precettazione”.

¹²³ In senso contrario si è espresso il Consiglio di Stato, sez. IV, nella sentenza n. 289/2023, ampiamente analizzata in precedenza. Il giudice amministrativo, in tema di *golden power*, ha escluso la configurazione di una prestazione patrimoniale imposta ex art. 23 Cost., riconoscendo invece l'esistenza di una “mera previsione legislativa di un presidio di verifica della compatibilità dell'iniziativa economica privata con l'utilità sociale (art. 41 Cost.), espressione ampia in cui certo rientra l'interesse nazionale in ordine a “beni e rapporti strategici” come individuati dalla legge” (par. 16.2 della pronuncia).

¹²⁴ A norma del quale: “Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”.

è tenuto ad effettuare quella prestazione (soggetto passivo) ed infine la determinazione quantitativa della prestazione richiesta.

In materia di *golden power*, questi presupposti sono due: la strategicità dell'asset e la rilevanza dell'operazione.¹²⁵ In particolare, per l'applicazione della disciplina sui poteri speciali, come già osservato precedentemente nella trattazione, devono sussistere due requisiti cumulativamente: (i) un requisito oggettivo, rappresentato dalla gestione, da parte del soggetto sottoposto al controllo, di un attivo strategico;¹²⁶ e (ii) un requisito funzionale, consistente nella realizzazione di quegli atti – tassativamente previsti dalla legge – al cui ricorrere è connesso l'esercizio del *golden power*.

In un modo certamente enfatico, ma anche efficace, è stato detto come, in relazione agli attivi strategici, *“la Presidenza (del Consiglio dei Ministri) può esercitare il potere speciale: atto concreto di “signoreggiamento” che, alla stregua del Leviatano di Hobbes, sottrae fette rilevanti della libertà di impresa, togliendo ossigeno alle libertà sancite dagli art. 41 e 42 Cost”*.¹²⁷

Per quanto riguarda invece il secondo requisito, si richiede che, ogniqualvolta venga messa in atto un'operazione in grado di modificare il regime giuridico sugli assetti strategici, si proceda alla notifica alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, prima che l'atto venga effettivamente adottato.

La riserva di legge di cui all'art. 23 della Costituzione impone che, a monte, venga predeterminato il presupposto impositivo che giustifica, di conseguenza, il provvedimento d'ordine dell'Autorità.

Questa ricostruzione teorica del provvedimento di esercizio dei poteri speciali, secondo questa dottrina, inciderebbe sull'estensione del sindacato giurisdizionale in materia. Difatti, in questo senso, il giudice amministrativo sarebbe chiamato a giudicare la correttezza del potere esercitato in relazione ai presupposti che lo fondano. Questi ultimi riguardano la sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta prevista dalla norma.¹²⁸

Da ultimo, in chiusura, si osserva come l'imposizione di obblighi comportamentali con atti che hanno contenuto prescrittivo ordinatorio è, peraltro,

¹²⁵ D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti Golden Powers*, cit. p. 72.

¹²⁶ La strategicità è attribuito solo degli “attivi”, ovvero sia singole categorie di beni e rapporti giuridici che si collocano all'interno di un settore (individuato con normativa primaria). Quest'ultimo, di per sé, può ricomprendere al suo interno molti asset (o attivi), ma solo quelli individuati a monte con regolamento governativo possono essere definiti strategici e quindi essere destinatari delle misure governative.

¹²⁷ L'espressione si deve a D. Ielo, *op. cit.*, p. 73.

¹²⁸ Così, ancora, D. Ielo, *op. ult. cit.*, anche nel senso che nel sindacato sui presupposti ciò che il giudice va a vagliare non è tanto il provvedimento (a valle) adottato dal Presidente del Consiglio dei Ministri per esercitare il *golden power*, quanto più invece la corrispondenza (a monte) dell'operazione in oggetto con quelle rispetto alle quali la legge consente l'esercizio dei poteri.

molto diffusa nell'ambito dei rapporti con autorità preposte alla vigilanza di categorie di imprese o a controlli su attività private.¹²⁹

4.2. *Segue: il potere di veto come esempio di provvedimento a contenuto espropriativo*

Si termina la disamina della natura dei possibili epiloghi del potere speciale di cui al d.l. 21 del 2012 osservando alcune caratteristiche tipiche del provvedimento di esercizio del *golden power* con maggiori ricadute sulla sfera giuridica dei privati, ovvero sia di quello che impone il veto all'adozione di delibere, atti od operazioni dell'assemblea o degli organi di amministrazione di un'impresa (di cui all'art. 1, comma 1, lett. b), d.l. 21 del 2012).

Si è ipotizzato in dottrina come il decreto di esercizio del potere di veto possa, a certe condizioni, essere assimilato ad un provvedimento a "contenuto sostanzialmente espropriativo", in quanto impedirebbe all'alienante di monetizzare il valore della propria organizzazione aziendale essendogli imposta la continuità dell'impresa e comunque provocandone un decremento di valore.¹³⁰

Giova qui rammentare come, con le modifiche normative intervenute sulla disciplina dei *golden powers*, si sia consolidato un meccanismo molto ampio di tutela degli interessi cruciali della Repubblica rispetto agli investimenti stranieri in Italia. Si pensi ad esempio, come, in relazione ad alcuni *asset* strategici (le infrastrutture per la realizzazione del 5G), ciò che viene in rilievo non è più l'acquisto di partecipazioni da enti stranieri nelle società strategiche, ma semplicemente l'acquisto di suddetti attivi infrastrutturali dall'estero. Inoltre, come più volte osservato, lo stesso ventaglio di settori strategici sottoponibili alla disciplina di cui al d.l. 21 del 2012 è stato fortemente ampliato.

La portata economica della disciplina in questione si è spinta (e allo stato dell'arte non risulta esservi una regressione di questo fenomeno) sino al punto in cui, volendo l'azionista di una società strategica monetizzare la propria quota di

¹²⁹ In questo senso M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 179 ss. L'Autore qui richiama alcuni esempi di provvedimenti ordinatori: in materia bancaria e creditizia, la Banca d'Italia può emanare nei confronti delle banche sottoposte a vigilanza dei provvedimenti riguardanti l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento dei rischi, l'organizzazione aziendale, compresi i divieti di effettuare determinate operazioni o di distribuire utili (di cui all'art. 53, comma 3, lett. d), d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385); o ancora, in materia edilizia, nel caso di interventi di ristrutturazione e costruttivi non ricadenti nel regime del permesso a costruire ma solo in quello della SCIA, il responsabile dell'ufficio competente, ove riscontri che l'attività avviata dal privato non è conforme ai requisiti stabiliti dalla legge, impartisce all'interessato un ordine di non effettuare il previsto intervento (di cui all'art. 23, comma 6, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia approvato con d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380).

¹³⁰ Cfr. F. Cintioli, *La natura amministrativa della decisione sull'esercizio dei poteri speciali e la sua sottoposizione al sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 264 ss.

partecipazione, il divieto motivato espresso dal Governo può essere subito come sgradito e lesivo.

In questo senso si è parlato del provvedimento di imposizione del veto come una forma di provvedimento ablatorio reale, qual è, per esempio, l'espropriazione. Difatti, la limitazione del diritto di proprietà (che si sostanzia, nel caso di specie, nel divieto di alienazione della quota azionaria della società in questione), per di più se combinata con una situazione per cui dal divieto discendesse anche un generale indebolimento della posizione economica della società, potrebbe giustificare il diritto soggettivo ad un indennizzo,¹³¹ come stabilito dagli articoli 3 e 42, comma 3 della Costituzione.¹³²

A conferma di tale tesi, si propone come termine di comparazione (ai fini del raggiungimento dell'uguaglianza formale di cui all'art. 3 della Costituzione) la disciplina del diritto, *melius* potere di prelazione (che è riconducibile al modello dell'espropriazione) in materia di vendita dei beni di interesse culturale di cui all'art. 60 e seguenti del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (codice dei beni culturali e del paesaggio). In questo caso, infatti, si stabilisce il potere dello Stato di impedire l'alienazione tra privati di un bene qualificato come di interesse storico o artistico attraverso l'esercizio della prelazione, e non mediante un secco divieto di alienazione. Lo Stato, poi, dovrà Egli stesso acquistare il bene al prezzo e alle condizioni convenute tra le parti.

In senso contrario a questa ricostruzione sembrerebbe porsi la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato,¹³³ secondo la quale la materia dei poteri speciali a tutela degli *asset* strategici dello Stato è altra rispetto a quella penalistica che, informata dall'art. 25 della Costituzione, impone una particolare tassatività nell'enucleazione della fattispecie normativa. Ad avviso del supremo giudice amministrativo, infatti, esula "dalla normativa sul *golden power* qualsivoglia finalità afflittiva".¹³⁴

Da un'attenta osservazione della normativa, e dal confronto con la disciplina della vendita dei beni culturali, dovrebbe tuttavia desumersi come il veto di cui all'art. 1, comma 1, lett. b) del d.l. 21 del 2012 ben può avere una portata "afflittiva" di carattere patrimoniale, implicando un effetto ablatorio del valore dell'azienda.¹³⁵

Non a caso, invero, il legislatore con una delle ultime novelle (all'art. 2 del d.l. n. 187/2022, cd. "Decreto Lukoil") sulla disciplina *golden power* ha introdotto un sistema di misure di sostegno per quelle imprese che abbiano ottemperato all'obbligo di notifica. In particolare, si prevede che le imprese destinatarie del

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² In particolare, secondo la previsione dell'art. 42, comma 3 Cost., si può ricorrere all'espropriazione, nel rispetto della riserva di legge e del diritto all'indennizzo, per qualunque motivo di interesse generale ed in relazione a qualsiasi bene.

¹³³ Ancora, sentenza n. 289/2023.

¹³⁴ *Ibidem*, par. 16.2.

