UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BARI ALDO MORO

I BATTELLI DEL RENO

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

(www.ibattellidelreno.uniba.it – www.ibattellidelreno.it)

Direzione

Gianvito Giannelli, Ugo Patroni Griffi, Antonio Felice Uricchio, Andrea Patroni Griffi

Comitato scientifico

Sabino Fortunato **(coordinatore)** - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione, Annamaria Dentamaro, Attilio Altieri, Giulia Lasalvia

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau, Davide De Filippis

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

ISSN 2282-2461 I BATTELLI DEL RENO [ON LINE]

Direzione
Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

ISSN 2282-2461 I BATTELLI DEL RENO [ON LINE]

Leonardo Presutti

IL GOLDEN POWER TRA ECCEZIONE E NORMALITÀ: ANALISI ISTITUZIONALE E COMPARATA DI UNO STRUMENTO STRATEGICO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un quadro sintetico della disciplina italiana: gli assetti istituzionali. – 3. segue: Il procedimento (amministrativo) di esercizio. – 4. La collaborazione con le autorità amministrative di settore. – 5. La tutela in sede giurisdizionale. – 6. Spunti dall'analisi comparatistica in tema di Foreign Direct Investment Screening. – 6.1. Regno Unito. – 6.2. Francia. – 6.3. Germania. – 6.4. Cina. – 6.5. Federazione Russa. – 6.6. Stati Uniti d'America. – 7. Un ente terzo per il golden power. – 8. segue: I vantaggi sul piano della tutela dei diritti degli interessati. – 9. Profili istituzionali. – 10. Conclusioni.

1. Introduzione. Il golden power[1], nato nel 2012 in sostituzione della previgente disciplina della golden share[2], fu originariamente inteso dal legislatore quale strumento eccezionale per

[1] Senza alcuna pretesa di completezza, si vedano i seguenti riferimenti dottrinali: R. BALDWIN, V. DI NINO, l. FONTAGNÉ, R.A. DE SANTIS, D. TAGLIONI, *Study on the Impact of the Euro on Trade and Foreign Direct Investment*, European Commission – Economic Papers 321, 2008, 1-141; F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. soc.* 2008, 747-787; M. LAMANDINI *Temi e problemi in materia di contendibilità del controllo, fondi sovrani e investimenti diretti stranieri nei settori strategici tra libera circolazione dei capitali e interesse nazionale*, in *RDS* 2012, 491-515; L. ARDIZZONE, M.L. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità: il paradosso del socio senza azioni*, intervento al IV Convegno Orizzonti del diritto commerciale, 2013, 1-19; F. GASPARI, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici – La nuova golden share tra diritto interno, comunitario e comparato*, Giappichelli, Torino, 2015, 1-106; G. ALPA, *Golden Power e tutela della sicurezza nazionale*, in *Riv. dir. pubbl.* 2019, 599-706; V. DONATIVI, *Golden Powers – Profili di diritto societario*, Giappichelli, Torino, 2019, 1-244; M. LIBERTINI, *Golden Power e concorrenza: il difficile equilibrio tra tutela degli interessi nazionali e mercato*, in *Mercato Concorrenza Regole* 2019, 1-23; G. NAPOLITANO, *Foreign Direct Investment Screening, Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Il Mulino, 2019, 1-194; G. PITRUZZELLA, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, in Federalismi.it, 2019, 1-20; A. TRISCORNIA, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Riv. soc.* 2019, 733-794; A. ARESU, *Golden power e nuovo Iri. Come proteggere l'Italia*, in *Limes*, n. 4, 2020, 296 ss.; M. CARPAGNANO, M. BIANCHI, A. PEZZOLI, R. SOMMELLA, *Il nuovo Golden Power alla prova del mercato*, Webinar Osservatorio Golden Power, 2020; L. LIVADIOTTI, *Intelligence economica e nuovo Golden Power: il caso MolMed*, Analytica for Intelligence and Security Studies, 2020, 8-17; M.C. NEVOLA, *Golden Power e controllo degli investimenti esteri: procedimenti decisionali, natura dei poteri, casi aziendali e meccanismi di intervento*, Edizioni Accademiche Italiane, s.l., 2020, 1-127; R. SAMBUCO, *L'interventismo statale in economia? Va ricondotto a una logica europea*, Il Sole 24 Ore, 2021, 1 ss; R.L. BRUNO, N. FERREIRA CAMPOS, S. ESTRIN, *The Effect on Foreign Direct Investment of Membership in the European Union*, in *journal of Common Market Studies*, 2021, 1-20; G. PITRUZZELLA, *La sicurezza nazionale e il mercato interno: il regime italiano del Golden Power tra diritto dell'Unione e diritto nazionale*, in *Diritto dell'Unione Europea* 2021, 369-397; L. VITALI, *Sentenza Vivendi-TIM: la riforma del CDS tra implied powers e garanzie di partecipazione*, Lab-IP – Laboratorio per l'Innovazione Pubblica, 2021, 1 ss; E. XUEREF-POVIAC, *Foreign Direct Investment: An overview of the EU and national case law*, e-Competitions Special Issue, Concurrences, 2021, 1-7; R. ZOU, L. ZHOU, L. XU, C. SHAO, *China adopts new rules on national security review of foreign investments*, in Hogal Lovells.com, 2021, 1 ss; L. BONUCCI, *Intelligence economica come questione di sicurezza nazionale*, n.d., Documento di studio, 2022, 1-15; F. CALVINO, S. DE SANTIS, I. DESNOYERS-JAMES, S. FORMAI, I. GORETTI, S. LOMBARDI, F. MANARESI, G. PERANI, *Closing the italian digital gap - the role of skills, intangibles and policies. OECD science, technology and industry policy papers*, 2022, 1-138; R. CHIEPPA *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n.21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n.51,* in Federalismi.it, 2022, 1-14; M. FARNESE, *Primi orientamenti giurisprudenziali sul golden power: la difficile ricerca di un punto di equilibrio tra prerogative governative e garanzie delle imprese*, in Lab-IP, Laboratorio per l'Innovazione Pubblica, 2022; R. GAROFOLI, *Golden power: mercato e protezione degli interessi nazionali*, in Federalismi.it, 2022, 1 ss; L. PICOTTI, *Il controllo dei porti: investimenti esteri e tutela dei settori strategici*, Osservatorio Golden Power, 2022, 1 ss; R. ARCANO, G. GALLI, I. MAROCIA, G. TURATI, *Il golden power e i rischi per il funzionamento dei mercati*, Osservatorio Conti Pubblici Italiani, 2023, 1-10; L. BELVISO, *Golden Power – Profili di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2023, 1-194; A. CHIANESE, *L'intervento pubblico nell'economia con particolare riguardo al golden power*, in *De Iustitia* 2023, 1-20; R. CHIEPPA, C.D. PIRO, R. TUCCILLO, *Golden Power*, La Tribuna, Piacenza, 2023, 1-432; C. GENGARO, *Stato e Mercato – Dalla golden share al golden power*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 1-280; A. ILAQUA, *L'ascesa dei golden powers. Dallo Stato imprenditore allo Stato protettore,* in Il diritto dell'economia, 2023, 429-452; L. PICOTTI, *È più importante la lex societatis o la nazionalità del controllo?*, Osservatorio Golden Power,

salvaguardare, in determinati settori critici, la sicurezza economica nazionale[3]. Tuttavia, la disciplina ha conosciuto una sempre maggiore estensione applicativa, dovuta al progressivo ampliamento dei settori rientranti all'interno del perimetro di sicurezza[4] e al conseguente aumento esponenziale del numero di notifiche di operazioni rilevanti[5]. Il ritmo attuale è di più di due pratiche al giorno, indice di un più denso contesto di «*sorveglianza e controllo continuativi*»[6]; da strumento eccezionale, i poteri speciali hanno conosciuto una formidabile evoluzione, divenendo di fatto uno strumento ordinario a disposizione dell'esecutivo. Tale utilizzo dei poteri speciali solleva «*un rischio non indifferente*», potendo infatti «*sfociare in un'eccessiva discrezionalità da parte del potere politico fino ad assumere connotazioni sostanzialmente protezionistiche*[7]», fatto che rischia di compromettere la capacità dell'Italia di attrarre capitali stranieri. Dal lato delle imprese, poi, tale prassi introduce de facto un regime di controllo pubblico costante, il quale condiziona grandemente le operazioni dirette a realizzare strategie industriali e finanziarie. Emblematico, a tal riguardo, è il recente caso UniCredit-Banco BPM: nell'ambito di un'offerta pubblica di acquisto in campo bancario, il governo ha esercitato il golden power imponendo rigide condizioni operative, potenzialmente tali da compromettere l'iniziativa,

2023, 1 ss; L. PICOTTI, *La legge del più forte – Il diritto come strumento di competizione tra Stati*, LUISS University Press, Roma, 2023, 1-42; P. ABBATIELLO, *Golden power: cosa resta ai privati?*, in Dir. amm. 2024, 1-19; G. CANZIAN, E. CRIVELLARO, T. DUSO, A.R. FERRARA, A. SASSO, S. VERZILLO, *Study on the effectiveness of COVID-Aid on firms*, European Commission, 2024, 1-78; S. CASSESE, *Il controllo degli investimenti esteri*, intervento al convegno Golden Power tra diritto, mercato e politica industriale, Milano, 8 novembre 2024, consultabile al link https://archiviostorico.mediobanca.com/wp-content/uploads/2025/01/Intervento-Sabino-Cassese_Golden-Power.pdf, 1-6; M. DRAGHI, *The future of European competitiveness, Part A (A competitiveness strategy for Europe) and Part B (In-depth analysis and recommendations)*, settembre 2024, 1-70; H.A. MADATALI, L. TORLAI, *Revision of the EU Foreign Direct Investment Screening Regulation*, EPRS – European Parliamentary Research Service, 2024, 1-12; F. MARCONI, *Foreign Direct Investment and National Security: Perspectives from the EU and the US*, IAI Papers 24|14, Istituto affari Internazionali, 2024, 1-28; L. PICOTTI, *Golden power, cosa dicono le prime sentenze*, in Formiche.net, 2024, 1 ss; A. PERICU, *L'evoluzione dei «poteri speciali» nell'esperienza italiana e nella prospettiva europea*, in Banca Impresa Società, 2024, 369-414.; F. SPORTA CAPUTI, *Stato, Imprese, Mercati in un mondo alla ricerca di nuovi equilibri*, XVI convegno annuale dell'associazione italiana professori universitari di diritto commerciale *«orizzonti di diritto commerciale»,* Roma, 21-22 febbraio 2025, 1-40.

[2] Tramite il decreto legge 15 marzo 2012, n.21.

[3] Come evidenziato da L. LIVADIOTTI, op. cit., 8, «*il golden power può essere considerato la principale manifestazione dell'"Io" di uno Stato*».

[4] Inizialmente i settori rientranti erano esclusivamente la difesa, la sicurezza nazionale, l'energia, i trasporti e le comunicazioni. Nel corso dell'ultimo decennio, interventi normative e prassi applicative hanno esteso tali settori, arrivando ad includere il 5G, il cloud computing, ogni tecnologia caratterizzata da alta rilevanza economica ed infine i settori agroalimentare e bancario.

[5] Per la precisione, 8 nel 2014, 18 nel 2015, 14 nel 2016, 30 nel 2017, 46 nel 2018, 83 nel 2019, 342 nel 2020, 496 nel 2021, 651 nel 2022, 727 nel 2023, e ben 900 nel 2024, per un incremento totale del 8987%. Dati ufficiali estrapolati dalle relazioni annuali che il governo è tenuto a presentare alle Camere. Sull'incremento del numero di notifiche e sulle relative conseguenze, si veda R. GAROFOLI, op. cit., 5.

[6] Secondo F. BASSAN, *Ora un'autorità nazionale per il Golden power* , in Formiche.net, 2022, infatti, «*quella che è nata come una procedura di notifica di operazioni potenzialmente critiche, in un sistema di vigilanza e controllo continuativo e costante sull'operato delle imprese*».

[7] R. ARCANO, G. GALLI, I. MAROCCIA, G. TURATI, op. cit., 2.

difatti poi abbandonata[8]. Sebbene alcune di esse siano state successivamente annullate dal giudice amministrativo[9], la vicenda si pone nel solco della ormai consolidata prassi governativa[10] di avvalersi incisivamente dei poteri speciali nei settori ai quali tale disciplina è stata solo di recente estesa (nel caso citato, il settore bancario).

In un contesto dove la «*geopolitica della protezione*»[11] assume una crescente rilevanza, si rivela utile un'analisi comparata con gli ordinamenti dei maggiori partner economici dello Stato italiano, al fine di esporre le diverse soluzioni adottate nella governance dei poteri speciali sugli investimenti esteri e di poter valutare la bontà della disciplina domestica. Giova preliminarmente evidenziare come ogni sistema considerato sia diverso da tutti gli altri. Se in Francia, ad esempio, l'autorizzazione agli investimenti esteri in settori sensibili è demandata al ministero dell'economia, negli Stati Uniti la materia è invece gestita dal Committee on Foreign Investment in the US (CFIUS), organismo inter-agenzie con funzioni istruttorie e consultive, le cui raccomandazioni guidano poi le decisioni finali da parte del presidente stesso. Una certa omogeneità delle singole normative statali non è riscontrabile nemmeno in campo comunitario: se da un lato esiste infatti una disciplina europea sul controllo degli investimenti esteri diretti[12], dall'altro è la normativa stessa, all'interno del considerando 8, a garantire che ogni Stato membro sia libero di gestire la materia alla luce del solo diritto interno[13]. Il contrasto strutturale che la norma comunitaria ammette è, per lo Stato italiano, aggravato dall'ordinarietà che l'esercizio dei poteri speciali ha assunto, in particolar modo per quanto riguarda le concentrazioni[14]. Tale contrasto è recentemente divenuto di interesse pubblico nel già ricordato caso Unicredit-Banco BPM in quanto la

[8] La vicenda è salita alla ribalta a novembre dello scorso anno. A seguito dell'offerta pubblica di scambio (OPS) lanciata da Unicredit nei confronti di Banco BPM, il governo italiano è intervenuto imponendo rigide condizioni per il completamento dell'operazione.

[9] Il TAR del Lazio, con sentenza della IV Sezione n.13748 del 12 luglio 2025, ha accolto parzialmente il ricorso di UniCredit contro le condizioni imposte dal governo italiano nell'ambito dell'OPS su Banco BPM: il giudice amministrativo ha infatti annullato due delle quattro prescrizioni imposte dal governo, confermando le rimanenti. In particolare, sono stati annullati, anche in considerazione della durata eccessiva della restrizione alla libertà di iniziativa economica, il vincolo a mantenere per 5 anni un certo rapporto tra prestiti concessi e depositi raccolti (ritenuto troppo rigido e non giustificato) e l'obbligo di non dismettere il portafoglio di project finance (in quanto non sussistono motivi di sicurezza nazionale). Invece, il TAR ha confermato l'obbligo di cessare determinate attività in Russia entro il 2026 e il vincolo a mantenere l'investimento in Anima Holding (società che gestisce i risparmi di milioni di italiani).

[10] Singolare e significativa è l'estensione dei poteri speciali al settore agroalimentare, avvenuto per la prima volta nel 2022 nel caso Syngenta-Verisem Seeds e di nuovo nel 2025 nella controversia Cotecna-Suolo e Salute. Il governo, nel voler tutelare la sovranità alimentare e la qualità dei prodotti italiani, ha di fatto creato il concetto di food security. Il fatto che il settore agroalimentare sia oggi rientrante a pieno titolo all'interno del perimetro trova conferma nella sentenza del TAR Lazio 4488 del 2022, dove è stata riconosciuta la legittimità dell'esercizio del golden power in tale campo.

[11] A. ARESU, op. cit., 296.

[12] Regolamento (UE) 2019/452, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione.

[13] Secondo il considerando 8, infatti, «*spetta esclusivamente allo Stato membro interessato decidere se istituire un meccanismo di controllo o se controllare un investimento estero diretto determinato*».

[14] Le concentrazioni sono disciplinate dal regolamento (UE) 139/2004. In particolare assume qui rilievo l'art. 21, il quale sancisce che «*Gli Stati membri non applicano la loro normativa nazionale sulla concorrenza alle concentrazioni di dimensione comunitaria*».

commissione europea, sulla scorta dell'art. 21 del regolamento UE 139/2004 e discostandosi da quanto sancito nel giudizio sul ricorso promosso presso il giudice amministrativo italiano[15], ha inviato una lettera[16] al governo italiano nella quale censura il decreto di esercizio. La dialettica tra Roma e Bruxelles è la seguente: la commissione UE[17] ritiene che non sussistano, nell'operazione in oggetto, rischi concreti per la sicurezza nazionale; al contrario, reputa applicabile il citato art. 21 del Reg. 139/2004, asserendo che la concentrazione che si sarebbe formata tra Unicredit e Banco BPM sarebbe rilevante per l'Unione, e che la sua valutazione è di esclusiva competenza comunitaria[18]. Risulta quindi evidente come la disciplina italiana (così come quella di alcuni altri paesi europei, come si avrà modo di constatare al successivo paragrafo 6) determini una frizione con le norme comunitarie.

