

ANDREA GEMMI

Cultore della materia di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
andreamgemi@outlook.com

LA GOLDEN POWER COME POTERE AMMINISTRATIVO.

PRIMI SPUNTI PER UNO STUDIO SUI POTERI SPECIALI E SUL LORO RAFFORZAMENTO

GOLDEN POWER AS ADMINISTRATIVE POWER.

FIRST STEPS IN AN EXAMINATION OF SPECIAL POWERS AND THEIR ENHANCEMENT

SINTESI

Il contributo è volto ad una prima comprensione della normativa *golden power*, per costruire una teoria dei poteri speciali che ne rilevi i profili di criticità e sviluppo sulla base dell'applicazione delle categorie proprie del diritto pubblico.

La *ratio* della disciplina deve essere studiata innanzitutto nel rapporto con il fenomeno economico, e quindi nella finalità di tutela degli interessi pubblici strategici legati a particolari *asset* rilevanti. La normativa *golden power* non sembra, infatti, volta a superare la gestione economica degli *asset* strategici, che, anzi, costituisce il presupposto logico e giuridico della configurazione dei poteri speciali. La disciplina in esame sembra invece volta ad assicurare allo Stato adeguati strumenti di tutela laddove i meccanismi economici del mercato minaccino in concreto gli interessi strategici. Un primo ambito d'indagine è quindi quello del diritto pubblico dell'economia.

In questo senso, i poteri speciali si qualificano come relevantissimo strumento di ingerenza dello Stato nel mercato, e, in quanto tali, concorrono a definire il travagliato rapporto tra questi due poli. Al fine di comprendere che tipo di intervento venga configurato dalla normativa, risulta determinante studiare quale ruolo assuma l'azione amministrativa entro la cornice del *golden power*.

A questo fine, il ricorso alle categorie dogmatiche elaborate dagli studi sulla regolazione pubblica permette di constatare, da una parte, la distanza sostanziale tra la regolamentazione *golden power*, sia con riferimento alle disposizioni normative che alla disciplina dettata *ad hoc* tramite lo strumento delle prescrizioni, e la regolazione delle *authorities*, in quanto diversa è la finalità, tecnica normativa e finanche l'allocazione organizzativa delle relative funzioni amministrative; dall'altra, non sembra che la normativa sui poteri speciali assegni allo Stato un ruolo nell'economia sostanzialmente nuovo. La costruzione della *golden power* come presidio securitario, a partire dallo stesso D.L. 21/2012, sembra invece dimostrare come questa "regolamentazione speciale" non sia affatto estranea al paradigma dello Stato regolatore e, pur nella sua peculiare collocazione nell'ordinamento, non comporti alcuna cesura rispetto alla dominante costruzione del rapporto tra Stato e mercato.

Sulla base di questa comprensione della natura dell'intervento pubblico sugli

asset strategici si struttura, in primo luogo, una teoria del rapporto tra *golden power* e regolazione del mercato fondata sul principio di eccezionalità degli strumenti di difesa, con importanti conseguenze applicative sia sul profilo applicativo degli adempimenti a cui sono chiamati gli operatori, che sulle prospettive di rafforzamento dei poteri speciali.

In secondo luogo, la ricostruzione dei poteri speciali come funzione autoritativa permette di indagare i caratteri del procedimento e, più in generale, di questo potere amministrativo. A fronte della atipicità del contenuto dei poteri esercitabili attraverso lo strumento delle prescrizioni, l'analisi dei poteri speciali come funzione amministrativa permette di identificarne caratteristiche e limiti. La tutela delle posizioni giuridiche soggettive a fronte dell'amplissima discrezionalità che caratterizza l'esercizio dei poteri di *golden power*, sia nei presupposti che nelle modalità, trova un'importante garanzia nella ricostruzione dei limiti, interni ed esterni alla stessa normativa, a cui i poteri speciali atipici sono soggetti.

Questi primi passi verso la costruzione di un'analisi dei poteri speciali possono contribuire a fornire alla normativa *golden power* una propria collocazione nell'ordinamento, per munire, da una parte, i poteri speciali degli strumenti di unilateralità adeguati per assicurare il perseguimento degli interessi pubblici; e, dall'altra, restituire al diritto amministrativo la propria funzione di garanzia individuale.

ABSTRACT

The purpose of the paper is to achieve a first comprehension of the golden power legislation, to define a theory of special powers highlighting concerns and aspect of interest for their development based on the public law categories. The *rationale* of the legislation is firstly to be studied having regard to the relation with the economic phenomenon and the purpose of protection of national strategic interest related to certain important assets. Under this analysis, golden power legislation does not seem to aim at opposing the economic management of the strategic assets, which is indeed the logical and legal premise of the creation of special powers. On the contrary, this legislation seems to aim at providing to the State suitable means when the market dynamics concretely threat strategical public interests.

In this respect, the special powers qualify as a material capacity of intervention of the State into the market. As such, they concur to define the troubled relation between market and State. To understand what kind of intervention is provided for by this legislation, it is decisive to investigate the role of the administrative action under the golden power framework.

To this end, the application of the categories developed by the public regulation studies leads to assess, on one hand, the material differences between the golden power regulation – both including the legal provisions and the provisions set by single decisions of the Government – and the regulatory activity of the independent authorities, since they have different purposes, provisions' structure and even the allocation of the relevant public function. On the other hand, it does not seem that the golden power legislation grants the State a substantially new role in the economy. On the contrary, a theory of golden power as security safeguard seems to explain how this “special regulation” is not extraneous to the Regulatory State model of interference into the market, and how it does not entail a change in the dominant definition of the relation between State and market.

This comprehension of the nature of the public interference with the State intervention on strategic assets grounds, firstly, a definition of the theory of the relation between golden power and market regulation based on the principle of exceptionality of the defence measures, with material consequences both on the application by the operators and on the prospects of development of the special powers.

Secondly, defining the special powers as an authoritative function grounds an investigation on the features of the procedure and, more generally, of the administrative power. Given the peculiarities of the extent of the powers to be exercised by means of the “conditions” to the operation, the investigation of the special powers as administrative function allows to underline its characteristics and limits. The protection of operator’s legal position towards the broad discretion of the exercise of golden powers, both on whether and on how to exercise them, is ensured by the investigation of their limits, internal and external to the legislation.

These first step pinto the study of the special powers may concur at clarify the role of golden power legislation in the legal system, to provide, on one hand, the powers with the unilateral means suitable to ensure the pursuit of public interest; and, on the other hand, comply with the purpose of the administrative law as protection for individuals.

PAROLE CHIAVE: golden power, poteri speciali, regolazione, interessi strategici, controllo investimenti esteri, interessi strategici.

KEYWORDS: golden power, special powers, regulation, strategic interests, foreign investments control, strategic interests.

INDICE: 1. Introduzione: la *legal curtain* del mondo occidentale. – 2. Uno, nessuno e centomila: un problema di identità. – 3. La *golden power* al vaglio del diritto pubblico dell’economia. – 4. Per una teoria della *golden power* come presidio securitario. – 5. Spunti per uno studio del momento autoritativo: le munizioni dell’«*armamento giuridico*». – 6. Conclusioni.

1. Introduzione: la *legal curtain* del mondo occidentale.

La disciplina *golden power* è stata e continua ad essere al centro del dibattito nazionale, non solo per la sua applicazione ad importanti operazione economiche ma, soprattutto, per il susseguirsi di riforme volte a rafforzare i poteri speciali dello Stato¹. Ogni forza politica che si sia succeduta al governo in questi anni – e cioè tutti i partiti politici più rilevanti – ha avuto al centro della propria agenda politica i poteri speciali riconosciuti dal D.L. 21/2012.

¹ Questo ruolo della *golden power* nel panorama giuridico e politico odierno non è stato assunto all’indomani della sua emanazione. Un punto di svolta può essere indicato nella vicenda che ha interessato la nota operazione occorsa tra la società Telecom Italia S.p.A. e il gruppo francese Vivendi. Dal 2017 si è quindi aperta una stagione di riforme e di potenziamento di questi poteri, che, come si vedrà, non investe solo il panorama nazionale. Per un’analisi dell’evoluzione dei poteri speciali dalla loro introduzione, M. D’ALBERTI, *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 86, e G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 122.

Ma non si tratta di una questione domestica. Il rafforzamento di questo istituto costituisce un'esigenza avvertita da tutto il mondo occidentale, all'attenzione dei governi già di Germania, USA e Francia². Si è efficacemente parlato, a questo proposito, di «corsa agli armamenti giuridici»³. Non sembra potersene discutere la necessità da un punto di vista di tutela della sicurezza nazionale, e quindi quale presidio securitario sul piano normativo e *legal curtain* sul piano geopolitico⁴.

Nondimeno, l'estensiva applicazione e l'enorme fiducia che si ripone nel rafforzamento di un istituto eccezionale e, appunto, "speciale" non sono prive di conseguenze giuridiche sugli stessi istituti che si vorrebbe valorizzare. E, ancor di più, sui mercati che interagiscono con i numerosi *asset* "strategici" – sempre più numerosi, sempre meno definiti.

L'impressione è di trovarsi al principio di una stagione di riforme che, per non risolversi in una breve e infeconda parentesi nella storia dei *revivements* interventisti che seguono ad una crisi economica, non può che sottoporre le proprie istanze pubblicistiche al vaglio del paradigma su cui sin dagli anni '90 domina l'intervento pubblico nell'economia – quello dello Stato regolatore, per sviluppare un'efficace prospettiva di rafforzamento consapevole della natura dei propri strumenti e fondata su solide basi dogmatiche⁵.

² Si considerino la recente vicenda Leifeld Metal Spinning, ma anche, negli USA, i casi Canyon Bridge/Lattice e Broadcom/Qualcomm. In particolare in Europa, ha destato preoccupazione l'acquisizione, da parte di una società cinese, della società tedesca Kuka, leader mondiale della robotica. Le autorità nazionali, contrarie all'operazione in ragione di rischi per la sicurezza nazionale, non hanno potuto impedirlo, come invece avevano fatto per il tentativo di acquisizione la società Axtron Technologies, impegnata nel settore dei semiconduttori (M. BERGAMI, *Imprese e sicurezza nazionale nell'era dei robot intelligenti*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica). Il percorso di rafforzamento dei poteri speciali del governo è stato intrapreso anche negli USA, con il potenziamento del *Committee on Foreign Investment in the United States* – *Cfius* attraverso il *Foreign Investment Risk Review Modernization Act* (*Firrma*), e il *Critical Technology Pilot Program*, varato il 10 novembre 2018 (M. BERGAMI, *op. cit.*). Il recente allarme per i paesi europei è collegato ad una serie di investimenti di società cinesi, ritenute supportate da una strategia governativa, nell'ambito del programma "Made in China 2025" (P. MESSA, *Oltre il Golden power. Il modello americano e il dibattito in Europa*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica). L'attenzione agli investimenti cinesi è tale che, si è detto, il CFIUS «può essere rinominato *Chinese Foreign Investment in the United States*» (A. ARESU, *Golden power e interesse nazionale. Tra geodiritto e geotecnologia*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica). Ma la dotazione di poteri speciali non riguarda solo le grandi potenze occidentali. Nell'UE, ben 14 stati su ventotto ne sono dotati. Cfr. G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 124.

³ L. ARNAUDO, *A l'économie comme à la guerre. Note su Golden power, concorrenza e geo-economia*, in *Merc. Con. Reg.*, 2017, 3, 436.

⁴ G. SCARCHILLO, *Dalla Golden Share al Golden power: la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato*, in *Contratto e impresa. Europa*, CEDAM, n. 2, 2015, p. 662, che pure sembra interpretare il rapporto tra *golden power* e mercato in maniera diversa da quanto si illustrerà nel prosieguo.

⁵ Più volte messo in discussione ma mai abbandonato, integrato da norme finalistiche e discipline interventiste ma mai snaturato, a seguito della crisi del 2008 il paradigma dello Stato

Il tema non è solo teorico, e non si risolve nella mera descrizione di un fenomeno giuridico, eventualmente con modalità difformi dal paradigma dominante. I poteri speciali costituiscono un istituto chiave nel rapporto tra Stato e mercato e le modalità del suo rafforzamento sembrano volte a incidere sul ruolo che il diritto pubblico e l'autoritatività della Pubblica Amministrazione avranno nel rapporto tra pubblico e privato.

In questa prospettiva di sviluppo dei poteri speciali, fondamentale è il ruolo del diritto amministrativo, quale naturale e più efficace presidio, da una parte, dell'efficienza dell'azione amministrativa, e, dall'altra, delle posizioni dei privati, soggetti al potere autoritativo dello Stato soltanto con i limiti e le garanzie che costituiscono la posizione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo – irrinunciabile fondamento della nostra democrazia liberale.

Alla luce di queste premesse, il ruolo del diritto amministrativo non può essere quello di negare la possibilità di rafforzare poteri così ampiamente avvertiti come esigenza securitaria; ma nemmeno astenersi, in ragione del richiamo ad un interesse di sicurezza nazionale e della natura strategica delle valutazioni amministrative, dal vagliare e guidare l'espansione di un momento così autoritativo ed intrusivo delle libertà economiche, sulla base dei principi che regolano il rapporto con l'autorità pubblica.

Il presente contributo è volto pertanto ad una prima comprensione dell'istituto dei poteri speciali sulla base delle categorie proprie del diritto pubblico dell'economia, per proporre spunti di analisi, dal punto di vista del diritto amministrativo, dei profili di criticità e di sviluppo della normativa *golden power*.

2. Uno, nessuno e centomila: un problema di identità.

La normativa in esame apre il mercato ad un rilevantissimo intervento

regolatore è stato recuperato grazie ad una integrazione europea che non ha mai messo in discussione questo paradigma. Cfr. P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in M. CAFAGNO - F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, 2017, pp. 117.

Sulla crisi dello Stato interventista e sulle caratteristiche dello Stato regolatore, G. MAJONE – A. LA SPINA, *Lo Stato Regolatore*, il Mulino, 2000. Non si vuol, però, qui riferirsi a questo paradigma come l'unico possibile, in una sorta di processo lineare che ha portato al superamento definitivo dello Stato interventista a qualcosa di più sofisticato. Autorevole dottrina ha sottolineato come l'intervento pubblico sia oggetto di diverse valutazioni in dinamiche di lungo periodo, non lineari ma cicliche. Cfr. R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI- R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in onore del prof. Salvatore Cattaneo*, Napoli, Jovene, 2010, p. 139; che, a sua volta, cita i contributi di A.O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, 1970; M. PACI, *Pubblico e privato nei moderni sistemi di Welfare*, Liguori, 1989, 35-39; ed E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2005, p. 2, che parla di "equilibrio instabile" tra mercati e istituzioni. Per una riflessione sulla «renaissance del capitalismo di stato» in momenti di crisi economica, e quindi nell'ottica di una «rescue culture» tipica dello Stato Salvatore, cfr. G. SCARCHILLO, *op. cit.*, 624.

dello Stato, su un numero di c.d. attivi strategici che è stato progressivamente incrementato fino a ricomprendere i più importanti settori economici nazionali. Nella prospettiva di sviluppo di questi poteri speciali occorre interrogarsi sulla *ratio* della normativa, e quindi sulla prospettiva di evoluzione degli istituti e sulla relativa coerenza della prassi applicativa.

Oggetto d'analisi è uno strumento di ingerenza dello Stato nel mercato, ed, in quanto tale, concorre a definire la relazione stessa tra questi due poli⁶. La *ratio* della normativa deve essere allora ricercata proprio entro questo rapporto. Occorre, cioè, chiedersi quale ruolo assume l'azione amministrativa entro la cornice del *golden power*.

Come noto, l'odierna disciplina sui poteri speciali nasce come radicale riforma dell'istituto della *golden share*, rispetto a cui presenta elementi di continuità e discontinuità, su impulso della giurisprudenza della CGUE e secondo i limiti dati dall'ordinamento dell'UE ai poteri speciali nazionali. Non si intende in questa sede dilungarsi sul rapporto con la *golden share*, sul contesto di privatizzazioni in cui si inseriscono questi poteri e sui confini determinati dalla giurisprudenza della CGUE nelle varie vicende che hanno interessato le riforme sia italiane che europee⁷. Su questi aspetti già molto è stato scritto, con autorevolissime analisi che pongono in luce il dato storico e sistematico, anche in ottica comparatistica⁸.

Non emerge, però, una condivisa opinione sul ruolo che lo Stato assume entro la normativa di *golden power*, e quindi sul rapporto tra Stato e mercato costruito sui poteri speciali⁹.

⁶ I. DEMURO, *La necessaria oggettività per i poteri previsti dalla golden share*, in *Giur. comm.*, 2009, p. 640 ss.