¹³⁵ In questo senso F. Cintioli, *op. cit.*, p. 266.

potere di veto, a seguito di presentazione di apposita istanza, possano essere ammesse dal Ministero delle imprese e del *made in Italy* (MIMIT) a fondi pubblici per la capitalizzazione dell'impresa idonei a consentire un rafforzamento patrimoniale. Si tratta dell'accesso al Fondo per la salvaguardia dei livelli occupazionali e la prosecuzione dell'attività d'impresa, dell'accesso prioritario al Patrimonio Rilancio gestito da Cassa Depositi e Prestiti, dell'accesso prioritario agli strumenti dei contratti di sviluppo e degli accordi per l'innovazione.

Seppur la previsione di immediati interventi compensativi a sostegno delle imprese destinatarie dei poteri speciali non sembra ancora configurare un'ipotesi di indennizzo a norma dell'art. 42, comma 3 della Costituzione, il legislatore si muove in questa direzione. Appare logico infatti come, anche alla luce dell'analisi sopra svolta, a fronte di un divieto di alienazione di una quota societaria – perché lo Stato potrebbe aver bisogno di quei servizi, o semplicemente per impedire che Paesi diversi possano avvantaggiarsene – il privato possa pretendere che lo Stato acquisti, per sé, la società al medesimo prezzo pattuito, o in subordine lo indennizzi per un ammontare pari al pregiudizio subito.¹³⁶

A conclusione di questa ricostruzione si potrebbe obiettare come, nel caso di specie, l'inquadramento (del decreto che impone il veto) nella categoria dei provvedimenti ablatori reali od in quella dei provvedimenti conformativi, presenti confini molto labili.

A tal proposito, si osserva come in dottrina sia stata riconosciuta la categoria delle "limitazioni espropriative", caratterizzata da provvedimenti atipici ma pur sempre equiparabili ad un provvedimento di espropriazione, e quindi con l'effetto di far sorgere il diritto all'indennizzo.¹³⁷

In tal senso, allora, pur non essendovi in materia di *golden power* entrambi quegli effetti tipici dell'espropriazione, quali l'estinzione della proprietà del bene del soggetto espropriato – effetto privativo – e la contestuale acquisizione della proprietà stessa da parte del soggetto a favore del quale si effettua l'espropriazione – effetto appropriativo –, ad ogni modo, alla luce di quest'ultima impostazione (e della giurisprudenza costituzionale richiamata), emerge come debba accogliersi una nozione ampia di "espropriazione".

Pertanto, la fattispecie prevista dall'art. 42, comma 3 della Costituzione non sarebbe integrata solamente dal provvedimento tipico avente effetti sia privativi che appropriativi, ma potrebbe essere ricondotto in questo perimetro anche un

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Sul tema si v. D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Un'introduzione*, cit., p. 75. Secondo l'Autore (che richiama in questo senso le sentenze n. 55/1968 e n. 270/2020 della Corte Costituzionale) rientrerebbero nella categoria delle limitazioni espropriative le prescrizioni urbanistiche "che, con riguardo a beni determinati, prevedano un uso a fini pubblici dei suoli senza che il trasferimento della proprietà avvenga entro termini stabiliti dalla legge oppure che, "pur consentendo la conservazione della titolarità del bene, sono destinat[e] a operare immediatamente una definitiva incisione profonda, al di là dei limiti connaturali, sulle facoltà di utilizzabilità sussistenti al momento dell'imposizione".

provvedimento con soli effetti privativi,¹³⁸ quale è – secondo la teoria che qui si sostiene – quello di esercizio dei poteri speciali (ed in particolare del veto) da parte dell'Esecutivo.¹³⁹

Tutto ciò a discapito di un'auspicabile chiarezza interpretativa, non essendo facilmente distinguibile il provvedimento (espropriativo) con soli effetti privativi dal provvedimento conformativo, quando quest'ultimo “interviene a modificare in senso negativo una precedente conformazione della proprietà o di un altro diritto reale su un bene”.¹⁴⁰

¹³⁸ In questo senso, ancora, D. Sorace, S. Torricelli, *op. ult. cit.*

¹³⁹ In senso contrario a questa ricostruzione si veda B.P. Amicarelli, *Il golden power fra istruttoria viziata e principio di legalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2021, p. 652. Secondo l'Autore, l'oggetto del *golden power* non sarebbe l'imposizione di vincoli sul bene, ma di prescrizioni o divieti all'impresa che lo detiene e all'acquirente dello stesso. Pertanto, in questo modo, i provvedimenti di esercizio dei poteri speciali inciderebbero soprattutto sulla libertà d'impresa ex art. 41 Cost., come nel caso dei poteri *antitrust* o delle interdittive antimafia, e non sul diritto di proprietà ex art. 42 Cost. La funzione del *golden power* sarebbe, infatti, solamente quella di assicurare che la gestione imprenditoriale non pregiudichi gli interessi pubblici.

¹⁴⁰ Cfr. F. Cintioli, *La natura amministrativa della decisione sull'esercizio dei poteri speciali e la sua sottoposizione al sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 264 ss.

III

L'incidenza sulla concorrenza tra affidamento e asimmetrie: cenni conclusivi

1. LA TUTELA DELL’AFFIDAMENTO DELL’INVESTITORE

Si impone a questo punto della trattazione di verificare l'incidenza della disciplina *golden power* sul “fisiologico” funzionamento del mercato ed in particolare sulla posizione degli operatori economici che in esso operano.

Si tenterà, dapprima, di ricostruire come il principio di buona fede opera nel procedimento amministrativo e, in secondo luogo, si cercherà di sussumere detto principio nel particolare rapporto che viene a crearsi, nel caso di specie, tra P.A. e imprese, nella declinazione del legittimo affidamento (potenzialmente) ingeneratosi in capo agli investitori.

Ripercorrendo i passaggi svolti nel precedente capitolo, si può osservare come, in materia di *golden power*, il principio di legalità abbia una portata (anche secondo quanto statuito dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato) minore rispetto alla generalità dei procedimenti amministrativi, richiedendosi più flessibilità rispetto alla tradizionale rigorosa predeterminazione legislativa dei limiti dell'azione amministrativa. Ciò – si è osservato – a discapito della certezza del diritto applicabile e, di conseguenza, delle garanzie riconosciute agli operatori economici che si interfacciano con il nostro Esecutivo.

Abbiamo altresì osservato come il rapporto giuridico intercorrente tra Governo e imprese destinatarie del *golden power* possa ricostruirsi nei termini di un rapporto amministrativo di durata, in particolare quando il potere si manifesta nella forma dell'imposizione di condizioni.

Si può proprio muovere da questo punto per comprendere le considerazioni che seguiranno.

La dottrina¹⁴¹ ha posto in evidenza che la tutela dell'affidamento rappresenta una manifestazione, specie nella protezione delle aspettative dei privati generate

¹⁴¹ Per primo, sul tema, F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970.

da un precedente comportamento della Pubblica Amministrazione, del più generale principio della buona fede.¹⁴² A tal proposito, la novella¹⁴³ apportata all'art. 1 della l. 241/1990 (legge sul procedimento amministrativo) ha introdotto il comma 2-bis, il quale stabilisce *apertis verbis* che i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede. La teorica del “contatto sociale”, risalente alla dottrina tedesca dei primi decenni del secolo scorso, nacque propriamente nella letteratura civilistica, che la utilizzò per spiegare alcune ipotesi contrattuali nelle quali la fonte del rapporto obbligatorio era costituita da un comportamento di fatto (“rapporto contrattuale di fatto”).¹⁴⁴ In tal senso, ad esempio, può pensarsi alle trattative portate avanti per la conclusione di un contratto; in quest'ipotesi non vi è ancora stato, tra le parti, un *vinculum juris*, ma tuttavia esse hanno l'obbligo di adottare un comportamento onesto e leale. Devono quindi agire secondo i canoni della buona fede, che si sostanziano in “obblighi di protezione della sfera giuridica altrui sorti in ragione dell'affidamento riposto nel corretto agire altrui”. Questi obblighi sono quindi in grado di far sorgere, anche in assenza di un'obbligazione principale, e a causa del mero “contatto sociale”, un nuovo rapporto obbligatorio, ma “senza obbligo primario di prestazione”.¹⁴⁵

La teoria suesposta, come detto, nata nell'ambito dei rapporti interprivati, è stata poi traslata, per merito della dottrina, nell'ambito dei rapporti tra amministrazione e cittadini. Difatti, a chi obiettava che il principio di buona fede fosse configurabile solo nei negozi bilaterali, è stato fatto rilevare come, sempre nel diritto civile, il principio in oggetto trovasse applicazione anche in ipotesi (come il divieto di atti emulativi) in cui non è configurabile un rapporto giuridico vero e proprio, ma solamente un “contatto sociale”, “che certamente non manca neppure fra la pubblica amministrazione e il destinatario di un provvedimento amministrativo”.¹⁴⁶ Questa ricostruzione è suggerita dalla dottrina tedesca secondo la quale, per l'applicabilità del principio di buona fede, se non è richiesto un rapporto di tipo paritario, è necessaria quantomeno una “vicinanza” dei soggetti, che configuri la “*Vertrauen*” tra le parti.¹⁴⁷

Per riconoscere l'esistenza di un contatto sociale nel diritto amministrativo si pensi al dibattito dottrinale sorto circa la responsabilità civile per lesione di interessi legittimi. In quell'occasione, come criterio distintivo tra danni risarcibili

¹⁴² A ricostruirlo è M. Proto, *Il rapporto amministrativo*, cit., p. 245.

¹⁴³ Il comma è stato aggiunto dall'art. 12, comma 1, lett. 0a) del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, in l. 11 settembre 2020, n. 120.

¹⁴⁴ Cfr. V. Antonelli, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, CEDAM, Padova, 2007, p. 34, secondo il quale la teoria del contatto sociale ha indotto la dottrina a ripensare il sistema tradizionale delle fonti delle obbligazioni: non più solo contratto e delitto.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Cfr. F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, cit., p. 143.