Come si dirà in sede di conclusioni, la parabola evolutiva del golden power (da strumento emergenziale a componente stabile della regolazione economica) sollecita una riflessione sul possibile riordino del suo assetto istituzionale. L'esperienza maturata impone infatti la necessità di garantire, nell'esercizio dei poteri speciali, imparzialità, continuità tecnica e coerenza applicativa, favorendo certezza del diritto e scongiurando valutazioni strettamente legate alla convenienza politica. In quest'ottica si profila così l'opportunità di istituire un'Agenzia dedicata con la competenza di valutare le notifiche, di gestire l'istruttoria e di garantire trasparenza e continuità applicativa. Non solo: siffatta Agenzia fungerebbe altresì da forum per il dialogo tra le imprese ed il governo, in modo tale da favorire le complesse decisioni strategiche aziendali le quali oggi, affinché possa essere verificata la loro legittimità, devono necessariamente essere notificate. In ultima analisi, l'evoluzione in chiave ordinaria del golden power richiede che il suo esercizio sia governato in modo tale che risulti prevedibile, trasparente e costante nel tempo, obiettivo che può essere perseguito affidando l'istruttoria ad un ente terzo, permanente e di alta qualificazione tecnica, scevro da qualsivoglia pericolo di strumentalizzazione.

2. Un quadro sintetico della disciplina italiana: gli assetti istituzionali. Il decreto legge 21/2012 individua nel governo il titolare del golden power. Per la verità, il citato decreto non identifica in modo analitico come e da chi debba, in concreto, essere curata l'istruttoria e la fase di esercizio dei

[15] Come si è accennato, il TAR Lazio abbia accolto solo parzialmente il ricorso di Unicredit, ritenendo invece legittime due delle quattro prescrizioni imposte dal governo con il provvedimento di esercizio (d.p.c.m. 18 aprile 2025). La commissione, invece, ha ritenuto illegittimo il comportamento di Roma, statuendo come abbia violato il citato art. 21 del reg. 139/2004.

[16] Lettera che, ai sensi degli artt. 258 e 259 TFUE rappresenta il primo atto del procedimento c.d. di infrazione. A tale lettera l'Italia ha fornito risposta entro il prescritto termine di 30 giorni, ma nel caso in cui non dovesse essere ritenuta soddisfacente la commissione potrebbe promuovere ricorso per infrazione dinanzi alla corte di Giustizia UE.

[17] Attraverso la DGCOMP – Direzione Generale della Concorrenza.

[18] Esistono altre due motivazioni che hanno indotto la commissione ad inviare la lettera di contestazione al governo italiano. La prima risiede nel fatto che l'Italia avrebbe dovuto notificare preventivamente il decreto (o comunque il suo contenuto) alla commissione, astenendosi dall'imporre gli obblighi prima della sua approvazione. La seconda consiste nella contrarietà del comportamento del governo alle norme dell'Unione Europea sulla libera circolazione dei capitali, alla competenza esclusiva della BCE quale autorità di vigilanza prudenziale nonché alla legislazione sui servizi finanziari.

poteri speciali, sì che per lungo tempo tali responsabilità sono state assegnate, volta per volta, dai decreti di attuazione e di esercizio. Oggi, tuttavia, il d.p.c.m. 1° agosto 2022, n. 133 («*Regolamento recante disciplina delle attività di coordinamento della presidenza del consiglio dei ministri propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali di cui al decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, e successive modificazioni ed integrazioni, della prenotifica e misure di semplificazione dei procedimenti*»)[19] ha riordinato due importanti aspetti della disciplina e ne ha introdotto uno nuovo: sono stati integralmente disciplinati i soggetti titolari e il procedimento (amministrativo) di esercizio ed è stata introdotta la procedura della c.d. prenotifica (di cui si accenneranno soltanto i tratti essenziali). L'art. 2 del citato decreto[20] dispone quindi che: «*le attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali […] sono coordinate dal presidente del consiglio dei Ministri*». Vale la pena soffermarsi su due aspetti preliminari: il ruolo del premier e la tempistica. Anzitutto, appare quanto mai autoreferenziale la scelta di attribuire (rectius: auto-attribuirsi) non un ruolo centrale, ma il ruolo centrale al presidente del consiglio dei ministri tramite proprio decreto. Per quanto tale soggetto avesse già un ruolo preminente in materia, oggi è diventato il suo centro nevralgico (anche considerando quanto si dirà a breve del c.d. gruppo di coordinamento, di cui al successivo art. 3 del decreto in esame), dovendo infatti coordinare tutte le attività propedeutiche all'esercizio del golden power. Tale ruolo centrale assume rilevanza simbolica ulteriore se si guarda al secondo aspetto: le tempistiche. Emanato il 1° agosto 2022, esso è entrato in vigore il successivo 24 settembre, ovvero il giorno prima delle elezioni presidenziali. È difficile speculare sul perché di tale scelta, ma è ipotizzabile che un simile decreto (comportante, come detto, un significativo allargamento dei poteri del premier) avrebbe potuto tenere un basso profilo solo in un momento in cui l'attenzione del panorama politico fosse concentrata su altro.

Procedendo con l'analisi del d.p.c.m. 133/2022, il comma 2 dispone che è individuato, quale ufficio responsabile dell'attività di pertinenza del premier, il «*dipartimento per il coordinamento amministrativo della presidenza del consiglio dei ministri*». Ciò significa semplicemente che il gruppo di coordinamento (di cui al successivo art. 3) è retto da una struttura della presidenza del consiglio, che, ai sensi del successivo art. 4, «*assicura lo svolgimento delle attività interministeriali, dell'attività istruttoria nonché la raccolta, la custodia e la diffusione delle informazioni per l'esercizio dei poteri speciali e predispone la relazione annuale di cui all'art. 3-bis del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21*". Tale dipartimento, ai sensi del comma 3 dell'art. 2, dirige *"[…] gli uffici responsabili delle attività di competenza dei [Ministeri e dei dipartimenti competenti]*[21]».

L'art. 3 del d.p.c.m. 133/2022 istituisce formalmente il «*Gruppo di Coordinamento per l'esercizio del golden power*[22]», il quale è «*[…] presieduto dal segretario generale o dal vice segretario generale della presidenza del consiglio dei ministri delegato o da un designato del segretario generale e composto dai responsabili degli Uffici*

[19] Un'importante ed esaustiva rassegna delle più rilevanti novità introdotte dal d.p.c.m. 1 agosto 2022, n.133 è stata effettuata da R. GAROFOLI, op. cit., 7-13.
[20] Recante: «*Coordinamento delle attività per l'esercizio dei poteri speciali e individuazione degli uffici responsabili*».
[21] Tali ministeri e dipartimenti sono, ai sensi dell'articolo in esame, i "*Ministeri degli affari esteri e della cooperazione internazionale, della difesa, dell'economia e delle finanze, della giustizia, delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, dell'interno, delle politiche agricole, alimentari e forestali, della salute, dello sviluppo economico, della transizione ecologica, del Made in Italy, nonché dei Dipartimenti per l'informazione e l'editoria e per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale della presidenza del consiglio dei ministri*».
[22] R. GAROFOLI, op. cit., 7.

dei Ministeri di cui all'art. 2, commi 3 e 4 o da altri designati dai rispettivi Ministri interessati, nonché dai responsabili designati dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, che partecipa per gli ambiti di competenza. Sono nominati altresì componenti del medesimo Gruppo di coordinamento il Consigliere militare del presidente del consiglio dei ministri, il Consigliere diplomatico del presidente del consiglio dei ministri, il Capo del dipartimento per il coordinamento amministrativo, il Capo del dipartimento per le politiche europee, nonché il Capo del dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della presidenza del consiglio dei ministri. Per il presidente del Gruppo di coordinamento […]». Importante è la previsione contenuta successivamente, ovvero la facoltà, da parte del presidente del consiglio, di sostituire (la norma, chiaramente, non lo specifica in tali termini, ma è evidente come tale potere sia esercitabile in modo discrezionale) un componente del gruppo di coordinamento[23]. Fatto, questo, che sottolinea e rafforza ulteriormente il potere del premier in materia di golden power. Il gruppo di coordinamento, inoltre, si avvale del Centro di Valutazione e Certificazione Nazionale (CVCN) e delle articolazioni tecniche dei ministeri dell'interno e della difesa, per le valutazioni tecniche della documentazione relativa al piano annuale, e ai suoi eventuali aggiornamenti.

In sintesi, il primo (in ordine cronologico, non il più importante in termini assoluti) apparato a valutare l'avvio del procedimento per l'esercizio del golden power è il dipartimento per il coordinamento amministrativo per la presidenza del consiglio, responsabile dell'analisi iniziale di tutte le notifiche di operazioni rilevanti. Il decreto legge 21/2012 articola chiaramente questo ruolo, disponendo infatti che esso «*[…] dopo aver ricevuto una notifica di operazione rilevante, valuta se l'operazione stessa possa compromettere la sicurezza nazionale e, in base a tale valutazione, può decidere di avviare una procedura formale di indagine*». Successivamente interviene il presidente del consiglio dei ministri, il quale detiene il potere di decidere, in concreto, se esercitare o meno i poteri speciali (di concerto con gli altri attori poc'anzi esaminati e su proposta del ministro competente, di volta in volta individuato in base al settore interessato). Infine, una volta che si è presa la decisione di attivare il procedimento di esercizio, è istituito, presso la presidenza del consiglio il gruppo di coordinamento, forum per il dialogo e l'istruttoria, il quale ha il compito di assicurare un approccio organizzato e sinergico tra le varie autorità, nonché di garantire che i «*poteri speciali […] siano esercitati esclusivamente sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori*»[24].

3. segue: Il procedimento (amministrativo) di esercizio. Il procedimento di esercizio dei poteri speciali è disciplinato, per la gran parte, dai decreti del presidente del consiglio dei ministri e dai decreti del presidente della repubblica di attuazione[25]: il decreto legge 21/2012, infatti, rimanda a tali atti normativi secondari la definizione della procedura decisionale di dettaglio, limitandosi a trattarne l'inizio e le tempistiche. Inizialmente disciplinato dal d.p.r. 86/2014, il procedimento di

[23] Tale facoltà è espressamente confermata ed analizzata all'interno dell'opera di V. DONATIVI, op. cit., 122.
[24] Così il Consiglio di stato, Sezione IV, all'interno della sentenza 289/2023.
[25] Dispongono infatti gli artt. 1, 1-bis, 4 e 5 del d.l. 21/2012 che le procedure di concreta attuazione dei poteri speciali debbano essere disciplinati da norme di rango secondario, quali appunto decreti del presidente del consiglio e del presidente della repubblica.

esercizio è stato interamente rivisto dal d.p.c.m. 133/2022 (che ha quindi sostituito la disciplina previgente). Tutte le novità introdotte da tale decreto possono essere raggruppate sotto la stessa «filosofia di intervento»: la struttura[26]. Con ciò si intende sottolineare come fino al 2022 non esistessero gruppi, uffici e procedure «standing»: ogni volta che veniva ricevuta una notifica, infatti, il presidente del consiglio in persona avrebbe dovuto nominare un responsabile del procedimento (individuato nel ministro competente, o suo sostituto), il quale avrebbe in seguito dovuto istituire il gruppo istruttorio e decisionale, che di volta in volta aveva poteri e margini discrezionali diversi, in relazione a quanto contenuto all'interno dell'iniziale d.p.c.m. di nomina[27]. La riforma, attuata, come detto, dal d.p.c.m. 133/2022 (il quale ha subìto una forte influenza da parte del regolamento UE 2019/452) individua anzitutto nel dipartimento per il coordinamento amministrativo della presidenza del consiglio dei ministri[28] l'ufficio responsabile dell'attività di coordinamento per lo svolgimento delle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali. Il dipartimento, insieme agli uffici delegati dei ministeri[29], compone quello che si potrebbe definire «gruppo di coordinamento preventivo[30]», ovvero il collegio di tutti i possibili soggetti che possono astrattamente essere chiamati a costituire il gruppo di coordinamento vero e proprio (di cui all'art. 3 del d.p.c.m. 133/2022). Questo viene volta per volta istituito tramite decreto del presidente del consiglio in relazione al contenuto della notifica (e, quindi, alla tipologia di settore, all'area di intervento e al soggetto acquirente). Ai sensi dell'art. 3, primo comma, del d.p.c.m. 133/2022, il gruppo di coordinamento è presieduto dal segretario generale o dal vice segretario generale della presidenza del consiglio dei ministri delegato (o da un designato del segretario generale), ed è composto, oltre che dagli uffici delegati dei ministeri sopracitati, dai responsabili designati

[26] Tale statuizione è desumibile dall'opera di L. BELVISO, op. cit., 150-169.

[27] Il comma 2 dell'art. 2 del d.p.r. 86/2014 disponeva infatti che il presidente del consiglio dei Ministri, ricevuta la notifica da parte del soggetto obbligato, «*a) individua l'ufficio della presidenza del consiglio dei ministri, di livello almeno dirigenziale generale o equiparato, responsabile dell'attività di coordinamento […]; b) individua, […] l'ufficio di livello almeno dirigenziale generale o equiparato responsabile delle attività di competenza di ciascun ministero; c) istituisce un gruppo di coordinamento presieduto dal responsabile dell'ufficio di cui alla lettera a) […]; d) stabilisce adeguate modalità e procedure telematiche necessarie a garantire il tempestivo esercizio dei poteri speciali; […] g) stabilisce la tempistica e le modalità di raccordo tra i Ministeri interessati […]*».

[28] Organo istituito dall'art. 29 del d.p.c.m. 1 ottobre 2012 e le cui funzioni sono disciplinate dal d.s.g. 13 maggio 2022. Il Dipartimento per il coordinamento amministrativo è la struttura di supporto che opera nel settore dell'attuazione, in via amministrativa, delle politiche del governo. Esso effettua i necessari interventi di coordinamento, di indirizzo e di concertazione, nonché di monitoraggio ed esercita ogni altra attività attinente al coordinamento amministrativo demandata alla presidenza del consiglio dei Ministri. Il Dipartimento, infine, assicura le funzioni del rappresentante unico delle amministrazioni statali. Quanto all'organizzazione, si articola in tre uffici: l'ufficio per le attività di indirizzo politico–amministrativo, l'ufficio per la concertazione amministrativa e l'utilizzazione dell'otto per mille dell'IRPEF e l'ufficio per le attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali, la cooperazione europea, lo studio e l'analisi degli investimenti nei settori strategici.

[29] «*Il ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, della difesa, dell'economia e delle finanze, della giustizia, delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, dell'interno, delle politiche agricole, alimentari e forestali, della salute, dello sviluppo economico, della transizione ecologica, nonché dei dipartimenti per l'informazione e l'editoria e per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale della presidenza del consiglio dei Ministri*».

[30] Tale nomenclatura, ancorché non ufficiale, è idonea a descrivere il collegio in esame.

dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale[31], dal consigliere militare e dal consigliere diplomatico del presidente del consiglio dei ministri, dal capo del dipartimento per il coordinamento amministrativo, dal capo del dipartimento per le politiche europee, nonché dal capo del dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della presidenza del consiglio dei ministri. Quanto ai compiti del dipartimento per il coordinamento amministrativo, esso «*assicura lo svolgimento delle attività interministeriali, dell'attività istruttoria nonché la raccolta, la custodia e la diffusione delle informazioni per l'esercizio dei poteri speciali e predispone la relazione annuale*[32]». Un'ulteriore funzione, di rilevanza comunitaria, è rinvenibile all'interno del comma successivo: «*il dipartimento è [infatti] il punto di contatto designato per la cooperazione e lo scambio di informazioni a livello europeo*[33]», così come previsto dall'art. 11 del regolamento UE 2019/452.