⁷ Ci si riferisce alle sentenze di condanna dei sistemi nazionali, *in primis* a quella resa nei confronti dell'Italia, Corte di Giustizia, Terza Sezione. 26 marzo 2009, Causa C-326/07, ma anche quelle emesse nei confronti della Francia (sentenza 4 giugno 2002, C-483/99, caso Elf-Aquitaine); del Belgio (sentenza 4 giugno 2002, C-503/99, caso Société nationale de transport par canalisations e Distrigaz); della Spagna (sentenza 13 maggio 2003, C-463/00, riferibili a Repsol, Telefonica, Corporacion bancaria Argentaria, Tabacalera ed Endesa); del Regno Unito (sentenza 13 maggio 2003, C-98/01, British Airport Authority); dei Paesi Bassi (sentenza 28 settembre 2006, C-282/04 e C-283/04, relative a telecomunicazioni e servizi postali); della Germania (sentenza 23 ottobre 2007, C-112/05, relativa a Volkswagen); del Portogallo (sentenza 8 luglio 2010, C-171/08, relativa a Portugal Telecom e sentenza 10 novembre 2011, C-212/09, concernente lo statuto di GALP - Petróleos e Gás de Portogallo); della Grecia (sentenza 8 novembre 2012, C-244/11, relativa ai poteri governativi su acquisizione di oltre il 20% del capitale di società strategiche).

⁸ L. ARDIZZONE - M. L. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. comm.*, 2013, I; G. SCARCHILLO, *Dalla Golden Share al Golden power: la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato*, in *Contratto e impresa. Europa*, CEDAM, n. 2, 2015; GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 17, 2019; G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019; G. SCARCHILLO, *Privatizzazioni e settori strategici. L'equilibrio tra interessi statali e investimenti stranieri nel diritto comparato*, 2019, Giappichelli.

⁹ Fermo restando che ogni analisi, al di là della metodologia specifica e delle finalità dello studio, deve basarsi su una profonda consapevolezza dell'evoluzione storica dell'istituto

In proposito, gli Autori che si sono occupati di questo tema hanno in vario modo definito questo nuovo assetto come “Stato regolatore”¹⁰, “Stato supervisore”¹¹, “Stato stratega”¹² o “Stato doganiere”¹³, con una terminologia evidentemente contrastante e, in alcuni casi, espressione di una critica alla funzione che sembrano assumere i poteri speciali ovvero alle potenzialità a cui si prestano¹⁴.

Come spesso accade nel contesto del diritto pubblico, la questione sembra coinvolgere in ultima istanza il rapporto tra polo sociale ed autorità, e quindi il confine fra pubblico e privato. Non sorprende quindi che la discussione possa non essere scevra da prospettive soggettive, inclini ovvero ostili a mettere in discussione il paradigma dominante per un’apertura più o meno esplicita a spazi di dirigismo economico¹⁵. Nel caso di specie, la rilevanza della prospettiva soggettiva potrebbe dipendere, da un lato, da una successione normativa espressione di stimoli eterogenei, in cui ciascun interprete può dare

nonché della cornice storica in cui è nato, non si può non notare la peculiarità del contesto odierno, sia sul piano giuridico che politico. Se, ad esempio, è vero che la giurisprudenza europea si è dimostrata ostile alla concezione di poteri speciali in capo agli Stati nazionali (cfr. S. GLIUBICH, *Il Regolamento europeo per il controllo degli investimenti diretti esteri. Opportunità od occasione mancata per i ‘poteri speciali’ dell’Unione europea?*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica), cionondimeno oggi l’emanazione del Regolamento (UE) 2019/452 dimostra che le circostanze già illustrate riguardo agli investimenti cinesi non hanno lasciato indifferenti le Istituzioni Europee. Sull’evoluzione dell’approccio della Commissione, R. GAROFOLI, *op. cit.*

¹⁰ L. ARDIZZONE - M. L. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 922; G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 622, pur con riferimento alla *golden share*; ma anche R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 17, 2019, 4 ss., come prima fase dell’evoluzione della normativa.

¹¹ L. FIORENTINO, *Verso una cultura del golden power*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica, p. 24. M. D’ALBERTI, *op. cit.*

¹² R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 17, 2019, pubblicato anche in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019.

¹³ G. NAPOLITANO, *L’irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello stato doganiere*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2019, 5, e G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 121.

¹⁴ È interessante notare come, anche chi prospetta un rischio di un uso dirigista ovvero in chiave di politica industriale, in contrasto con il paradigma dello Stato regolatore, riconosce che nella prassi l’esercizio dei poteri speciali sia stato «*rigoroso ed impermeabile a tentazioni dirigiste o intenti discriminatori*» (Cfr. G. NAPOLITANO, *op. cit.*).

¹⁵ È evidente il contrasto tra chi parla di indispensabile «*strumento societario di controllo statale dell’economia*» e «*strumento di politica industriale*» (G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 663), da un lato, e chi invece lamenta le «*sfinalità di politica*» industriale come uno «*sviamento di poteri*» (P. MACCARONE, *Poteri speciali e settori strategici: brevi note sulle recenti novità normative*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2020; p. 121).

rilievo a vari e diversi elementi¹⁶; dall'altro, dalla genericità degli obbiettivi previsti dalla normativa e dalla natura degli atti applicativi c.d. di alta amministrazione¹⁷.

Il presente contributo è invece volto ad indagare gli elementi che la disciplina del *golden power* offre attraverso lo studio della natura di questo intervento pubblico alla luce delle categorie dogmatiche della regolazione pubblica e del diritto amministrativo, per verificare se dalla normativa e dall'ordinamento stesso possano trarsi indicazioni sull'uso e sullo sviluppo di questi poteri speciali. Si vuole indagare, cioè, se la disciplina del *golden power* offra degli spunti di comprensione in ragione della sua natura intrinseca, che ne possa guidare l'applicazione ampiamente discrezionale.

Date queste premesse, sembra che un approccio storico a questo studio possa scontrarsi con l'evidenza che la normativa esprime un giudizio ambiguo sul mercato.

Da una parte, si riconosce che esistono *asset* e settori strategici lasciati ai mercati regolati e nella proprietà dei privati, considerati quindi anche come beni avente un valore di mercato¹⁸. Dall'altro, l'utilizzo di questi *asset* e l'acquisizione di società che li detengono è soggetta ad un *placet* dello Stato, che non rinuncia ad esercitare ingerenze sull'attività dei privati, riconoscendone la potenzialità dannosa verso gli interessi pubblici¹⁹. Cercando una sintesi tra que-

¹⁶ Si tratta di un profilo comune a tutta la storia delle privatizzazioni che, dagli anni '80, caratterizza la gestione dei beni pubblici nel panorama italiano. Cfr. A. LALLI, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Jovene, 2015, 124.

¹⁷ R. GAROFOLI, *op. cit.* In questo senso si comprendono anche i rischi di *disguised protectionism* e dirigismo economico segnalati da alcuni autori. Cfr. M. D'ALBERTI, *op. cit.*, p. 88 e G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 123.

¹⁸ Sul piano storico, la gestione imprenditoriale ha progressivamente sostituito quella pubblica perché preferibile sul piano dell'efficienza. L'ambiguità che caratterizza l'intera storia delle privatizzazioni ha calato, però, questa gestione economica in un contesto normativo di intreccio di regole privatistiche e pubblicistiche. Cfr. A. LALLI, *op. cit.*, 124 e ss. Con riferimento alla *golden share*, c'è chi ha parlato di una «rinuncia dello Stato ad essere (direttamente o indirettamente) imprenditore nei settori strategici», a fronte di poteri speciali rivolti a imporre controlli e limiti sui settori strategici (L. ARDIZZONE - M. L. VITALI, *op. cit.*, p. 923). Si può cogliere qui un profilo che motiva la metodologia già illustrata, e cioè di interpretare la normativa nell'ordinamento e nelle categorie di regolazione pubblica piuttosto che trarre elementi dalla sua evoluzione storica. Il contesto di privatizzazioni in cui nascono i poteri speciali, e che si pone alla base dell'autorevole analisi citata, non sembra qui offrire elementi di rilievo. La *golden power* non sembra escludere alcuna forma di intervento imprenditoriale nei settori a cui si applica ma, anzi, riconoscendone il rilievo strategico, sembra invece giustificare un intervento diretto – e cioè nella forma dello Stato imprenditore – in questi ambiti, attraverso strumenti anche privatistici – quali gli investimenti in società controllate – con cui operare senza dover scontare il carattere di eccezionalità proprio dei poteri speciali. Ciò che può trarsi dalla *golden power* è invece il riconoscimento che, a fianco dello Stato, è possibile che soggetti privati si facciano imprenditori e gestori di *asset* strategici su un piano di ordinarità – fenomeno che non pregiudica *di per sé* gli interessi strategici, ma che può richiedere una loro regolamentazione *ex ante* e poteri di intervento *ex post* (questi ultimi identificabile appunto nella *golden power*).

¹⁹ G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 620; P. MACCARRONE, *op. cit.*, 124.

ste due momenti, la normativa sembra trovare la propria *ratio* nell'assicurare che lo Stato goda di adeguati strumenti di tutela laddove il mercato e la sua regolazione non riescano concretamente a impedire che i meccanismi economici attraverso cui si esprime la libertà di impresa minaccino gli interessi strategici. Che la *ratio* della *golden power* non sia quella di superare la gestione privata degli *asset* strategici si ricava peraltro dalla considerazione che la stessa normativa è applicabile anche alle imprese in proprietà pubblica²⁰. Il regime proprietario costituisce assunto di fatto e di diritto della normativa, e non un aspetto da valutare ed eventualmente superare. La normativa sembra invece muovere dalla considerazione dei potenziali effetti negativi dei meccanismi economici del regime imprenditoriale, pubblico o privato.

In particolare, il D.L. 21/2012 distingue oggi tre gruppi di *asset* strategici; i beni e rapporti rilevanti sotto il profilo della difesa e sicurezza pubblica, oggetto dell'art. 1 e identificati dal regolamento attuativo D.P.R. 108/2014; i beni e rapporti attinenti al settore delle reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G, introdotti con la novella di cui al D.L. 25 marzo 2019, n. 22, convertito, con modificazioni, con L. 20 maggio 2019, n. 41, ed oggetto oggi dell'art. 1 *bis*; ed, infine, i beni e rapporti oggetto dell'art. 2. La rubrica di questa disposizione fa ancora riferimento ai «*settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*», e cioè agli *asset* che, insieme a quelli attinenti al settore difesa e sicurezza nazionale, potremmo definire tradizionali, in quanto già considerati nella formulazione originaria della normativa. Gli *asset* strategici nelle *public utilities* sono identificati dal D.P.R. 85/2014. A questi *asset* tradizionali si aggiungono oggi numerosi nuovi settori, nell'ambito dei quali la normativa di attuazione non ha ancora identificato gli *asset* rilevanti. Questa nuova *golden power* “allargata” trova applicazione a beni e rapporti nei settori relativi a «*infrastrutture critiche, siano esse fisiche o virtuali, tra cui l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie, e le strutture sensibili, nonché gli investimenti in terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture; b) tecnologie critiche e prodotti a duplice uso quali definiti nell'articolo 2, punto 1, del regolamento (CE) n. 428/2009 del Consiglio (15), tra cui l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cibersicurezza, le tecnologie aerospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia, quantistica e nucleare, nonché le nanotecnologie e le biotecnologie; c) sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare; d) accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o la capacità di controllare tali informazioni; o e) libertà e pluralismo dei media*»²¹.

Ai fini dell'applicazione della normativa *golden power* rileva la qualifica di strategicità dell'*asset* così definita, attraverso l'individuazione della tipologia del

²⁰ Art. 1 comma 6 e art. 2 comma 8 del D.L. 21/2012. L'unico limite si può riscontrare all'art. 1, comma 1, lett. c), nell'esercizio del potere di veto rispetto alla fattispecie di acquisizione di quote societarie nel settore della difesa e sicurezza nazionale.

²¹ Art. 4 del Regolamento (UE) n. 452/2019, richiamato dall'art. 2 del d.l. 21/2012 e dall'art. 15 del D.L. 23/2020.

bene o rapporto. Ciò non significa che i poteri speciali siano esercitati *sull'attivo strategico*, ma l'apprensione del bene costituisce criterio per identificare le imprese assoggettate alla normativa *golden power*. Come si vedrà, la normativa, piuttosto che determinare vincoli sull'*asset*, tutela quest'ultimo vincolando le imprese assoggettate all'obbligo di notifica.

In questo senso, occorre innanzitutto notare che la *ratio* della normativa non è solo quella di tutelare il mercato da rischi esogeni derivanti da aggressioni perpetuate con mezzi economici ovvero investimenti da parte di Paesi non desiderati²². A ben vedere, pur con differenze tra settore della sicurezza nazionale e *utilities*, la normativa è più generalmente finalizzata ad un generale controllo dello Stato sulle operazioni che coinvolgono *asset* strategici ovvero società che detengono tali *asset* al fine di tutelare gli interessi strategici dello Stato.

In particolare, la Presidenza del Consiglio, attraverso il gruppo di Coordinamento presso il Dipartimento per il coordinamento amministrativo, esercita i poteri speciali «*in caso di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale*» ovvero «*minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti*»²³.

Tali espressioni includono un giudizio di affidabilità sia morale che tecnico sull'operatore.

Con riguardo al primo, il riferimento è al rischio legato a soggetti non affidabili perché coinvolti in attività lesive della sicurezza o dell'ordine pubblico, ovvero ad operazioni condotte con strumenti economici ma diretti ad obiettivi strategici²⁴.

Con riguardo al secondo, i criteri da valutare nei settori della difesa e della sicurezza nazionale ineriscono alla «*idoneità dell'assetto risultante dalla delibera*,

²² Si tratta del rischio paventato in relazione agli investimenti cinesi legati alla strategia «Via della seta» e in ambito robotico. Cfr. S. GLIUBICH, *Il Regolamento europeo per il controllo degli investimenti diretti esteri. Opportunità od occasione mancata per i 'poteri speciali' dell'Unione europea?*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica, p. 39.

²³ La composizione e l'attività del Gruppo di Coordinamento sono disciplinate dal d.P.C.M. 6 agosto 2014. All'interno del sistema della *Golden power*, il suo ruolo è stato accostato a quello del *Committee on Foreign Investment in the United States*, che ha una funzione fondamentale all'interno del sistema dei poteri speciali statunitensi, anche nell'ambito delle recenti riforme volte a rafforzare questi poteri speciali. Le differenze non sono però trascurabili. Cfr. R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 17, 2019, p. 7 e ss., che chiarisce come solo il CFIUS abbia autonomia decisionale ed un apparato burocratico proprio in grado di istruire il procedimento con la competenza tecnica, nel nostro ordinamento, delle *authorities*. Il Gruppo di Coordinamento, come la denominazione lascia intendere, sembra avere invece una funzione diversa. La collaborazione con le autorità indipendenti, rafforzata con il recente D.L. 21 settembre 2019 n. 105, è volta anche a garantire questa competenza tecnica. Sul piano strettamente strategico, invece, una funzione fondamentale potrà essere svolta dal DIS. Cfr. A. PANSA, *Sintesi intervento 20 novembre 2018 in materia di poteri speciali*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica.

²⁴ Art. 1, comma 3, lett. b), e 3 *bis*, e art. 2, comma 6 e 7 lett. a), del D.L. 21/2012.

dall'atto o dall'operazione a garantire l'integrità del sistema di difesa e sicurezza nazionale a garantire» gli interessi strategici, così come «l'adeguatezza, tenuto conto anche delle modalità di finanziamento dell'acquisizione, della capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa dell'acquirente nonché del progetto industriale, rispetto alla regolare prosecuzione delle attività, al mantenimento del patrimonio tecnologico, anche con riferimento alle attività strategiche chiave, alla sicurezza e alla continuità degli approvvigionamenti, oltre che alla corretta e puntuale esecuzione degli obblighi contrattuali assunti nei confronti di pubbliche amministrazioni»²⁵.

Con riferimento alle fattispecie di cui all'art. 2 del D.L. 21/2012, i criteri si discostano in quanto l'esercizio dei poteri speciali è previsto come «eccezionale»²⁶, in ragione della considerazione che l'ordinamento già include, nei settori indicati – o quantomeno in quelli originariamente previsti dalla normativa del 2012 così come attuata nel 2014 – una regolamentazione di settore²⁷.

In questo senso, i poteri speciali nel sistema delle *public utilities* di cui al citato art. 2 trovano nel confronto con la regolazione di settore un fondamentale momento di costruzione della propria *ratio*.

Con riferimento a questa differenza tra settore della sicurezza, di cui all'art. 1, e *public utilities*, di cui all'art. 2, si è parlato di poteri speciali «a due livelli» ovvero a «doppio binario»²⁸. Da un lato, sembra effettivamente di trarre dalla normativa un intervento più intenso nei settori della sicurezza nazionale²⁹. Dall'altro, come si vedrà nel prosieguo, i due articoli non sembrano configurare un intervento qualitativamente diverso, ed il carattere di «eccezionalità» non sembra del tutto estraneo nemmeno al settore della difesa e sicurezza nazionale.