¹⁴⁷ *Ibidem*. “*Vertrauen*” letteralmente significa fiducia.

e danni non risarcibili, fu considerato preferibile quello della “prossimità o contiguità sociale”.¹⁴⁸

Assodato come anche nel diritto amministrativo sia riconoscibile un principio che tutela l'affidamento legittimo del privato, va poi considerata l'evoluzione di detto principio.

Secondo la giurisprudenza costituzionale¹⁴⁹ il principio di irretroattività, pur non avendo un riconoscimento nel testo fondamentale al di fuori della materia penalistica, deve essere inteso quale regola fondamentale del sistema al quale il legislatore deve attenersi, in quanto l'affidamento dei cittadini nell'agire dell'amministrazione in modo coerente rispetto ai suoi precedenti comportamenti è consustanziale alla civile convivenza tra i privati. Invero, il principio del legittimo affidamento ha ad oggetto proprio la tutela delle aspettative ingenerate dalla pubblica amministrazione con un suo atto o comportamento.¹⁵⁰

Storicamente, il principio appena citato è stato principalmente utilizzato con riferimento al potere di annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo (art. 21-*nonies* l. n. 241/1990), al fine di individuare i limiti del potere della P.A., che deve valutare gli interessi dei destinatari del provvedimento e il tempo ormai trascorso dalla sua emanazione.¹⁵¹ Il fine, infatti, è proprio quello di individuare una regola di esercizio del potere amministrativo: nel procedimento, quando vi è un'ipotesi di riedizione del potere,¹⁵² deve essere adeguatamente ponderato l'interesse del cittadino il cui affidamento si è legittimamente ingenerato a seguito di un precedente provvedimento amministrativo. Senza trascurare però che non vi può essere una generalizzata pretesa all'invariabilità dell'azione amministrativa; si deve dunque intendere che la variabilità del rapporto rappresenta la regola generale.¹⁵³ Al punto che la sintesi tra i due contrapposti interessi è da ricercare non sul piano sostanziale, ma su quello procedimentale: l'affidamento del privato è un argomento da prendere in considerazione in questa fase, non costituendosi nessuna garanzia di un risultato favorevole per il cittadino. Peraltro, secondo la dottrina, questa ricostruzione è totalmente comprensibile se si pensa che, in questi

¹⁴⁸ In tal senso A. Corasaniti, *Intervento alla tavola rotonda su “La responsabilità per lesione di interessi legittimi”*, in *Foro Amministrativo*, 1982, p. 1703, secondo il quale “non ogni lesione è rilevante, ma quella che presuppone un contatto sociale”.

¹⁴⁹ Da ultimo, Corte Costituzionale 23 giugno 2017, n. 147.

¹⁵⁰ Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 161.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² Come riconosciuto infatti da A. Travi, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 1/2018, p. 126, oggi è ampiamente concesso all'amministrazione di riesaminare le proprie posizioni con i cittadini, in particolare nei cd. rapporti di durata. Questa flessibilità del potere della P.A. permette di realizzare in modo ottimale l'interesse pubblico: è il postulato della cd. “inesauribilità” del potere amministrativo, che ha come corollario quella della sua “riesercitabilità”.

¹⁵³ *Ibidem*. L'Autore osserva dunque come il contesto in cui si inserisce la tutela dell'affidamento del cittadino è di tipo “dinamico”, ponendosi in relazione continua con il potere amministrativo, che è inesauribile, e pertanto è anche primario rispetto all'altro.

casi, l'affidamento del cittadino si confronta con il potere amministrativo e “non si inquadra in un rapporto obbligatorio con un altro cittadino”.¹⁵⁴

Da ultimo, occorre rilevare che il principio della tutela del legittimo affidamento si inquadra nel più generale principio della certezza del diritto, che richiede un assetto giuridico stabile e chiaro. Si riferisce non solo all'attività del legislatore ma anche a quella dell'amministratore pubblico, il cui agire deve essere “prevedibile e coerente”.¹⁵⁵

Impostato in questo senso il tema in oggetto, occorre ora verificare se l'esercizio del *golden power* sia riconducibile nel perimetro del principio del legittimo affidamento. Si è in precedenza ricostruita la natura dei poteri speciali del Governo come di tipo amministrativo, rifuggendo eventuali attribuzioni di politicità dei suddetti ed altresì e al contempo evidenziando il superamento della fase solo privatistica di essi (tipica della precedente *golden share*). In questo senso, si è osservato come a sostegno della natura amministrativa dei poteri soccorra anche l'esistenza di una procedimentalizzazione tipica degli istituti del diritto amministrativo. Dovrebbe allora postularsi che anche in questa materia possa parlarsi di legittimo affidamento.

Nel caso di specie il rapporto “dinamico”, di cui si parlava prima, è quello tra il Consiglio dei Ministri (e, prima, del Gruppo di coordinamento) e le imprese, italiane e straniere, che operano nel mercato, e che sono possibili destinatari della disciplina *golden power*.

Si è tentato di dimostrare, nel capitolo che precede, come anche in questa materia possa parlarsi di rapporto giuridico di durata, in particolare quando l'Autorità governativa esprime la sua potestà attraverso l'imposizione di specifiche condizioni (all'acquisto di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica, ai sensi dell'art. 1, lett. a) del d.l. 21 del 2012). È proprio in questo ambito specifico in cui, come osservato, si viene a formare anche un rapporto di monitoraggio tra P.A. e imprese, che può emergere l'operatività del principio della tutela del legittimo affidamento.

Difatti, l'assenso espresso dal Consiglio dei Ministri al perfezionamento dell'operazione economica oggetto di *screening*, sebbene attraverso l'imposizione di condizioni al suo esercizio, rappresenta il “precedente provvedimento” amministrativo, di cui prima si discuteva, che sarebbe in grado di ingenerare un affidamento legittimo in capo all'operatore economico circa il prevedibile e coerente agire futuro dell'amministrazione in quello specifico contesto¹⁵⁶ (si

¹⁵⁴ Ancora A. Travi, *op. cit.*, che riconosce in questo frangente la specialità del diritto amministrativo: il bilanciamento tra interessi è la più alta forma di garanzia che si può pretendere in un rapporto come quello tra cittadino ed amministrazione, anche per “l'eterogeneità degli interessi di cui sono considerati portatori”.

¹⁵⁵ In questo senso M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 161.

¹⁵⁶ In un sistema di mercato, quale quello attuale, in cui gli attori economici hanno necessità di effettuare previsioni attendibili circa gli effetti del loro operato.

intende, con riferimento a quella specifica notifica, a nulla rilevando in ipotesi di successive e differenti operazioni).

Pertanto, una volta che l'investimento è stato effettuato, l'operatore economico ha un'aspirazione – secondo la presente ricostruzione – tutelata al “mantenimento dell'assetto regolatorio esistente al momento dell'investimento, in funzione della tutela della certezza del diritto”.¹⁵⁷

In realtà, anche ove non si intenda riconoscere nel caso di specie la formazione di un rapporto di durata, si deve ritenere che il principio del legittimo affidamento debba trovare applicazione, nel più ampio senso del principio della buona fede; infatti, ogniqualvolta il Governo decida di procedere per l'esercizio dei poteri speciali, deve attenersi ad una regola di condotta improntata alla correttezza. Ci si riferisce all'obbligo di correttezza e buona fede (in senso oggettivo) che deve sussistere, in generale, nei rapporti tra Amministrazione e cittadino.¹⁵⁸ Si precisa, peraltro, come quest'obbligo è costruito come condizione di reciprocità; pertanto, anche i privati sono gravati da “oneri di diligenza e leale collaborazione verso l'amministrazione”.¹⁵⁹

Può aggiungersi, in una diversa prospettiva, che la tutela degli investitori internazionali, quando non vi siano regole disciplinate da trattati internazionali o bilaterali, si realizza anche mediante la “protezione diplomatica” (*Diplomatic Protection*), collocandosi nell'ambito del diritto pubblico internazionale.¹⁶⁰ Tramite questo istituto, uno Stato può agire a tutela della propria impresa o del proprio cittadino che sia stato leso dal comportamento illecito di uno Stato estero, come se esso stesso fosse stato offeso dallo Stato ospitante, stante la circostanza per cui cittadini e imprese non hanno una personalità giuridica di diritto internazionale.¹⁶¹ Questo strumento può portare ad un bonario componimento; altrimenti, ed è oggi lo strumento più utilizzato, si ricorre all'arbitrato di investimento.

L'eventuale pregiudizio arrecato all'investitore internazionale si produce proprio nel momento in cui l'investimento viene effettuato, quando il suo affidamento è leso da un atto dello Stato ospitante. Ma perché l'affidamento ingeneratosi nell'operatore economico sia legittimo, e quindi possa essere fonte di

¹⁵⁷ Si veda, in questo senso, G. Aiello, *Il legittimo affidamento dell'investitore e i poteri regolatori dello Stato: una difficile convivenza*, in *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di Giulio Napolitano, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 161 ss.

¹⁵⁸ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla materia della contrattualistica pubblica. L'art. 5 del recente D. lgs. 36/2023 ha ribadito la vigenza dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento ai fini dell'accertamento della responsabilità precontrattuale. Essa deriva dal diritto comune (artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.) che postula i principi della buona fede e della correttezza nelle trattative contrattuali.

¹⁵⁹ Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 163, che richiama la sentenza Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 4 aprile 2018.

¹⁶⁰ Cfr. G. Aiello, *Il legittimo affidamento dell'investitore e i poteri regolatori dello Stato: una difficile convivenza*, cit.

¹⁶¹ Sul tema si veda D. Carreau, F. Marrella, *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 616.

una pretesa risarcitoria, è necessario che sia stata svolta un'accurata *due diligence* del sistema giuridico in cui si propone l'investimento. Anche qui, ovviamente, si rammenta che lo Stato ospitante non è comunque "tenuto a garantire il congelamento" del suo assetto regolatorio.¹⁶²

2. GOLDEN POWER E CONCORRENZA: LA MINACCIA PROTEZIONISTICA

A questo punto della trattazione appare necessario porre l'attenzione sulle dinamiche che intercorrono tra i poteri speciali del Governo e la tutela della concorrenza nel mercato comune europeo.