Nonostante il decreto in esame non lo preveda espressamente, si ritiene che il procedimento di esercizio dei poteri speciali possa essere diviso in 5 macro-fasi: screening iniziale, consultazione e deliberazione del gruppo di coordinamento (i.e. l'istruttoria), adozione del provvedimento da parte del consiglio dei ministri, fase esecutiva e monitoraggio post-decisione (queste ultime due da intendersi, naturalmente, eventuali). La procedura è dettagliatamente disciplinata dall'art. 5, primo comma, lettere dalla a) alla i) del d.p.c.m. 133/2022: come detto, essa inizia con la notifica del soggetto obbligato (ai sensi del decreto legge 21/2012, artt. 1 e 2), esclusivamente in via telematica, al dipartimento per il coordinamento amministrativo della presidenza del consiglio dei ministri («*Con le medesime modalità la società acquisita trasmette eventuali memorie e documenti*»). Ricevuta la notifica, il dipartimento provvede a trasmetterla a tutti i membri del gruppo di coordinamento[34], affinché venga individuato il ministero responsabile dell'istruttoria e della proposta di esercizio[35], il quale

[31] L'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN) è stata istituita dal decreto legge n.82 del 14 giugno 2021, il quale ha ridefinito l'architettura nazionale di cybersicurezza, con l'obiettivo di rafforzare, modernizzare e valorizzare la sicurezza e la resilienza delle infrastrutture cibernetiche del Paese. L'ACN è quindi l'Autorità che cura gli interessi nazionali nel campo della cybersicurezza, e si occupa di prevenire e mitigare il maggior numero di attacchi cibernetici e di favorire il raggiungimento dell'autonomia tecnologica. Tra i principali compiti dell'Agenzia c'è l'attuazione della Strategia Nazionale di Cybersicurezza, adottata tramite vari d.p.c.m., che contengono gli obiettivi da perseguire nel futuro.
[32] Così il primo comma dell'art. 4, d.p.c.m. 133/2022.
[33] L. BELVISO, op. cit., 52.
[34] Si nota, quindi, che il ruolo del Dipartimento è meramente organizzativo: esso, infatti, convoca il gruppo di coordinamento, i cui membri sono coloro che detengono, invece, il potere decisorio (e, prima, istruttorio).
[35] Sono rilevanti, a tal fine, le relazioni annuali del senato della Repubblica (recanti: «*Relazione concernente l'attività svolta sulla base dei poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*»). A partire dall'anno 2014, in fatti, in tale documento il senato produce annualmente un resoconto di esercizio dei poteri speciali (riferito all'anno precedente). Come detto nei paragrafi precedenti, nel 2023 sono state soggette a screening 727 notifiche (di cui 150 prenotifiche). Ci sono numerosi dati rilevanti e che varrebbe la pena riportare ed esplicitare, ma ai fini del presente paragrafo se ne riportano solamente due: la ripartizione delle notifiche tra i vari ministeri e la percentuale di esercizio. Quanto al primo aspetto, per l'anno 2023 si conferma una netta predominanza, in quanto a competenza a conoscere le notifiche, del MIMIT – ministero per l'industria e il made in Italy – cui sono state affidate 211 notifiche su 727 (nel 2022 ne aveva invece conosciute 218 su 608 notifiche totali), seguito dal MEF – ministero dell'economia e delle finanze – (121) e dal ministero della salute (98). Quanto, invece, al secondo aspetto, il dato deve essere analizzato in modo binario: preliminarmente si deve infatti esplicitare quante delle notifiche ricevute siano state giudicate rientranti nell'area di applicabilità (astratta) della normativa. Il 57% delle notifiche è stato giudicato non rientrante; del

ha il compito preliminare di valutare «tempestivamente[36]» che l'operazione oggetto di notifica ricada all'interno del perimetro delineato dal d.l. 21/2012. Tale valutazione preliminare rappresenta la fase dello screening iniziale, dove viene stabilito se sull'operazione cui la notifica (o la prenotifica) fa riferimento possa (astrattamente) essere esercitato il golden power. Eseguita tale verifica, il gruppo di coordinamento, guidato dal presidente e dal ministro, o suo delegato, del ministero decretato competente a conoscere l'operazione, procede alla fase istruttoria, la quale ha due termini: uno breve, di 4 giorni, e uno lungo, che coincide con 15 giorni prima della data di conclusione obbligatoria del procedimento (45 giorni dalla notifica, salvo sospensioni). È evidente come tale duplice scadenza, anche se la norma non lo specifica, faccia riferimento alla diversa celerità che il procedimento deve assumere in relazione al settore in oggetto: se si è nell'ambito dell'art. 1 (difesa e sicurezza nazionale), è chiaro come sia preferibile che il gruppo di coordinamento rispetti la scadenza breve[37]. Viceversa, nel caso in cui si stia procedendo nell'ambito dell'art. 2 (energia, trasporti e comunicazioni), la consultazione con le parti in causa e la valutazione di ulteriori interessi oltre a quelli strategici nazionali (ad esempio, l'assicurazione del progresso tecnologico oppure degli approvvigionamenti) permette al gruppo di coordinamento di procedere rispettando la scadenza lunga[38]. In ogni caso, alla scadenza di uno dei due termini, il presidente trasmette le risultanze al dipartimento. I possibili esiti sono due: proposta di esercizio oppure di non esercizio. Nel primo caso, «*il dipartimento per il coordinamento amministrativo, ricevuta dal ministero competente la motivazione del decreto di esercizio dei poteri speciali, predispone lo schema di decreto per la deliberazione del consiglio dei ministri. Il decreto, ove adottato, è trasmesso, dal dipartimento per il coordinamento amministrativo, alle parti del procedimento, agli organi di controllo e, per estratto, alle competenti Commissioni parlamentari*». Nel secondo caso, invece, le lettere h) e i) del d.p.c.m. in esame dispongono che: «*Il ministero responsabile dell'istruttoria e della proposta trasmette, entro quattro giorni dalla riunione del gruppo e comunque almeno quindici giorni prima della scadenza del termine per la conclusione del procedimento, […], al dipartimento […], la motivazione della delibera di non esercizio dei poteri speciali, con eventuale previsione di raccomandazioni all'impresa. Entro un giorno dalla ricezione della proposta ciascun Ufficio […], trasmette le eventuali osservazioni al dipartimento […]*», il quale «*ricevuta la motivazione della delibera di non esercizio dei poteri speciali, […], procede a sottoporre la proposta di non esercizio alla deliberazione del consiglio dei ministri […]*». Il successivo art. 6, inoltre, introduce una procedura partecipativa nel caso in cui il gruppo di coordinamento decida il non esercizio: entro 5 giorni dalla notifica o dalla comunicazione con cui la società è informata di essere parte del procedimento (siamo, evidentemente, nel caso di

43% restante, a seguito dello screening iniziale da parte del ministero competente, solamente nel 10% dei casi si è ritenuto, al termine dell'istruttoria, di esercitare in concreto il golden power. In totale, alla fine dell'analisi, i poteri speciali sono stati utilizzati 33 volte, delle quali però 11 ai soli fini dell'approvazione del piano annuale, di cui all'art. 1-bis. Ciò significa che il «vero» golden power è stato esercitato solamente in 22 occasioni.

[36] La norma introduce un dato temporale generico, segno del fatto che la tempestività deve, in tale settore, essere valutata alla stregua dei dati e delle informazioni a disposizione: un'operazione complessa, quindi, sarà caratterizzata da un parametro di tempestività (evidentemente più esteso) rispetto ad una semplice.

[37] La diversa e più stringente esigenza di celerità (e, quindi, l'esistenza di un duplice termine) che la sicurezza nazionale esige è dettagliatamente esposta da V. DONATIVI, op. cit., 137-139.

[38] Si ritiene che tale duplice termine, sprovvisto di qualsivoglia altra indicazione, si giustifichi solo in relazione al settore oggetto di valutazione.

esercizio del potere di imposizione di condizioni oppure di opposizione all'acquisto, e cioè nel caso in cui la società target può non essere a conoscenza di essere un bersaglio), essa può chiedere che la questione sia in ogni caso rimessa alla valutazione del consiglio dei ministri. Tale facoltà è rapidamente spiegabile: una società (italiana) operante in un settore strategico potrebbe venire a conoscenza di un'OPA ostile (e quindi sgradita) da parte di un soggetto estero, giudicata tuttavia dal gruppo di coordinamento non rientrante nella disciplina del golden power. In tale caso la società può appunto chiedere che la questione sia esaminata direttamente dalla presidenza del consiglio, in modo da bloccare l'operazione ostile. Ogni soggetto pubblico componente il gruppo di coordinamento ha la stessa identica facoltà, esercitabile tuttavia entro 3 giorni. Esauriti questi due termini, la proposta di non esercizio viene trasmessa al dipartimento e, da questo, alla presidenza del consiglio, per la delibera. «*Il decreto, sia di esercizio che di non esercizio, è trasmesso, dal dipartimento per il coordinamento amministrativo, a tutte le parti del procedimento, agli organi di controllo e alle competenti Commissioni parlamentari*»[39]. Essendo il d.p.c.m. un decreto e, quindi, un atto amministrativo, le parti coinvolte possono impugnare la decisione entro 60 giorni dalla sua comunicazione tramite il sistema giudiziario amministrativo. A chiusura del sistema, di primaria importanza è l'ultimo periodo della lettera i), primo comma, dell'art. 5 del d.p.c.m. 133/2022: esso consente infatti al governo di discostarsi dalla proposta ricevuta dal gruppo di coordinamento, lasciando di fatto al presidente del consiglio l'ultima parola in merito all'esercizio, o al non esercizio, del golden power[40]. Appare evidente, a ben vedere, che si tratta «*di un'attività ad elevato tasso di discrezionalità*»[41].

Le attività di esecuzione e di monitoraggio post-decisione[42], le quali hanno inizio con la comunicazione del provvedimento di esercizio – o di non esercizio – alle parti interessate) sono tese a verificare l'osservanza delle prescrizioni e delle condizioni impartite con il provvedimento di esercizio e alla verifica dell'adozione di idonee misure attuative. Tali attività sono svolte da un apposito comitato (composto da uno o più rappresentanti della presidenza del consiglio dei ministri, del ministero dello sviluppo economico, del ministero della difesa, del ministero dell'interno, del ministero per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, nonché da rappresentante di ogni soggetto appartenente al gruppo di coordinamento), il quale può avvalersi anche del Centro di valutazione e certificazione nazionale (CVCN). Se il provvedimento di esercizio lo prevede, il soggetto passivo è tenuto a comunicare al dipartimento «*ogni attività esecutiva posta in essere, ivi inclusa la stipulazione dei contratti ad essa riferiti, fornendo ogni opportuno dettaglio tecnico*»[43]. La norma, inoltre, riconosce al comitato la possibilità di disporre ispezioni e verifiche tecniche tese

[39] L. BELVISO, op. cit., 165.
[40] Così dispone la norma citata: «*Il consiglio dei ministri, ove ritenga di accogliere la suddetta proposta, adotta la deliberazione di non esercizio dei poteri speciali, con eventuali raccomandazioni all'impresa*».
[41] A. ILACQUA, op. cit., 447.
[42] Tali attività non sono espressamente disciplinate da alcuna norma, se non dall'art. 1-bis del d.l. 21/2012. Esso, pur riferendosi al piano annuale (che le aziende rientranti nei settori del 5G, del cloud computing e in quelli ad alta densità tecnologica devono inviare annualmente alla presidenza del consiglio), si ritiene applicabile anche ai provvedimenti di esercizio (o di non esercizio).
[43] Così il comma 7 dell'art. 1-bis, decreto legge 21/2012.

ISSN 2282-2461 I BATTELLI DEL RENO [ON LINE]

a verificare non solo il rispetto delle disposizioni del decreto di esercizio, ma anche che non venga in alcun modo compromessa l'integrità e la sicurezza delle reti, dei dati e dei beni oggetto del provvedimento stesso. «*L'inosservanza delle prescrizioni o delle condizioni contenute nel provvedimento di approvazione ovvero qualsiasi altra circostanza idonea a incidere sul provvedimento approvativo è segnalata al gruppo di coordinamento per l'esercizio dei poteri speciali di cui al comma 6, il quale può proporre al consiglio dei ministri l'applicazione delle sanzioni previste*»[44].

4. La collaborazione con le autorità amministrative di settore. L'art. 2-bis del d.l. 21/2012 disciplina in modo rapido e, a parere di chi scrive, eccessivamente scarno, la collaborazione che determinate Autorità o altri enti pubblici devono prestare alla presidenza del consiglio in materia di golden power. La disposizione di gran lunga più rilevante è quella di cui al comma 1, il quale, a fronte di un primo generico obbligo di collaborazione, vieta tout court a specifici enti pubblici di opporre il segreto al gruppo di coordinamento, qualora questo effettui nei loro confronti richieste di informazioni o di esibizione di documenti[45]. Tali soggetti sono: «*la Banca d'Italia, la commissione nazionale per le società e la borsa, la commissione di vigilanza sui fondi pensione, l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni, l'Autorità di regolazione dei trasporti, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente*». Un intervento integrativo del legislatore sarebbe in tale caso auspicabile per due ragioni: la prima risiede nel fatto che non si comprende come mai solo tali enti pubblici non possano opporre il segreto. A bene vedere, è possibile che anche altre authorities possano, a vario titolo, detenere informazioni relative ad un'operazione rientrante all'interno della disciplina del golden power[46], ma queste, non essendo tipizzate, possono astrattamente opporre il segreto al gruppo di coordinamento. La seconda ragione è rinvenibile nel fatto che tali autorità svolgano, secondo il decreto, un ruolo meramente passivo: esse, infatti, non partecipano al procedimento di esercizio e non sono coinvolte a nessun titolo nella fase istruttoria (se non, appunto, al fine di fornire informazioni[47], se richieste). Di nuovo, tali soggetti pubblici potrebbero avere un ruolo importante all'interno del gruppo di coordinamento, fatto che dovrebbe indurre il legislatore a prevedere per essi un ruolo più attivo all'interno del procedimento di esercizio.

In verità, uno strumento di collaborazione con le Autorità di settore vi sarebbe già, grazie alla possibilità, prevista dal decreto legge 21/2012, che nell'ambito dell'istruttoria conseguente la notifica, il gruppo di coordinamento possa rivolgere richieste istruttorie a non meglio precisati

[44] Sanzioni previste all'interno degli artt. 1, 1-bis e 2 del d.l. 21/2012.
[45] Nonostante tale previsione, argomenta R. CHIEPPA op. cit., 25, che «*Il rapporto tra la disciplina golden power e altre discipline […] è configurabile non come prevalenza, ma in termini di binari paralleli che possono intrecciarsi, con esiti variabili*».
[46] Si pensi, ad esempio, all'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN).
[47] Tale ruolo è genericamente quello del «soggetto terzo» a cui avanzare richieste istruttorie nel caso in cui la notifica richieda approfondimenti ulteriori, ai sensi del quarto comma dell'art. 1: «*Qualora si renda necessario formulare richieste istruttorie a soggetti terzi, il predetto termine di quarantacinque giorni è sospeso, per una sola volta, fino al ricevimento delle informazioni richieste, che sono rese entro il termine di venti giorni*».

«soggetti terzi». Si legge, all'interno dell'art. 1, comma 5, dell'art. 1-bis, comma 3 e dell'art. 2, comma 4 che: «*[…] Qualora si renda necessario formulare richieste istruttorie a soggetti terzi, il predetto termine di quarantacinque giorni è sospeso, per una sola volta, fino al ricevimento delle informazioni richieste […]*»[48]. È bene segnalare fin da subito che non esiste dottrina, né giurisprudenza né tantomeno interpretazioni autentiche in merito a chi siano tali «soggetti terzi». È possibile tuttavia esaminare la prassi fin qui seguita in merito alla selezione di tali soggetti attraverso l'analisi dei procedimenti di esercizio. Ebbene, dall'analisi delle relazioni[49] al parlamento, si evince che, nella stragrande maggioranza dei casi (circa il 93%), tali soggetti terzi siano altre società che, anche se non notificanti, sono chiamate all'interno del procedimento perché a diverso titolo interessate[50]. Tuttavia, esiste una piccola percentuale di casi in cui il gruppo di coordinamento ha chiamato all'interno del procedimento di esercizio altri enti, pubblici e privati, diversi da società, al fine di ottenere dei pareri. Ci si riferisce in particolare ad alcuni casi emblematici: nel 2023, nell'ambito dell'acquisizione da parte di Maja Holdings LLC di una partecipazione nel capitale sociale di CIT S.r.l., il gruppo di coordinamento ha richiesto approfondimenti istruttori al CNR – Consiglio nazionale delle ricerche[51], in qualità di soggetto terzo (lo stesso CNR era già stato chiamato, nella medesima veste, in un procedimento del 2020); nel 2022, nell'ambito della riorganizzazione infragruppo del gruppo Atos Italia S.r.l. (consistente nel trasferimento di due rami d'azienda), è stato altresì convocato il Consorzio interuniversitario dell'Italia nord est per il calcolo automatico (CINECA[52]) di Bologna. Nel 2021 è invece la volta di una fondazione: nell'ambito dell'acquisizione, da parte di una società britannica, di NMS Group S.p.a., impresa che opera nella ricerca e sviluppo di composti farmaceutici antitumorali, è stata chiamata a fornire elementi informativi la Fondazione regionale per la ricerca biomedica[53]. Infine, quando nel 2020 la Thales S.p.A. ha notificato la volontà di trasferire negli

[48] Da notare come tale citazione sia presente all'interno dei predetti 3 articoli del decreto, fatto che sta a significare come l'intervento nel procedimento di soggetti terzi sia contemplato in tutti i settori rientranti nel perimetro dei poteri speciali.

[49] Ci si riferisce alle già citate relazioni del governo al parlamento «*concernenti l'attività svolta sulla base dei poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*».

[50] Ad esempio, una società terza può essere chiamata a fornire informazioni perché si ritiene che possa essere intaccata dalla decisione sull'esercizio dei poteri speciali, oppure perché si ritiene possa fornire elementi informativi utili alla decisione stessa.

[51] Il CNR è un Ente pubblico di ricerca nazionale con competenze multidisciplinari, vigilato dal ministero dell'università e della ricerca (MUR). Fondato nel 1923, ha il compito di realizzare progetti di ricerca scientifica nei principali settori della conoscenza e di applicarne i risultati per lo sviluppo del Paese, promuovendo l'innovazione, l'internazionalizzazione del «sistema ricerca" e favorendo la competitività del sistema industriale. Fonte: https://www.cnr.it/it/chi-siamo.

[52] Il CINECA è un consorzio interuniversitario italiano senza scopo di lucro, cui aderiscono 70 università italiane, due ministeri (il ministero dell'istruzione e del merito e il ministero dell'università e della ricerca), 46 istituzioni pubbliche nazionali (13 enti di ricerca, 9 aziende ospedaliere universitarie-IRRCS, 19 istituzioni AFAM, 5 agenzie e istituzioni). Giuridicamente, CINECA è un ente pubblico di diritto privato iscritto al registro delle pubbliche amministrazioni. Fonte: https://www.cineca.it/it/chi-siamo/cineca-oggi.

[53] La Fondazione regionale per la ricerca biomedica (FRRB) è un'istituzione di diritto privato costituita da Regione Lombardia nell'ottobre 2011 allo scopo di promuovere e valorizzare la ricerca scientifica nel settore delle scienze della vita, in particolare in ambito biomedico, in Lombardia. Fonte: https://www.frrb.it/it/chi-siamo.

Stati Uniti le attività relative alla tecnologia[54] del «Man Portable Tacan, Elta Antenna e Tacan 553», il soggetto terzo chiamato ad intervenire nell'istruttoria di esercizio dei poteri speciali è stato il dipartimento di Scienze e Tecnologie Aerospaziali del Politecnico di Milano.

Da tali esempi emerge come la locuzione «soggetto terzo» possa riferirsi ad un variegato ventaglio di soggetti, pubblici e privati, coinvolti a diverso titolo all'interno dell'operazione notificata. Singolare sembra il coinvolgimento del dipartimento di Scienze e Tecnologie Aerospaziali del Politecnico di Milano, chiaro esempio di come gli interessi relativi ai settori strategici non siano solo di natura economica e securitaria, ma abbraccino altresì altre aree sensibili (quale, appunto, la ricerca universitaria). Gli interventi qui riportati suggeriscono come il legislatore del decreto legge 21/2012 abbia (volutamente) usato una terminologia alquanto ampia per concedere la possibilità di coinvolgere determinati portatori di interessi nell'ambito dell'esercizio dei poteri speciali.