Infatti, a ben vedere, tale «eccezionalità» non si riduce soltanto ad un coordinamento con le normative di settore in sede di accertamento dei presupposti di esercizio dei poteri speciali. Come si vedrà nel prosieguo dell'analisi, il rapporto tra la regolazione di settore e la normativa *golden power* può essere posto al centro di una considerazione dogmatica sulla natura dei poteri speciali, sia nel rapporto con il mercato che con il singolo operatore oggetto del procedimento di esercizio dei poteri.

Sul piano operativo, la disciplina in esame interessa il mercato – e, quindi, gli operatori privati che operano nel mercato – principalmente in due mo-

²⁵ Art. 1, commi 2 e 3, del D.L. 21/2012.

²⁶ Art. 2, comma 3, del D.L. 21/2012: «Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, da trasmettere tempestivamente e per estratto alle Commissioni parlamentari competenti, può essere espresso il veto alle delibere, atti e operazioni di cui ai commi 2 e 2-bis, che diano luogo a una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti».

²⁷ Art. 2, co. 1, D.L. 21/2012; art. 4 del D.P.R. 85/2020 e art. 15 del D.L. 23/2020.

²⁸ G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 653 che fa riferimento, rispettivamente a M. MOBILI, *Golden share a due livelli*, in *Il Sole 24 ore* del 10 marzo 2012; e M. CASTELLANETA, *Golden share alla prova del diritto UE*, 2012, marinacastellaneta.it. Lo stesso approccio si trova peraltro in M. D'ALBERTI, *op. cit.*, 84-87.

²⁹ G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 656.

menti: attraverso un obbligo immediato ed uno eventuale.

Quanto all'obbligo immediato, il privato è innanzitutto tenuto ad un adempimento procedurale di notifica, che comprende una *disclosure* di informazioni aziendali ed eventualmente del piano industriale e finanziario, relativamente a determinate operazioni economiche e societarie. Le fattispecie descritte dalla normativa hanno un ruolo fondamentale nell'esercizio dei poteri speciali, costituendone imprescindibile presupposto logico³⁰. L'obbligo di notifica si declina diversamente per gli *asset* di cui agli articoli 1, 1 *bis* e 2. Nel caso delle reti 5G, la fattispecie assume carattere di peculiarità e riguarda la stipula di contratti aventi ad oggetto gli *asset* rilevanti. Per gli attivi strategici tradizionali, pur nelle differenze che esistono tra gli artt. 1 e 2, la fattispecie sono riconducibili a due modelli. Il primo è l'acquisizione di quote di una impresa che detiene *asset* rilevanti, nel qual caso tenuto alla notifica è l'acquirente³¹. Nell'ambito dei settori di cui all'art. 2, questa fattispecie riguarda solo l'acquisizione di quote di controllo da parte di imprese esterne all'Unione Europea³². Il secondo è l'adozione di atti, delibere e operazioni in senso lato dispositivi dell'*asset*, nel qual caso tenuto alla notifica è l'impresa che adotta tale atto³³. Nelle more del relativo decreto attuativo, ai settori della *golden power* allargata trova applicazione solo il primo modello di notifica³⁴. A questo assetto si aggiunge poi la disciplina legata all'emergenza Covid-19³⁵, che applica temporaneamente la notifica degli atti dispositivi dell'*asset* ai settori della *golden power* allargata, e, per tutti gli attivi

³⁰ La fattispecie viene integrata dalla ricorrenza delle circostanze fattuali indicate dalla normativa, e non dalla notifica in sé. Questa considerazione trova oggi conferma nella espressa possibilità di esercitare d'ufficio i poteri speciali previo accertamento della violazione dell'obbligo di notifica, di cui all'art. 16 del D.L. 23/2020, convertito con modificazioni nelle more della pubblicazione del presente articolo con Legge n. 40/2020. La disposizione ha dato peraltro riscontro alla prassi già in essere di distinguere un procedimento di accertamento, non soggetto ai termini perentori di cui al D.L. 21/2012, e un procedimento di esercizio dei poteri speciali.

³¹ Art. 1, comma 5, e art. 2, comma 5, del D.L. 21/2012.

³² Ai sensi dell'art. 2, comma 5 *bis*, del D.L. 21/2012, per «*soggetto esterno all'Unione Europea*» si intende: «a) qualsiasi persona fisica o persona giuridica che non abbia la residenza, la dimora abituale, la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo o che non sia comunque ivi stabilita; b) qualsiasi persona giuridica che abbia stabilito la sede legale o dell'amministrazione o il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo, o che sia comunque ivi stabilita, e che risulti controllata, direttamente o indirettamente, da una persona fisica o da una persona giuridica di cui alla lettera a); c) qualsiasi persona fisica o persona giuridica che abbia stabilito la residenza, la dimora abituale, la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo, o che sia comunque ivi stabilita, qualora sussistano elementi che indichino un comportamento elusivo rispetto all'applicazione della disciplina di cui al presente decreto». Una importante indicazione di questa definizione è l'irrelevanza della cittadinanza dell'imprenditore, laddove invece è dato rilievo alla residenza, dimora ovvero centro dell'attività principale.

³³ Art. 1, comma 4, e art. 2, commi 2 e 2 *bis* del D.L. 21/2012.

³⁴ Art. 4 *bis*, comma 3, del D.L. 105/2019.

³⁵ Si tratta dell'art. 15 del D.L. 23/2020, convertito con modificazioni nelle more della pubblicazione del presente articolo con Legge n. 40/2020, che modificando l'art. 4 *bis*, comma 3, del D.L. 105/2019, convertito in legge con modificazioni con legge 133/2019, che introduce anche un regime legato all'emergenza Covid-19 in vigore fino al 31 dicembre 2020.

di cui all'art. 2, amplia notevolmente i presupposti della fattispecie di notifica dell'acquisizione di quote dell'impresa che dispone dell'*asset*³⁶.

A valle di obbligo immediato di notifica può seguire l'eventuale esercizio dei poteri speciali. Oltre al potere di veto, i poteri speciali possono assumere la forma delle «*prescrizioni*», «*impegni*» o «*condizioni*», che vincolano l'operatore nella propria attività. Si tratta di termini che indicano, senza distinzioni sostanziali, il potere prescrittivo che il D.L. 21/2012 conferisce alla Presidenza del Consiglio quale alternativa al potere di veto³⁷. Ciò che risulta chiaro dalla prassi è che quest'ultimo – pur di straordinario impatto nelle operazioni in cui potrebbe intervenire – risulta di scarsissima frequenza applicativa. Molto più comune è invece il ricorso alle prescrizioni; atto a contenuto atipico con cui la Presidenza del Consiglio impone alla singola impresa una regolazione *ad hoc*.

Nei successivi paragrafi si indagherà, da un lato, la natura della normativa *golden power* sul profilo del ruolo che l'azione amministrativa viene ad assumere rispetto al mercato con cui si confronta e, dall'altro, sulle caratteristiche dei poteri speciali dal punto di vista del diritto amministrativo.

3. La *golden power* al vaglio del diritto pubblico dell'economia.

Come anticipato, le prescrizioni determinano norme di condotta che si possono definire come una *regolamentazione speciale*: in primo luogo perché collegata all'esercizio di poteri speciali; in secondo perché rivolta soltanto a determinate imprese³⁸. Questa regolamentazione speciale si affianca, integrandola, alla regolazione del mercato o del singolo settore, eventualmente adottata e vigilata dalle autorità indipendenti.

Il confronto con le *authorities* e la loro attività di regolazione del mercato costituisce un passaggio fondamentale che deve essere valutato non solo sotto il profilo della reciproca integrazione dell'attività istruttoria, e cioè nelle forme del coordinamento già previste dalla recente novella³⁹, ma anche, più in generale, sotto quella dell'attività di normazione ed intervento pubblico nel mercato.

³⁶ In particolare, l'art. 2, comma 5, del D.L. 21/2012 viene ampliato all'acquisizione del controllo societario di una impresa che detiene *asset* strategici anche laddove l'acquirente sia una impresa estera anche appartenente all'Unione Europea. In caso di impresa esterna all'Unione Europea, invece, l'obbligo di notifica viene applicato anche all'acquisto di quote rappresentanti almeno il 10% dei diritti di voto o del capitale, se il valore complessivo dell'investimento supera il milione di euro, nonché agli acquisti che superano le soglie del 15%, 20%, 25% e 50%.

³⁷ V. DONATIVI, *Golden Powers. Profili di diritto societario*, Giappichelli, 2019.

³⁸ A ben vedere, la regolazione del mercato non è nuova alla costruzione di normative *ad hoc*, e cioè relative a singole imprese strategiche per particolari settori. Si veda il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 25 maggio 2012, con cui è stata definita una normativa di *unbundling* diversa e specifica rispetto a quella definita dall'ARERA con il Testo Integrato di Unbundling Funzionale (allegato alla delibera ARERA 296/2015/R/com). Più spesso, la regolazione di settore deve confrontarsi con un monopolista naturale (ad es., Snam) ovvero con poche imprese che detengono l'*asset* da mettere a disposizione di altri operatori, come nel caso della regolazione degli impianti di rigassificazione.

³⁹ Il riferimento è all'art. 2 *bis* del D.L. 21/2012, introdotto dal D.L. 105/2019.

Con riferimento alla disciplina *golden power* in settori già oggetto di regolazione, è stato osservato che «*come già avviene sul difficile terreno del rapporto tra disciplina antitrust e regolamentazione nei settori regolamentati, la distinzione tra i due piani può finire con lo sfumare nelle situazioni più "ibride"*»⁴⁰.

Anche sotto il profilo del rafforzamento dei poteri speciali, molte delle proposte sul tavolo dei gruppi di lavoro prendono a modello le *authorithies*, e in particolare l'Agcm. Si parla, ad esempio, di "raccomandazioni" modellate sugli impegni di cui all'art. 14-ter della l. 10 ottobre 1990, n. 287 nei procedimenti per intese e abusi dinnanzi all'Agcm, e di «*adozione di programmi di «golden power compliance» avrebbe l'ulteriore, auspicabile, effetto indiretto di concorrere alla diffusione di una maggiore sensibilità e attenzione, da parte delle imprese che operano in settori strategici, ai profili di tutela dell'interesse nazionale*», prendendo a modello le Linee guida sulla *compliance antitrust* dell'Agcm e la Circolare della Banca d'Italia n. 288/2015⁴¹. Queste proposte muovono dal tentativo di applicare la *golden power* nel modo meno traumatico per il mercato, attivando un coordinamento con gli operatori e facilitando l'adattamento delle procedure d'impresa a questi incombenti. Del resto, l'esempio delle *authorithies* costituisce un modello di intervento pubblico già consolidato, che gode di una lunga esperienza di fruttuosa collaborazione con gli operatori di mercato e la cui attività è già stata vagliata da una dettagliata analisi giurisprudenziale ed accademica.

A fronte di questo condivisibile obiettivo, però, guardare al modello delle *authorithies* costituisce un percorso non esente da rischi.

Senza calarsi nella specificità dei singoli istituti richiamati, su un piano più generale può notarsi la distanza sostanziale e dogmatica tra la disciplina *golden power* e la regolazione delle *authorities*. A questo fine, è utile richiamare le analisi di diritto pubblico dell'economia che studiano le modalità di intervento pubblico distinguendo le categorie di "regolazione" e "regolamentazione".

Non si vuole in tal senso ignorare la difficoltà di riconoscere al termine "regolazione" un intrinseco rilievo dogmatico, in quanto «*not reducible to some platonic essence or single concepts*»⁴² L'ambiguità sul concetto di "regolazione" non assume infatti rilievo ostativo alla presente riflessione, che riguarda invece il particolare contenuto della definizione che viene data al termine nel binomio di regolazione in senso stretto e regolamentazione, con la precipua finalità di di-

⁴⁰ S. ALVARO ET AL., *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*, 2019 20, p. 64.

⁴¹ R. ANGELINI, *Idee per una «modernizzazione» del golden power*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica, p. 49-51; cfr. anche il riferimento all'integrazione delle rispettive regolazioni in S. ALVARO ET AL., *op. cit.*

⁴² R. BALDWIN, C. SCOTT, C. HOOD, *A Reader on Regulation*, Oxford, University Press, 1998, p. 2. Il tema della definizione del termine è stato oggetto di innumerevoli riflessioni, nel panorama sia italiano che anglo-sassone. Tra i tanti, senza alcuna pretesa di esaustività, si veda P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in M. CAFAGNO - F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, 2017, pp. 117-130; V. PAMPANIN, *Contributo a una definizione della regolazione (caratteri distintivi e ambito di pertinenza)*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, 1, p. 111 ss.. Cfr. anche L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, 2001 Cedam, Padova).

stinguere due modalità di intervento pubblico nell'economia connotate da considerevoli differenze qualitative⁴³.

La distinzione tra le due tecniche di regolazione dell'attività degli operatori non è certo priva di zone d'ombra e si muove lungo una direttrice entro cui possono collocarsi soluzioni intermedie. Studiandone gli aspetti caratteristici, possono identificarsi tre elementi fondamentali.

Il primo elemento che segna la differenza qualitativa di regolazione è la finalità perseguita dalla disciplina normativa e dalla relativa attività amministrativa.

Come è stato efficacemente riassunto, «*mentre la regolamentazione si esplica in un'attività di direzione dell'economia, la regolazione non costituisce uno strumento di "orientamento" dell'economia da parte di un soggetto pubblico, ma è finalizzata a garantire il corretto funzionamento del mercato concorrenziale*»⁴⁴.

Nel caso della regolazione in senso stretto, la disciplina pubblicistica è chiamata a regolare il mercato per garantire il suo stesso funzionamento, *in primis* perseguito garantendo la concorrenzialità dello stesso, nel rispetto della spontaneità degli operatori ed intervenendo sul comportamento di questi ultimi in via indiretta. Come tutti gli interventi pubblici, anche la regolazione persegue un interesse pubblico, ma questi è direttamente identificabile con la concorrenza (da alcuni significativamente distinta dagli interessi pubblici attraverso l'indicazione di interesse "collettivo". Ed infatti, la concorrenza è tutelata nel Testo Costituzionale laddove garantisca il conseguimento degli interessi pubblici, non identificandosi con gli stessi ma ponendosi con loro in rapporti di strumentalità). Esemplificativa è l'attività dell'Agcm, la cui regolazione costituisce il paradigma di molte autorità di settore. Queste ultime intervengono a regolare determinate materie integrando l'attività dell'*Antitrust*, eventualmente perché questa non è sufficiente a garantire la concorrenzialità in ragione delle peculiarità di quel settore. È il caso di attività economiche che si basano sull'accesso a reti o, comunque, a risorse limitate, ovvero di settori collegati a monopoli naturali⁴⁵. Si tratta, in ogni caso, di attività volte a creare un mercato

⁴³ Si tratta di una distinzione terminologicamente sconosciuta alla dottrina anglosassone, che si limita a parlare di *regulation*, anche se, a ben vedere, si parla comunque di *social regulation* ed *economic regulation*. Cfr. V. PAMPANIN, *Contributo a una definizione della regolazione (caratteri distintivi e ambito di pertinenza)*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, 1, p. 128 ss.

⁴⁴ R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI- R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in onore del prof. Salvatore Cattaneo*, Napoli, Jovene, 2010, p. 11; cfr. anche S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, 94-95.

⁴⁵ In questo senso si è parlato di regolazione "diretta", rivolta a «*attengono a specifiche esigenze di disciplina di alcuni mercati ma che hanno comunque valore indistintamente nei confronti di tutti coloro che su quei mercati operano o hanno intenzione di operare*», in contrapposizione alla regolamentazione "erga omnes". Cfr. C. DE VINCENTI, *L'economia della regolazione: una triangolazione per orientarsi*, in G. BONIFATI – A.M. SIMONAZZI (a cura di), *Il ritorno dell'economia politica. Saggi in ricordo di Fernando Vianello*, Donzelli Editore, Roma, 2010, pp. 221-237. Appartengono a questo paradigma la tariffazione che riguarda molti settori legati ad energia e *public utilities*. Cfr. C. DE VINCENTI, *op cit.*, che sottolinea come lo scopo della tariffazione del *price cap* sia «*approssimare per via regolatoria risultati simili a quelli tipici della concorrenza, scremando la rendita del monopolista e al tempo stesso incen-*

concorrenziale ovvero a disciplinarne il funzionamento in ottica concorrenziale⁴⁶.

Al contrario, la “regolamentazione” si risolve in un’ingerenza pubblica volta a raggiungere determinati obiettivi esterni al mercato, e cioè finalità che trovano la propria origine nel processo politico e non nella logica intrinseca di quello economico⁴⁷. Questo tipo di intervento pubblico può caratterizzare anche paradigmi programmatori o approcci dirigisti al fenomeno economico, con ingerenza nella politica industriale attraverso forme intrusive di intervento, volte a “governare” l’economia e l’attività d’impresa dei privati piuttosto che regolarla. È ciò che si verifica nel paradigma dello Stato programmatore, dove l’intervento statale è volto a governare il fenomeno economico al fine di coniugare efficienza ed obiettivi di politica pubblica, ovvero farsi garante dell’efficienza economica prescindendo dal principio di concorrenza⁴⁸. Interventi di regolamentazione non sono però affatto estranei al paradigma di intervento dello Stato Regolatore⁴⁹. La dottrina più attenta sottolinea come la garanzia della concorrenzialità del mercato non comporti la totale eliminazione di interventi pubblici, e la stessa concorrenzialità del mercato è tutelata e promossa in quanto soddisfa gli interessi tutelati dall’ordinamento⁵⁰.

tivandone la tensione all'efficienza. Per altro verso, regolando prezzi e condizioni di accesso all'infrastruttura in monopolio naturale in modo da garantire il dispiegarsi della concorrenza tra gli operatori che quella infrastruttura utilizzano».