L'istituto del *golden power* deve infatti tener conto dei principi cardine su cui si fonda l'Unione Europea, ed in particolare delle norme che riguardano la libertà di concorrenza, di stabilimento e di circolazione dei capitali.

Accade spesso, infatti, che gli investimenti oggetto di *screening* da parte dell'Esecutivo diano contemporaneamente luogo a concentrazioni tra imprese, quando comportano l'acquisizione del controllo da parte dell'investitore sull'impresa italiana che opera nei settori strategici.¹⁶³ Ecco che, in quest'ipotesi, si pone il tema dell'applicazione congiunta del controllo esercitato dalle Autorità *antitrust* (nazionale ed europea) e del vaglio esercitato dal Governo attraverso i *golden powers*.

Si tratta di valutazioni distinte ed autonome tra loro (anche per la sostanziale indipendenza dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato rispetto al potere politico), che si fondano su obiettivi profondamente diversi. Da una parte, la *ratio* della disciplina in materia di controllo delle concentrazioni è quella, in ultima istanza, di evitare l'alterazione dell'assetto concorrenziale del mercato, che può derivare dalla costituzione o dal rafforzamento di una posizione dominante di un'impresa nel mercato, conseguente alla fusione o acquisizione con altre imprese concorrenti. Dall'altra, invece, sappiamo che l'obiettivo precipuo della disciplina *golden power* è quello di proteggere gli interessi nazionali strategici (nei settori indicati dal d.l. 21 del 2012 e conseguenti regolamenti attuativi) da investimenti ed altre operazioni economiche che li possano pregiudicare. *Rationes* affatto

¹⁶² G. Aiello, *Il legittimo affidamento dell'investitore e i poteri regolatori dello Stato: una difficile convivenza*, cit., p. 162.

¹⁶³ Si ricorda qui come, a livello nazionale, le soglie di fatturato che rendono obbligatoria la comunicazione di una concentrazione all'AGCM ammontano a euro 532 milioni per il fatturato realizzato nel territorio italiano dall'insieme delle imprese interessate e ad euro 32 milioni per il fatturato totale realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due delle imprese interessate. Si veda a riguardo l'art. 16, comma 1, L. n. 287/1990 e la delibera AGCM del 14 marzo 2023, n. 30507. Per le concentrazioni "di dimensione comunitaria" si vedano le soglie imposte dal Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese.

diverse che, ove concorrenti nel caso concreto, potrebbero determinare un *vulnus* per gli investitori in termini di certezza del diritto.¹⁶⁴

A rilevare la necessità di far dialogare i due istituti è già il Regolamento Europeo sugli investimenti esteri diretti (Reg. 452/2019), al cui considerando n. 36 si legge che, se un investimento estero diretto costituisce una concentrazione che rientra nell'ambito di applicazione del Regolamento (CE) n. 139/2004, "il presente Regolamento dovrebbe essere applicato facendo salva l'applicazione dell'art. 21, paragrafo 4, del regolamento (CE) 139/2004.¹⁶⁵ Il presente regolamento e l'articolo 21, paragrafo 4 del regolamento (sopracitato) devono essere applicati in modo coerente". Inoltre, si prevede che "qualora gli ambiti di applicazione di tali regolamenti si sovrappongano" le diverse forme di controllo devono essere interpretate "in maniera uniforme, fatta salva la valutazione della compatibilità dei provvedimenti nazionali intesi a tutelare tali interessi con i principi generali e le altre disposizioni del diritto dell'Unione". Si delinea così l'area di intersezione tra la disciplina *golden power* e quella sul controllo delle concentrazioni, risultando quest'ultima per legge recessiva rispetto all'altra.¹⁶⁶

Siamo, pertanto, di fronte ad un meccanismo che tutela la facoltà per lo Stato membro di adottare provvedimenti (sui fenomeni concentrativi) ulteriori rispetto a quelli del potere *antitrust*, a tutela di interessi legittimi quali la sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione, le norme prudenziali, stabilendosi però la necessaria uniformità nell'applicazione delle diverse disposizioni.¹⁶⁷

Si rende quindi necessario, agli occhi dell'ordinamento comunitario, che la disciplina sugli investimenti esteri diretti tenga conto della libertà di concorrenza.¹⁶⁸ Questo può avvenire solo mediante l'imposizione di un obbligo di

¹⁶⁴ Sul tema si veda M. Carpagnano, *Il rapporto tra la disciplina golden power e le altre discipline di settore*, in *Golden power*, a cura di R. Chieppa, C.D. Piro, R. Tuccillo, Il Foro Italiano, La Tribuna, Piacenza, 2023, p. 178 ss.

¹⁶⁵ Secondo il quale "gli Stati membri possono adottare opportuni provvedimenti per tutelare interessi legittimi diversi da quelli presi in considerazione dal presente regolamento e compatibili con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario". Continua il paragrafo 5 dello stesso art. 21 stabilendo che "Sono considerati interessi legittimi ai sensi del primo comma la sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione, le norme prudenziali". Si individua così l'area di intersezione tra la disciplina del controllo sugli investimenti esteri diretti

¹⁶⁶ Ancora, M. Carpagnano, *Il rapporto tra la disciplina golden power e le altre discipline di settore*, cit., p. 180.

¹⁶⁷ In questo senso si veda L. Di Via, L. Pasquale, *Controllo degli investimenti stranieri e antitrust. Un matrimonio che s'ha da fare*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, aprile 2020, p. 106 ss.

¹⁶⁸ Si veda M. Carpagnano, *op. cit.*, p. 179 ss., che, a questo riguardo, richiama il caso VIG/AEGON CEE. In quell'occasione la Commissione Europa dichiarò incompatibile con l'art. 21, par. 2 e 4 del Reg. UE n. 139/2004 la decisione dell'Ungheria di esercitare i poteri speciali in materia di controllo sugli investimenti esteri, nella forma del veto, nei confronti di un'operazione di concentrazione di rilievo europeo autorizzata dalla Commissione stessa (con la decisione del 12 agosto 2021) e realizzata da un investitore austriaco, in quanto ritenuta in contrasto con l'art.

coordinamento tra le due procedure, quella di concorrenza per il controllo delle concentrazioni tra imprese, e quella per l'esercizio dei poteri speciali.¹⁶⁹

Nel caso concreto possono darsi diverse situazioni. In primo luogo, potrebbe accadere che l'operazione di concentrazione sia dichiarata incompatibile con la disciplina in materia e quindi venga vietata dall'AGCM (o dalla Commissione Europea per le concentrazioni di dimensione comunitaria) ma, allo stesso tempo, che l'investimento non sia oggetto dell'esercizio dei poteri speciali. Allo stesso modo, potrebbe accadere che l'investimento scrutinato integri la fattispecie normativa che richiede l'esercizio dei poteri speciali ma non sia suscettibile di creare o rafforzare una posizione dominante nel mercato. In queste ipotesi *nulla quaestio*: prevalgono i divieti imposti dalle Autorità o dal Governo, sempre a patto che, in via generale, il *golden power* sia stato esercitato conformemente a quanto disposto dal diritto europeo (secondo quanto prima osservato).

D'altra parte – e qui si individua tutta la problematicità della concomitanza dei due strumenti – si può avere l'ipotesi in cui l'investimento estero, a seguito del controllo esercitato dalle Autorità garanti e dal Governo, venga sottoposto all'esercizio dei poteri speciali (da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri) sotto forma, per esempio, di prescrizioni, e poi, contestualmente, l'operazione di concentrazione sia assoggettata alle condizioni imposte dalle autorità di concorrenza. Ecco che qui, a seconda del procedimento che viene avviato per primo, si possono verificare importanti condizionamenti alle procedure standard.

Invero, nonostante la diversità degli obiettivi perseguiti dalle due discipline (di cui si è accennato *supra*), non è infrequente la circostanza che le condizioni apposte dai diversi organi siano tra loro confliggenti e, di conseguenza, potenzialmente lesive dell'affidamento legittimo ingeneratosi nelle imprese soggette a *screening*.¹⁷⁰

Infatti, secondo la dottrina, deve ritenersi che l'elenco delle condizioni opponibili dalle autorità garanti o dalla Presidenza del Consiglio non sia "chiuso",

49 TFUE (che sancisce la libertà di stabilimento nell'UE). Pur essendo riconosciuto il diritto agli Stati membri di adottare opportuni provvedimenti per tutelare interessi legittimi ulteriori rispetto a quelli previsti dal Regolamento in materia di controllo delle concentrazioni, nel caso di specie la Commissione Europea ha ritenuto che l'Ungheria abbia disposto il veto all'investimento per ragioni di "sicurezza nazionale" senza dimostrare in concreto la sussistenza di queste ragioni. Pertanto, la decisione ungherese sarebbe stata assunta in violazione della procedura di cui all'art. 21, par. 2 e 4, del Regolamento UE n. 139/2004.

¹⁶⁹ Sul tema si veda altresì M. D'alberti, *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo degli investimenti esteri diretti*, a cura di Giulio Napolitano, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 88.

¹⁷⁰ Sul tema si veda altresì R. Chieppa, *Conclusioni*, in *Foreign direct investment screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di Giulio Napolitano, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 188, secondo il quale non si può impostare il rapporto tra le due discipline in termini di prevalenza, ma piuttosto si tratterebbe di "due binari paralleli che si possono intrecciare, ma non necessariamente".

difettando un criterio di tassatività dei rimedi utilizzabili,¹⁷¹ in tal senso, ciascuna autorità dovrà individuare, caso per caso, quelle prescrizioni che, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano più confacenti all'interesse pubblico perseguito.¹⁷²

Ciò a discapito di un adeguato coordinamento tra i due procedimenti: i poteri esercitati dal Governo potrebbero andare ad inficiare la valutazione che l'autorità *antitrust* è chiamata a svolgere a tutela del corretto assetto concorrenziale nazionale o unionale e, viceversa, le condizioni apposte all'operazione di concentrazione possono intaccare lo scrutinio svolto dal Governo a tutela degli interessi essenziali dello Stato.