5. La tutela in sede giurisdizionale. Il contenzioso in materia di golden power è, ed è sempre stato, molto contenuto per due ordini di ragioni: la prima è il suo limitato utilizzo, la seconda è la difficoltà di vittoria. Quanto al primo aspetto, nonostante ci sia stato un incremento esponenziale, anno per anno, delle notifiche (e oggi anche di prenotifiche) ricevute dal governo, i casi di esercizio in concreto rimangono limitati[55]. Quanto, invece, al secondo aspetto, è evidente come in tali casi la «pubblica amministrazione" resistente non sia un ente pubblico qualsiasi, ma la stessa presidenza del consiglio. Lungi dall'essere questo un fattore che possa pregiudicare il diritto costituzionale di ricorso giurisdizionale (di cui all'art. 24 Cost.), è evidente come il processo decisionale contro cui ci si oppone sia pervaso, da un lato, dal più alto grado di discrezionalità tecnica amministrativa[56] e, dall'altro, dalla necessità di proteggere due diversi tipi di «segreto»: uno afferente alla sicurezza nazionale e uno alla riservatezza del know-how industriale e dei segreti commerciali delle aziende coinvolte.

Nonostante il contenzioso sia troppo ridotto per identificare un chiaro orientamento, un embrionale casistica è desumibile dalle decisioni finora emanate, fatto che rende quantomeno possibile tracciare alcuni confini. Anzitutto, a norma dell'art. 13 del codice del processo amministrativo, «*sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche*

[54] È un sistema portatile di radionavigazione tattica, basato su tecnologia TACAN (Tactical Air Navigation), dotato di antenna Elta (componente radiante responsabile della trasmissione e ricezione dei segnali). Serve a fornire rapidamente supporto di navigazione preciso a unità aeree militari in operazioni campali o mobili. Per maggiori informazioni: https://www.thalesgroup.com/en/navigation-aids-capabilities, e https://military.news/thales-wins-contract-to-supply-rf-and-microwave-antennas-for-aircraft-navigation/.

[55] A titolo esemplificativo, nell'anno 2023 ci sono state 727 notifiche (come già ricordato), cui hanno fatto seguito solamente 30 decreti di esercizio. È evidente come, per una casistica così limitata, non ci possa essere un contenzioso numericamente importante.

[56] Come osserva A. CHIANESE, op. cit., 17, «*L'atto di esercizio del golden power è un atto di alta amministrazione connotato da una significativa discrezionalità. […]. La circostanza che l'art. 133, comma 1, lettera z-quinquies del codice del processo amministrativo includa tra le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quelle relative all'esercizio dei poteri speciali, va nella direzione di confermare la natura amministrativa del relativo atto, in coerenza con la quale la giurisprudenza rileva la violazione di legge scaturente dalla mancanza di conformità dell'atto al paradigma normativo*».

amministrazioni è inderogabilmente competente il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione territoriale esse hanno sede». Inoltre, precisa il terzo comma che «*[…] è inderogabilmente competente, per gli atti statali, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma […]*». Tali precisazioni sono necessarie per identificare il giudice competente: il contenzioso in materia di golden power è azionato, come ogni processo amministrativo, dall'impugnazione di un atto tramite ricorso al TAR[57], e visto che l'atto in questione è il provvedimento di esercizio (ovvero il d.p.c.m. emanato dal governo, che ha sede a Roma), il tribunale competente potrà essere soltanto il TAR Lazio.

Quanto ai numeri del contenzioso, le relazioni annuali del governo al parlamento forniscono un quadro quanto mai chiaro, seppur, come detto, assai scarno. In prima battuta, è anzitutto da identificare il tipo di provvedimento astrattamente impugnabile. Sebbene le norme tacciano in toto sulle varie forme che esso possa assumere, la prassi governativa che si è formata dal 2012 ad oggi ha creato alcune figure, che si potrebbero ormai quasi definire tipiche. In primis troviamo i Decreti (d.p.c.m.) di esercizio (diversi a seconda del tipo di potere esercitato), e si deve ritenere che essi siano la forma normale del provvedimento astrattamente impugnabile (tramite ricorso avverso un atto amministrativo limitativo della sfera giuridica del soggetto interessato). Vi sono poi altre due forme di d.p.c.m.: di approvazione piano annuale 5G e di approvazione dello stesso con prescrizioni o condizioni (ai sensi dell'art. 1-bis, comma 2, d.l. 21/2012). Sebbene non ci sia ancora giurisprudenza in merito, si ritiene che essi, trattandosi di atti amministrativi, siano normalmente impugnabili. Successivamente troviamo poi alcune figure atipiche, che sono tuttavia rientrate nella prassi governativa: la delibera non esercizio, la delibera non esercizio con raccomandazioni, la delibera di «operazione esclusa» e la nota per la rinotifica. Valgono qui le stesse considerazioni avanzate poc'anzi: trattandosi di atti amministrativi, sono astrattamente impugnabili di fronte al TAR Lazio. Tuttavia, i principi amministrativi impongono che, oltre alla legittimazione ad agire, debba esserci anche un interesse. La sussistenza di questo, in tali ultimi casi, è difficilmente ipotizzabile, dal momento che si tratta di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del soggetto interessato[58] (o, quanto meno, autorizzativi). Si deve pervenire ad analoga conclusione nel caso in cui venga emanato un provvedimento di procedura semplificata per le operazioni infragruppo. Questa, a norma dell'art. 11 del d.p.c.m. 133/2022, è a tutti gli effetti una procedura autorizzativa di un'operazione societaria che, seppur rientrante nel perimetro del golden power, è tuttavia esclusa in quanto eseguita tra due imprese facenti parte dello stesso gruppo. Non esistono precedenti (di qualsivoglia natura) in merito alle ultime sorti che può subire la notifica: la revoca da parte della società e l'estinzione. Quanto al primo caso, non si ritiene vi siano strumenti amministrativi per porre rimedio a tale situazione, e pertanto il governo potrà solo attivare (qualora lo ritenga

[57] In realtà, come è noto, il ricorso al TAR non è l'unica via di ricorso amministrativo, così come l'impugnazione di un atto non è necessariamente l'unico comportamento ricorribile.

[58] Si ritiene, tuttavia, che sia ipotizzabile almeno un caso in cui l'interesse ad agire sussiste anche se si è in presenza di un provvedimento autorizzativo, come la delibera di non esercizio. Si ponga il caso in cui una società straniera lanci un'OPA ostile contro un'impresa italiana che opera in un settore strategico, che invii al governo la relativa notifica e che questo emetta delibera di non esercizio dei poteri speciali. In tale caso è evidente come la società bersaglio abbia interesse a ricorrere al TAR al fine di far annullare il provvedimento governativo e al fine di chiedere al giudice di ordinare all'esecutivo di emetterne uno favorevole al ricorrente.

necessario, ovviamente) la procedura di esercizio dei poteri speciali ex officio[59], ai sensi dell'art. 16, primo comma, decreto legge 23/2020. Nel secondo caso, invece, è certamente ipotizzabile un ricorso avverso al silenzio governativo (silenzio che è da intendersi assenso, e pertanto valgono le considerazioni anzidette in merito all'interesse ad agire).

In totale, dal 2012 ad oggi, i ricorsi al TAR Lazio avverso un provvedimento di esercizio del golden power sono stati solamente sette, dei quali due sono arrivati fino al Consiglio di stato. Quanto agli esiti dei ricorsi, se ne esamineranno a fondo tre (i due del Consiglio di stato e uno del TAR), ovvero quelli che hanno contribuito, tramite le motivazioni delle decisioni, a formare una embrionale giurisprudenza in merito all'esercizio dei poteri speciali[60], con particolare riguardo agli impatti di mercato sofferti dalle società coinvolte. La sentenza del TAR Lazio del 13 aprile 2022, n. 4484 risponde ad una domanda di primario rilievo, ovvero se, a seguito dell'esercizio dei poteri speciali e al conseguente abbandono dell'operazione da parte della società acquirente, la società *target* possa ricorrere per far annullare il provvedimento governativo, in modo da far rivivere l'offerta originale. La sentenza in oggetto riguarda, per l'appunto, la mancata acquisizione, da parte di Montanstahl S.p.A., del 70% del capitale sociale dell'italiana Siderval S.p.A.[61]: a seguito dell'imposizione, da parte del governo, di determinate prescrizioni, l'acquirente aveva ritirato l'offerta di acquisto, risolvendo altresì i contratti in essere. La sentenza del TAR, relativa all'impugnazione del provvedimento governativo da parte di Siderval, non lascia spazio ad interpretazioni: il giudice amministrativo ha infatti dichiarato inammissibile per carenza di interesse il ricorso proposto, sulla base del rilievo per cui il ricorrente non potrebbe trarre alcuna utilità dall'annullamento del decreto che, essendo riferito all'operazione notificata e successivamente abbandonata, non trova applicazione al di fuori di essa, né contiene vincoli o prescrizioni che possano prescindere dall'esito della stessa. Afferma quindi il TAR Lazio che l'interesse del ricorrente non riguarda la reintegrazione dell'offerta iniziale, ma ha un contenuto potenziale ed esplorativo perché riferito ad un'operazione futura ed eventuale[62].

Altra sentenza rilevante (arrivata, come detto, fino al Consiglio di stato) è la n. 4486 (insieme alla "gemella" 4488). Entrambe emanate dal TAR Lazio in data 13 aprile 2022, esse si differenziano perché, dapprima riunite, sono in seguito state divise in quanto un solo ricorrente (la società target)

[59] Recita l'art. 16, comma 1, d.l. 23/2020: «*Al decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, […], sono apportate le seguenti modifiche: a) all'art. 1, comma 8-bis, sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: Nei casi di violazione degli obblighi di notifica di cui al presente art., anche in assenza della notifica di cui ai commi 4 e 5, la presidenza del consiglio dei ministri può avviare il procedimento ai fini dell'eventuale esercizio dei poteri di cui al comma 1, lettere a), b) e c)*».

[60] Di seguito i quattro ricorsi che non verranno esaminati: 1) Telecom Italia (TIM) ha ricorso avverso il d.p.c.m. nel caso Vivendi: il ricorso non è stato accolto dal TAR, con sentenza 8472/2020; 2) Shenzhen Invenland Investment Holdings Co. Ltd. e LPE S.p.A. avevano presentato ricorso congiunto per chiedere l'annullamento di un d.p.c.m. di opposizione all'acquisto, ma il TAR, con decreto n.08745/2021 ha archiviato il caso per sopravvenuta carenza di interesse; 3) Di recente conclusione, con decreto 00400/2024 il TAR Lazio ha dichiarato la rinuncia al ricorso di SAFRAN S.p.A. avverso un d.p.c.m. di opposizione all'acquisto, 4) Marbles S.p.A. ha subìto, nel 2021, un d.p.c.m. di esercizio che imponeva specifiche condizioni per l'acquisto di Retelit S.p.A.: il procedimento presso il TAR è ancora in corso.

[61] Entrambe le società sono attive nel settore siderurgico.

[62] E, come è noto, l'interesse deve essere diretto, concreto e attuale perché si configuri come legittimo.

ha deciso di impugnarla di fronte al Consiglio di stato. Il caso riguardava il divieto posto dal governo ad un'operazione di acquisizione nel settore agroalimentare[63]. Nella decisione, il giudice ha contribuito a dare una definizione della natura del golden power, qualificando le relative decisioni come «*scelte di alta amministrazione, come tali sindacabili dal giudice amministrativo nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità delle decisioni assunte*». Sulla base di tale ricostruzione, il giudice evidenzia che l'unico motivo astrattamente invocabile per poter annullare un d.p.c.m. di esercizio dei poteri speciali è il manifesto contrasto della decisione della presidenza del consiglio con gli esiti dell'istruttoria svolta dal gruppo di coordinamento. Afferma il giudice amministrativo che la manifesta illogicità può rilevare unicamente nei casi macroscopici in cui il d.p.c.m. di esercizio affermi fatti smentiti dall'istruttoria o, al contrario, neghi fatti ivi riscontrati; e non anche quando si concreti in un diverso apprezzamento della strategicità dell'operazione e della idoneità delle misure a proteggere gli interessi nazionali in un dato settore. Questo perché l'ampiezza, la delicatezza e la politicità sostanziale delle valutazioni di cui è investito il governo non si prestano alla discussione «tra pari» con i soggetti interessati, soprattutto in ragione dei profili di riservatezza e segretezza connessi alle ragioni sottese alla decisione della presidenza del consiglio. Quindi, fermo restando il necessario rispetto del principio di proporzionalità, non occorre una motivazione rafforzata che giustifichi una decisione difforme dalle risultanze istruttorie elaborate dal gruppo di coordinamento nella proposta formulata alla presidenza del consiglio dei ministri[64]. Come detto, la sentenza 4486/2022 del TAR Lazio viene impugnata dalla società target davanti al consiglio di Stato, il quale conferma la decisione presa in primo grado ed afferma che il procedimento di esercizio del golden power è bifasico. La prima fase, istruttoria e di competenza del gruppo di coordinamento, ha il compito di acquisire tutti i fatti e di formulare un parere; mentre la seconda, decisoria, è appannaggio esclusivo del consiglio dei ministri, il massimo organo di direzione politica dello Stato. Questo ha, secondo la corte, un potere completamente discrezionale nell'inquadrare e qualificare l'operazione non solo in ambito economico e finanziario, ma anche nel contesto dei fini generali della politica nazionale, ponderandone gli impatti sia sull'assetto economico-produttivo del settore socioeconomico interessato, sia sulla più ampia struttura dell'economia nazionale, sia, infine, sul complessivo posizionamento politico-strategico del Paese nella comunità internazionale[65]. Dal punto di vista del mercato, tale sentenza è rilevante perché conferma un

[63] Si tratta dell'acquisizione, da parte della società svizzera Syngenta Crop Protection AG, dell'intero capitale sociale della società olandese Verisem B.V. e delle sue controllate, ivi incluse quelle con sede in Italia. Importante notare che la società acquirente è a sua volta controllata dalla multinazionale cinese ChemChina, costituente una State-Owned Enterprise (SOE) della Repubblica Popolare Cinese.

[64] Nel caso di specie, infatti, il gruppo di coordinamento aveva proposto il non esercizio dei poteri speciali con raccomandazione, mentre li consiglio dei ministri aveva successivamente deliberato li veto all'operazione.

[65] I passi più rilevanti della sentenza del Consiglio di stato 289/2023 sono all'interno dei paragrafi 13, 14.1, 14.3 e 16.1. in particolare, si riporta il seguente: «*La stessa valutazione di strategicità non costituisce un dato oggettivo e, per così dire, inconfutabile riveniente dalle caratteristiche dell'operazione in sé atomisticamente considerate, ma rappresenta la risultante di una ponderazione altamente discrezionale (se non apertamente politica), sì che ben può essere qualificata strategica e capace di determinare una situazione eccezionale non altrimenti fronteggiabile un'operazione che pure, di per sé, non presenti profili intrinseci macroscopicamente straordinari*».

orientamento ben chiaro e consolidato della politica italiana: l'enorme cautela esercitata quando il soggetto (anche indirettamente, come nel caso in esame) acquirente è di nazionalità cinese.

La penultima sentenza che ci si accinge ad esaminare riguarda il caso Vivendi-TIM: la società francese ha infatti proposto ricorso al TAR contro la comunicazione della presidenza del consiglio che affermava la mancata notifica (obbligatoria) riguardo ad operazioni già effettuate dalla stessa società nei confronti di *TIM*. In realtà, ciò che contestava Vivendi non era il contenuto dell'atto, ma la forma, asserendo infatti che solo a seguito dell'istruttoria del gruppo di coordinamento sarebbe possibile avere cognizione circa l'assoggettabilità o meno di un'operazione alla disciplina golden power. Il TAR Lazio, con sentenza n. 11508 del 6 settembre 2022, non accoglie il ricorso, e la questione arriva così al Consiglio di stato. Questo, nel confermare la sentenza di primo grado, si esprime sul carattere della notifica prevista dal decreto legge 21/2012, rilevando che essa è qualificabile come un «*atto del privato con finalità informative, strumentale e propedeutico all'eventuale esercizio dei poteri speciali. Trattasi, dunque, non dell'istanza di avvio di un procedimento ma di un (mero) dovere posto in capo al privato*[66]». La pronuncia prosegue nell'individuare le conseguenze derivanti dall'omessa notifica, che possono essere di rilevanza pubblicistica e privatistica. Mentre le prime si riferiscono alle successive disposizioni in materia di esercizio dei poteri speciali, le conseguenze sul piano privatistico sono quelle, note, della sospensione dei poteri di voto e della nullità delle delibere adottate con il voto determinante delle partecipazioni societarie oggetto di scrutinio governativo. Ma il punto forse più centrale ed importante, il quale avvalora l'estrema discrezionalità di cui è dotato il governo, è rinvenibile all'interno del nono capo della sentenza del Consiglio di stato in oggetto (n. 6575 del 5 luglio 2023), il quale riafferma il consolidato principio secondo cui l'amministrazione non è vincolata a reiterare precedenti comportamenti[67]. Vivendi, infatti, ha sostenuto che il provvedimento impugnato sarebbe illegittimo per violazione del principio di uguaglianza e parità di trattamento, poiché in passato la presidenza del consiglio non avrebbe adottato analoghi provvedimenti nei confronti di altri operatori economici che avevano effettuato operazioni simili, accusando così l'amministrazione di aver operato un «*ingiustificato cambiamento una tantum di un pregresso agire amministrativo*», aggravato dalla mancanza di esplicite ragioni per tale mutamento. Il Consiglio di stato, nel respingere il motivo, afferma con chiarezza che: «*L'eventuale omissione, in passato, della spendita di poteri amministrativi in fattispecie in tesi analoghe non può incidere con efficacia invalidante sull'atto con cui l'Amministrazione ha, nella concreta vicenda di causa, speso tali poteri*». È evidente il richiamo a tre principi: quello relativo all'indisponibilità del potere amministrativo, secondo il quale l'amministrazione non può rinunciare all'esercizio di un potere previsto dalla legge, quello della doverosità del potere e quello della sua inesauribilità, secondo il quale esso può essere esercitato anche successivamente ad analoghi casi nei quali si è rimasti inerti. Il Consiglio precisa inoltre che eventuali precedenti comportamenti non vincolano l'amministrazione e non possono essere invocati come parametro di legittimità per atti successivi. Viene così esclusa ogni pretesa di Vivendi ad un legittimo affidamento derivante dall'inerzia pregressa, «*salvo che l'Amministrazione*

[66] Così la sentenza del consiglio di stato del 5 luglio 2023 n. 6575.
[67] Tuttavia, come notato da L. PICOTTI, op. cit., 4, i giudici impongono che ci sia sempre una rigorosa istruttoria, a salvaguardia dei principi di legalità e proporzionalità.

abbia adottato atti generali o indirizzi espliciti e vincolanti, cosa che non è avvenuta nel caso di specie». Il Consiglio di Stato, infine, conclude che «*l'eventuale prassi contraria, come dedotto dalla difesa dell'Amministrazione, può al più venire in rilievo ai fini dello scrutinio di validità del provvedimento che applichi una sanzione amministrativa afflittiva, che tuttavia, come già rilevato, non è stata irrogata a carico di Vivendi*».