⁴⁶ A. LALLI, *op. cit.*, 165-170.

⁴⁷ R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI- R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in onore del prof. Salvatore Cattaneo*, Napoli, Jovene, 2010, p. 162. Che a sua volta si riferisce a Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione proconcorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, 87.

⁴⁸ Sul tema, M. CARABBA — 1997, Programmazione, in D. disc. pubbl., vol. XII, Utet, Torino: par. 1; Luciani M. 1991, Economia nel diritto costituzionale, in Dig. disc. pubbl., vol. V, Utet, Torino: par. 6.; P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in M. CAFAGNO - F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, 2017, pp. 117.

⁴⁹ Un esempio può essere la normativa ambientale, ovvero, come indicato dagli studi anglosassoni, nelle normativa sulla sicurezza su lavoro. Cfr B. MITNICK, *The political economy of regulation*, New York, Columbia University Press, 1980, pp. 15-16.

⁵⁰ La dottrina ha sottolineato come la concorrenza sia perseguita in ragione dell’interesse alla più efficiente allocazione di risorse (R. MICCÙ, *op. cit.*, p. 160; G. MARONGIU, *Interesse pubblico e attività economica*, in *La democrazia come problema*, vol. I, t. 2°, Diritto, amministrazione ed economia, Bologna, 1994, 333 ss.). Ma, nel quadro costituzionale, questa valutazione di carattere economico deve essere calata in un’idea di amministrazione e di interesse pubblico come volto in ultima istanza alla tutela del consociato (PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale* in *Scritti in onore di V. Ottaviano*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, 1082 – ora anche in *Scritti Scelti*, II, Napoli, Jovene, 2010, 511; G. PASTORI, *Diritti della persona e interesse della collettività nel servizio sanitario nazionale*, in atti del Convegno nazionale sulla riforma sanitaria, Fasano, Grafischena, 1978, 35, ora in *Scritti scelti, cit.*, 219; L. R. PERFETTI, *La persona, «unico centro unitario cui riferirsi»*, in *Jus*, 2011, 471; L. R. PERFETTI, *Persona, società e amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2, 2018, p. 199 ss.). Così, attenta dottrina ha sottolineato come la concorrenza sia tutelata in quanto garantisca la prestazione nella società dei diritti civili e sociali che l’ordinamento riconosce e garantisce al cittadino – quantomeno nei livelli essenziali – e di cui lo stesso Stato è garante in ultima istanza (L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità*

In tal caso, gli interventi di regolazione sono volti a perseguire «*obiettivi di interesse generale diversi da quelli che il mercato è spontaneamente in grado di processare*» in un contesto strutturalmente governato dalla concorrenzialità assicurata – dove necessario – da interventi di regolazione⁵¹.

Un secondo elemento di distinzione è stato indicato nella struttura della normativa, che riflette la diversa *ratio* che ispira l'intervento pubblico.

Come noto, autorevole dottrina ha identificato nel paradigma di intervento regolatorio la formulazione di norme “condizionali”, contrapposte a quelle “finalistiche” che caratterizzano invece il diverso intervento della regolamentazione⁵². Nel primo caso trova rilievo il profilo causale, per cui a date circostanze di fatto corrisponde un determinato effetto giuridico, spesso di comando verso l'operatore. E cioè, criteri di comportamento il cui rispetto sarebbe di per sé sufficiente a garantire la soddisfazione dell'interesse pubblico⁵³. La disciplina causale orienta invece la condotta degli operatori verso le finalità stabilite dalla pubblica autorità, secondo uno schema che trova nella sede attuativa un momento di imposizione autoritativa dell'amministrazione verso il privato. Con interventi di regolamentazione, infatti, l'Autorità pubblica si pone in una situazione non esterna, bensì interna al mercato, sostituendosi alla spontaneità degli operatori, e vincolandoli direttamente a garantire determinati interessi non economici. Ciò non significa che non siano pensabili discipline condizionali di stampo regolamentare, volte a tutelare interessi estranei alle logiche di mercato. Non potrebbe, però, darsi una normativa finalistica che non comporti una ponderazione discrezionale degli interessi concretamente rilevanti, pubblici e privati.

La struttura condizionale ovvero finalistica determina anche una diversa organizzazione amministrativa delle due funzioni regolatrici, che costituisce il terzo elemento di distinzione.

Come anticipato, il paradigma della regolazione caratterizza il fenomeno amministrativo delle *authorities* – e in particolare dell'*Antitrust* – alle quali è affidata la «*delicata ed essenziale funzione di salvaguardia delle regole del mercato a tutela della concorrenza, radicata in interessi pubblici di valore costituzionale ai sensi degli artt. 3 e 41*

tà popolare nel rapporto con l'autorità, in Dir. pubbl., 2013). Questa costruzione del rapporto tra società e Stato si riflette direttamente nel rapporto tra regolazione e regolamentazione.

⁵¹ C. DE VINCENTI, *op. cit.* In altre parole, la regolamentazione non è volta a capovolgere il rapporto tra Stato e società, e quindi tra Stato e mercato, bensì ad intervenire sui fallimenti del mercato rispetto ad interessi tutelati dall'ordinamento.

⁵² Cfr. S. CASSESE, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1986, p. 49 ss.; Cfr. S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2002, 265 ss.; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992; G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio della funzione regolativa*, Padova, 1993. In particolare, A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2005, 326, collega l'attività delle *authorities* alla “regolazione condizionale”.

⁵³ V. PAMPANIN, *op. cit.*, Cfr. L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, p. 442.

Cost.»⁵⁴. Le caratteristiche dell'attività amministrativa di queste ultime sono strettamente collegate alla stessa estraneità che informa la loro organizzazione, e cioè l'indipendenza che ne costituisce la peculiarità nel panorama del potere esecutivo. Come noto, l'autonomia dalla sfera politica è volta ad assicurare che le *authorities* non perseguano altro interesse se non quello concorrenziale⁵⁵. Come la dottrina che si è occupata delle *authorities* ha da tempo evidenziato, l'attività amministrativa di queste ultime non si basa sull'esercizio di discrezionalità decisionale sull'interesse pubblico in concreto, perché tali soggetti non perseguono un interesse diverso da quello della concorrenza ovvero dell'efficienza del mercato, e non lo perseguono in contrapposizione alle posizioni degli operatori⁵⁶.

Gli interventi di regolamentazione si strutturano invece sull'attività amministrativa tradizionale, chiamata a perseguire determinati interessi pubblici attraverso l'esercizio dei propri poteri pubblici, comprimendo le posizioni dei privati tramite l'esercizio di poteri autoritativi. L'autorità pubblica non è affatto in posizione di "estraneità" agli interessi legati alle circostanze concrete, in quanto portatrice di un proprio interesse, e cioè la funzione-finalità determinata in astratto dalla legge ed in concreto dalla valutazione più o meno discrezionale dell'autorità amministrativa⁵⁷. Come noto, con riferimento a questa attività

⁵⁴ Corte Costituzionale, sent. n. 269/2013.

⁵⁵ Anche in questo caso il modello è l'Antitrust, considerando che le altre autorità si collocano «lungo uno spettro che vede ancora oggi l'Autorità antitrust collocata all'estremo del segmento, dove figurano le autorità dotate del maggior grado di indipendenza» M. CLARICH, L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come autorità pubblica indipendente, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust*, Torino, Giappichelli, 2010, 239; citato in M.C. MARZOCCA - G. MAZZANTINI, *Legittimazione dell'Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2018; G. AMATO, *Conclusioni*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, 100.

Non si ignora, però, che spesso sono stati assegnati ai Ministeri competenze regolatorie che si affiancano a quelle delle autorità indipendenti (tariffe). Dall'altro, non solo il sistema statunitense conosce un intervento antitrust affidati ad un dipartimento dell'esecutivo (*Antitrust division*), ma anche nel quadro europeo la tutela della concorrenza è affidata ad un commissario, che collabora con le autorità antitrust nazionali. Cfr. S. CASSESE, *Il posto dei poteri indipendenti nell'ordinamento*, in *La crisi dello stato*, Editori Laterza, 2002. Nell'ambito del valore indicativo dell'elemento organizzativo, però, occorre notare che, in questi casi, nella procedura ministeriale l'authority di settore ha un peso rilevante – (esempio ART nelle autostrade), e il commissario europeo non è privo di garanzie di indipendenza.

⁵⁶ M.C. MARZOCCA - G. MAZZANTINI, *Legittimazione dell'Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2018 ; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, 59 ss. Ovviamente, fermo questo elemento caratterizzante l'attività regolatoria, esistono casi in cui la dottrina riconosce l'esercizio di discrezionalità amministrativa. Cfr. G. MANFREDI, *Gli impegni nei procedimenti antitrust e la disciplina generale degli accordi*, in G. FALCON - B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, CEDAM, Padova, 2013, 123- 141.

⁵⁷ A. LALLI, *op. cit.*, 167-168, che riconosce come "il controllo sull'uso di questi beni [reti e asset non duplicabili, n.d.r.] sia posto in essere da autorità amministrative realmente indipendenti dai rispettivi governi che, proprio in quanto proprietari, diretti o indiretti, delle imprese stesse, sono in conflitto di interessi nel momento in cui si trovano ad essere, allo stesso tempo, operatori nei settori che si stano aprendo ai pri-

si parla invece di imparzialità dell'amministrazione, quale equidistanza dagli interessi privati e conformità ai principi di non discriminazione.

Questi tre elementi di distinzione tra regolazione in senso stretto e regolamentazione non definiscono solo una diversa modalità di incidere sull'attività economica degli operatori. Come si vedrà, il binomio illustrato definisce anche un diverso rapporto tra autorità pubblica e posizione soggettiva dell'operatore privato, nonché – eventualmente e su un piano più generale – tra Stato e mercato.

Con riferimento proprio all'attività delle *authorities*, è stato evidenziato che «gli atti di regolazione non possono incidere sull'autonomia privata o sulla libertà contrattuale, nel senso che non potrebbero imporre direttamente o indirettamente, nuovi obblighi, o ulteriori oneri rispetto a quanto stabilito dalla legge, a meno che tali risultati non siano 'autonomamente' e liberamente assunti»⁵⁸. Questa posizione si può cogliere pienamente se riferita alla regolazione come definita in contrapposizione alla regolamentazione. E quindi, quale norma posta a fondamento del mercato in cui agiscono gli operatori. La struttura “condizionale” della norma regolatoria rende l'attività amministrativa prevalentemente attività di accertamento del fatto, seppur sulla base di una complessa discrezionalità tecnica.

Al contrario, la norma “finalistica” pone in capo all'amministrazione una funzione di perseguimento di un interesse pubblico a scapito di eventuali contrapposti interessi privati, le cui posizioni giuridiche possono essere comprese dall'azione autoritativa dell'amministrazione.

A fronte dei due paradigmi così ricostruiti, la regolazione *golden power* sembra avvicinarsi al paradigma regolamentare.

La struttura della norma è finalistica, lasciando all'amministrazione la valutazione in ordine alla determinazione, sulla base di una valutazione pienamente discrezionale sull'interesse pubblico in concreto, della condotta da imporre all'operatore. L'intermediazione dell'azione amministrativa tra norma ed operatore è necessaria a determinare gli obblighi a cui l'operatore, in ragione della condotta avuta, dovrà ottemperare per perseguire non l'interesse degli operatori, bensì quello pubblico.

In tal senso, la finalità della normativa è la tutela degli «interessi essenziali dello Stato». Non è infatti l'efficienza del mercato che si persegue, ma l'utilità che ne trae la comunità nazionale in senso organico e, soprattutto, politico⁵⁹. Anche

nati e regolatori degli stessi?».

⁵⁸ P. LAZZARA, *op. cit.*, p. 128.

⁵⁹ In questo senso L. ARDIZZONE - M. L. VITALI, p. 922 *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 919 ss. parla, con riferimento alla *golden share*, di «previsione imposta dallo Stato nell'interesse della collettività, a proprio discapito in quanto ragione di minor profitto nella vendita sul mercato» e che quindi «limita il manifestarsi della libertà economica, non tanto al fine della concorrenza, ma piuttosto per tutelare valori sociali». L'analisi degli Autori, pur rivolta a distinguere la regolazione attraverso i poteri speciali (*golden share prima e golden power successivamente*) dai diritti previsti nell'ordinamento societario, risulta significativa anche ai fini della presente analisi. Diversa è invece l'interpretazione di F. ANNUNZIATA, *op. cit.*, secondo cui la regolazione delle infrastrutture finanziarie sarebbe orientata a «servire obiettivi che si collocano in zone non così distan-

prescindendo dalla prospettiva storica, la stessa formulazione delle norme esprime lo sforzo di coniugare il perseguimento di interessi strategici, da un lato, e l'efficienza economica del mercato, dall'altro, di cui l'aspetto più rilevante è la promozione degli investimenti anche esteri. In tal senso sono la perentorietà e – quantomeno nella normativa del 2012 – la brevità del termine concesso alla Presidenza del Consiglio per esercitare i poteri speciali (su cui ci soffermerà nel prosieguo).

La struttura finalistica della norma si riflette poi sul piano organizzativo. Né la Presidenza né il Gruppo di Coordinamento sono in posizione di terzietà rispetto agli interessi in gioco⁶⁰. Lo Stato esprime il suo momento più autoritativo, tutelando i propri interessi rispetto a quelli degli operatori coinvolti⁶¹. Solo indirettamente questa funzione regolatoria (o regolamentare, nel senso già indicato) tutela i consociati, in quanto la finalità delle funzioni amministrative in capo alle amministrazioni e con poteri autoritativi non sono interessi soltanto propri della persona giuridica pubblica ma interessi perseguiti dall'ordinamento in quanto, appunto, pubblici⁶².

Come si vedrà nel prosieguo, questa ricostruzione della natura della regolazione e, di conseguenza, dei poteri esercitati dall'amministrazione può essere valorizzata sotto due profili di analisi.

In primo luogo, quanto illustrato fornisce indicazioni sulle modalità di intervento dal punto di vista della tecnica legislativa e delle scelte *de jure condendo*, preziose in questa stagione di riforme e nella prospettiva del rafforzamento dei poteri.

In secondo luogo, sulla costruzione del rapporto autoritativo può basarsi l'analisi dei poteri speciali sotto il profilo amministrativo, alla luce della distanza sostanziale che rende problematica l'applicazione di istituti tipici del fenomeno delle *authorities* ed imprescindibile la tutela del privato.

4. Per una teoria della *golden power* come presidio securitario.

Come si è avuto modo di illustrare, la regolamentazione differisce dalla regolazione in senso stretto per la finalità di tutela di interessi pubblici estranei

te da quelli che presiedono all'applicazione delle norme in tema di investimenti», e quindi le due normative di muoverebbero «in direzione non distonica». Ciò che qui sembra potersi sostenere è, invece, la radicale distanza degli obiettivi perseguiti dall'Antitrust e dalla golden power, ma anche il diverso paradigma di azione, di cui la diversa allocazione della competenza è espressione.

⁶⁰ La contraddittorietà tra il «sistema di tipo regolatorio», con cui si è qualificato l'intervento di *golden power*, ed una attività che invece promana dai «vertici del potere esecutivo» è stata sottolineata da A. TRISCORNIA, *Golden power; un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2019, 749 s.

⁶¹ L. ARDIZZONE - M. L. VITALI, *op. cit.*, p. 922, parla efficacemente di Stato che «si pone come regolatore e al contempo beneficiario dei poteri».

⁶² L. R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, p. 53 – 73; L. R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2019, pp. 43-70.

alle logiche economiche⁶³. Sicché, l'impatto sul mercato dei due paradigmi di regolazione è qualitativamente diverso – finanche opposto. La funzione di regolamentazione può ostacolare investimenti e introdurre costi che, per quanto giustificati dall'interesse pubblico, costituiscono nondimeno rigidità o esternalità per gli operatori che agiscono con criteri economici⁶⁴. Sicché, è opportuno che un tale intervento si confronti, in un'ottica di bilanciamento e analisi costi-benefici, con le implicazioni che la disciplina ha sulle condizioni strutturali del mercato, in quanto non costituisce intervento volto a garantirne l'efficienza⁶⁵.

Sul piano legislativo, questo si traduce nel principio del minimo mezzo che deve informare l'attività normativa e di produzione legislativa, grazie anche al vaglio di ragionevolezza assicurato dalla giurisprudenza costituzionale sotto il profilo del *least-restrictive mean* e della proporzionalità *scriptu sensu* degli effetti⁶⁶.