Ci si affida, pertanto, alle disposizioni di coordinamento amministrativo previste sia dalla disciplina *golden power*¹⁷³ che da quella in materia di controllo delle concentrazioni,¹⁷⁴ che, in aggiunta al fondamentale principio di buon andamento dell'amministrazione, dovrebbero avere l'effetto di indurre i diversi titolari del potere a dialogare tra loro, al fine di prevenire manifestazioni dei poteri contrastanti tra loro e promuovere una collaborazione atta a raggiungere proficuamente gli obiettivi delle rispettive normative.¹⁷⁵

Merita segnalare come l'infruttuosa *compliance* della disciplina *golden power* con quella in tema di concentrazioni (a tutela del corretto meccanismo concorrenziale) rischia di originare forme di (più o meno) mascherato protezionismo.

In dottrina, infatti, si è efficacemente parlato, in via generale, dell'evoluzione normativa in tema di *golden power* come di "corsa al riarmo giuridico",¹⁷⁶ per indicare una prospettiva di tutela di interessi essenzialmente di tipo economico. Per tale ragione, proprio perché le esigenze di tutela dell'"interesse nazionale" non

¹⁷¹ In materia di *golden power*, infatti, pur richiedendosi il rispetto del principio di legalità (nelle forme segnalate), con difficoltà si riconosce invece l'esistenza e la validità del principio di tipicità degli atti.

¹⁷² Cfr. M. Carpagnano, *op. cit.*, p. 181.

¹⁷³ Si vedano le misure introdotte dall'art. 27 del d.l. 21/2022 che rafforzano il DICA attraverso l'istituzione di un nucleo di valutazione e analisi strategica in materia di esercizio dei poteri speciali.

¹⁷⁴ Ci si riferisce all'art. 16, comma 3, della l. 287/1990 secondo cui "entro cinque giorni dalla comunicazione di un'operazione di concentrazione, l'Autorità ne dà notizia al Presidente del Consiglio dei Ministri ed al Ministro dell'Industria, del commercio e dell'artigianato".

¹⁷⁵ Ancora, M. Carpagnano, *op. cit.*, p. 182. L'Autore qui osserva come, dal lato dei destinatari delle misure del Governo o dell'autorità di settore, sia consigliabile svolgere un'accurata *due diligence* al fine di individuare l'eventuale sussistenza di obblighi di notifica sin dalla fase di impostazione del progetto di investimento, ed eventualmente ricorrere allo strumento della prenotifica. Si osserva, inoltre, come di frequente si dispongano contrattualmente tra le parti obblighi di cooperazione nella fase del *filing* ed altresì prevedendo un termine finale per il perfezionamento dell'operazione abbastanza lungo da poter sopportare eventuali interruzioni o estensioni dei termini per la conclusione dei procedimenti amministrativi.

¹⁷⁶ Così L. Arnaudo, *A l'économie comme a la guerre. Note su golden power, concorrenza e geoeconomia*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, dicembre 2017, p. 449.

sfocino in forme di protezionismo, che per di più sarebbero incompatibili con i principi comunitari del libero mercato, si richiede che alla base dell'esercizio dei poteri speciali “non vi siano motivazioni di natura puramente economica”.¹⁷⁷

Pertanto, pur se l'origine storica dell'istituto del *golden power* è riconducibile al modello americano in cui, nella sostanza, si viene a svolgere una valutazione politica, come tale libera nei fini, e quindi insindacabile, nell'ordinamento europeo (e di conseguenza in quello nazionale) il controllo sugli *assets* strategici deve essere “addomesticato”, nel senso che deve essere conforme con i principi fondativi dell'Unione Europea, e sottoposto allo scrutinio dei giudici nazionali e comunitari.¹⁷⁸

In tal senso, infatti, nell'ordinamento europeo non può trovare cittadinanza alcuna forma di *disguised protectionism*.¹⁷⁹ l'art. 65 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, difatti, riconoscendo da una parte il diritto degli Stati membri di disporre limitazioni alla libera circolazione dei capitali quando giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, impone, dall'altra, che tali misure non comportino una “restrizione dissimulata” al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'articolo 63.¹⁸⁰ Se ciò non dovesse essere sufficiente a riconoscere la stella polare che i governi nazionali debbono seguire nell'orientare i propri poteri speciali, si rammenta altresì come gli accordi sul commercio internazionale (provenienti dalla World Trade Organization, di cui l'UE è parte) richiedono che le limitazioni poste dagli Stati al libero commercio non possono attuarsi in forme di protezionismo occulto.¹⁸¹

Ad ulteriore conferma di ciò si richiama, da ultimo, la recente relazione di Assonime che, pur riconoscendo la necessaria esistenza degli strumenti di controllo degli investimenti esteri diretti, osserva come tali congegni possono sempre avere effetti distorsivi sul mercato e che, “se esercitati in modo eccessivamente discrezionale e protezionistico, rischiano di modificare in modo asistematico gli assetti di governance e di scoraggiare gli investimenti da parte di grandi imprese e investitori stranieri”.¹⁸² In sostanza, l'istituto del *golden power* ha, in sé, i presupposti per divenire – ma questo deve essere prontamente evitato – il mezzo per influenzare le scelte industriali e gli equilibri societari, finendo per rappresentare uno strumento di pura politica industriale, così tradendo e

¹⁷⁷ Come era già stato enucleato da R. Magliano, *Il labile confine tra tutela degli interessi nazionali e “sviamento protezionistico”*, in *Rivista del commercio internazionale*, 2/2014, p. 335 ss.

¹⁷⁸ Così L. Di Via, L. Pasquale, *op. cit.*, p. 117 ss.

¹⁷⁹ A riconoscere questo rischio è anche S. De Nitto, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Rivista di diritto amministrativo*, giugno 2022, p. 553 ss.

¹⁸⁰ Cfr. art. 65, par. 3 TFUE.

¹⁸¹ Per questo rimando si veda M. D'alberti, *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, cit., p. 88.

¹⁸² Cfr. rapporto Assonime, *Golden power e corporate governance delle società quotate. Spunti di riflessione da casi di esercizio dei poteri speciali*, 7/2023, p. 21.

vanificando la *voluntas legis* originaria, che lo volle quale mezzo unicamente atto a preservare gli interessi strategici dello Stato, al fine del perseguimento dell'interesse generale.

Quanto meno, secondo una parte della dottrina, parrebbe che un assist verso la riduzione del rischio che si inneschino meccanismi anticoncorrenziali possa provenire dal fatto che, almeno all'inizio, siano stati nominati come responsabili del Gruppo di coordinamento (che opera presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri) i due precedenti segretari generali dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che hanno potuto "trapiantare la cultura dell'antitrust (e in particolare l'esperienza maturata nelle procedure in parte simili di controllo delle concentrazioni) a una disciplina altrimenti facilmente piegabile ad appetiti protezionisti".¹⁸³

3. LE NUOVE FRONTIERE DELLA TUTELA DELLA CONCORRENZA: LE MISURE A SOSTEGNO DELLE IMPRESE

Giova qui brevemente richiamare i nuovi rischi in cui il corretto meccanismo concorrenziale può incappare a seguito delle novelle legislative introdotte in tema di *golden power*.

Come già evidenziato, la disciplina sui poteri speciali è stata recentemente aggiornata con il d.l. 5 dicembre 2022, n. 187 (Decreto Lukoil), il quale, oltre ad introdurre disposizioni specifiche per affrontare l'emergenza della raffineria Isab di Priolo, ha definito nuove misure in grado di meglio specificare l'intervento dello Stato in economia.

Ci riferiamo, in particolare, all'art. 2 del suddetto decreto (rubricato "misure economiche connesse all'esercizio del *golden power*") che, appunto, ha introdotto la possibilità che gli operatori economici destinatari del *golden power* (in tutte le sue forme: che si tratti di veto, o di fissazione di condizioni, o di opposizione all'acquisto) possano accedere a misure di sostegno della capitalizzazione dell'impresa. Si tratta di una sorta di compensazione, nella forma di un rafforzamento dell'assetto imprenditoriale, rispetto all'incisiva ingerenza pubblica nei confronti dell'iniziativa economica privata.

Ebbene, come osservato in dottrina, tali misure di sostegno della capitalizzazione, rivolte alle imprese la cui libera iniziativa economica sia stata inibita o comunque condizionata per effetto della disciplina *golden power*,

¹⁸³ Così G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2019, p. 550.

potrebbero integrare gli estremi di un'alterazione della concorrenza tra imprese.¹⁸⁴

Il sostegno pubblico oggetto di analisi, infatti, tentando, da una parte, di stemperare i possibili effetti negativi della disciplina di cui al d.l. 21 del 2012 in termini di perdita economica (determinata dalla mancata realizzazione dell'operazione oggetto di *screening*), rischia, dall'altra, di favorire l'impresa 'supportata' rispetto agli altri operatori economici del settore di riferimento. Infatti, se è vero che la permanenza sul mercato dell'impresa destinataria degli incisivi poteri governativi può essere messa in dubbio, non può di converso permettersi che venga menomato il corretto confronto competitivo tra le imprese, come stabilito dai principi dell'Unione Europea.

Sempre in questo senso, un notevole effetto negativo sul sistema produttivo nazionale si viene a determinare in quei casi in cui l'impresa destinataria delle misure di sostegno e le sue concorrenti siano anche società quotate in borsa. In tali ipotesi, infatti, oltre al pregiudizio che si potrebbe arrecare al meccanismo concorrenziale, per i motivi suddetti, si mette altresì a repentaglio la posizione degli azionisti e dei risparmiatori dell'impresa ausiliata e degli altri operatori del mercato.¹⁸⁵

A conclusione, si permetta di osservare tuttavia come, a fronte dell'esigenza sopracitata di evitare distorsioni della libera concorrenza, deve tenersi conto della necessità (*in primis* per il nostro Paese, ed *in secundis* per l'intera UE) di relazionarsi con i grandi *competitor* internazionali (come Cina, India, Russia, Brasile e Sudafrica), che sono in grado di investire ingenti somme (anche pubbliche: si pensi ai fondi sovrani) nei settori "in cui si giocheranno le sfide industriali del futuro".¹⁸⁶ Attori globali che spesso e volentieri possono contare sulla presenza di un sistema molto meno aperto al dialogo competitivo rispetto a quello europeo, lucrando quindi la possibilità di ritagliarsi fette enormi di mercato (assumendo anche posizioni di monopolio), e raggiungendo dimensioni produttive difficilmente eguagliabili dai concorrenti nostrani ed europei.