Appare infine utile dar brevemente conto, in virtù della sua attuale rilevanza, della recentissima sentenza del TAR Lazio n.13748 del 12 luglio 2025, la quale ha deciso sul ricorso del caso Unicredit-Banco BPM, di cui si è già accennato in precedenza. La sentenza in oggetto è di primario rilievo perché contiene rilevanti punti di diritto, i quali risultano utilissimi a tracciare una direzione evolutiva della disciplina dei poteri speciali. Anzitutto, «*esclude in primo luogo il Collegio che, […] in nuce difettino i presupposti a fondamento dell'esercizio del golden power*», poiché il potere in oggetto sarebbe azionabile a fronte di una operazione caratterizzata da una «*dimensione di incontroversa rilevanza, suscettibile di condurre alla concentrazione di due operatori aventi primaria collocazione nazionale ed internazionale, il cui valore economico integra un importo di assoluto rilievo*» per la sicurezza economica nazionale. Quest'ultima, rileva successivamente la corte, viene infatti ricondotta, sia dalla normativa nazionale che da quella comunitaria[68], «*all'interno del più ampio genus della sicurezza pubblica e della sicurezza nazionale*», le quali materie sono certamente di competenza del governo. Rileva infatti la corte che «*deve, quindi, ritenersi consentita all'Autorità di governo la conduzione di valutazioni aventi ad oggetto asset con contenuto strategico nel novero delle quali non possono non ricomprendersi operazioni coinvolgenti la tutela del risparmio nazionale*», *e che tali valutazioni sono* «*la risultante di una ponderazione altamente discrezionale (se non apertamente politica)*»[69]. La conclusione a cui perviene il TAR Lazio, ovvero che, essendo la sicurezza economica una species del più ampio genus della sicurezza nazionale, il governo ha la facoltà di decidere, in modo altamente discrezionale, quali asset, settori, operazioni ed imprese rientrino all'interno della disciplina dei poteri speciali, è supportata dalla normativa comunitaria stessa. Ciò si evince con chiarezza dalla lettura del combinato disposto del considerando 12 e dell'art. 3 del regolamento (UE) 452/2019: il primo sancisce infatti che «*è opportuno indicare un elenco di fattori che potrebbero essere presi in considerazione nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico*», e che «*l'elenco di fattori […] dovrebbe restare non esaustivo*». Successivamente, l'art. 3 stabilisce invece che «*gli Stati membri possono mantenere, modificare o adottare meccanismi per controllare gli investimenti esteri diretti nel loro territorio per motivi di sicurezza o di ordine pubblico*», stabilendo «*le circostanze che danno luogo al controllo, i motivi del controllo e le regole procedurali dettagliate applicabili*».

[68] Con Comunicazione del 6 aprile 2022 la commissione europea, premettendo che «*l'Unione è aperta agli investimenti esteri, ha tuttavia statuito che tale apertura "non è incondizionata e deve essere controbilanciata da strumenti adeguati in grado di salvaguardare la nostra sicurezza e il nostro ordine pubblico*».
[69] Cosi la sentenza del Consiglio di stato, Sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289.

6. Spunti dall'analisi comparatistica in tema di Foreign Direct Investment screening. La circostanza che «*il riconoscimento di poteri speciali in capo al soggetto pubblico non sia un caso isolato all'ordinamento interno*[70]» impone una riflessione che ha una duplice finalità: valutare la bontà dell'assetto domestico ed identificare eventuali spunti migliorativi. Dall'analisi comparata emerge, in prima battuta, come non ci sia uniformità nella normativa dei poteri speciali propria dei principali partner e competitor[71] del nostro Paese[72]. Come si avrà modo di notare, infatti, sono assai differenti sia i soggetti che curano l'istruttoria e l'esercizio, sia il tipo di provvedimento finale (e, di conseguenza, l'autorità che detiene il potere decisorio), sia i settori oggetto della disciplina.

6.1 Regno Unito. Nel Regno Unito il controllo sui Foreign Direct Investments (FDI) è disciplinato dal «National Security and Investment Act»[73] (NSIA) del 2021, il quale ha istituito un meccanismo autonomo di scrutinio, incentrato nel segretario di Stato per le imprese, l'energia e la strategia industriale (Business Secretary[74]), che presiede l'Investment Security Unit[75], istituito presso il Department for Business and Trade[76]. La disciplina del Regno Unito è singolare per un fatto: non impiega una commissione interministeriale fissa, ma il business secretary convoca i vertici dei dicasteri chiave (ad esempio la difesa, gli Interni o gli esteri) di volta in volta interessati e i servizi di sicurezza[77]. Il modello è quindi incredibilmente simile (se non identico) a quello italiano, con l'unica differenza che è il segretario di Stato stesso, e non il primo ministro[78], ad

[70] L. ARDIZZONE, M.L.VITALI, op. cit., 5.

[71] Il termine «competitor» è utilizzato di proposito, per esprimere con chiarezza come nella materia in esame prevalgano, tra gli Stati, i rapporti concorrenziali rispetto a quelli collaborativi. Il tema della concorrenza tra Stati in campo economico è oggetto di un'approfondita analisi in L. ARNAUDO, *L'economia come la guerra.. Nota su golden power, concorrenza e geo-economia*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017.

[72] L'assenza di un c.d. level playing field in materia di poteri speciali Stato è stata per la prima volta messa in luce da M. LAMANDINI op. cit., 508.

[73] Il NSI Act conferisce al governo britannico il potere di esaminare e intervenire nelle operazioni commerciali, come le acquisizioni, al fine di proteggere la sicurezza nazionale, garantendo al contempo alle imprese e agli investitori la certezza e la trasparenza necessarie per fare affari nel Regno Unito. https://www.gov.uk/government/collections/national-security-and-investment-act

[74] Il segretario di Stato per le imprese e il commercio è una carica di livello ministeriale che fa parte del Gabinetto del Regno Unito.

[75] L'Investment Security Unit (ISU) è un'unità operativa istituita nel 2021 dal già citato National Security and Investment Act all'interno del dipartimento del commercio del Regno Unito (Department for Business and Trade). L'unità è responsabile dell'identificazione, della gestione e della mitigazione dei rischi per la sicurezza nazionale del Regno Unito che possono sorgere quando un soggetto pone in essere azioni volte all'acquisizione del controllo di un *asset* qualificato come strategico dal citato atto. M. ISRAEL, K. KELLIHER, *Foreign direct investment reviews 2024: United Kingdom*, https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/foreign-direct-investment-reviews-2024-united-kingdom.

[76] Il Department for business and trade (DBT) è un dipartimento ministeriale del governo del Regno Unito. Fu istituito nel 2023 in seguito alla riorganizzazione del governo, voluta dall'allora primo ministro Rishi Sunak. Come detto, il dipartimento è guidato dal segretario di Stato per le imprese e il commercio. https://www.gov.uk/government/organisations/department-for-business-and-trade.

[77] All'interno dei servizi segreti britannici (denominati MI6 – Military intelligence security service) è stata istituita nel 2021 una speciale cellula, denominata «Business support office», responsabile, tra le altre cose, di presenziare alla fase istruttoria e decisionale dell'esercizio dei poteri speciali. https://www.sis.gov.uk/careers/business-support-officers.

[78] In Italia, infatti, è il presidente del consiglio a presiedere il Tavolo di coordinamento del golden power.

adottare l'atto finale di esercizio dei poteri speciali[79], denominato final order. Infine, è da segnalare che la norma del 2021 ha ampliato grandemente lo spettro dei settori oggetto di scrutinio: se prima l'unica possibilità di utilizzo dei poteri speciali era un pericolo per la sicurezza nazionale, oggi tale parametro è divenuto molto più flessibile, essendo suddetti settori divenuti diciassette[80].

6.2 Francia. Quanto alla Francia, il controllo degli investimenti esteri diretti è disciplinato dal Code monétaire et financier[81] (CMF, art. L.151-3 ss.) e affidato alla «autorité administrative», rappresentata dal ministro dell'economia (simile, quindi, al modello britannico). Il ministero dell'economia è quindi incaricato di esaminare le operazioni di investimento straniero che riguardano società francesi operanti in settori sensibili, al fine di valutare se possano ledere l'ordine pubblico[82], la sicurezza pubblica o gli interessi di difesa nazionale[83]. La struttura organizzativa prevede un Comité interministériel des investissements étrangers en France[84] (CIIEF), composto da rappresentanti delle amministrazioni con competenza nei settori regolamentati, che assiste il ministero dell'economia. In pratica, quest'ultimo funge da segreteria istruttoria e coordina i pareri degli altri ministeri (difesa, interno, affari esteri, di volta in volta chiamati a presenziare ratione materiae) a seconda del settore dell'operazione. La decisione finale spetta al ministro dell'economia (che quindi, come avviene nel Regno Unito, è la massima autorità in materia di esercizio dei poteri speciali), che adotta un «arrêté ministériel» di autorizzazione (con o senza «conditions») o di rifiuto. Tale sistema è (ed è questa una nota di primario rilievo) il più antico del vecchio continente, risalendo infatti la disciplina al 1966, a testimonianza di una lunga tradizione francese di screening strategico degli investimenti esteri[85]. Da notare infine che, a tutela dell'interesse pubblico,

[79] Il segretario di Stato dispone dei seguenti poteri: può autorizzare un'operazione imponendo specifiche prescrizioni vincolanti (i c.d. remedies), può vietare l'operazione emettendo un ordine che ne proibisce il completamento oppure può disporre la dismissione di asset già acquisiti. A. GAMBLE, Z. GAO, *UK Foreign Investment Review – Government publishes annual report on operation of National Security and Investment Act for 2023/2024*, 19 settembre 2024, https://foreigninvestment.bakermckenzie.com/2024/09/19/uk-investment-review-government-publishes-annual-report-on-operation-of-national-security-and-investment-act-for-2023-2024/.

[80] Il fatto che il Regno Unito abbia dovuto rincorrere gli altri paesi europei («catching up») è evidenziato da E. XUEREF-POVIA, op. cit., 4.

[81] Di assoluto rilievo è il fatto che la disciplina dei poteri speciali sia, in Francia, disciplinata da un codice (anche se, naturalmente, non ad hoc).

[82] Si nota qui una differenza di non poco conto rispetto al nostro Paese, ovvero la previsione dell'ordine pubblico quale causa giustificativa per l'utilizzo dei poteri speciali. Tale previsione è, come si ricorderà, assente nella disciplina italiana. Per un approfondimento: https://www.whitecase.com/insight-alert/update-french-fdi-screening-trends-continuity-and-stability.

[83] In deroga al principio della libertà dei rapporti finanziari tra la Francia e l'estero, sono soggetti ad autorizzazione preventiva da parte del ministro incaricato dell'economia gli investimenti esteri realizzati in attività che partecipano all'esercizio dell'autorità pubblica o che siano tali da poter compromettere l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o gli interessi della difesa nazionale (art. L. 151-3 del Code monétaire et financier). Per un approfondimento: Direction Générale du Trésor, *Contrôle des Investissements Étrangers en France. Foire aux questions. Version courte*, Gennaio 2025. https://www.tresor.economie.gouv.fr/Institutionnel/Niveau2/Pages/f149e66d-6df2-4726-a594-3d95409d7a46/files/c06eb42e-b6a9-468b-9015-f5bf48ecc643.

[84] https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-to-foreign-investment-screening-laws/france.

[85] La base giuridica del controllo FDI in Francia risiede, come detto, nel Code monétaire et financier, agli artt. L.151-1 e seguenti (partie législative) introdotti dalla legge n° 2019-486 (Loi PACTE) e sviluppati dal

l'amministrazione può in ogni momento (anche posteriore al «closing») imporre all'investitore di tornare allo status quo ante, cedendo asset o adottando misure correttive, qualora abbia realizzato un'operazione senza la dovuta autorizzazione o violando le condizioni concordate (a similitudine di quanto avviene nel nostro ordinamento).

6.3 Germania. Autorità competente per l'esercizio dei poteri speciali in Germania è, a somiglianza di quanto avviene nel Regno Unito e in Francia, il ministero federale dell'economia e protezione del clima (Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz[86] - BMWK). La base normativa è rappresentata dalla Außenwirtschaftsgesetz[87] (AWG) e dalla relativa Außenwirtschaftsverordnung[88]. All'interno del ministero opera un'apposita sezione che conduce le istruttorie sui Foreign Direct Investments in coordinamento interministeriale[89]. Ad una prima analisi sembrerebbe che le procedure dei Paesi richiamati supra siano identiche: esse sono effettivamente molto simili, sebbene anche la Germania presenti una particolarità di rilievo, che emerge nella fase istruttoria. Le norme prevedono infatti che le operazioni soggette a screening siano di due tipologie: cross-sector e sector-specific[90]. In entrambe le ipotesi, la decisione finale non spetta esclusivamente al ministro del *BMWK*: nel primo caso, infatti, l'operazione riguarda più di un ministero, e la decisione sull'esercizio dei poteri speciali «*richiede il consenso formale di tutti quelli coinvolti*»[91]. Il secondo riguarda invece un solo caso specifico: la difesa. In tale circostanza, il ministero della difesa assume la direzione dell'operazione, e la decisione finale spetta al ministro.

regolamento di esecuzione (partie réglementaire, artt. R.151-1 e ss., da ultimo modificati con Décret 2023-1293 del 28 dicembre 2023). Le attività protette sono elencate nell'art. R.151-3 CMF e integrate dagli arrêts ministeriali applicativi (liste settoriali aggiornabili). L'assetto attuale discende in particolare dal Décret n° 2019-1590 e dall'Arrêté du 31 décembre 2019, che hanno riordinato la procedura di autorizzazione e ampliato il perimetro dei settori sensibili (recependo anche le indicazioni del regolamento UE 2019/452). Per un approfondimento: https://investmentpolicy.unctad.org/investment-policy-monitor/measures/3468/france-expands-and-clarifies-its-fdi-screening-regime.

[86] È il ministero Tedesco, istituito nel 2005, che ha sostituito (ed assorbito le funzioni) del vecchio ministero dell'economia.

[87] Si tratta della legge tedesca sul commercio estero, che regola la circolazione di valute, beni, servizi, capitali e altri beni economici con l'estero. Per un approfondimento: M. BUNTSCHECK, T. MUHLBACH, A. BOOS, M. VON DEWALL, *Foreign Direct Investment regimes in Germany*, 15 settembre 2024, https://iclg.com/practice-areas/foreign-direct-investment-regimes-laws-and regulations/germany#:~:text=match%20at%20L717%20agreement%20of,4%20AWG.

[88] Il regolamento sul commercio estero (Außenwirtschaftsverordnung – AWV) è il regolamento attuativo della legge tedesca sul commercio estero (Außenwirtschaftsgesetz – AWG). Esso contiene le disposizioni relative alle autorizzazioni, alle procedure, agli obblighi di comunicazione, nonché le norme sanzionatorie penali e amministrative correlate. È entrato in vigore nel 1961. Più volte aggiornato nel corso degli anni, la disciplina sugli FDI è stata per la prima volta introdotta nel 2004, per poi essere modificata nel 2009, 2017 ed infine nel 2021.

[89] https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/foreign-direct-investment-reviews-2024-germany.

[90] K. NEUHAUS, *CMS expert guide to FDI screening laws in Germany*, 12 giugno 2024, https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-to-foreign-investment-screening-laws/germany#:~:text=CMS%20Expert%20Guide%20to%20Foreign,a%20combination%20of%20two%20factors.

[91] (Tradotto dal tedesco) M. BOEWE, «*Germany: trends emerging from established national FDI regime*», 25 novembre 2024, https://globalcompetitionreview.com/hub/fdi-regulation-hub/fourth-edition/article/germany-trends-emerging-established-national-fdi-regime#:~:text=regime%20globalcompetitionreview.