⁶³ Rispetto a questo profilo la problematicità dell'art. 17, comma 1 *bis*, del D.L. 23/020, introdotto con la Legge di conversione n. 40/2020 nel corso della pubblicazione di questo articolo, ai sensi del quale «Fino al 31 dicembre 2020, per i settori agroalimentare e siderurgico le disposizioni del presente articolo e degli articoli 15 e 16 si applicano anche per perseguire l'ulteriore finalità della tutela del mantenimento dei livelli occupazionali e della produttività nel territorio nazionale» sembra solo apparente. Infatti, se da un lato sembra confermare i timori di «*disguised protectionis*» (D'ALBERTI, *op. cit.*), dall'altro può ricondursi alla ratio di presidio securitario se si considera che la finalità è limitata all'emergenza Covid-19 (e quindi negata come condizione normale), e quindi legata ai rischi esogeni determinati dalla pandemia ed al rischio che la stessa esponga il tessuto industriale italiano ad aggressioni economiche ed ad alterazioni della spontaneità nelle transazioni commerciali. In tal senso, non si pone in contrasto con la ricostruzione della *golden power* come presidio securitario.

⁶⁴ Come noto, la giurisprudenza europea sui poteri speciali previsti dagli Stati nazionali si basa, tra gli altri, sulla considerazione che le restrizioni alla libera circolazione dei capitali dissuadono gli investitori. Per un quadro esaustivo, G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 643.

⁶⁵ Cfr. C. DE VINCENTI, *op. cit.*, sulla distinzione tra funzione allocativa e funzione regolatoria.

Restando sull'esempio della disciplina ambientale, si consideri che gli obblighi imposti alle attività produttive sui profili di limitazioni qualitativi e quantitativi a scarichi ed emissioni, così come gli obblighi legati alle *best practice* disponibili, costituiscono rigidità ed esternalità delle dinamiche di mercato. Nonostante il perseguimento di un bene costituzionale – il diritto all'ambiente – giustifichi questa disciplina, cionondimeno il Legislatore non può sottrarsi dal considerare il rilevantisimo ostacolo agli investimenti infrastrutturali costituito dai relativi procedimenti amministrativi, quali gli spesso farraginosi procedimenti di rilascio di AIA e VIA, secondo il principio del minimo mezzo.

⁶⁶ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013. Come notato dall'Autore, la giurisprudenza costituzionale, pur senza chiarire organicamente il contenuto del vaglio di ragionevolezza nei profili che lo compongono, ne fa applicazione, fra gli altri, anche secondo i principi del minimo mezzo e della proporzionalità degli effetti. Sul primo, la Consulta ha chiarito che «Anche il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del cosiddetto test di proporzionalità, che "richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescrive quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi" (sentenza n. 1 del 2014, richiamata, da ultimo, dalle sentenze n. 137 del 2018, n. 10 del 2016, n. 272 e n. 23 del 2015 e n. 162 del 2014)» (Corte Cost., sentenza n. 20/2019). Sulla proporzionalità degli effetti un elemento di chiarezza proviene dalla giustizia contabile, secondo cui «La delibazione di conformità alla Costituzione del tipo di disposizioni in esame si fonda, quindi, su un giudizio complessivo di ragionevolezza e di proporzionalità delle stesse che, a sua volta, postula,

Allo stesso modo, sul piano amministrativo, questo tipo di intervento deve considerare i pregiudizi imposti ai privati in ragione dell'interesse perseguito in un'ottica di ponderazione, in conformità al principio di economicità dell'azione amministrativa⁶⁷.

In particolare, gli studi di regolazione pubblica hanno evidenziato il rischio che la regolamentazione, mancando di contemperare i propri effetti, determini un «*eccesso di regolazione*» che pregiudica l'efficienza del mercato e, quale fenomeno conseguente, «*istanze di deregulation*» che indeboliscono gli interventi di regolamentazione, oggetto nel lungo termine di ripensamenti in ragione delle inefficienze economiche⁶⁸.

Si comprende quindi come la questione fondamentale non sia quella di limitare l'intervento regolamentare, che invece non può che essere esercitato laddove sia necessario al perseguimento di interessi pubblici entro i vincoli costituzionali, ma di coniugarlo con la struttura concorrenziale del mercato al fine di assicurare quella reciproca integrazione tra regolazione di settore e regolamentazione che caratterizza peraltro l'esercizio dei poteri di *golden power*, in un contesto giuspubblicistico che coniughi l'efficienza economica del mercato con la tutela degli interessi pubblici.

Non stupirà allora come sia stato autorevolmente sottolineato che la normativa *golden power* costituisce, in quanto tale, un disincentivo agli investimenti sulle imprese italiane⁶⁹. La ragione sembra essere proprio la natura di regolamentazione già illustrata, che richiede un «*bilanciamento tra l'esigenza di tutela dell'interesse nazionale e la promozione dell'attrattività del Paese nei confronti degli investitori stranieri*»⁷⁰.

Si può considerare allora sotto una nuova luce il carattere di eccezionalità dei presupposti di applicazione dei poteri speciali. Non si tratta solo di un rapporto di sussidiarietà con la regolazione esistente, ma di un'esigenza intrinseca al tipo di intervento proposto, al fine di creare un panorama regolamentare che

L'apprezzamento del bilanciamento degli effetti pregiudizievoli prodotti con i corrispondenti e speculari vantaggi di cui vengono a beneficiare altri valori di analogo rilievo costituzionale (Corte dei Conti, sez. giurisd. Liguria, ordinanza del 25 luglio 2014, n. 192).

⁶⁷ M. CLARICH, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, 119, e G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 125.

⁶⁸ V. PAMPANIN, *op. cit.*, 112

⁶⁹ B. VALSIESE, *Discussion Paper*, in *Golden power*, *op. cit.*,

⁷⁰ Cfr. B. VALSIESE, *op. cit.*, secondo cui «*Sul piano economico, poi, si pone il tema del bilanciamento tra l'esigenza di tutela dell'interesse nazionale e la promozione dell'attrattività del Paese nei confronti degli investitori stranieri. Tale bilanciamento è indispensabile per una nazione, come l'Italia, caratterizzata dal 'nanismo' delle proprie imprese e, a ben vedere, può essere rinvenuto nella consapevolezza che gli interessi strategici nazionali in realtà tendono a coincidere con quelli economici di lungo periodo*». Il bilanciamento tra tutela degli interessi strategici e promozione degli investimenti costituisce un tema avvertito da larga parte degli interpreti. Cfr. M. MASSELLA DUCCI TERI, *La disciplina nazionale sul golden power. Primi problemi applicativi*, *op. cit.*, p. 158; M. D'ALBERTI, *op. cit.*, 86.

non pregiudichi gli investimenti e, quindi, lo sviluppo dei settori strategici, ma sappia bilanciare le esigenze economiche e finanziarie con il presidio securitario della *golden power*⁷¹. Si tratta del «*principio di eccezionalità degli strumenti di difesa*»⁷².

La mancata indicazione del carattere “eccezionale” e sussidiario dell'intervento *golden power* con riguardo al settore della sicurezza nazionale, di cui all'art. 1 del D.L. n. 21/2012, assume allora una diversa fisionomia. Il dato testuale sembra motivarsi per la mancanza, nella maggior parte dei casi, di una regolazione del settore, nonché per la sussistenza di un collegamento più intenso tra beni considerati quali *asset* strategici e interessi di difesa e sicurezza. Restano però ferme le medesime considerazioni in merito all'adeguato bilanciamento tra tutela degli interessi pubblici, da una parte, e tutela degli interessi economici sia degli operatori che del mercato in generale, dall'altra, sia *de jure condendo* che nell'ambito della valutazione discrezionale in sede di applicazione.

In quest'ottica di bilanciamento, possono qui rilevarsi due elementi che non sembrano pienamente compatibili con l'eccezionalità dei poteri speciali, e da cui un percorso di rafforzamento della *golden power* non sembra poter prescindere.

Un primo elemento da considerare è la sussidiarietà dell'esercizio dei poteri di *golden power* rispetto alla regolazione di settore, di cui all'art. 2, comma 3, del D.L. 21/2012, e all'art. 4 del D.P.R. 85/2014, e cioè l'esercizio dei poteri speciali laddove «*la tutela degli interessi essenziali dello Stato [...] non sia adeguatamente garantita dalla sussistenza di una specifica regolamentazione di settore [...]*». Come già evidenziato, le regolazioni di settore riferite alla attività delle *authorities* non sono rivolte a tutelare gli interessi essenziali dello stato, bensì la concorrenzialità del settore per stimolare l'efficienza del mercato⁷³. Sicché, la normativa settoriale non sembra potersi porre come adeguata alternativa agli interventi di *golden power*, non determinandosi quindi quella sovrapposizione di strumenti che è oggetto della clausola di sussidiarietà in esame. In altre parole, il coordinamento con queste discipline, che attengono ad un diverso paradigma di intervento pubblico, rischia di svuotare di contenuto il criterio di eccezionalità della *golden power*.

Più coerente sembra invece il richiamo alla disciplina convenzionale e concessoria, di cui allo stesso art. 4 del D.P.R. 85/2014, e cioè a strumenti di cui lo stato dispone su un piano ordinario quale regolazione *ex ante* dei propri interessi, in contrapposizione allo strumento di intervento *ex post* costituito dalla *golden power*. Ed è in questo senso che sembra doversi più propriamente in-

⁷¹ M. PANUCCI, *Golden power. Cornice europea e nuovi paradigmi di concorrenza*, op. cit., 125, secondo cui «*L'esigenza di tutelare la sicurezza nazionale anche sotto il profilo della sicurezza economica non è di per sé inconciliabile con i principi di un'economia di mercato aperta e globale, a condizione che si rispetti il principio di eccezionalità degli strumenti di difesa*».

⁷² M. PANUCCI, op. cit. Tale eccezionalità costituisce un *fil rouge* storico che caratterizza i poteri speciali nell'ordinamento italiano. Cfr. A. SACCO GINEVRI, *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 714, con riferimento al ruolo di *extrema ratio* della *golden share*.

⁷³ Sul rapporto tra *golden power* e regolazione bancaria ed assicurativa, A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e infrastrutture finanziarie dopo il Decreto Liquidità*, in *Dirittobancario.it*, 2020.

tendere l'eccezionalità dei poteri speciali, e cioè quale strumento di *extrema ratio* volto a tutelare interessi in circostanze che non sono – e nemmeno potrebbero – essere oggetto di una regolazione *ex ante*⁷⁴. Il riferimento può essere ad una disciplina autorizzatoria di accesso all'attività ovvero prescrittiva di determinati requisiti di affidabilità morale ed economica, in modo simile a quanto previsto, con un approccio più organico dal D.L. 105/2019 per quanto riguarda il settore del 5G, ovvero al regime autorizzatorio previsto dal regolamento (CE) n. 428/2009 sui beni a doppio uso⁷⁵. Più problematico è il rapporto con normative aventi caratteristiche soltanto in parte simili, come nel caso della c.d. *poison pill*, comunque idonee a tutelare le società strategiche – pur se partecipate dallo Stato - rispetto a scalate ostili di soci non graditi⁷⁶. Allo stesso modo, per quanto riguarda i settori delle *public utilities*, il riferimento è alle normative volte a garantire la continuità degli approvvigionamenti⁷⁷.

Nella prospettiva di bilanciamento tra poteri speciali e strutture concorrenziali di mercato, un ruolo importante può essere invece svolto dalle autorità di settore, non solo sotto il profilo istruttorio ma anche nell'ambito della valutazione delle prescrizioni da apporre nel bilanciamento degli interessi, in ragione della loro funzione pro-concorrenziale.

In secondo luogo, e su un piano più operativo, il carattere eccezionale dei poteri sembra collidere con l'applicazione del tutto generale dell'obbligo di notifica, che, come anticipato, riguarda tutte le delibere/atti/operazioni che comportano un mutamento di titolarità/disponibilità/controllo degli *asset* rile-

⁷⁴ In questo senso sembra potersi valorizzare la critica mosse alla sentenza Corte di Giustizia, Terza Sezione. 26 marzo 2009, Causa C-326/07, in quanto «*le circostanze specifiche indicate dal d.P.C.M. potranno essere valutate solo nel caso concreto in cui si presenta un investitore*», pur se riferita al precedente regime di *golden share*. Cfr. I. DEMURO, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri previsti dalla golden share*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, p. 640 ss., che sottolinea come «*l'eventuale minaccia non è rappresentata né rappresentabile aprioristicamente dall'acquisto di una partecipazione ma solamente dalle circostanze concrete che caratterizzano il potenziale acquisto, cioè dai requisiti soggettivi dell'acquirente e da quello oggettivi dai quali dovrebbero discendere i "gravi ed effettivi pericoli"*». I poteri speciali sono, appunto, “speciali” anche in quanto riferiti a circostanze e pericoli non prefigurabili e quindi passibili di regolamentazione *ex ante*, ma per i quali lo Stato deve disporre di poteri di *extrema ratio*. Ed in effetti, i criteri di esercizio dei poteri – censurati dal giudice europeo come generici – restano caratterizzati da un'amplissima discrezionalità amministrativa. Di *extrema ratio* parla anche A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e funzionamento delle imprese strategiche*, G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 156. Laddove fosse invece possibile considerare le possibili minacce da una prospettiva *ex ante*, in conformità al già illustrato principio di proporzionalità nel bilanciamento con gli interessi economici, sarebbe forse più opportuna una regolamentazione *ex ante* con carattere generale ed astratto.

⁷⁵ Sul meccanismo c.d. di *catch all*, G. AIELLO, *Il legittimo affidamento dell'investitore e i poteri regolatori dello Stato*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019,

⁷⁶ Art. 1, commi 381-384, legge 23 dicembre 2005 n. 266. Sul punto, G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 657.

⁷⁷ Si pensi al regime di essenzialità nella produzione energetica, ovvero al regime di accesso regolato a terzi per gli impianti di rigassificazione con riconoscimento in tariffa dell'incentivo costituito dal c.d. fattore di garanzia, subordinato al funzionamento continuo dell'impianto.

vanti nel settore di cui all'art. 2, commi 1 e 1 *ter*, nonché le acquisizioni di quote di imprese che detengono gli stessi *asset*, per quanto innocue⁷⁸. Il peso dell'incombente rileva, in particolare, per l'obbligo di sospensione degli effetti dell'atto notificato fino al termine della procedura amministrativa.

Da una parte, la disposizione si spiega per i problemi maggiori che spesso comporterebbe il ripristino dello *status quo ante* in caso di veto esercitato a valle dell'attuazione dell'operazione notificata, ma anche per la tutela degli interessi pubblici che sarebbero pregiudicati già dall'accesso, anche temporaneo, di un operatore inaffidabile ai beni strategici (si pensi al caso di informazioni riservate che diventano accessibili all'acquirente).

Nella consapevolezza di tale rilevante interferenza nel mercato e, nondimeno, della necessità di una previa istruttoria, la disciplina del 2012 aveva previsto un ristretto termine perentorio per la conclusione del procedimento di *golden power* di appena 15 giorni decorrenti dalla notifica, per valutare l'atto ed adottare i provvedimenti opportuni. Questo termine è stato presto ritenuto insufficiente per istruttorie così complesse⁷⁹. Gli interventi di riforma, in un'ottica di rafforzamento, hanno quindi esteso questo termine a quarantacinque giorni feriali, cioè quasi due mesi di calendario⁸⁰. Sembra così cambiare il bilanciamento tra sforzo di creare la minima interferenza alle dinamiche del mercato e di garantire completezza dell'istruttoria amministrativa.

Risulta allora l'evidente difficoltà di coniugare le esigenze che qui si contrappongono, ma non sembra potersi dubitare che ogni rafforzamento istruttorio – e sono varie in questo senso le proposte – debba essere attentamente vagliato alla luce del rischio di appesantire ulteriormente un obbligo che,

⁷⁸ L'art. 4 del d.P.C.M. n. 108/2014 e l'art. 4 del D.P.R. n. 85/2014 assoggettano a notifica anche le c.d. operazioni infragruppo, che pure sono assoggettate all'esercizio dei poteri speciali in casi ulteriormente eccezionali.

⁷⁹ Il tema era emerso già con i primi decreti attuativi. Sia il D.P.R. 35/2014 che il D.P.R. 86/2014 hanno specificato che nel computo dei termini decadenziali di cui agli artt. 1 e 2 del D.L. 21/2012 «sono esclusi il sabato, la domenica e le festività nazionali». Al di là dell'evidente profilo di illegittimità di una modifica della legge delega da parte del regolamento delegato⁷⁹, ciò che emerge ai nostri fini è un primo tentativo di allentare le maglie del procedimento. A questo si aggiunge, nella prassi, la distinzione tra procedimento di accertamento della soggezione alla *golden power* e procedimento di applicazione della stessa⁷⁹. Con il D.L. n. 105/2019, infine, il termine è stato rideterminato in 45 giorni (30 giorni per la fattispecie di cui all'art. 1 bis del D.L. 21/2012), soggetta a sospensione in caso di integrazioni documentali.