¹⁸⁴ A riconoscerlo è A. Sandulli, *Esercizio dei poteri speciali e sorte dell'impresa strategica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2023, p. 464.

¹⁸⁵ *Ibidem*. L'Autore osserva come la materia della tecnologia 5G si presta, in particolare, a subire potenziali effetti disfunzionali della disciplina *golden power*. Il neo-introdotto controllo del Governo in materia, condotto ora sul piano annuale degli acquisti delle imprese e non più sul singolo contratto, rischia di essere equiparato ad alcuni procedimenti pubblicistici di pianificazione. Lo Stato, in questa materia, ad avviso dell'Autore, verrebbe a comportarsi quale "co-gestore" e "co-decisore" delle strategie aziendali delle imprese. Vieppiù, se si coordina il disposto del Decreto Lukoil, di cui si sta parlando, con quello del Decreto Ucraina, ne discende un sistema ad "alto potenziale di distorsione del mercato e delle discipline della concorrenza e delle società e della borsa".

¹⁸⁶ In questo senso M. Panucci, *Golden Power. Cornice europea e nuovi paradigmi di concorrenza*, in *Rapporto GNOSIS sul golden power, Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica*, p. 128.

3.1. Segue:... e la compliance con la disciplina degli aiuti di Stato

Si propone, in conclusione, una lettura delle misure economiche connesse all'esercizio del *golden power* (di cui *supra*) normativamente orientata al rispetto delle norme europee in materia di aiuti di Stato. Anche se concettualmente scontato, si osserva come, in concreto, le modifiche introdotte dalla novella di cui all'art. 2 del d.l. 187/2022 debbono concretarsi in forme di sostegno economico che siano conformi con la disciplina stabilita dagli articoli 107 e 108 del TFUE.

Tradizionalmente, la disciplina sugli aiuti di Stato rappresenta uno dei pilastri fondamentali del mercato comune europeo, in aggiunta alle norme sulle libertà fondamentali (libertà di circolazione e diritto di stabilimento, di cui si è parlato in precedenza) e alle norme sulla concorrenza.

Il legislatore europeo, a questo riguardo, impone un divieto per gli Stati membri di concedere aiuti che possano andare a ledere il mercato interno, sempre in ottica pro-concorrenziale. In particolare, ai sensi della disciplina di cui all'art. 107 TFUE, perché un aiuto di Stato sia dichiarato incompatibile con la normativa unionale, devono sussistere alcuni presupposti. Innanzitutto, ci deve essere un "aiuto", nozione ampia che può ricomprendere qualsiasi tipologia di misura atta ad attribuire un vantaggio¹⁸⁷ al suo destinatario; si richiede, inoltre, che l'aiuto sia concesso dallo Stato (inteso come Stato-ordinamento) o comunque mediante risorse statali sotto qualsiasi forma. In aggiunta, perché vi sia rilevanza, la misura in questione deve avere, da un lato, l'effetto di falsare la concorrenza o di minacciare di farlo (elemento di cui si è dibattuto in precedenza) e, dall'altro, di incidere sul commercio tra gli Stati membri, in quanto il fine ultimo dell'azione dell'UE è pur sempre quello di tutelare il raggiungimento dei suoi obiettivi. Da ultimo, si richiede che l'aiuto concesso dallo Stato sia informato dall'elemento della selettività, ovverosia la misura adottata, per essere incompatibile con il Trattato europeo, deve riguardare, e quindi favorire, specifiche imprese o produzioni. *Nulla quaestio* se a ricevere il sostegno siano in modo indiscriminato tutte le imprese.

Da un'attenta osservazione, occorre chiedersi come le misure introdotte dal Decreto Lukoil possano, in alcuni punti, essere confliggenti con la disciplina comunitaria appena esposta.

Lungi dal voler ulteriormente imbrigliare la disciplina dei poteri speciali, riconoscendone il fondamentale interesse generale posto a suo fondamento,

¹⁸⁷ Vantaggio che – si sottolinea – può anche non essere di tipo puramente economico, rilevando altresì quelle forme di sostegno velate, che comunque permettono al destinatario di trovarsi in una condizione migliore di quella in cui si sarebbe trovato in assenza dell'aiuto.

occorre tuttavia incanalare i sussidi pubblici concessi alle imprese destinatarie del *golden power* nel sistema degli aiuti compatibili con il Trattato.

Le misure di capitalizzazione delle imprese (di cui al d.l. 187/2022) che abbiano subito gli effetti negativi dei poteri governativi presentano il carattere della selettività, si sostanziano in risorse statali e rischiano di distorcere la concorrenza (come osservato *supra*), producendo così un pregiudizio sugli scambi tra gli Stati membri. Circostanze di cui il legislatore nazionale dovrebbe tenere conto per evitare di incorrere in una violazione della disciplina sugli aiuti di Stato, disciplina che, peraltro, è azionabile in giudizio da chiunque vi abbia interesse, stante l'efficacia diretta di tale normativa.¹⁸⁸

Potrebbe, tuttavia, dubitarsi del concetto di vantaggio effettivamente arrecato nel caso di specie. In altre parole, merita un'attenta riflessione la sussistenza della natura sostanziale di "aiuto", ossia di quella misura in grado di attribuire al destinatario un vantaggio; a titolo esemplificativo, potrebbe prendersi in considerazione, quale *tertium comparationis*,¹⁸⁹ la disciplina degli aiuti di Stato in relazione ai finanziamenti dei SIEG (servizi di interesse economico generale), dove la giurisprudenza è giunta a prevedere precise condizioni al ricorrere delle quali il finanziamento pubblico, *melius* la compensazione nel regime dei servizi pubblici, non costituisce aiuto di Stato, in quanto non comportante un effettivo vantaggio (sentenza Altmark, Corte di Giustizia, 24/07/2003).

Si può, ad esempio, immaginare che le misure di sostegno alle imprese colpite dai poteri speciali dell'Esecutivo possano ritenersi conformi con la disciplina sugli aiuti di Stato nella misura in cui vadano soltanto a ristorare il pregiudizio effettivamente arrecato, non potendosi, tuttavia, giustificare laddove, oltre all'effetto "compensativo", per l'impresa destinataria dell'aiuto ne derivi altresì un vantaggio ulteriore, in grado di minacciare il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali.

In alternativa, invece, una diversa lettura può giustificare la compatibilità delle misure di sostegno economico con la disciplina *suesposta*.

Lo stesso trattato sul funzionamento dell'Unione Europea prevede, all'art. 107, paragrafi 2 e 3, specifiche ipotesi in cui gli aiuti concessi dagli Stati si ritengono compatibili con la disciplina unionale. In particolare, rientrano in questa categoria "gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali" (art. 107, par. 2, lett. a) TFUE). In questo senso si rammenta qui come, per sostenere il tessuto imprenditoriale fortemente colpito dalle conseguenze derivanti dalla pandemia da COVID-19 e, successivamente, dalla

¹⁸⁸ Necessità già rilevata nel documento di analisi n. 28, *Golden power. La disciplina dei poteri speciali del governo*, dell'Ufficio di Valutazione Impatto del Senato della Repubblica, p. 25, in cui si stabilisce che gli interventi di sostegno economici previsti dall'art. 2 del d.l. 187/2022 devono essere coerenti con i rinnovati orientamenti della disciplina europea in materia di aiuti di Stato. Documento consultabile al seguente link: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg19/attachments/documento/files/000/112/527/DA_28_golden_power.pdf.

¹⁸⁹ Stante una probabile affinità con l'ambito delle materie sottoposte al *golden power*.

crisi energetica determinata dal conflitto russo-ucraino, la Commissione Europea, titolare del potere discrezionale di autorizzare o meno gli aiuti di Stato, ha introdotto temporanei quadri di riferimento¹⁹⁰ per individuare specifiche tipologie di aiuti ammissibili (previa notifica alla Commissione stessa) al fine di supportare settori particolarmente pregiudicati dalla fase emergenziale.¹⁹¹ In tal senso, potrebbe allora deporsi anche per l'eccezionalità dell'evento dell'esercizio dei poteri speciali, in particolare quando si manifesta nella forma dell'imposizione del veto all'adozione di delibere, atti od operazioni degli organi societari, così da poter eventualmente riconoscere l'esenzione delle misure di sostegno ex art. 2 del d.l. 187 del 2022 dalla disciplina degli aiuti di Stato.

Questo ragionamento, tuttavia, rischia di provare troppo, stante anche l'essenziale carattere di temporaneità delle deroghe alla disciplina in materia di aiuti come introdotte dai Temporary Framework della Commissione, sopraccitati. Difatti, la disciplina *golden power*, per quanto eccezionale e *sui generis*, non può ritenersi di applicazione transitoria o provvisoria.

¹⁹⁰ Si tratta dei cd. Temporary Framework, destinati a sostenere l'economia europea colpita dalle conseguenze negative dell'emergenza pandemica, che hanno reso più flessibile la disciplina sugli aiuti di Stato, disponendo la compatibilità con la disciplina europea di quegli aiuti destinati a porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro. Nell'ordine, a marzo 2020, è stato adottato il "Temporary Framework COVID-19", prorogato sei volte fino al giugno 2022. Nel mentre, nel marzo del 2022, per far fronte agli effetti sfavorevoli dell'aumento dei costi dell'energia dovuti all'invasione russa dell'Ucraina, è stato adottato un "nuovo Quadro temporaneo per far fronte alla crisi Ucraina", sostituito poi, nel marzo 2023, dal "nuovo Quadro temporaneo di crisi e transizione per gli aiuti di Stato a seguito dell'aggressione della Russia all'Ucraina".