Con l'esclusione di quest'ultima ipotesi, emerge con chiarezza un dato dissonante con gli altri ordinamenti analizzati: una forte collegialità decisionale. Tale peculiarità è indice di una grande attenzione e deferenza nei confronti dell'esercizio dei poteri speciali, che sono infatti esercitati con «*cautela*» da Berlino[92].

6.4 Cina. Quanto alla disciplina cinese (così come per quella russa), le notizie che si hanno in merito alla materia dei poteri speciali sono grandemente limitate. Certo è che, in Cina, lo screening sugli FDI è stato formalizzato nel 2020, quando la disciplina è stata riordinata[93]: tutti i dati che verranno (seppur brevemente) illustrati risalgono quindi agli ultimi 5 anni, non essendoci in alcun luogo notizie affidabili circa quanto avveniva negli anni precedenti tale data. Nel dicembre del 2020, quindi, il governo cinese ha istituito un meccanismo di screening degli investimenti esteri (denominato Foreign Investment Security Review Working Mechanism) attraverso l'emanazione delle «Measures for Security Review of Foreign Investment». Tale normativa, adottata congiuntamente dalla National Development and Reform Commission[94] (NDRC) e dal ministero del commercio (MOFCOM), «*ha creato un apposito Ufficio per il Meccanismo di Revisione, incardinato presso il NDRC stesso, ma co-diretto dal MOFCOM*»[95]. Già da tali primi rilievi si può notare come la disciplina cinese non si discosti molto da quelle esaminate supra (anzi, finora l'unica disciplina «atipica» è proprio quella italiana!): tale ufficio è infatti responsabile di ricevere le notifiche, di condurre l'istruttoria ed infine di adottare le decisioni finali sull'autorizzazione (o meno) delle operazioni. Si tratta dunque di una struttura interministeriale interna al Consiglio di stato, sebbene i dettagli sulla composizione interna (relativi, in particolare, alle autorità che compongono il collegio decisionale) non siano pubblici[96]. Tuttavia, anche la Cina presenta una caratteristica unica, una particolarità (di rilievo politico e, soprattutto, giuridico), di nuovo, di non poco conto: la materia ha risvolti penali verso i singoli. Dal combinato disposto dell'art. 35 della legge sugli investimenti esteri[97], a norma del quale «*Lo Stato istituisce un sistema di revisione della sicurezza per gli investimenti esteri, secondo il quale*

---

[92] Sul modus procedendi delle autorità tedesche si veda, in particolare, R. BALDWIN, V. DI NINO, L. ONTAGNÈ, R.A. DE SANTIS, D. TAGLIONI, op. cit., 100.

[93] Si veda in particolare il documento (scritto in lingua cinese) consultabile al seguente link e di cui si è fornita una traduzione supra: https://insightplus.bakermckenzie.com/bm/attachment_dw.action?attkey=FRbANEucS95NMLRN47z%2BeeOgEFCt8EGQJsWJiCH2WAXW59W9rh3JQZK9bglX%2Fahh&nav=FRbANEucS95NMLRN47z%2BeeOgEFCt8EGQbuwypnpZjc4%3D&attdocparam=pB7HEsg%2FZ312Bk8OIuOIH1c%2BY4beLEAeVzIQiClMy3U%3D&fromContentView=1.

[94] Il National Development and Reform Commission (NDRC) è un dipartimento esecutivo in seno al Consiglio di stato della Repubblica Popolare Cinese.

[95] L ZHOU, R. ZOU, C. SHAO, op. cit., 3.

[96] https://foreigninvestment.bakermckenzie.com/2021/01/06/china-enacts-new-foreign-investment-security-review-measures/#:~:text=On%2019%20December%202020%2C%20the,review%20in%20the%20United%20States.

[97] Titolo ufficiale: legge della Repubblica Popolare Cinese sulla sicurezza nazionale (中华人民共和国国家安全法); data di promulgazione: 1° luglio 2015; autorità legislativa: comitato permanente del Congresso Nazionale del Popolo (全国人民代表大会常务委员会); testo completo in inglese: https://www.chinalawtranslate.com/en/2015nsl/.

viene condotta una revisione della sicurezza per qualsiasi investimento estero che influisca o possa influire sulla sicurezza nazionale», e dell'art. 59 della legge sulla sicurezza nazionale[98], ai sensi del quale "qualsiasi persona che possieda informazioni relative a un fatto che mette in pericolo la sicurezza nazionale ai sensi di questa legge è obbligata a testimoniare veritieramente", emerge che non solo l'omessa notifica, ma anche la mancata "collaborazione" alle indagini, da parte di chiunque venga a conoscenza di un FDI in corso, costituisce reato ai sensi della legge cinese. Altra particolarità dell'ordinamento cinese sugli investimenti esteri diretti è che sono oggetto (come accade nel nostro Paese e in Inghilterra) di una disciplina ad hoc. In definitiva, nonostante il quadro normativo possa sembrare incerto, in nuovo meccanismo, introdotto con le «measures» anzidette, «*rappresenta il più completo e certo riferimento legale dell'ordinamento cinese in materia di FDI*[99]».

6.5 Federazione Russa. Nello Stato euro-asiatico esiste un apposito organismo governativo, istituito nel 2008, che si occupa dello screening degli FDI: la commissione Governativa per il Controllo degli Investimenti esteri nella Federazione Russa[100], presieduta, come accade per il nostro Paese, dal primo ministro[101]. A similitudine, ancora una volta, di quanto avviene in Italia, tale commissione è composta dai Ministri competenti ratione materiae (tipicamente: difesa, interno, industria, energia, telecomunicazioni, risorse naturali, esteri)[102] nonché «*dai capi dei servizi di sicurezza*[103] *e altri organi federali rilevanti*[104]». La commissione ha due compiti: ricevere le notifiche e adottare le decisioni. La fase istruttoria è invece gestita da un altro organo collegiale: Federal Antimonopoly Service (FAS). Esso funge da segretariato tecnico: istruisce preliminarmente le pratiche verificando la completezza della documentazione e raccoglie i pareri delle varie autorità di settore, per poi sottoporre un rapporto alla commissione governativa, per le determinazioni finali[105]. Nella maggior parte dei casi[106], ed è questa la particolarità del sistema russo,

---

[98] Titolo ufficiale: legge sugli investimenti esteri della Repubblica Popolare Cinese (中华人民共和国外商投资法); data di promulgazione: 15 marzo 2019; autorità legislativa: Congresso nazionale del popolo (全国人民代表大会); testo completo in inglese: https://www.chinalawtranslate.com/en/Foreign-Investment-Law-of-the-People%27s-Republic-of-China-%28Draft%29/.

[99] https://www.klgates.com/Observations-on-New-Measures-for-Chinas-Security-Review-of-Foreign-Investment-12-29-2020.

[100] Ricorda molto da vicino il gruppo di coordinamento per il golden power, presente nel nostro ordinamento.

[101] Si badi bene: dal primo ministro (ovvero il capo del governo), non dal presidente della Federazione.

[102] Ai sensi della normativa di riferimento: legge federale n.57-FZ del 29 aprile 2008, «*Sulla Procedura per gli Investimenti Stranieri in Società di Importanza Strategica per la Sicurezza Nazionale e la difesa dello Stato*».

[103] Il famoso FSB (ex KGB), il Servizio federale per la sicurezza della Federazione Russa.

[104] https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/foreign-direct-investment-reviews-2024-russian-federation#:~:text=Although%20the%20final%20decision%20on,enforcement%20practice%20in%20this%20area.

[105] https://investmentpolicy.unctad.org/investment-policy-monitor/measures/3279/new-amendments-to-foreign-investment-law-introduce-a-general-fdi-screening

[106] Sul punto, in particolare: T. SYRBE, I. PAVLOVICH, S. NOGOVITSYNA, *A Legal Overview of Foreign Investment in Russia's Strategic Sectors*, Clifford Chance, 2014, 5, https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2014/05/a-legal-overview-of-foreign-investment-in-russias-strategic-

all'approvazione di un'operazione (anche se l'autorizzazione viene concessa in toto) è accompagnato una sorta di «accordo» tra l'investitore straniero lo Stato russo, in cui il primo deve assumere determinati obblighi vincolanti (tale procedura è particolarmente comune nei settori delle risorse naturali). Tali obblighi, che possono avere contenuto ed intensità assai differenti, possono spingersi fino a configurarsi come clausole vessatorie, in particolare in quattro ipotesi: può infatti essere imposto un tetto minimo di investimento annuale; il mantenimento di un dato livello occupazionale; il divieto di esportare informazioni sensibili; il coinvolgimento di rappresentanti statali nei consigli di amministrazione[107]. Tali condizioni, come riporta l'articolo citato, non sono negoziabili, e sono rappresentative della incisività con la quale Mosca affronta gli FDI.

6.6 Stati Uniti d'America. Negli Stati Uniti d'America lo screening degli FDI è affidato al Committee on foreign investment in the United States (CFIUS), definito come un «*comitato inter-agenzia presieduto dal segretario al Tesoro*»[108]. Esso è un ibrido: non è un'agenzia (né un'autorità amministrativa autonoma)[109], ma non è neppure un mero organo collegiale istituito quando si rende necessario esaminare un'operazione rientrante nel perimetro della normativa (come accade nel nostro Paese)[110]. Il CFIUS, al contrario, è un comitato che, seppur presieduto dal ministro del Tesoro, ha un vasto consiglio direttivo[111], i cui componenti «*curano ogni fase ed aspetto dell'operazione*

sectors.pdf#:~:text=from%20enactment%20of%20the%20Strategic,the%20proposed%20acquisition%20of%20Russian.

[107] Un elenco (forse) completo di condizioni che il governo russo può imporre all'invertitore straniero è consultabile sull'apposita «guida» per quest'ultimo: https://www.ibanet.org/document?id=FDI-Guide-Russia-2022.

[108] Il CFIUS è un comitato inter-agenzia, autorizzato a esaminare determinate operazioni che coinvolgono investimenti esteri negli Stati Uniti e specifiche operazioni immobiliari effettuate da soggetti stranieri, al fine di valutare l'impatto di tali operazioni sulla sicurezza nazionale degli Stati Uniti. https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius.

[109] Sulla natura, le funzioni ed i poteri del CFIUS si veda A. TRISCORNIA, op. cit., 741.

[110] Lungi dall'essere necessariamente la disciplina cui volgere lo sguardo, è importante notare come, nonostante la frammentarietà del federalismo, il legislatore transoceanico abbia optato per l'istituzione di un sistema unitario (federale, appunto). Una riflessione sul fatto che al modello federale degli Stati Uniti si contrapponga quello frammentato degli Stati comunitari è stata compiuta da A. COMINO, *Golden Powers per dimenticare la Golden Share*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2014, 1019 ss.,1021.

[111] Nell'ambito del CFIUS esistono due tipi di membri: permanenti, i quali hanno anche il diritto di voto, e aggiuntivi, che invece ne sono privi. Tra i primi troviamo: il segretario del Tesoro (Secretary of the Treasury), ovvero il presidente del CFIUS; il segretario per la sicurezza interna (Secretary of Homeland Security); il segretario al commercio (Secretary of Commerce); il segretario alla difesa (Secretary of Defense); il segretario di Stato (Secretary of State); il procuratore generale degli Stati Uniti (Attorney General), ovvero il capo del dipartimento di giustizia; il segretario all'energia (Secretary of Energy); il segretario al lavoro (Secretary of Labor), membro aggiunto con il FIRRMA (2018); il rappresentante per il commercio degli Stati Uniti (United States Trade Representative); il direttore dell'ufficio per la scienza e la tecnologia (Director of the Office of Science and Technology Policy). A tali membri si affiancano, *ratione materiae*, quelli con funzioni consultive (privi, quindi, del diritto di voto): il direttore dell'ufficio per la gestione e il bilancio (Director of the Office of Management and Budget); l'amministratore dell'agenzia per la protezione ambientale (Administrator of the Environmental Protection Agency); il presidente del consiglio dei consulenti economici (Chairman of the Council of Economic Advisers); l'amministratore dell'agenzia per le piccole imprese (Administrator of the Small Business Administration); altri funzionari di rilievo in base alle specificità dell'operazione

sottoposta a scrutinio[112]»: ricevono la notifica, eseguono l'istruttoria ed emettono l'atto finale, il quale tuttavia non è ancora definitivo. Esso, infatti, necessita dell'approvazione del presidente degli Stati Uniti stesso, il quale (naturalmente) può anche discostarsi dalle conclusioni del comitato[113]. Singolare il ruolo dei servizi segreti: essi non partecipano al direttivo del CFIUS, ma devono sempre essere consultati (per il tramite del direttore dell'intelligence nazionale - Director of National Intelligence) affinché emettano un parere obbligatorio (ancorché non vincolante)[114].

Da quanto precedentemente esposto emerge che in nessuno Stato esiste un'autorità autonoma dedicata allo screening degli FDI. Le citate Nazioni, infatti, hanno alternativamente optato per degli strumenti decisionali più flessibili e poco (se non per nulla) indipendenti dal potere esecutivo, il quale anzi è sempre il decisore finale (anche se non sempre questo coincide con il primo ministro). Nemmeno il sistema statunitense è davvero autonomo, in quanto il presidente ha sempre il potere di discostarsi da quanto votato in seno al CFIUS[115]. Tale approccio ha, a parere di chi scrive, indubbi vantaggi, primo tra tutti le tempistiche decisorie: è infatti raro che esse vadano oltre i 45 giorni dalla notifica (ciò vale per tutti i paesi esaminati). Altri vantaggi possono rinvenirsi nella sfera eminentemente politica: essendo il governo l'organo che, in ultima analisi, decide, è certamente assicurata una coerenza di esercizio per quanto riguarda l'indirizzo politico attuale. Tale convenienza, pur accompagnata dal fatto che il sistema italiano «*è effettivamente innovativo per il panorama europeo*[116]» presenta, tuttavia, un lato parallelo meno entusiasmante: qualora l'indirizzo politico dovesse cambiare (fatto assai frequente nei paesi democratici), gli investitori stranieri (così come anche le imprese nazionali) vedrebbero indebolito (se non compromesso) l'affidamento che

esaminata. Fonte: https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-overview.

[112] M.C. NEVOLA, op. cit., 54.

[113] Tale possibilità, in capo al presidente, è espressamente prevista dalla Section 721 del Defense Production Act del 1950, come modificata dagli emendamenti Exon-Florio (1988) e dalle leggi successive, in particolar modo dal FINSA del 2007 e dal FIRRMA del 2018. Nel 2018, durante il suo primo mandato presidenziale, Donal Trump ha esercitato il suo potere di discostarsi dal parere del comitato, impedendo un'operazione che quest'ultimo aveva giudicato idonea. Per un approfondimento sul caso v. la nota dell'agenzia Reuters, *President Trump halts Broadcom takeover of Qualcomm*, 13 marzo 2018, https://www.reuters.com/article/technology/president-trump-halts-broadcom-takeover-of-qualcomm-idUSKCN1GO1Q4/#:~:text=and%20calling%20it%20,the%20really%20great%2C%20great%20companies.

[114] Per una lettura completa sul funzionamento del CFIUS: https://www.wiley.law/media/handbook/586_2024%20CFIUS%20Handbook%20FINAL%204836-7144-9329%20v.10.pdf#:~:text=Composition%20of%20CFIUS%20CFIUS%20is,the%20Council%20of%20Economic%20Advisors. I maggiori riferimenti normativi sono i seguenti: art. 721 del Defense Production Act (50 U.S.C. § 4565), introdotto dall'Exon-Florio Amendment del 1988 e successivamente rafforzato dal Foreign Investment and National Security Act (FINSA) del 2007 e dal Foreign Investment Risk Review Modernization Act (FIRRMA) del 2018. La disciplina attuativa è contenuta nel 31 C.F.R. Part 800 (per investimenti in imprese) e Part 802 (per investimenti immobiliari), nonché nell'Executive Order 11858 (come emendato nel 2018), il quale delinea altresì l'organizzazione di CFIUS.

[115] A differenza del sistema europeo, caratterizzato dalla frammentarietà che le singole discipline degli Stati membri determinano, il modello statunitense è certamente più unidirezionale, come affermato da f. MARCONI, op. cit., 21.

[116] A. TRISCORNIA, op. cit., 740.

avevano in merito alla gestione di un particolare tipo di operazione, di fatto creando incertezza applicativa ed esponendo la materia ad un più alto rischio di contenzioso amministrativo.

7. Un ente terzo per il golden power. La disciplina dei poteri speciali «*[…] consente alla presidenza del consiglio azioni investigative e di monitoraggio, e impone alle imprese di settore un'interlocuzione costante con la presentazione di piani annuali, relazioni semestrali, pena il rischio di incorrere in sanzioni economiche rilevanti, e l'assoggettamento a misure comportamentali o strutturali. Ovvero, e questo è il punto, tutto lo strumentario tipico di un'autorità indipendente*»[117]. La presente citazione esprime, a parere di chi scrive, l'inconfutabile dato che l'esercizio dei poteri speciali non solo si configuri come una attività amministrativa (a)tipica (nello specifico, di alta amministrazione, come testimonia l'atto finale, ovvero un provvedimento normativo di rango secondario), ma si attagli all'essere gestito da ente terzo, creato ad hoc. Tuttavia tale ente, come detto poc'anzi, non può essere un'Autorità amministrativa indipendente.