⁸⁰ Né il D.L. 105/2019 né gli interventi successivi hanno modificato l'indicazione del D.P.R. 35/2014 e del D.P.R. 86/2014 sul conteggio dei giorni feriali. Quanto ai nuovi settori della *golden power* allargata, e cioè gli ambiti previsti dall'art. 4 del Regolamento (UE) 2019/452, non è stato ancora emanato il decreto attuativo previsto dall'art. 2, comma 1 *ter* del D.L. 21/2020. Il D.P.R. n. 86/2020, del resto, circoscrive l'applicazione agli *asset* di cui all'art. 2, comma 1, del D.L. 21/2012, e quindi ai settori tradizionali di energia, trasporti e comunicazioni. L'art. 4 *bis*, comma 4, D.L. n. 105/2019, a riguardo, stabilisce che «Fino alla data di entrata in vigore dei decreti di cui ai commi 1 e 1-ter dell'articolo 2 del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56, come sostituiti dal presente articolo, continuano ad avere efficacia i regolamenti adottati in attuazione delle norme previgenti modificate dal presente articolo», senza stabilire l'applicazione del D.P.R. n. 86/2014 oltre quanto stabilito dallo stesso decreto. Sembra quindi che il tema debba essere risolto sul piano dell'applicazione analogica.

invece, forse richiederebbe una ottimizzazione nelle tempistiche in applicazione del principio di economicità. In questo senso è stata avanzata una proposta *de jure condendo* di strutturare il procedimento *golden power* in due fasi, di cui la prima sarebbe volta a deliberare, entro uno strettissimo termine decadenziale, il non esercizio per inapplicabilità ovvero manifesta irrilevanza, ed il secondo, più lungo, alla determinazione del veto ovvero prescrizioni⁸¹. L'enorme pregio di questa proposta consiste nel riflettere l'eccezionalità dei poteri di difesa nell'obbligo dell'operatore di notifica e di *stand still*, in un rapporto più proporzionale. Ovviamente, resta ferma la necessità di non aggravare ulteriormente il procedimento con un allungamento dei termini complessivi.

Sempre con riguardo all'obbligo di notifica, sembra invece meno complesso e certamente più esigibile garantire la certezza delle fattispecie di notifica, sia con riguardo alle operazioni soggette a tale adempimento procedurale che con riguardo agli *asset* che rientrano nella *golden power*⁸². Militano in questo senso due ordini di considerazioni. Innanzitutto, la certezza giuridica sugli adempimenti degli operatori non attiene al bilanciamento già trattato, ma costituisce una imprescindibile garanzia di tutela del mercato e degli operatori così come della correttezza dell'azione amministrativa. In secondo luogo, la grave sanzione amministrativa posta a tutela degli obblighi di notifica comporta l'applicazione dell'art. 1, comma 2, della legge 689/1981⁸³, e quindi del principio di tassatività della fattispecie sanzionata⁸⁴.

Risulta allora non solo esclusa ogni interpretazione analogica delle fattispecie di notifica, ma la formulazione e l'interpretazione delle stesse dovrebbe essere governata da un principio di determinatezza. In questo caso, il confronto tra l'interesse strategico all'elasticità delle fattispecie in ragione del caso concreto e quello dell'operatore a conoscere le condizioni di assoggettamento ai poteri speciali non si inserisce affatto in un bilanciamento di interessi, prevalendo quest'ultima posizione in ragione, se non del principio di legalità dei poteri amministrativi, quantomeno del citato principio di tassatività.

È in questo senso che l'elenco degli *asset* strategici di cui al d.P.C.M. 108/2015 e al D.P.R. 85/2015 sono tassativi, pur presentando una formulazione particolarmente ampia⁸⁵.

⁸¹ Si tratta di una proposta avanzata da R. ANGELINI, *op. cit.*, p. 48.

⁸² F. FIORE, *Poteri speciali ed emittenti azioni quotate sui mercati regolamentati*, in *Golden power*, *op. cit.* Sull'incertezza che ha caratterizzato la formulazione delle recenti riforme, F. ANNUNZIATA, *Infrastrutture finanziarie e controllo degli investimenti esteri*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 105 e ss.

⁸³ Art. 1, comma 8 *bis*, art. 1 *bis*, comma 3, art. 2, comma 4 e 5, del d.l. 21/2012.

⁸⁴ *Ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2018, n. 5883; Cass., II, 22 maggio 2007, n. 11826, 22 gennaio 2004, n. 1081, I, 8 agosto 2003, n. 11968; da Cons. Stato, VI, 28 giugno 2010, n. 4141.

⁸⁵ Non mancano comunque spazi di incertezza, tanto nella determinazione delle operazioni assoggettabili quanto in riferimento agli *asset* elencati (F. FIORE, *op. cit.*) Sulle ambiguità terminologiche del D.P.R. 85/2012, R. Angelini. Così anche la fattispecie di cui all'art. 2, comma 2, del D.L. 21/2012, che assoggetta a notifica l'adozione di atti, delibere o operazioni che abbiano «per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi medesimi». La

Dato questo quadro, non pochi problemi crea l'esplosione della *golden power* dovuta alle riforme susseguitesisi dal 2017 ad oggi, che hanno visto l'allargamento della *golden power* a numerosi ed eterogenei settori.

Questa *golden power* allargata presente due profili di criticità, su un piano di tecnica legislativa e di *ratio* normativa.

Sul primo profilo, occorre notare che le novelle in esame hanno introdotto interi settori nell'ambito di applicazione dell'art. 2 del D.L. 21/2012, non senza dubbi interpretativi. Da ultimo, il passaggio da *asset strategici* a *settori strategici* è segnato dal diretto riferimento, da parte dell'art. 4 *bis*, comma 3, del D.L. 105/2019, ai settori previsti dall'art. 4 del Regolamento UE 452/2019. Anche se tale rinvio è destinato ad essere superato dal decreto attuativo previsto dall'art. 2, comma 1 *ter*, del D.L. 21/2012, nelle more trovano applicazione gli interi "settori" previsti dal regolamento europeo.

Di per sé, il riferimento al settore non assume quella chiarezza e precisione prescrittiva che, invece, la normativa *golden power* richiederebbe, e mal si concilia con una normativa strutturata rispetto ad *asset* strategici. Si pensi, a questo proposito, alla fattispecie di notifica degli atti dispositivi dell'*asset* di cui all'art. 2, comma 2, del D.L. 21/2012⁸⁶.

A questo si aggiunge che l'art. 4 del Regolamento UE 452/2019 non è volto a delimitare settori strategici entro cui identificare obblighi di notifica e aggravii procedurali per operazioni rilevanti, ma, al contrario, ad offrire, sul piano comunitario, un ampio *range* di materie entro cui valutare le conseguenze delle operazioni da censurare. Si pensi al riferimento alle «*infrastrutture sensibili*», all'«*energia*» o alla «*sicurezza alimentare*». Il problema è ancora più evidente se si considera che il D.L. 21/2012, in quanto costruito per essere applicato ad *asset* strategici e non su settori, non prevede soglie dimensionali all'ambito di applicazione⁸⁷.

prassi della Presidenza ha ritenuto l'elencazione che segue di natura non esaustiva, ed il riferimento a «*controllo*» e «*disponibilità*» in senso elastico, includendovi anche fattispecie che possono comportare un'influenza sulla gestione futura dell'*asset*. Questa lettura può comportare spazi di incertezza in riferimento a quali siano le operazioni che mutano la «*disponibilità*» indiretta dell'*asset*, con una sovrapposizione rispetto alla fattispecie di acquisizione societaria di cui al successivo comma 5. Anche la dottrina parla della possibilità di riferire l'art. 2, comma 2., ad una categoria di controllo *ad hoc* della *golden power* (R. ANGELINI, *op. cit.*).

⁸⁶ G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 127.

⁸⁷ Si consideri il settore della «*sicurezza alimentare*». Il riferimento è ambiguo, in quanto nel nostro ordinamento tale espressione viene utilizzata per riferirsi al tema della salubrità degli alimenti, oggetto – tra gli altri – della direttiva 178/2002. Il testo inglese parla però di *food security*, e non di *food safety*. Il riferimento è quindi da identifica, più coerentemente rispetto al contesto della disposizione, nell'approvvigionamento di cibo. La ragione dell'inclusione di un simile settore nella *golden power* risulta chiaro se si considera il monito contenuto nella dichiarazione finale del World Food Summit di Roma del 1996, e cioè che «*Food should not be used as an instrument for political and economic pressure*», riconoscendo che anche il tema dell'approvvigionamento alimentare si presta a questo uso strategico. Il problema è che la normativa non pone soglie minime di rilevanza all'ambito soggettivo ovvero oggettivo di applicazione, sicché il D.L.

Come già anticipato, a garantire maggiore certezza applicativa nell'applicazione della *golden power* sono anche finalizzate proposte di adozione, da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di una serie di atti tipici delle *authorities*. Su questo tema, si veda il seguente capitolo

L'espansione della *golden power* potrebbe apparentemente sembrare problematica sotto un secondo profilo. La natura dei nuovi settori, per quanto rilevanti nel sistema economico e sociale, non sembrerebbe a prima vista coerente con la *ratio* dello strumento *golden power* quale presidio securitario. In questo senso, non è semplice collegare un investimento immobiliare ad una minaccia agli interessi strategici dello Stato, in particolar modo in un ordinamento che riconosce la possibilità di espropriare la proprietà privata per interesse pubblico.

In realtà, sotto questo profilo, la discrepanza con la *ratio* securitaria è solo apparente. Come è stato sottolineato, «*il presidio securitario va esteso anche a settori che, a un primo approccio, potrebbero sembrare marginali ma che tali non sono*»⁸⁸. L'inclusione di questi settori esprime una scelta legislativa di tutela a fronte di rischi securitari, che si può cogliere anche considerando i rischi di una aggressione economica basata sulla gestione di questi *asset*. Nello stesso senso è anche da considerarsi l'inclusione da parte del Regolamento EU 452/2019 degli effetti nei "settori" in questione tra gli elementi da considerare «*nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico*»⁸⁹.

In questo contesto di oggettiva difficoltà per gli investitori di conformarsi alla normativa *golden power*, al fine di assicurare una maggiore certezza dell'ambito di applicazione dell'obbligo di notifica è stata proposta l'introduzione di una procedura di *pre-screening*, sul modello di quanto previsto dal Codice Ambiente per la Valutazione di Impatto Ambientale⁹⁰. L'applicazione di un tale istituto sarebbe certamente opportuna, anche al fine di non dilungare inutilmente i tempi di attuazione delle operazioni societarie a valle della loro adozione. Occorre, però, sottolineare che questo strumento non può sopperire all'incertezza determinata dalla ambiguità delle fattispecie oggetto dell'obbligo di notifica. A ciò ostano i principi di tassatività – in materia di sanzioni amministrativa – e legalità – in materia di poteri amministrativi. E, del resto, l'introduzione della pre-notifica senza un intervento di chiarificazione sull'ambito di applicazione della *golden power* finirebbe con il traslare sterilmente il problema ad una fase anteriore all'operazione, senza risolverlo.

21/2012 finisce per trovare applicazione a tutte le società alimentari.

⁸⁸ A. PANSA, *op. cit.*, p. 106.

⁸⁹ Art. 4, comma 1, del Regolamento UE 452/2019.

⁹⁰ G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 131.

5. Spunti per uno studio del momento autoritativo: le munizioni dell'«armamento giuridico»⁹¹.

L'analisi della normativa *golden power* nell'ambito del binomio regolazione-regolamentazione permette di ricostruire il rapporto tra l'operatore e l'amministrazione statale in termini di amministratore-amministrato. La Presidenza del Consiglio, nell'adottare le prescrizioni ovvero il veto alle operazioni, atti o delibere che rientrano nell'ambito di applicazione, sembra così esercitare i poteri autoritativi che caratterizzano l'azione amministrativa, idonei a comprimere le situazioni giuridiche soggettive sulla base di una valutazione discrezionale.

Sotto questo profilo, una corretta ricostruzione dogmatica del fenomeno regolatorio può garantire, da una parte, all'azione *golden power* gli strumenti di unilateralità adeguati per assicurare la prevalenza degli interessi pubblici rispetto alle posizioni soggettive dei singoli operatori; dall'altra, restituire al diritto amministrativo la propria funzione di garanzia individuale.

Alla notizia dell'operazione rilevante, che può aversi attraverso la *disclosure* operata con l'atto di notifica da parte dell'impresa obbligata ovvero ad esito di un apposito procedimento di accertamento della violazione dell'obbligo di notifica, prende avvio un procedimento amministrativo. Non sembrano sussistere motivi per escludere l'applicazione a quest'ultimo della legge 241/1990, richiamata anche dagli artt. 9 del D.P.R. 35/2014 e 9 del D.P.R. 86/2014. Al fine di trattare correttamente l'applicazione dei singoli istituti, però, è necessario chiarire i contorni di questo procedimento.

A questo proposito, c'è chi ha sottolineato che, nella prassi, non constano applicazioni dell'art. 10 *bis* della l. 241/1990, sulla «comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza»⁹². Non si tratta di una circostanza che possa stupire, in quanto non sembra che la notifica dell'operazione sia qualificabile come istanza di parte. In primo luogo, non può ignorarsi che l'impresa è obbligata ad effettuare la notifica (e non si tratta quindi propriamente di un onere). In secondo luogo, è determinante constatare che questo atto non contiene alcuna richiesta, consistendo invece in una completa *disclosure* di informazioni aziendali, societarie, industriali e finanziarie. Dato il contenuto meramente informativo della notifica, nella forma di una autocertificazione⁹³, non sembra potersi parlare di procedimento ad istanza di parte.

Nemmeno sembra possa trovare diretta applicazione l'art. 10 della legge 241/1990. Da una parte, vi ostano le «particolari esigenze di celerità del procedimento» connaturate al procedimento di esercizio dei poteri speciali. Dall'altra, deve valorizzarsi la disciplina speciale di cui all'art. 5, comma 1, lett. c) del d.P.C.M. 6 agosto 2014, che prevede una comunicazione con contenuti sovrapponibili a quelli di cui all'art. 8 della legge 241/1990.

⁹¹ Il riferimento è ancora alla felice espressione di L. ARNAUDO, *op. cit.*

⁹² G. NAPOLITANO, *op. da ultimo cit.*, p. 130.

⁹³ Decreto del Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 18 febbraio 2015.

Al contrario, non sembra di per sé esclusa la partecipazione dei privati al procedimento, di cui agli artt. 9 e 10 della legge 241/1990. Il diritto di partecipazione trova però un limite nella segretezza e riservatezza dei dati che caratterizzano l'intero procedimento⁹⁴, sicché il ruolo del terzo interveniente ne risulta concretamente ridimensionato. Trattandosi di un procedimento amministrativo, però, laddove un operatore terzo all'operazione fornisca all'amministrazione informazioni rilevanti per la decisione, quest'ultima, per il principio di completezza dell'istruttoria, non potrà astenersi dal valutarle. Né sussistono motivi per negare ai terzi di presentare memorie e documentazione. L'obbligo di valutare questi elementi deve coniugarsi poi con i ristretti termini perentori per la conclusione del procedimento.

Quanto alla conclusione del procedimento, l'adozione di un provvedimento – di esercizio o meno dei poteri speciali – è solo eventuale. Nel caso in cui l'amministrazione rilevi la necessità di un intervento, i poteri speciali previsti espressamente dalla normativa sono due: il veto e le prescrizioni.

Come anticipato, nella prospettiva di graduare e alleggerire l'esercizio dei poteri speciali nei confronti degli operatori, sono stati proposti varie strumenti di natura più o meno collaborativa con le imprese⁹⁵. Certamente, la partecipazione attiva del privato al procedimento, la considerazione della sua posizione sostanziale nella decisione discrezionale e la proporzionalità rispetto alle esigenze concretamente rilevanti sono principi fondamentali dell'attività amministrativa. La prospettiva di porre l'operatore al centro dell'esercizio dei poteri speciali, piuttosto che come mero soggetto passivo, risponde ad un'idea moderna e democratica di amministrazione⁹⁶.

Cionondimeno, occorre considerare che, come già illustrato, i poteri speciali costituiscono una funzione amministrativa radicalmente e sostanzialmente diversa dall'attività di regolazione delle *authorities*. Gli interessi strategici sono perseguiti – non *insieme* a, bensì – *nonostante* gli interessi dei privati, i quali sembrano doversi qualificare come interessi legittimi. In altri termini, non sembra esserci identità tra interesse dello Stato ed interesse degli operatori, se non come accidente storico dovuto a particolari circostanze concrete⁹⁷.

Dalla già illustrata costruzione dei poteri speciali deriva che gli strumenti propri del peculiare fenomeno amministrativo delle *authorities* non sono *ex se* applicabili ad una funzione autoritativa quale quella di *golden power*. Al fine di

⁹⁴ Art. 9 del D.P.R. 35/2014 e Art. 9 del D.P.R. 86/2014.