¹⁹¹ Per una sistematica ricostruzione della disciplina degli aiuti di Stato, ed in particolare delle sue deroghe, si veda il documento sugli aiuti di Stato del Servizio Studi della Camera dei Deputati del 31 gennaio 2024, disponibile al seguente link: https://temi.camera.it/leg19/temi/19_flessibilit-degli-aiuti-di-stato-nell-attuale-epidemia-da-covid.html .

IV

Conclusioni

Provando a tracciare un filo rosso di questa trattazione, ci sembra che lo stesso sia ravvisabile nella sussumibilità del *golden power* nell'ambito del diritto amministrativo, risultando a tale potere riferibile la tematica del procedimento amministrativo e quella del provvedimento amministrativo. Non possono peraltro tacersi i profili di specialità, anzitutto con riferimento alla parziale contrazione delle garanzie procedurali, aspetto che ha indotto parte della dottrina ad affermare che il *golden power* è un “potere con sfumature autoritative senza contrappesi a tutela del privato”.¹⁹²

In altre parole, se storicamente del diritto amministrativo si predica la specialità rispetto al diritto comune,¹⁹³ con il *golden power* siamo di fronte ad una specialità “*sui generis*”, che trova la sua fonte negli imprescindibili interessi strategici nazionali, primi tra tutti la difesa e la sicurezza nazionali. Il rischio della degenerazione verso inaccettabili prerogative e privilegi statali è presidiato, in ultima istanza, dai trattati europei che, grazie all'interpretazione giurisprudenziale, impongono il rispetto delle libertà fondamentali nel mercato unico.

Il non corretto esercizio del *golden power* espone al rischio che l'attuale disciplina sui poteri speciali venga intesa come uno strumento pubblico per dirigere i mercati.¹⁹⁴ Sebbene ad oggi ne sia stato fatto un uso alquanto limitato,

¹⁹² Così L. Masotto, *Il golden power alla prova del procedimento e del processo amministrativo*, cit., p. 669.

¹⁹³ Ci si riferisce, qui, al noto *arrêt Blanco* del *Tribunal des conflicts* di fine '800. Pacificamente, in dottrina, si attribuisce a questa sentenza la nascita del diritto amministrativo, in particolare ove si afferma la sottrazione della responsabilità dello Stato dalla disciplina di diritto comune. In questo senso, allora, si parla di specialità del diritto amministrativo. Si tratta, infatti, della necessità di coniugare i bisogni del servizio pubblico con i diritti dei cittadini, e non di contemperare gli interessi di soggetti posti su un piano di eguaglianza. Nel primo caso, una situazione di supremazia, nel secondo di regole paritarie.

¹⁹⁴ In questo senso F. Bianconi, *I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali*, cit., p. 241; 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 *Dir.*

in particolare per quanto riguarda l'utilizzo del potere di veto, non può sottacersi il timore che l'ampia discrezionalità riconosciuta all'organo precedente possa, in futuro, portare a "nuove forme di colbertismo, di chiusura nazionalistica, di violazioni dello Stato di diritto, di protezionismi (in contrasto con il principio di concorrenza), di chiusure autarchiche".¹⁹⁵

Come significativamente osservato in dottrina, il *golden power* non può essere un mezzo per orientare o pianificare la politica industriale, ma deve conformarsi quale "metodo capace di custodire gli interessi vitali dello Stato da logiche predatorie e non controllabili, ma rispettoso delle dinamiche di mercato e degli interessi degli investitori esteri alla conservazione di un sistema economico sicuro, stabile ed affidabile", atto a "impedire pericolose aggressioni industriali, senza, tuttavia, scoraggiare utili e virtuosi investimenti esteri".¹⁹⁶

Riprendendo le considerazioni già esposte, si è osservato da più parti come, ad oggi, gli ambiti d'intervento dei poteri speciali governativi siano stati notevolmente estesi rispetto ai settori facenti capo al "nocciolo duro" di quelli originariamente previsti dal d.l. 15 marzo 2012, n. 21.

Con un approccio storico, può rilevarsi che lo Stato, ad un trentennio dalla stagione delle privatizzazioni, con cui si è chiusa la fase di intervento diretto nell'economia attraverso il sistema delle partecipazioni statali, fa il suo ritorno oggi con una veste formalmente diversa, ma nella sostanza non dissimile da quella assunta nella configurazione di "Stato-imprenditore".¹⁹⁷ In questo senso si è già fatto cenno alla definizione di "Stato-doganiera", enucleata in dottrina,¹⁹⁸ ad indicare l'appropriazione di quelle funzioni tipiche della polizia di dogana, "che si riserva il diritto di controllare coloro che attraversano la frontiera".¹⁹⁹

Questo ritorno alla dimensione nazionale dello Stato, e alla tutela dei suoi preminenti interessi strategici, si impone nel solco del processo, già in atto, di deglobalizzazione, diffusosi a macchia d'olio in tutti i paesi dell'UE, in forte contraddizione con quanto si è manifestato al volgere del nuovo millennio.²⁰⁰ In dottrina si è osservato infatti come oggi lo Stato, "depurato dalle patologie che

Cost., 2021, p. 35 ss; ancora, A. Sandulli, *Esercizio dei poteri speciali e sorte dell'impresa strategica*, cit., p. 464, secondo il quale "tale decreto (il d.l. 187/2022, ndr.) delinea un meccanismo di politica e strategia industriale dello Stato (lo Stato stratega, come è stato definito)".

¹⁹⁵ Così S. Cassese, *Quanto pesa il controllo dello Stato*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 maggio 2021.

¹⁹⁶ Cfr. C. Deodato, *Considerazioni introduttive sull'origine, l'ascesa e la più autentica funzione del golden power*, in *Golden Power*, a cura di Chiappa, Piro, Tuccillo, Il Foro Italiano, La Tribuna, Piacenza, 2023, p. 8. In questo senso anche R. Garofoli, *Golden power: mercato e protezione degli interessi nazionali*, in *Federalismi*, novembre 2022, p. 13.

¹⁹⁷ Ad individuare il rischio di un ritorno al sistema delle partecipazioni statali è anche A. Sandulli, *Esercizio dei poteri speciali e sorte dell'impresa strategica*, cit., p. 465, che parla del pericolo del "carrozzone di Stato".

¹⁹⁸ G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, cit., p. 549.

¹⁹⁹ Così A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 78.

²⁰⁰ *Ibidem*.

tanto avevano concorso in passato a renderlo inefficace rispetto ai fini proclamati”, sembri essere dotato di una nuova forza intrusiva, in particolare nei rapporti con il mercato internazionale, che subisce da esso forti interferenze.²⁰¹

Per evitare che questi pericoli si traducano in realtà, ed in particolare che il *golden power* possa degradare a mero strumento di politica industriale, sembra utile, da ultimo, ragionare in una prospettiva *de iure condendo*.

Anche alla luce del tracciato fin qui illustrato, potrebbe, per esempio, richiedersi che le regole del diritto amministrativo si applichino *in toto* a questa disciplina, senza eccezioni o deroghe di sorta. In particolare, se la legge sul procedimento amministrativo (l. 241/1990) trovasse piena e completa attuazione (in termini di completezza della motivazione, di garanzia della partecipazione dei soggetti interessati al procedimento, di applicazione del principio di legalità e di trasparenza, di comunicazione del preavviso di rigetto, come osservati in precedenza) ne deriverebbe un assetto normativo prevedibile, trasparente e preciso in grado di, da una parte, tutelare gli assetti strategici dello Stato e, dall'altra, attrarre gli investimenti dall'estero, diminuendo l'incertezza degli investitori.²⁰²

Una regolamentazione compiuta di questa disciplina, anche a livello euro-unitario, potrebbe altresì fungere da strumento per favorire l'integrazione europea verso un nuovo sistema statale, di tipo federale, in cui il controllo pubblico sugli investimenti esteri abbia lo scopo di tutelare gli interessi comuni europei e non, quello contrario, di dirigere gli assetti industriali nazionali, con inevitabile pregiudizio anche del mercato unico.

²⁰¹ A riconoscere le nuove e diverse forme di intervento pubblico nei settori dell'economia nazionale è, in modo organico, G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Il Mulino, Bologna, 2022. Queste, secondo l'Autore, possono essere accolte favorevolmente, purché lo Stato sia “immune dai suoi vecchi vizi e lontano, in ogni circostanza, dall'*hybris* dell'accentramento autoritario”.

²⁰² In questo senso L. Belviso, *Golden power. Profili di diritto amministrativo*, cit., p. 192 ss.

Bibliografia

Aiello G., *Il legittimo affidamento dell'investitore e i poteri regolatori dello Stato: una difficile convivenza*, in *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di Giulio Napolitano, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 161 ss.

Allena M., *Un nuovo ambito di giurisdizione del giudice amministrativo nel diritto dell'economia: la competenza esclusiva in materia di esercizio dei golden powers*, in *Diritto dell'economia*, vol. 25, n. 79 (3-2012), p. 639-66.

Alvaro S., Lamandini M., Police A., Tarola I., *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica. Il golden power dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*, in *Quaderni giuridici CONSOB*, 20, febbraio 2019, p. 10 ss.

Amato G., *Bentornato Stato, ma*, Il Mulino, Bologna, 2022.

Angelini R., *Stato dell'arte e profili evolutivi dei poteri speciali: al crocevia del golden power*, in *Rivista di diritto societario*, 3/2018, p. 706 ss.

Antonelli V., *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, CEDAM, Padova, 2007

Ardizzone L., Vitali M.L., *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 5, 2013, p. 922 ss.

Aresu A., *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, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 63 ss.

Arnaudo L., *A l'économie comme a la guerre. Note su golden power, concorrenza e geo-economia*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, dicembre 2017, p. 449 ss.

Belviso L., *Golden power. Profili di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2023.