Occorre esaminare separatamente tali due affermazioni. Quanto al primo punto, è indubbio come l'intero esercizio dei poteri speciali segua esclusivamente le regole pubblicistiche: non sembra, a parere di chi scrive, che si instauri alcun rapporto tra il Tavolo di coordinamento e il soggetto notificante, ad eccezione dell'interesse legittimo, in capo a quest'ultimo, a che il primo si esprima nei termini indicati dalla legge. Sebbene non si sia ancora registrato nessun caso di «silenzio» del Tavolo di coordinamento, è logicamente ipotizzabile che tale comportamento sia suscettibile di ricorso di fronte al giudice amministrativo. Quanto al secondo aspetto, appare lampante come esso sia inconfutabile: non solo il provvedimento finale è un atto normativo secondario, sia pure in forma di atto amministrativo (d.p.c.m.), ma il soggetto notificante non è in alcun modo e in nessun momento partecipe del procedimento di esercizio, sì che l'atto finale risulta pienamente unilaterale[118]. Quanto al terzo punto, la sicurezza (economica, ma non solo, per quanto riguarda la materia del golden power) nazionale è senza ombra di dubbio non solo un interesse pubblico, ma un interesse pubblico di rango primario[119]: esso, infatti, è sancito dall'art. 65 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, secondo il quale ogni Stato membro ha la facoltà «*[…] di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza*», ed è ribadito a più battute da

[117] F. BASSAN, op. cit.

[118] In merito all'unilateralità del procedimento (e del provvedimento finale) si veda, in particolare, F. CINTIOLI, *La natura amministrativa della decisione sull'esercizio dei poteri speciali e la sua sottoposizione al sindacato del giudice amministrativo*, in R. CHIEPPA, C.D. PIRO, R. TUCCILLO, op. cit., cit., 251 ss.

[119] La primarietà della sicurezza nazionale quale interesse pubblico è esplicitamente affermata da G. NAPOLITANO, op. cit., 83. In particolare, egli afferma che «*La sicurezza economica nazionale […] costituisce un interesse pubblico primario, giuridicamente rilevante, che legittima l'adozione di misure speciali di controllo, vigilanza e intervento*».

innumerevoli riferimenti normativi[120]. Si ritiene che la materia del golden power involga inequivocabilmente un'attività amministrativa (sebbene non interamente tipica, visto che presenta peculiarità di rilievo) dal fatto che i provvedimenti emessi nell'esercizio dei poteri speciali siano impugnabili di fronte al giudice amministrativo.

In sintesi, quindi, è possibile affermare come il golden power sia una prerogativa eccezionale e selettiva della massima autorità di indirizzo politico, esercitata in deroga ai principi del mercato libero e al fine di tutelare interessi essenziali dello Stato, primo tra tutte la sicurezza economica. Alla luce dei profili evidenziati, inoltre, è possibile concludere che l'esercizio in concreto dei poteri speciali sia certamente un potere amministrativo, ancorché non perfettamente tipico, in quanto esercitato da organi dell'esecutivo e formalizzato in atti autoritativi unilaterali ed in ambiti strategici e altamente riservati ed in quanto si fonda su valutazioni di opportunità politica e strategica (e non solo tecnico-amministrativa).

Infine, è senza dubbio alcuno possibile affermare come l'esercizio del golden power appartenga al novero degli atti di alta amministrazione, i quali si configurano come una speciale categoria di atti amministrativi che svolgono un ruolo di raccordo fra funzione di governo e funzione amministrativa. Essi si collocano in una posizione intermedia tra gli atti politici (tipicamente: la legge) ed i provvedimenti strictu sensu amministrativi, rappresentando il primo grado di attuazione dell'indirizzo politico nel campo amministrativo. Essi, inoltre e come già affermato addietro, sono generalmente adottati sotto forma di atti normativi di rango secondario, e sono altresì suscettibili di sindacato del giudice amministrativo (caratteristica esaminata supra). L'atto di alta amministrazione, infine, si caratterizza per la settorialità degli interessi presi in considerazione dall'organo preposto alla sua disciplina. Quest'ultimo punto, l'unico che rimane ancora da esplicitare, è in realtà assai ovvio: la materia dei poteri speciali è, per sua stessa definizione (poteri «speciali»), un settore unico, con peculiarità che non sono riscontrabili in nessun altro campo dell'ordinamento giuridico, e che pertanto devono essere disciplinati da una regolazione ad hoc, come infatti avviene.

Non resta, a questo punto, che rispondere al secondo quesito, ovvero se la materia del golden power sia potenzialmente suscettibile di essere amministrata da un ente terzo. Appare opportuno rammentare in quali circostanze è possibile (se non imposta) la creazione di un ente terzo che regoli in via autonoma uno specifico settore. A parere di autorevole dottrina[121], tali motivazioni

[120] Possiamo anzitutto citare l'art. 41 Cost., secondo il quale «L'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana", dove per sicurezza è naturalmente da intendersi anche quella economica. Lo stesso decreto legge 21/2012, all'art. 1, afferma che il governo può intervenire per "garantire la sicurezza e l'ordine pubblico, anche in relazione alla sicurezza delle reti e dell'informazione di rilevanza strategica". Rilevante è poi la Comunicazione JOIN(2023)20 Final della commissione UE, recante «*Strategia per la sicurezza economica dell'Unione*», secondo la quale «*Economic security entails the ability to protect and promote the Union's economic interests in the face of risks, threats and vulnerabilities, while preserving openness, resilience and competitivness*».

[121] Vedasi, in particolare: R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO, *Introduzione,* in R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO, *Le autorità amministrative indipendenti*», CEDAM, Padova, 2010; F.S. MARINI, *Le autorità amministrative indipendenti nell'architettura costituzionale*, in *Quaderni della Rivista della Corte dei Conti*, n. 1/2022, 11 ss.; F. ZAMMARTINO, *Le*

sono quattro: la tutela di diritti fondamentali, esigenze politiche, obblighi derivanti da ordinamenti sovranazionali (in particolar modo, naturalmente, dal diritto UE), importanti trasformazioni tecnologiche. Quanto al primo aspetto, un ente terzo, ed in particolar modo un'Authority, è primariamente istituito per tutelare in modo «migliore[122]» taluni diritti fondamentali, quali il pluralismo dei media, la concorrenza dei mercati, la privacy, e tanti altri. Tali organi nascono quindi per garantire in modo imparziale e continuativo diritti costituzionalmente riconosciuti o emergenti nell'ordinamento.

Dal punto di vista politico-istituzionale, inoltre, l'istituzione di autorità di settore è volta a garantire neutralità decisionale, credibilità ed imparzialità, in particolar modo in materie che hanno, appunto, un forte rilievo politico. Sottrarre al governo determinate funzioni ed attribuirle ad un ente neutrale[123] all'apparenza produrrebbe due vantaggi lampanti: il primo è quello esaminato nel punto precedente, ovvero l'imparzialità e soprattutto la continuità della regolazione; il secondo risiede nella creazione di fiducia, da parte del cittadino, verso l'azione pubblica[124]. In altri termini, e come già affermato addietro, l'indipendenza garantisce che l'azione di regolazione non segua il ciclo elettorale né interessi di parte, ma sia orientata al puro interesse generale.

L'istituzione di autorità terze, d'altra parte, in molti casi non è una scelta discrezionale dello Stato, bensì una risposta a obblighi imposti dal diritto sovranazionale, ed in particolare quello comunitario. L'Unione Europea, infatti, come è noto frequentemente impone agli Stati membri la creazione di tali enti, al fine di regolare imparzialmente un determinato settore allorché siano in gioco diritti fondamentali[125].

Quanto all'ultimo punto, più che una motivazione per la creazione di un'autorità, esso rappresenta una sorta di dato costante in presenza di uno dei tre precedenti. Grandi cambiamenti economici o

---

Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive, in dirittifondamentali.it, 2020; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 549 ss.

[122] Vedi riferimenti nella nota precedente: «*L'indipendenza dell'Authority è importante perché vi sono diritti fondamentali ora al centro di una battaglia fra interessi contrapposti. E per tutelarli bisogna astrarsi dal piano del dibattito contingente, dalle finalità e dagli interessi politici che lo permeano e lo informano. E bisogna guardare con vera terzietà e neutralità alle fattispecie da regolare, conformare, controllare e, eventualmente, reprimere e sanzionare*».

[123] Solo da tale affermazione appare evidente come non sia possibile, nella materia in esame, ricorrere ad un'Authority: queste, infatti, sono istituite proprio per privare il governo di un determinato potere!

[124] Tale concetto trova esplicita conferma ed argomentazione in V. VAN LANGEN, M. BAXTER, *Building Independent and Accountable Regulators*, in *The Regulatory Review*, 13 dicembre 2022, https://www.theregreview.org/2022/12/13/van-langen-baxter-independent-regulators/#:~:text=On%20independence%2C%20the%20data%20show,that%20go%20beyond%20political%20cycles.

[125] I settori in cui l'UE ha imposto agli Stati membri la creazione di autorità di settore sono, ad esempio: comunicazioni elettroniche (artt. 6-8 direttiva 2018/1972/UE), concorrenza (artt. 4-5 direttiva 2019/1/UE), mercato elettrico (art. 57 direttiva 2019/944/UE), protezione dei dati personali (artt. 52 e 54 regolamento UE 2016/679, il GDPR). Tali fonti hanno portato all'istituzione di tali enti terzi, come ad esempio: Garante per la protezione dei dati personali (GPDP), imposto dalla direttiva 95/46/CE (abrogata) e successivamente dal regolamento (UE) 2016/679 (GDPR); Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), imposto dalla direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro) e successive modifiche; Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), imposto dal regolamento (CE) n. 1/2003.

tecnologici, nonché crisi istituzionali, hanno spesso fatto da catalizzatore per la nascita di autorità indipendenti. Si riportano di seguito due casi, a parere di chi scrive, emblematici di quanto appena affermato. Il primo riguarda la liberalizzazione dei mercati avvenuta negli ultimi anni del secolo scorso: in quegli anni lo Stato ha visto la transizione da un modello economico dirigista, basato su monopolî pubblici, a un modello di libero mercato, fatto che ha imposto un ripensamento totale della sua regolazione. In Italia, infatti, «*l'affermazione di siffatti soggetti ha coinciso, […], con la liberalizzazione dell'economia dall' intervento del pubblico. E non è certo un caso che il legislatore italiano – specie in materia di servizi di pubblica utilità – a cavallo degli anni 80 e 90, avesse per lo più subordinato l'avvio della privatizzazione proprio alla costituzione di Autorità di settore*»[126]. Analogamente, le trasformazioni tecnologiche di portata sistemica, prima tra tutte la digitalizzazione della società, hanno indotto i legislatori a creare nuove autorità[127].

Nella materia del golden power, tuttavia, la strada dell'istituzione di un'Autorità garante non sembra percorribile. Tali authorities, infatti, sono per loro natura indipendenti ed autonome rispetto al potere esecutivo, il che consente loro di esercitare i propri poteri al riparo da ingerenze politiche. Le decisioni in materia di poteri speciali, dal momento che riguardano la sicurezza nazionale, possono essere costituzionalmente prese esclusivamente dal governo[128]. È tale definitiva affermazione che, quindi, orienta a proporre la diversa forma un'Agenzia. Siffatta forma, infatti, garantirebbe all'ente terzietà, autonomia, autorità ed indipendenza funzionale, intesa nel senso che, se è vero che la decisione finale spetta sempre e comunque all'esecutivo, all'Agenzia sarebbero forniti pieni poteri in materia: il monitoraggio continuo del mercato, la gestione delle notifiche, l'istruttoria, le relazioni con le imprese e le altre autorità pubbliche, l'invio del parere definitivo alla presidenza del consiglio dei ministri, per la decisione finale.

---

[126] F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette Autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.*", 1997, 639 ss.

[127] Si vedano, in particolare, i «considerando» 2, 3, 4, e 6 della direttiva in oggetto: «*(2) considerando che i sistemi di trattamento dei dati sono al servizio dell'uomo; che essi, indipendentemente dalla nazionalità o dalla residenza delle persone fisiche, debbono rispettare le libertà e i diritti fondamentali delle stesse, in particolare la vita privata, e debbono contribuire al progresso economico e sociale, allo sviluppo degli scambi nonché al benessere degli individui; (3) considerando che l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, nel quale, conformemente all'art. 7 A del trattato, è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, esigono non solo che i dati personali possano circolare liberamente da uno Stato membro all'altro, ma che siano altresì salvaguardati i diritti fondamentali della persona; (4) considerando che nella Comunità si ricorre sempre più frequentemente al trattamento di dati personali nei vari settori delle attività economiche e sociali; che i progressi registrati dalle tecnologie dell'informazione facilitano notevolmente il trattamento e lo scambio di tali dati; (6) La rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione comportano nuove sfide per la protezione dei dati personali. La portata della condivisione e della raccolta di dati personali è aumentata in modo significativo. La tecnologia attuale consente tanto alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività. Sempre più spesso, le persone fisiche rendono disponibili al pubblico su scala mondiale informazioni personali che le riguardano. La tecnologia ha trasformato l'economia e le relazioni sociali e dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali, garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali*».

[128] La materia della sicurezza (evidentemente anche quella economica) nazionale è infatti protetta da una riserva di legge. Recita infatti l'art. 117, comma 2, Cost. che: «*Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: […] d) difesa e Forze Armate; sicurezza dello Stato […]*». Visto, poi, il carattere straordinario della materia, per «Stato» è da intendersi «governo», il quale coerentemente decide tramite decreto legge e d.p.c.m., nel caso di provvedimenti di esercizio.

Dai rilievi appena eseguiti è quindi possibile concludere come il golden power presenti i profili tipici dell'alta amministrazione, collocandosi quindi al confine tra decisione politica e funzione amministrativa. Coniugando tale dato con quello delle motivazioni per le quali possa (o debba) essere istituita un'autorità ad hoc pare lecito concludere che la materia dell'esercizio dei poteri speciali rientri a pieno titolo tra di esse. Postulata quindi l'ipotetica ascrivibilità del golden power tra quelle materie che possono essere regolate da un ente permanente a ciò adibito (e, nella fattispecie, un'Agenzia), resta da valutarne la concreta convenienza.

Elemento focale, certo ed indefettibile in favore dell'istituzione di un'Agenzia per il Golden Power è rappresentato dal fatto che la materia ha subìto una trasformazione silenziosa, ma rilevante, ai fini del presente elaborato: da strumento eccezionale, attivabile caso per caso, si è evoluto in un sistema di vigilanza continuativa sulle filiere strategiche nazionali. Tale circostanza è testimoniata principalmente da due dati entrambi oggettivi: il primo è rappresentato dall'aumento delle notifiche, il secondo dall'espansione dei settori rientranti nel perimetro di protezione. Quanto al primo punto, è sufficiente ricordare l'impennata del numero di notifiche registrata fra il 2013 e il 2024. Quanto, invece, al secondo punto, un primo intervento ampliativo si è avuto con l'inclusione della cybersecurity, introdotto con il decreto legge 105/2019; troviamo poi i d.p.c.m. "gemelli": 179 e 180 del 2020, che hanno rispettivamente fatto rientrare all'interno del perimetro il 5G e i settori ad alta densità tecnologica (introducendo, come si ricorderà, l'art. 1-bis del d.l. 21/2012); sempre un decreto legge, il 23/2020, ha poi introdotto i settori creditizio, assicurativo ed agroalimentare; mentre nel 2022 (tramite i d.p.c.m. 133 e 187) è stata la volta dello spazio[129].

L'ampliamento dei settori considerati strategici ed il conseguente aumento della densità delle notifiche suggeriscono la necessità di istituire un'organizzazione stabile, coerente con l'attuale natura dello strumento dei poteri speciali. In altre parole, è un dato di fatto come la discrezionalità politica, sempre presente in materia, dovrebbe tuttavia lasciare progressivamente sempre più spazio all'oggettivizzazione della materia, suggerendo quindi un indebolimento della prima. Tale conclusione porta alla conseguenza che il golden power sia oggi caratterizzato da elementi propri della discrezionalità tecnica amministrativa, oltre che da scelte di indirizzo politico, fatto, questo, che muove nella direzione di una risposta affermativa: l'esercizio dei poteri speciali trarrebbe giovamento dal supporto di una struttura tecnica, quale potrebbe essere un'apposita Agenzia.

8. *segue*: *I vantaggi sul piano della tutela dei diritti degli interessati*. Si può inoltre osservare che l'istituzione dell'Agenzia potrebbe accompagnarsi ad un rafforzamento delle tutele in favore degli interessati. La normativa attuale in materia di poteri speciali esclude in toto qualsiasi partecipazione del soggetto interessato al procedimento. Di fatto, l'unico «contatto» tra privato e potere pubblico

[129] Al settore creditizio si riferisce il recente esercizio dei poteri speciali in relazione al caso Unicredit-Banco BPM. Rimandando la trattazione di tale vicenda alle sedi appropriate, basti qui evidenziare come il governo disponga di una elevatissima discrezionalità in merito all'inclusione (anche solamente de facto, senza cioè dichiararlo all'interno di un testo normativo) di un settore all'interno del perimetro applicativo del golden power.

si ha all'atto iniziale del procedimento, ovvero la notifica obbligatoria. Superato tale momento, esiste solamente una forma di partecipazione «coattiva», rappresentata dalla richiesta, da parte del Tavolo di coordinamento verso il soggetto notificante, di ulteriori elementi informativi. A ben vedere, quindi, l'esercizio del golden power non rispetta in alcuna misura (o, quantomeno, in misura non sufficiente) i principi di trasparenza e partecipazione: fatto, questo, considerevolmente grave, se si propende per la tesi che tale esercizio possa a pieno titolo essere assimilato ad un'attività amministrativa. Anche in tale caso, e forse ancor più che per il rispetto del principio di imparzialità, l'istituzione di un'Agenzia sembra essere opportuna. Il procedimento attuale, infatti, non lascia spazio, nemmeno ipoteticamente, al alcuna forma di partecipazione dell'interessato al procedimento. Tale vulnus si manifesta in tutta la sua portata se si considera la questione dell'accesso agli atti[130]: esistono in giurisprudenza quattro sentenze (relative a due distinte cause) di giudici amministrativi che hanno negato l'accesso agli atti dell'istruttoria relativa all'esercizio dei poteri speciali.