⁹⁵ R. ANGELINI, *Idee per una «modernizzazione» del golden power*, e A. CIPOLLONE, *La verifica dell'ottemperanza alle prescrizioni I comitati di monitoraggio*, in G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 133.

⁹⁶ G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, op. cit.; G. PASTORI, *Diritti della persona e interesse della collettività nel servizio sanitario nazionale*, op. cit.; L. R. PERFETTI, *La persona, «unico centro unitario cui riferirsi»*, op. cit.; L. R. PERFETTI, *Persona, società e amministrazione pubblica*, op. cit.

⁹⁷ In questo senso, un'attenta dottrina parla di «binari paralleli che si possono intrecciare, ma non necessariamente». R. CHIEPPA, *Conclusioni*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 188.

applicare in questo contesto gli istituti di collaborazione attiva o prassi propria delle autorità indipendenti occorre vagliarne la compatibilità sotto il profilo della *ratio* e dei meccanismi operativi. Non è questa la sede per una tale operazione ermeneutica, ma possono già qui formularsi alcune considerazioni.

In primo luogo, come noto, l'attività amministrativa autoritativa è governata dal principio di legalità di cui all'art. 97 Cost.⁹⁸ Pertanto, ogni nuovo strumento che possa pregiudicare la posizione degli operatori deve essere previsto dalla legge, senza spazio per la prassi nella creazione di nuovi istituti vincolanti per il privato⁹⁹.

In secondo luogo, mentre le funzioni delle *authorities* sono generalmente volte a tutelare interessi la cui ricorrenza nel caso concreto è oggetto di una verifica tecnica compiuta dalle Autorità sulla base della loro autorevole competenza, ben diverso è l'esercizio della discrezionalità amministrativa. La definizione dell'interesse pubblico in concreto costituisce funzione propria dell'amministrazione, e la collaborazione dei privati è volta a fornire all'istruttoria amministrativa gli elementi di fatto e diritto utili alla decisione finale, secondo il principio della completezza dell'istruttoria. Nel caso di specie, inoltre, la definizione degli interessi strategici si basa anche su un'attività informativa e su presupposti strategici rispetto a cui significativo può essere il ruolo dei servizi d'informazione e di altri organi ed enti specializzati. Sicché, sembra difficile pensare che questi interessi strategici possano essere identificati al privato e posti a base di una dichiarazione di impegni. Potrebbe invece configurarsi una negoziazione dei termini delle prescrizioni a valle dell'accertamento dell'interesse strategico, che culmini o meno con un accordo amministrativo, ex art. 11 della legge 241/1990¹⁰⁰.

⁹⁸ G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 129.

⁹⁹ Con riferimento agli strumenti di *soft law*, non direttamente vincolanti per l'operatore privato, ne è stata sottolineata la idoneità a pregiudicare il destinatario finale dei provvedimenti che ne costituiscono applicazione, sia per l'idoneità ad orientare il giudice in ragione della autorevolezza tecnica dell'amministrazione da cui provengono, sia per la funzione di orientare l'applicazione della normativa da parte di un soggetto pubblico diverso (M. PASSALACQUA, *Soft Law per la regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Concorrenza e mercato*, 2017, 1, pp. 173-194). Con riferimento alla normativa *Golden power*, le evidenti esigenze di certezza e l'enorme rilievo delle operazioni soggette alla procedura sembrerebbe escludere l'opportunità di perseguire questa "fuga da regolamento" che caratterizza invece il fenomeno della *soft regulation*, ed intervenire sugli strumenti di applicazione già previsti o da prevedersi nel D.L. 21/2012. In questo senso, peraltro, il D.L. 105/2019 ha modificato l'art. 2 comma 1 *ter* prevedendo, in luogo di un regolamento attuativo, un semplice "decreto".

Per quanto riguarda la definizione dell'ambito di applicazione dell'obbligo di notifica, trattandosi di fattispecie oggetto di una relevantissima sanzione amministrativa, opera l'art. 1 della legge 689/1981, peraltro retta dal principio di legalità.

¹⁰⁰ Gli accordi disciplinati espressamente dalla disposizione sono gli accordi c.d. facoltativi, che l'amministrazione può decidere di stipulare in alternativa all'esercizio della funzione tramite provvedimento. Secondo un orientamento interpretativo, l'accordo di cui all'art. 11 della l. 241/1990 avrebbe natura pubblica (G.D. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, Giuffrè, 1984; GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, V ed., 2019; S. CIVITARESE

In terzo luogo, gli strumenti di risoluzione o attenuazione consensuale delle violazioni dovrebbero tenere conto della distanza sostanziale tra la fattispecie di violazione dell'obbligo di notifica e quello di violazione delle prescrizioni. Nel primo caso, la notifica non è di per sé idonea a soddisfare un interesse strategico, ma ha soltanto la funzione di informare il Gruppo di Coordinamento, affinché venga posta in essere l'istruttoria volta a verificare se tale interesse sussiste nel caso concreto. Nel caso che, in concreto, l'operazione fosse innocua, nessuna misura ripristinatoria sarebbe necessaria, una volta che l'amministrazione sia a conoscenza dell'operazione, atto o delibera rilevante. Al contrario, l'imposizione di prescrizioni può essere giustificata soltanto dalla minaccia ad un interesse strategico. Ed allora, la sua violazione può avere conseguenze – non solo sanzionatorie, ma anche – ripristinatorie, rispetto alla quale può porsi un tema di *lenency program* o di impegni spontanei.

Ferme restando queste valutazioni, allo stato dell'arte il perseguimento degli interessi strategici si basa attualmente sugli strumenti del veto o di prescrizioni. Il rapporto tra questi due istituti è definito dalla normativa nel senso che il potere «è esercitato nella forma di imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni ogniqualevolta ciò sia sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale»¹⁰¹.

Uno studio di questi poteri speciali può strutturarsi su due direttrici fondamentali. Da un lato, nella genericità della normativa, occorre indagare il contenuto che le prescrizioni possono assumere, e cioè se sussistano limiti interni o esterni agli adempimenti che possono imporsi la privato. Dall'altro, l'ampissima discrezionalità amministrativa e l'autoritatività che caratterizzano i poteri speciali impongono di considerare adeguatamente gli strumenti di tutela

MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997. Sulla inapplicabilità del diritto privato ad accordi funzionalizzati, si veda anche A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1939, 76). Secondo le tesi contrattualistiche, l'applicazione del codice civile non si limiterebbe ai principi compatibili con l'interesse pubblico, ma avrebbe carattere generale, trattandosi di un contratto di natura privatistica (L. R. PERFETTI, *Canone inverso al controcanto di Francesco Pugliese su concessioni e tutela giurisdizionale*, in *Studi in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010, p. 414). La letteratura sull'argomento è molto vasta. Per una ricostruzione storica delle teorie sulla contrattazione pubblica, B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in *P.A. - Persona e Amministrazione*, 2018, 1, 114. Per un'analisi sugli orientamenti della giurisprudenza, mi sia concesso di rinviare ad A. GEMMI, *Il tramonto della concessione-contratto: la svolta pubblicistica della giurisprudenza*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2019, 455 ss.

Questo tema rileva anche per quanto riguarda l'istituto delle linee guida. Tale strumento di *soft law*, peraltro strettamente legato alla funzione di *competition advocacy* delle *authorities*, è volto ad orientare – ed, indirettamente, integrare – l'applicazione di una norma; o da parte di altre autorità pubblica, come nel caso delle linee guida ANAC, ovvero degli stessi operatori, come nel caso delle linee guida antitrust. Nella regolamentazione *golden power*, però, il privato è tenuto unicamente alla notifica dell'operazione rilevante, ed all'adempimento delle prescrizioni imposte dall'autorità pubblica. Non, invece, al perseguimento spontaneo dell'interesse pubblico.

¹⁰¹ Art. 1, comma 4, del D.L. 21/2012; nello stesso senso sono gli art. 1 *bis*, comma 3 *bis*, e 2, comma 4, dello stesso D.L.

della posizione giuridica dell'operatore.

Sul primo profilo, sembrerebbe innanzitutto porsi un tema di tipicità. La normativa *golden power* si limita a prevedere che l'operazione notificata sia soggetta a «prescrizioni» o «condizioni», senza predeterminare in alcun modo il contenuto di tali disposizioni. Dalla affermazione di autoritarità dei poteri ablativi delle libertà economiche e del diritto di proprietà ne deriva l'applicazione del principio di legalità nella sua accezione più forte, e quindi porsi come problematica la definizione dei poteri speciali soltanto nelle finalità. Senza alcuna pretesa di esaurire il tema della atipicità dei poteri speciali in questa sede, sembrerebbe opportuno valutare l'applicazione del principio nel caso concreto alla luce della dottrina della tipicità degli atti amministrativi, considerando le caratteristiche della *golden power* come presidio securitario, e, in particolare, quale *extrema ratio* relativa a pericoli che non sono e non potrebbero essere oggetto di una regolamentazione preventiva in ragione della non prevedibilità dei rischi e, di conseguenza, degli strumenti di opportuna tutela¹⁰².

L'atipicità dei poteri porta però a interrogarsi sulla eventuale sussistenza di limiti al contenuto che le prescrizioni possono assumere. A questo proposito, i limiti possono evincersi dalla normativa *golden power*, indagando i limiti interni alla disciplina, e dall'ordinamento in cui la stessa si inserisce, indagando i limiti esterni.

Quanto ai primi, è stato indicato quale limite interno il vincolo finalistico, e cioè la funzionalizzazione dei poteri speciali alla tutela della sicurezza e del funzionamento degli *asset* strategici¹⁰³. Occorre però sottolineare che l'ampissima discrezionalità che caratterizza le modalità di perseguimento di questi fini rischia di pregiudicare l'effettività di questo primo limite.

Ma non sembra l'unico. Può infatti valorizzarsi il rapporto tra obbligo di notifica e conseguente provvedimento. Si è già detto che la normativa riconosce l'esistenza di *asset* strategici in proprietà e gestione ad imprese private. Rispetto a questa situazione, il D.L. 21/2012 configura l'attivazione dei poteri speciali solo in determinate ipotesi tassative; e cioè per quelle operazioni, atti o delibere oggetto di notifica. Questo adempimento strumentale alla verifica degli interessi pubblici strategici nel caso concreto non sembra costituire una mera *occasione* dell'amministrazione per conferire ad un determinato *asset* una determinata disciplina volta a tutelarla rispetto alla gestione privatistica ed economica del privato.

Ed infatti, si è già detto che la finalità della *golden power* non sembra affatto quello di superare la gestione economica dell'*asset*, che è invece la situazione

¹⁰² Si è sottolineato che «la tipicità deve essere riferita al catalogo normativo dei poteri nella loro connessione con i rispettivi specifici effetti e gli atti che ne rappresentano l'esercizio e non postulano affatto determinazioni rigidamente prefissate, che mal si concilierebbero con il potere amministrativo discrezionale» (R. VILLATA - M RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli Editore, 2017, p. 39).

¹⁰³ G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 121, che, in ragione di questo «unico argine» ai poteri speciali, ritiene illegittimo il «perseguimento di fini di politica industriale».

giuridica in cui operano i poteri speciali e che, anzi, li giustifica, quale potenziale foriera di pregiudizi per l'interesse pubblico. La *golden power* è invece volta a tutelare gli interessi pubblici in ragione di determinate operazioni, atti o delibere che possono pregiudicarli. I poteri speciali costituiscono, cioè, reazione pubblica ad una (pre)determinata attività economica, nel caso in cui comporti in concreto una minaccia¹⁰⁴.

Sembra allora configurarsi un ulteriore limite interno. I poteri speciali devono trovare la propria giustificazione nell'operazione, atto o delibera che ne costituisce presupposto logico, e non solo storico. Non sembra legittima una prescrizione che sia motivata dalla pericolosità della gestione privata dell'*asset*. Sicché, la delicatezza dell'*asset* per gli interessi strategici non giustifica di per sé l'esercizio del potere speciali di cui al D.L. 21/2012 – laddove potrebbe invece giustificare una regolamentazione dello stesso ovvero una sua pubblicizzazione.

Dati questi stessi presupposti, inoltre, potrebbe valutarsi un terzo limite interno, insito nel collegamento tra la prescrizione e la circostanza di fatto che ne costituisce presupposto. Le operazioni che attivano il procedimento di *golden power* possono determinare un persistente assetto fattuale e giuridico dell'impresa o dell'*asset*, rispetto a cui la regolamentazione speciale avrà necessariamente lo stesso carattere di stabilità. Ma non è sempre così. Si consideri l'acquisizione societaria da parte di imprenditore esterno all'UE (ovvero infracomunitario nelle soglie previste dall'art. 15 del D.L. 23/2020), che, in ragione delle particolari caratteristiche di quest'ultimo, giustifichi l'esercizio dei poteri speciali *ex art. 2, comma 5, del D.L. 21/2012*. Nel caso in cui la società detentrici dell'*asset* torni in mani italiane, una siffatta regolamentazione speciale non sembrerebbe avere più giustificazione giuridica, e pertanto non sembra poter assumere una natura stabile. In questi casi, le prescrizioni sembrerebbero essere caratterizzate da una provvisorietà dovuta alla medesima provvisorietà delle circostanze di fatto che la hanno giustificata¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Con questo non si vuole sostenere che la gestione degli *asset* debba necessariamente essere privata. Esigenze legate alla pericolosità in sé della gestione economica degli attivi strategici sarebbero però più conformemente gestiti tramite una ordinaria regolamentazione normativa del settore o dell'*asset* strategico privatizzato. Diversamente opinando, le conseguenze sul piano della legittimità costituzionale sarebbero evidenti. Una stessa tipologia di *asset* strategico, gestito da due imprese con medesime caratteristiche sarebbero assoggettate a disposizioni diverse per un mero accidente storico, e cioè l'operazione notificata.

Nemmeno si vuole sostenere che gli interessi strategici non possano essere pregiudicati da circostanze fattuali diverse dalle operazioni economiche previste dal D.L. 21/2012. Semplicemente, la *golden power*, per le sue caratteristiche già illustrate di *extrema ratio* e tassatività, e soprattutto per la formulazione attuale, non sembra essere lo strumento configurato per contrastarle. Non si esclude, però, l'opportunità di slegare l'esercizio dei poteri dalla fattispecie di notifica ed allargare così l'ambito di applicazione, eventualmente prevedendo una forma di vigilanza passiva. Ma, in ragione del principio di legalità di cui all'art. 97 Cost., resta una prospettiva *de jure condendo*.

¹⁰⁵ Il testo normativo parla in proposito di «condizioni imposte all'acquirente» e l'«efficacia dell'acquisto può essere condizionata all'assunzione da parte dell'acquirente», e cioè a quel particolare acquirente notificante, e non anche ai successivi. Diversamente opinando si configurerebbe anche in questo caso la situazione di due società identiche ma soggette a diversa regolamentazione spe-

In una prospettiva *de jure condendo*, al fine di garantire un tempestivo intervento dell'amministrazione, evitare dubbi sulla legittimità dei provvedimenti in essere e, soprattutto, garantire un controllo sull'effettivo cambiamento della situazione di fatto evitando pericolosi automatismi, sembrerebbe opportuno valutare l'attivazione di un apposito procedimento di verifica avente le stesse caratteristiche di perentorietà del procedimento di esercizio dei poteri.

Più problematico è il rapporto tra poteri autoritativi pubblicistici e strumenti societari. Come già anticipato, non si ritiene di potere trarre indicazioni decisive dall'evoluzione dell'istituto e dal rapporto con la previgente disciplina di *golden share*. La circostanza che la nuova disciplina non preveda più esplicitamente il potere di prescrivere la nomina di un amministratore di espressione pubblica non sembra *di per sé* ostativa all'imposizione di una condizione simile.

Assume invece maggiore rilievo la natura autoritativa dei poteri speciali, e l'assenza nella normativa di strumenti privatistici di controllo. Le prescrizioni costituiscono un comando pubblico che, pur atipico, ha una precisa connotazione pubblicistica. Utilizzare questi poteri per assicurare allo Stato uno strumento privatistico sembra poter costituire elusione delle garanzie assicurate dal diritto amministrativo al privato, sotto il profilo del principio di legalità e della funzionalizzazione dell'attività amministrativa¹⁰⁶.

Una ulteriore criticità è data dalla possibilità, attraverso l'assunzione di poteri privatistici con una modifica autoritativa dello Statuto, di eludere la tassatività delle fattispecie di esercizio dei poteri speciali. Ad esempio, prevedendo l'ordinario diritto di voto su determinate delibere. In tal modo si finirebbe per estendere l'applicazione dei poteri speciali in violazione del principio di legalità amministrativa. Sembrerebbe pertanto necessario un intervento legislativo.

In una prospettiva *de jure condendo*, però, l'autorevole proposta di un presidio pubblico stabile presso le imprese detentrici di *asset* strategici potrebbe permettere, in un'ottica di proporzionalità ed economicità dell'azione amministrativa, di superare l'attuale regime di notifica e *stand still*, laddove tale presidio sia dotato di mere funzioni di informazione sulla gestione dell'attivo¹⁰⁷. Ma questo strumento si muove su un terreno difficile. Non deve sottovalutarsi il rischio, anche in assenza di poteri vincolanti, di una intromissione nella gestione ordinaria dell'impresa al di fuori dell'esercizio dei poteri speciali.