Benvenuti M., *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*, 2021, p. 35 ss.

- Bianconi F., *I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi*, in *Contratto e impresa*, 1/2022, p. 202 ss.
- Campobasso G.F., *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, UTET, Milano, 2020.
- Campobasso G.F., *Diritto commerciale 1. Diritto dell'impresa*, UTET, Milano, 2013.
- Carpagnano M., *Il rapporto tra la disciplina golden power e le altre discipline di settore*, in *Golden power*, a cura di R. CHIEPPA, C.D. PIRO, R. TUCCILLO, Il Foro Italiano, La Tribuna, Piacenza, 2023, p. 178 ss.
- Carreau D., Marrella F., *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 616.
- Cassese S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3/1996, p. 579 ss.
- Cassese S., *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2001, 8, p. 855 ss.
- Cassese S., *Quanto pesa il controllo dello Stato*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 maggio 2021.
- Cavallo B., *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, p. 3.
- Chieppa R., *Conclusioni*, in *Foreign direct investment screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di Giulio Napolitano, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 185 ss.
- Cintioli F., *La natura amministrativa della decisione sull'esercizio dei poteri speciali e la sua sottoposizione al sindacato del giudice amministrativo*, in *Golden power*, a cura di Chieppa, Piro, Tuccillo, Il Foro Italiano, La Tribuna, Piacenza, 2023, p. 252 ss.
- Cipollone A., *La verifica dell'ottemperanza alle prescrizioni. I comitati di monitoraggio*, in rapporto GNOSIS sul Golden Power, Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, dicembre 2019, p. 52 -59.
- Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 105 ss.
- Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2022.
- Comino A., *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*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n.5/2014, p. 1022 ss.
- Corasaniti A., *Intervento alla tavola rotonda su "La responsabilità per lesione di interessi legittimi"*, in *Foro Amministrativo*, 1982, p. 1703.

D'Alberti M., *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in *Foreign direct investment screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di Giulio Napolitano, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 85 ss.

De Nitto S., *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Rivista di diritto amministrativo*, giugno 2022, p. 553 ss.

Deodato C., *Considerazioni introduttive sull'origine, l'ascesa e la più autentica funzione del golden power*, in *Golden Power*, a cura di Chieppa, Piro, Tuccillo, Il Foro Italiano, La Tribuna, Piacenza, 2023, p. 8.

Di Via L., Pasquale L., *Controllo degli investimenti stranieri e antitrust. Un matrimonio che s'ha da fare*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, aprile 2020, p. 106 ss.

Garofoli R., *Il controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di Giulio Napolitano, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 91 ss.

Garofoli R., *Golden power: mercato e protezione degli interessi nazionali*, novembre 2022, in *Federalismi*, p. 5 ss.

Ghezzi F., Olivieri G., *Diritto antitrust*, Giappichelli, Torino, 2019.

Ielo D., *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti "Golden Powers"*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 4/2021, p. 62 ss.

Lalli A., *Effetti istituzionali e strutturali dell'espansione dei golden powers*, in *Rivista quadrimestrale di diritto costituzionale*, 2/2022, p. 77 ss.

Maduro M. P., *The Chamaleon State: EU law and the blurring of the private/public distinction in the market*, Firenze, 2010.

Magliano R., *Il labile confine tra tutela degli interessi nazionali e "sviamento protezionistico"*, in *Rivista del commercio internazionale*, 2/2014, p. 335 ss.

Marconi F., *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*, 11 agosto 2021, p. 41 ss.

Masotto L., *Il golden power alla prova del procedimento e del processo amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2022, p. 665 ss.

Merusi F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970.

Napolitano G., *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2014.

Napolitano G., *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5/2019, p. 549 ss.

Panucci M., *Golden Power. Cornice europea e nuovi paradigmi di concorrenza*, in *Rapporto GNOSIS sul golden power, Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica*, p. 128.

Protto M., *Il rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008.

Ranelletti O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte II: Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1894, XVI, p. 82 ss.

Sacco Ginevri A., *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2005, I, p. 707 ss.

Sacco Ginevri A., *I "golden powers" dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *Federalismi.it*, 16 novembre 2016, p. 4.

Sacco Ginevri A., *L'espansione dei golden powers fra sovranismo e globalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 1/2019, p. 156 ss.

San Mauro C., *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in *Concorrenza e Mercato*, n. 1/2010, p. 415 ss.

San Mauro C., *I poteri speciali del Governo nei confronti delle società che operano nei settori strategici: dalla golden share ai golden power*, in *Foro amministrativo*, 2015, p. 2956 ss.

Sandulli A., *La febbre del golden power*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3 – 2022, p. 743 ss.

Sandulli A., *Esercizio dei poteri speciali e sorte dell'impresa strategica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2023, p. 463 ss.

Schmitt C., *Verfassungslehre*, Munchen und Leipzig, 1928, p. 131.

Sorace D., Torricelli S., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2023.

Tepedino E.M., *Golden powers: i poteri speciali del governo al vaglio del giudice amministrativo*, in *Amministrazione in cammino*, giugno 2022, p. 11 ss.

Travi A., *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 1/2018, p. 126 ss.

Tuccillo R., *Le tipologie di decisioni: le prescrizioni, le raccomandazioni e le verifiche di ottemperanza*, in *Golden Power*, a cura di R. Chieppa, C. Piro, R. Tuccillo, Il Foro Italiano, Piacenza, 2023, p. 250.

Zoppini A., *Il diritto privato e i suoi confini*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 78.

Altre fonti

Ministero del Tesoro, Commissione per il riassetto del patrimonio mobiliare pubblico e per le privatizzazioni, *Rapporto al Ministro del Tesoro*, Roma, 7 novembre 1990, p.56.

Avvocato Generale, conclusioni in causa C-326/07:https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Conc/Conclusioni-Avv-Generale_causa-C_326_08_del_6_11_08.pdf.

Circolare n. 11 del 17 aprile 2023 di Assonime su “*Poteri speciali dello Stato. Evoluzione del quadro normativo e profili operativi del Golden Power*”: https://www.assonime.it/attivita-editoriale/circolari/Pagine/Circolare-11_2023.aspx.

Rapporto Assonime, “*Golden power e corporate governance delle società quotate. Spunti di riflessione da casi di esercizio dei poteri speciali*”, 7/2023: <https://www.astrid-online.it/static/upload/note/note-e-studi-7-2023.pdf>.

Ufficio di Valutazione Impatto del Senato della Repubblica, documento di analisi n. 28, “*Golden power. La disciplina dei poteri speciali del governo*”: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg19/attachments/documento/files/000/112/527/DA_28_golden_power.pdf

Servizio Studi della Camera dei Deputati, documento del 31 gennaio 2024: https://temi.camera.it/leg19/temi/19_flessibilit-degli-aiuti-di-stato-nell-attuale-epidemia-da-covid.html

Normativa

Costituzione della Repubblica Italiana

Codice Civile

L. 7 agosto 1990, n. 241

L. 10 ottobre 1990, n. 287

L. 8 agosto 1992, n. 359

L. 29 gennaio 1992, n. 35

L. 24 dicembre 2003, n. 350

D.L. 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni dalla L. 31 maggio 1994, n. 474

D.L. 15 marzo 2012, n. 21, convertito con modificazioni dalla L. 11 maggio 2012, n. 56

D.L. 25 marzo 2019, n. 22, convertito con modificazioni dalla l. 20 maggio 2019, n. 41

D.L. 21 settembre 2019, n. 105, convertito con modificazioni dalla L. 18 novembre 2019, n. 133

D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40

D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120

D.L. 21 marzo 2022, n. 21, convertito con modificazioni dalla L. 20 maggio 2022, n. 51

D.L. 5 dicembre 2022, n. 187, convertito con modificazioni dalla L. 1° febbraio 2023, n. 10

D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385

D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio)

D. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente)

D. lgs. 31 marzo 2023, n. 36

D.P.C.M. n. 108 del 2014

D.P.C.M. n. 85/2014

D.P.C.M. 16 novembre 2017

D.P.R. 25 marzo 2014, n. 86

D.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35

D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380

Regolamento CE, 20 gennaio 2004, n. 139

Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo e del Consiglio

TFUE (ex TCE)

TUE

Temporary Framework COVID-19, 19 marzo 2020

Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina, 23 marzo 2023

Giurisprudenza

CGCE, 23 maggio 2000: causa 58/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, I-3811

CGCE, 4 giugno 2002: causa C-367/98, *Commissione c. Portogallo*, in *Raccolta*, I-4730

CGCE, causa C-483/99, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, I-4781

CGCE, causa C-503/99, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, I-4809

CGCE, 13 maggio 2003: causa C-463/2000, *Commissione c. Spagna*

CGCE, causa C-98/01, *Commissione c. Regno Unito*

CGCE, 13 aprile 2000, *Baars*, C-251/98, in *Racc.*, p. I-02787

CGCE, 13 luglio 2000, causa C-423/98

CGUE, 24 luglio 2003, causa C-280/00

CGCE, 11 settembre 2008, *Commissione c. Germania*, C-141/07, in *Racc.*, p. I-06935

CGCE, 26 marzo 2009, *Commissione c. Italia*, C-326/07

CGUE, 8 luglio 2010, *Commissione c. Portogallo*, C-171/08, in *Racc.*, p. I-6817

CGUE, 8 novembre 2012, *Commissione c. Repubblica Ellenica*, C-244/11, in *Racc. digitali*

Corte Costituzionale, 55/1968

Corte Costituzionale, sentenza n. 81/2012

Corte Costituzionale, 23 giugno 2017, n. 147

Corte Costituzionale, n. 270/2020

Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 808

Consiglio di Stato, Sezione IV, 9 gennaio 2023, n. 289

Cassazione, Sezioni Unite, 28 giugno 2013, n. 16305

T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 13 luglio 2021, n. 727

T.A.R. Lazio, Sezione I, 13 aprile 2022, n. 4486

T.A.R. Lazio, Sezione I, 13 aprile 2022, n. 4488