In conclusione, il ricorso a strumenti societari non sembra poter prescindere dalle garanzie offerte dal diritto amministrativo al privato e dal ruolo di controllo esterno a cui la *golden power* sembra funzionale.

ciale in ragione di una circostanza storica e ormai superata, trattando così in modo eguale situazioni diverse.

¹⁰⁶ D'altra parte, l'esercizio della funzione pubblica con strumenti privatistici, di cui all'art. 1, comma 1 *bis*, della legge 241/1990, presuppone che lo Stato agisca su un piano di parità con la controparte, e cioè secondo gli schemi del rapporto tra consociati. Il contesto dei poteri speciali rende difficilmente configurabile un tale confronto paritario.

¹⁰⁷ A. CIPOLLONE, *op. cit.*, e A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e funzionamento delle imprese strategiche*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 157.

Non meno problematico è il profilo dei limiti esterni. Oltre a dipendere da un preciso inquadramento dell'istituto all'interno del sistema giuridico – oggetto dello sforzo ermeneutico di cui ai precedenti paragrafi –, questo tema si lega a complesse considerazioni sulle libertà economiche assicurate dal diritto europeo ed al dibattito sul contenuto dell'art. 41 Cost.

Nella costruzione dei limiti esterni, un ruolo non secondario sembra avere anche il tema dei vincoli sostanzialmente espropriativi. In particolare, il rafforzamento dei poteri speciali non sembra poter prescindere da una riflessione sul profilo dell'indennizzabilità dei vincoli imposti con le prescrizioni di *golden power*. Se è vero che è il D.L. 21/2012, per mezzo dei regolamenti attuativi, a vincolare intere tipologie di beni ad un determinato regime diverso da quello privatistico, occorre anche considerare che i vincoli non sono predisposti dalla normativa ma stabiliti dall'amministrazione in concreto e in casi specifici tramite l'esercizio di una discrezionalità amministrativa autoritativa. La costruzione di una teoria dei beni collettivi che vada oltre l'appartenenza alla persona giuridica pubblica può rilevarsi idonea a superare il problema da un punto di vista sistematico¹⁰⁸. Cionondimeno, non risulta agevole giustificare l'assenza di compensazione al privato che, per effetto di prescrizioni particolarmente intense, si veda negata la facoltà di usufruire del proprio bene, e quindi vedersi sostanzialmente pregiudicato il diritto di proprietà. In particolar modo, ove si consideri che oggetto dei poteri speciali non è l'imposizione di vincoli sul bene, ma di prescrizioni all'impresa che lo detiene ovvero all'acquirente della stessa. Può però risultare determinante considerare che la funzione della *golden power* non sembra quello di privare l'operatore della gestione degli *asset* strategici quanto, piuttosto, di assicurare che la gestione imprenditoriale non pregiudichi gli interessi pubblici ed impedire che soggetti non graditi ne entrino in possesso. Sicché, laddove l'amministrazione dovesse ritenere l'impresa così poco affidabile da determinarsi a privarla sostanzialmente della gestione dell'attivo attraverso le prescrizioni, ben più rispondente alla *ratio* del D.L. 21/2012 sembra l'esercizio del potere di veto sull'acquisizione dell'*asset*.

Da ultimo, un'attenta analisi della normativa *golden power* non può prescindere dai suoi profili di tutela processuale¹⁰⁹. Come noto, diversamente dal sistema statunitense, nell'ordinamento italiano ed europeo è garantita la tutelabilità giudiziale della posizione sostanziale del privato, anche se esterno alla

¹⁰⁸ Per una costruzione della teoria dei beni pubblici alla luce della normativa *golden power*, A. LALLI, *op cit.*, che pure sembra considerare la *golden power* come una disciplina dei beni collettivi alla stregua di altre normative, come la tutela dei beni culturali.

¹⁰⁹ Discorso a parte merita il profilo attinente alla tutela processuale nei confronti della sanzione amministrativa per violazione dell'obbligo di notifica dell'operazione rilevante, rispetto a cui non sembra esservi spazio per valutazioni di discrezionalità – almeno per quanto attiene alla sussistenza della violazione – e viene invece in rilievo la giurisprudenza CEDU sulla *full jurisdiction*. Per un adeguato confronto culturale e tecnico sulla *full jurisdiction*, si può rinviare ai contributi pubblicati nella sezione monografica del fascicolo II del 2018 – da pagina 7 a 350 – della rivista P.A. – Persona e amministrazione, con i contributi, in ordine di indice, di G. RAIMONDI, M. ALLENA, M. BELLAVISTA, A. CLINI, F. CORTESE, P. DE LUCA, F. FOLLIERI, P. CONTE, F. GOISIS, F. LIGUORI, L. R. PERFETTI, A. POLICE, F. ROTA, G. SABBATO, M. TRIMARCHI ed E. WIEDERIN.

UE¹¹⁰. In questo senso, l'art. 119, comma 1, lett. c-bis) del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 riconosce al giudice amministrativo la giurisdizione amministrativa in merito ai «*provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*»¹¹¹.

Ad oggi, l'applicazione giudiziale della disciplina *golden power* è stata più unica che rara, ed i poteri speciali devono ancora passare sotto il vaglio del Giudice italiano ed europeo¹¹².

Il profilo della tutela processuale, però, ha già interessato la dottrina, che ha colto un elemento di criticità nell'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione nell'esercizio dei poteri speciali. Come noto, questa caratteristica della decisione amministrativa può indebolire la tutela giudiziale, potendo il Giudice effettuare un vaglio "esterno" della decisione discrezionale nel vizio dell'eccesso di potere. Nel caso dei poteri speciali, il problema della tutela sembra configurarsi non soltanto rispetto alla decisione sulle modalità con cui perseguire la tutela degli interessi strategici, ma altresì nella individuazione di questi ultimi¹¹³.

La normativa infatti li identifica nella «*minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale*»¹¹⁴, «*minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti*»¹¹⁵ ovvero di «*un pericolo per la sicurezza o per l'ordine pubblico*»¹¹⁶. Indicazioni più dettagliate si hanno per i criteri da considerare per valutare il pregiudizio. Nonostante lo sforzo di dettagliare gli elementi su cui orientare la decisione finale¹¹⁷, non sembra però venire meno l'alto tasso di discrezionalità amministrativa che caratterizza i poteri speciali¹¹⁸.

In questo contesto, è stata sottolineata l'esigenza di garantire un maggio-

¹¹⁰ R. GAROFOLI, *op. cit.*

¹¹¹ È stata notata l'apparente inutilità di questa disposizione, dato che i poteri speciali costituiscono esercizio di poteri amministrativi e non vi è alcuno spazio per la configurazione di diritti soggettivi. 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 *Il dir. dell'economia*, 2012, 639-660.

¹¹² L'unica pronuncia giurisdizionale sulla *Golden power* è la sentenza non definitiva T.A.R. Roma-Lazio, sez. II, 17 aprile 2019, n.4990, che si occupa di trattare il profilo attinente al rapporto tra ricorso ordinario e straordinario, piuttosto che l'esercizio dei poteri speciali.

¹¹³ M. CLARICH, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, 118 e ss.

¹¹⁴ Art. 1, comma 1, del D.L. 21/2012, convertito in legge con modificazioni con la legge n. 56/2012.

¹¹⁵ Art. 2, comma 3, del D.L. 21/2012, convertito in legge con modificazioni con la legge n. 56/2012.

¹¹⁶ Art. 2, comma 6, del D.L. 21/2012, convertito in legge con modificazioni con la legge n. 56/2012.

¹¹⁷ Come noto, l'introduzione di criteri più rigidi per orientare l'applicazione della *golden power* e ridurre la discrezionalità dell'amministrazione ha garantito, all'indomani della sostituzione della *golden share* con la normativa *golden power*, la chiusura del procedimento di infrazione n. 2009/2255 avviata dalla Commissione UE nei confronti dell'Italia.

¹¹⁸ R. GAROFOLI, *op. cit.*

re coinvolgimento procedimentale del soggetto notificante, quasi a bilanciare questo rischio di inefficace tutela successiva. Ancora una volta, il modello, più o meno esplicito, è l'attività delle *authorities*. Ma, come si è già illustrato, la distanza sostanziale del paradigma di attività delle autorità indipendenti rispetto a quello dei poteri speciali è tale che un maggiore coinvolgimento procedimentale, di per sé positivo, non sembra poter sopperire ai difetti di tutela processuale. Il procedimento per l'esercizio di poteri autoritativi è condotto dall'amministrazione al fine di garantire il corretto e consapevole perseguimento dell'interesse astratto nel caso concreto, e l'apporto dei privati viene conseguentemente funzionalizzato all'interesse dell'amministrazione. Quest'ultima non è affatto terza rispetto agli interessi in gioco, così come non lo è nemmeno il procedimento che è chiamata a governare.

Pertanto, ogni analisi pubblicistica non può prescindere dall'esigenza di garantire una effettiva tutela processuale, unico strumento di protezione dell'operatore rispetto all'autoritatività dei poteri speciali.

In questo contesto, una rigorosa verifica del Giudice amministrativo non è solo imposta dall'art. 24 Cost., ma anche dalla giurisprudenza della CGUE sui poteri speciali nazionali¹¹⁹. Il vaglio giudiziale non potrà quindi esimersi dal valutare le misure sotto il profilo di proporzionalità. Al fine di porre le basi di una concreta tutela dell'impresa anche sotto il profilo processuale, può risultare utile lo studio dei limiti delle prescrizioni imposte con l'esercizio dei poteri speciali, e quindi i limiti interni ed esterni ricavabili dalla normativa e dall'ordinamento.

Ulteriore elemento di criticità, di natura eventuale, è legato all'oggetto dell'istruttoria. La natura strategica, anche sul piano geopolitico, dei valori da tutelare e delle decisioni da assumere, rende centrale il ruolo dei servizi informativi nell'ambito del procedimento istruttorio¹²⁰. Non può escludersi che, in alcuni casi, molte informazioni e valutazioni, specie se riguardanti l'affidabilità di fondi sovrani esteri, siano esse stesse idonee a pregiudicare gli interessi strategici nazionali se divulgate. Ma negare l'ostensione, quantomeno in giudizio, delle informazioni sulla base delle quali l'amministrazione si è determinata pregiudicherebbe la difesa dell'impresa notificante. Ad oggi, l'art. 9 del D.P.R. 35/2014 e l'art. 9 del D.P.R. 86/2014, nell'escludere l'applicazione dell'art. 24 della legge 241/1990, fanno comunque salvo l'accesso motivato da esigenze difensive. Ancora una volta la disciplina *golden power* deve orientarsi in un contesto di interessi attentamente tutelati dall'ordinamento ma contrapposti nella loro applicazione entro il contesto dei poteri speciali.

6. Conclusioni.

La funzione di presidio securitario colloca la *golden power* in una posizione

¹¹⁹ CGUE, sentenza 4 giugno 2002, C-503/99, caso *Société nationale de transport par canalisation e Distrigaz*, par. 24 e 51. Cfr. anche H. FLEISCHER, *Judgments of the Full Court of 4 June 2002*, in *Common Market Law Review*, citato in G. SCARCHILLO, *op. cit.*

¹²⁰ Sul ruolo dei servizi di informazione nel procedimento *golden power*, A. PANSA, *op. cit.*

peculiare del nostro ordinamento, richiedendo all'interprete uno sforzo ermeneutico di composizione dei caratteri autoritativi del potere esercitato dall'amministrazione entro i limiti e garanzie propri del diritto amministrativo, volti alla tutela sia dell'interesse legittimo che degli interessi pubblici perseguiti dall'azione pubblica. La delimitazione di limiti interni ed esterni al potere amministrativo speciale, pur nel silenzio della normativa, si inserisce in questa operazione ermeneutica, concorrendo ad individuare i contorni dei poteri speciali nella loro specificità.

Cionondimeno, l'indagine sulla *ratio* della *golden power* permette di ricostruire il rapporto tra Stato e mercato sotteso alla normativa sui poteri speciali secondo caratteri che non presentano elementi di novità rispetto al paradigma dello Stato regolatore. L'analisi dell'istituto strutturata nei paragrafi precedenti permette di chiarire che il ruolo economico e strategico dello Stato non è mutato, ma si è invece dotato di uno strumento aggiuntivo, pur nella peculiarità di intervento di regolazione *ad hoc* ed *ex post*.

La sfida a cui oggi è chiamata la *golden power* per potersi inserire stabilmente nell'ordinamento quale potere amministrativo che informa il rapporto tra Stato e società, al di là delle vicende geopolitiche ed emergenziali che ne hanno favorito il rafforzamento, è quella di coniugare la propria *ratio* con meccanismi applicativi e strumenti esecutivi che siano coerenti con la sua collocazione nell'ordinamento.

In questo senso, il già sottolineato contrasto tra eccezionalità dell'esercizio dei poteri ed ordinarietà dell'obbligo di sospensione dell'operazione economica sembra richiedere una composizione nello sforzo di costruzione di un sistema di vigilanza passiva che garantisca la tempestività dell'intervento pur senza pregiudicare gli interessi pubblici tutelati, ovvero la sospensione dell'operazione ove sia richiesto dalle specificità della stessa. Il tema è collegato ad una più generale considerazione sulla normativa *golden power*, che, nel suo percorso di progressiva espansione, fatica a mantenere quella uniformità di poteri e, sostanzialmente, di fattispecie applicative che caratterizzano il D.L. 21/2012 – sia nei rapporti tra art. 1 e 2 che all'interno dei variegati settori di cui all'art. 2. Sembra invece che l'ampliamento della *golden power* a settori così diversi ed eterogenei debba accompagnarsi ad una strutturazione dei poteri speciali e dei relativi meccanismi applicativi rivolta a mantenere una coerenza – non con la normativa nel suo complesso, assicurata invece da una comune *ratio* e da comuni principi che informano la peculiarità del potere, ma piuttosto – con il settore e gli *asset* rispetto a cui la normativa trova applicazione nel caso specifico. Risulta, in altre parole, difficile immaginare che i poteri speciali possano declinarsi in modo simile rispetto al settore della difesa, da una parte, e settori come la sicurezza alimentare, dall'altra.

Se, da un lato, le riforme volte al rafforzamento dei poteri speciali non possono prescindere dalla consapevolezza della *ratio* dell'istituto e della sua collocazione nell'ordinamento, dall'altro non può però negarsi che la normativa *golden power* sia connaturata da valutazioni strategiche e geopolitiche, le quali non possono che influenzarne le prospettive di riforma. In tal senso, la possibi-

lità di introdurre anche nella normativa italiana un sistema fondato su *white list* e *black list* sul modello statunitense al fine di valutare l'affidabilità delle imprese¹²¹ potrebbe certo garantire una maggiore proporzionalità ed economicità dell'azione amministrativa e del meccanismo dei poteri speciali nel suo complesso, ma un tale vincolo alla valutazione dell'amministrazione dipende strettamente da considerazioni politiche sull'opportunità strategica di una tale categorizzazione dei Paesi con cui l'Italia intrattiene relazioni diplomatiche. Le stesse considerazioni non possono invece valere per quanto riguarda la questione dei "nemici sbagliati", e cioè dell'applicazione della normativa *golden power* ai paesi dell'Unione Europea¹²². Non può ignorarsi come questo tema, sottolineato dalla recente novella emergenziale¹²³, sia strettamente legato al crescente scetticismo verso l'integrazione europea, fenomeno che, come noto, sta investendo gran parte dell'Europa e non ha risparmiato l'Italia. Il rilievo delle valutazioni strategiche e geopolitiche non può però esimere l'interprete dal vagliare questo profilo alla luce del diritto europeo, e quindi delle libertà economiche assicurate dai Trattati europei¹²⁴.

In altre parole, e come anticipato in apertura del presente contributo, i poteri speciali non sembrano costituire poteri *extra ordinem*, potendosi invece identificare la collocazione all'interno dell'ordinamento e dei principi che lo informano. Sicché, l'interprete non può, in ragione del richiamo della normativa ad interessi strategici ed essenziali, esimersi dal ricostruire la normativa attraverso le categorie del diritto pubblico ed i connessi limiti e garanzie, dovendo invece assegnare a queste valutazioni altamente discrezionali il ruolo che effettivamente l'ordinamento e la Costituzione gli riconoscono, per concorrere a costruire un presidio securitario di stabile e certa applicazione.

¹²¹ Cfr. P. MESSA, *op. cit.*, p. 151; M. MASSELLA DUCCI TERI, *op. cit.*, p. 163.

¹²² M. PANUCCI, *op. cit.*, p. 126. Cfr. anche P. MESSA, *op. cit.*, p. 150.

¹²³ Artt. 15 e 16 del D.L. 23/2020.

¹²⁴ Cfr. M. MASSELLA DUCCI TERI, *op. cit.*, p. 159.