È opportuno esaminare distintamente la questione dell'accesso agli atti da parte di coloro che possano vantare un legittimo interesse, dalla questione relativa all'accesso ai fini dell'esercizio del diritto di difesa. Sotto il primo profilo, un caso emblematico è sorto a seguito della richiesta, da parte di un Consigliere regionale, di ostensione dei documenti dell'istruttoria del Tavolo di coordinamento. Il Consiglio di stato, nel rigettare il ricorso, ha affermato significativi punti di diritto in materia di accesso ai documenti relativi al golden power. Così la corte: «*l'amministrazione centrale ha negato espressamente l'accesso, osservando come le informazioni, i dati e le notizie contenuti nei documenti sono esclusi dall'accesso ai sensi dell'art. 24, comma 2, l. 7 agosto 1990, n. 241: tale ultima disposizione demanda all'amministrazione l'individuazione delle categorie di documenti sottratti all'accesso. Per quanto di rilievo in questa sede, vanno evidenziati il d.p.r. 25 marzo 2014, n. 86 e il d.p.c.m. 1° agosto 2022, n. 133: il primo individua le procedure per l'attivazione dei poteri speciali, precisando che i relativi atti non sono accessibili (v. art. 9 d.p.r. 86/2014); il secondo, invece, disciplina le attività di coordinamento della presidenza del consiglio dei ministri propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali, ribadendo la non accessibilità ai relativi documenti (v. art. 13 d.p.c.m. 133/2022)*». Ed inoltre: «*la richiesta di ostensione dei documenti è finalizzata esclusivamente all'esercizio delle prerogative politiche del consigliere regionale, nella misura in cui gli atti inerenti al mancato esercizio del* golden power *non risulterebbero utili all'esponente per una qualche tutela giuridica (d'altronde, egli non è leso direttamente dal trasferimento della proprietà della struttura ospedaliera), bensì unicamente per effettuare un controllo generalizzato sull'operato dell'amministrazione statale e poter poi esercitare, in maniera reputata migliore, la propria funzione d'indirizzo politico nel consiglio regionale molisano*»[131].

Sotto il secondo profilo, ossia il diritto di accesso ai sensi dell'art. 24, comma 7, legge 241/90, ovvero quando sono indispensabili per tutelare un proprio diritto in sede giurisdizionale[132], occorre

[130] Ai sensi degli artt. 22-28, legge 241/1990.
[131] Consiglio di stato, Sezione III, sentenza 13 gennaio 2025, n.171, avverso l'impugnazione (rigettata) della sentenza TAR Lazio del 12 luglio 2024, n.14158.
[132] Art. 13 d.p.c.m. 133/2022: «*Riservatezza delle informazioni*». 1. Ai sensi dell'art. 24, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, le informazioni, i dati e le notizie contenute nei documenti originati dalle pubbliche amministrazioni o da soggetti privati per le finalità di cui al presente decreto sono sottratti al diritto di

ricordare che ai sensi del secondo comma del medesimo articolo, le pubbliche amministrazioni (e, per estensione, anche il governo) «*individuano le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma 1*». Da ciò si desume che l'esecutivo possa preliminarmente sottrarre a qualsivoglia tipologia di accesso gli atti e i documenti relativi ad un certo procedimento di esercizio dei poteri speciali.

Su tale questione, un esempio[133] rilevante è rappresentato dalla negazione non solo dell'accesso ai documenti dell'istruttoria (per il semplice motivo che la sicurezza nazionale è stata valutata un bene di rango superiore a quello, del ricorrente, di conoscere i motivi che hanno portato ad un provvedimento a lui sfavorevole), ma altresì dell'applicabilità dell'istituto del preavviso di rigetto e, soprattutto, dalla negazione che le «parti" siano giuridicamente «pari». Così il Consiglio di Stato: «*La disciplina del preavviso di rigetto non è compatibile con la natura giuridico-costituzionale dell'organo decisorio che interviene nella specie (non è, invero, ipotizzabile un contraddittorio, sia pur cartolare, fra le imprese interessate all'operazione ed il consiglio dei Ministri). L'ampiezza, la delicatezza e la politicità sostanziale delle valutazioni di cui è investito il consiglio dei Ministri non si prestano alla discussione "pari a pari" con i soggetti interessati (anche per i profili di riservatezza connessi alle ragioni sottese alla delibazione consiliare). A tutto concedere, nella vicenda non ricorrono "motivi ostativi" di diritto, come tali potenzialmente suscettibili di contraddittorio endo-procedimentale, ma mere valutazioni latamente discrezionali (se non tout court politiche), strutturalmente riservate al massimo organo collegiale di guida dello Stato*». Certo, tale giurisprudenza è ancora assai limitata, ma si può senz'altro concludere che all'interno della materia del golden power sia totalmente assente qualsivoglia spiraglio di trasparenza amministrativa. Tale affermazione solo parzialmente condivisibile. Meglio: è assolutamente condivisibile la preminenza della sicurezza nazionale su qualsivoglia interesse privato, ma tale preminenza non può essere decretata tout court a priori: essa, per essere dichiarata, necessita infatti di una valutazione caso per caso, eseguibile prima dall'amministrazione competente (il consiglio dei ministri o, per estensione, il Tavolo di coordinamento) e, se del caso, dal giudice amministrativo.

Si può dunque affermare che un'Agenzia avrebbe l'indubbia capacità di gestire la crescente mole istruttoria in modo continuativo, tecnico ed imparziale, assicurando in tal modo sia la certezza del diritto che l'affidamento nei soggetti interessati. Inoltre, affiancare alla funzione decisoria del governo la funzione istruttoria di un organismo terzo assicura che le decisioni siano adottate tramite un "filtro" tecnico e autonomo. Tale circostanza è particolarmente importante in considerazione del fatto che, come ricordato dall'Osservatorio conti pubblici italiani, «*un rischio non indifferente è che l'utilizzo dei poteri speciali possa sfociare in un'eccessiva discrezionalità da parte del potere politico fino ad assumere connotazioni sostanzialmente protezionistiche*»[134]. Il concetto della continuità si sposa con una caratteristica (propria, in verità, delle autorità amministrative indipendenti) che l'Agenzia

accesso. Resta fermo il diritto di accesso nei limiti di cui all'art. 24, comma 7, della citata legge 7 agosto 1990, n. 241.

[133] Consiglio di stato, Sezione IV, sentenza 9 gennaio 2023, n.289, avverso l'impugnazione (rigettata) della sentenza TAR Lazio del 13 aprile 2022, n.4488.

[134] R. ARCANO, G. GALLI, I. MAROCCIA, G. TURATI, op. cit., 4.

dovrebbe senz'altro avere: il fatto che il mandato sia sganciato dalla legislatura[135], assicurando in tal modo sia imparzialità politica che continuità decisoria nel lungo periodo.

9. Profili istituzionali. Nella storia italiana non mancano esempi di tecnostrutture in grado di «bilanciare» il ruolo del decisore politico. La legge bancaria del 1936-1938, a seguito del regio decreto legge 12 marzo 1936, n. 375 e successive modifiche e integrazioni, istituiva, tra le altre previsioni, l'Ispettorato del credito (ufficialmente: Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito). La sua creazione rispose a precise ragioni politico-economiche maturate nel decennio precedente, caratterizzato da crisi bancarie e da un nuovo orientamento di politica economica. In particolare, dopo la grande crisi del 1929 e il dissesto di alcune grandi banche italiane nei primi anni '30, emerse la necessità di un maggiore controllo pubblico sul credito per tutelare il risparmio e garantire la stabilità finanziaria[136]. Uno dei punti focali della riforma fu, come detto, l'introduzione dell'Ispettorato, organo istituito per raccordare in un unico soggetto il potere di vigilanza sulle banche, che la riforma del decennio precedente[137] aveva invece affidato in modo frammentario ed incompleto alla Banca d'Italia e al ministero delle finanze, nonché al ministero dell'Agricoltura per casse di risparmio e credito agrario e perfino alla stessa IRI. Così, nella Relazione ministeriale alla legge bancaria del 1936 si leggevano alcuni principi fondamentali, i quali sono, cento anni dopo, sovrapponibili alla materia del golden power e alla necessità, dunque, di istituire un organo di regolazione dedicato, volto all'unificazione della disciplina e al superamento della molteplicità di organi oggi chiamati a decidere sull'esercizio in concreto.

Su tali basi venne così istituito l'Ispettorato del credito, il quale, dal punto di vista giuridico, non era un ente indipendente, ma parte integrante dell'apparato statale: era posto alle dipendenze di un comitato di ministri, presieduto dal capo del governo e composto dai ministri delle finanze, dell'agricoltura e delle corporazioni. Al vertice operativo dell'Ispettorato venne designato il governatore della Banca d'Italia, che fungeva da capo dell'Ispettorato e che agiva come organo monocratico di raccordo tra il potere politico e la struttura tecnica di vigilanza, dando esecuzione alle direttive di politica creditizia fissate dal comitato interministeriale.

Le competenze e i poteri attribuiti all'Ispettorato erano molto ampi, riflettendo l'obiettivo di un controllo capillare e discrezionale sul credito. In sintesi, all'Ispettorato veniva affidato il compito di vigilare sull'andamento di tutte le aziende di credito – includendo banche di diritto pubblico e privato, casse di risparmio e altri enti creditizi – esercitando su di esse poteri regolamentari e

[135] Generalmente, come ad esempio accade per il Garante privacy, l'AGCM, l'AGCOM, l'ANAC, l'ARERA, il mandato del presidente e degli amministratori dura 7 anni. Da notare anche il fatto che tali cariche non sono rinnovabili, trovando un giusto equilibrio tra continuità nel breve periodo e alternanza del direttivo nel lungo.

[136] Emblematico, in tal senso, fu l'intervento statale del marzo 1934, quando il governo, tramite l'IRI (Istituto per la Ricostruzione Industriale), dovette rilevare le partecipazioni industriali delle maggiori banche ordinarie nazionali, sì da scongiurarne il fallimento.

[137] Legge bancaria del 7 settembre 1926, di conversione del regio decreto legge n. 1511, convertito nella legge 23 giugno 1927 n. 1107.

ispettivi. L'ispettorato, inoltre, aveva il potere di emanare norme secondarie e istruzioni per il settore bancario, nell'ambito delle direttive generali fissate dal comitato dei ministri, e svolgeva controlli tecnici e giuridici presso gli enti sottoposti. Ciò implicava la facoltà di effettuare ispezioni in loco nelle banche, richiedere dati e informazioni, e verificare la regolarità della gestione. L'Ispettorato, infine, era titolare del potere sanzionatorio. Nonostante l'importanza attribuitagli, l'Ispettorato del credito ebbe vita breve: la sua esistenza effettiva si limitò a poco più di 8 anni, e nel complesso le sue attribuzioni confluirono progressivamente nella Banca d'Italia[138].

Lungi dal voler ridurre l'ipotetica Agenzia per il golden power alla struttura dell'Ispettorato del Credito, questo era caratterizzato da alcuni elementi che rispecchiano a pieno quelli che dovrebbe avere il nuovo ente regolatore dei poteri speciali. Preme infatti sottolineare come siffatto organo, visti i profili che verranno analizzati a breve, sia incompatibile con qualsiasi altra forma giuridica, ed in particolare con quella delle authorities. I profili di disuguaglianza sono essenzialmente due: il grado di indipendenza e la finalità. In linea con i tempi in cui fu istituito, l'Ispettorato del credito era diametralmente opposto alle odierne autorità amministrative indipendenti: esso era infatti gerarchicamente subordinato al governo, mentre le authorities sono caratterizzate da una fortissima indipendenza. L'AGP si collocherebbe a metà strada: sarebbe autonomo rispetto all'esecutivo e non subordinato ad esso, ma non essendo dotato di potere decisorio sarebbe solo in grado di esprimere un (per quanto autorevolmente tecnico ed imparziale) parere, ben potendo il governo discostarsi da esso.

Il secondo profilo di disuguaglianza attiene alla finalità: le funzioni dell'AGP (vedi infra,) non sono sovrapponibili a quelle tipiche di un'Autorità Garante, poiché comprendono il potere di proposta ma non il potere decisionale. Mancando, in capo all'AGP, il potere decisorio, esso rappresenterebbe la sede dove viene compiuta ogni altra attività in materia di golden power: dal monitoraggio preventivo alla ricezione delle notifiche, dal ruolo consultivo all'attività di supporto del gruppo di coordinamento, da garante dei segreti commerciali a ente sanzionatorio. Ma il punto focale è proprio la mancanza dell'anzidetto potere decisorio: esso rappresenta la condicio sine qua non è possibile definire un ente come «*Autorità amministrativa indipendente*»[139], e tale fatto pone l'Agenzia in una posizione di minore autonomia. Il fine dell'AGP, quindi, dovrebbe essere quello di sovrintendere alla materia sotto ogni suo aspetto, fino ad arrivare all'emissione del parere

[138] Con la fine del regime fascista, le autorità alleate e il governo del Regno del Sud avviarono un'opera di smantellamento degli organi creati dal regime, incluso l'Ispettorato. Dapprima con il regio decreto legge 14 settembre 1944 n. 226, il governo Badoglio lo soppresse formalmente l'Ispettorato ed adottò una soluzione provvisoria per la vigilanza bancaria: i poteri prima spettanti al comitato dei ministri e al capo del governo vennero trasferiti al ministro del Tesoro, mentre la vigilanza operativa sulle banche fu delegata alla Banca d'Italia. Tale fase transitoria venne superata con la nascita della Repubblica e la definizione di un nuovo quadro normativo: il d.l.c.p.s. 17 luglio 1947 n. 691 istituì il comitato interministeriale per il Credito ed il Risparmio (CICR), che prese il posto del precedente comitato di ministri fascista e divenne l'organo di indirizzo della politica creditizia nel dopoguerra. Contestualmente, lo stesso provvedimento del 1947 attribuì la vigilanza bancaria alla Banca d'Italia come funzione propria e stabile, e non più meramente delegata.

[139] G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in *Il Diritto*, vol. II, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, passim.

definitivo (in merito all'esercizio, o meno, dei poteri speciali), il quale però non sarebbe vincolante per il governo, al quale spetterebbe la decisione finale.

Dal punto di vista pratico, nei paragrafi precedenti si è avuto modo di constatare che una Agenzia per il Golden Power contribuirebbe senza dubbio ad arricchire ed a perfezionare l'architettura dello Stato in materia di controlli sugli investimenti esteri. Nonostante svariati partner internazionali abbiano deciso di affidare la regolazione della materia ad un ufficio diverso da quello del capo del governo, si ritiene che quella italiana (opposta a quelle anzidette) sia la scelta più opportuna. Se, da un lato, è vero che la politica economica nazionale sia (giustamente) gestita ed attuata dal ministero delle finanze (MEF), dall'altro è altrettanto vero come i settori rientranti all'interno del perimetro del decreto legge 21/2012 non riguardano esclusivamente scelte economiche, ma anche (e soprattutto) scelte di sicurezza nazionale e di relazioni internazionali. Alla luce di tale assunto, si può in primis affermare con ragionevole certezza come il consiglio dei ministri si dimostri essere l'organo più adatto ad attuare la politica difensiva dei poteri speciali. Tuttavia, siffatta scelta comporta inevitabilmente il rischio di affidare all'esecutivo un «assegno in bianco», lasciando ad esso un potere privo di controlli esterni e terzi. A differenza di quanto avviene all'interno di svariati altri Stati, infatti, l'elevato grado di accentramento del potere lascia poco spazio a pareri e controlli esterni, evidenziando così un vulnus: il rischio che, in sede decisionale, il governo sia eccessivamente spinto da scopi politici contingenti anziché da interessi securitari nazionali. Affidare almeno la fase istruttoria a un regolatore indipendente è, ad avviso di chi scrive, la risposta alle numerose questioni che la materia pone: l'elevato tecnicismo, l'assenza di controlli, la natura amministrativa del procedimento, l'assenza di una struttura specializzata permanente. In ultima analisi, una riforma della materia del golden power che preveda l'istituzione di un'Agenzia ad hoc ne accrescerebbe le garanzie di funzionamento, imparzialità e di coerenza delle decisioni nel tempo, a vantaggio di una visione di lungo periodo.

Affinché l'Agenzia possa essere creata è necessaria una legge che la istituisca formalmente. Atteso che la tecnica del decreto legislativo sembra la forma più idonea per l'istituzione di un'Agenzia, è ora possibile proporre uno schema della sua struttura organizzativa, che dovrebbe essere dotata di autonomia funzionale e finanziaria. Essa eserciterebbe le seguenti funzioni: di istruttoria, di monitoraggio e controllo, consultiva. Quanto all'autonomia funzionale, secondo il proprio ordinamento statutario, l'Agenzia dovrebbe adottare i regolamenti interni, il piano di attività e i provvedimenti richiesti per l'organizzazione e il funzionamento degli uffici. Quanto all'autonomia finanziaria, nell'ambito del budget assegnato l'Agenzia dovrebbe poter destinare autonomamente le risorse all'espletamento delle sue diverse funzioni e attività predisponendo documenti contabili previsionali e consuntivi.

Le funzioni istruttorie, di monitoraggio e controllo dovrebbero riferirsi a tutte le attività di esercizio dei poteri speciali, ivi compreso il monitoraggio dei settori a rilevanza strategica (anche al fine di rilevare operazioni non notificate), il controllo sull'attuazione delle decisioni prese, tramite d.p.c.m., dal presidente del consiglio dei ministri, nonché la verifica dell'osservanza delle condizioni imposte e dell'esecuzione degli ordini di ripristino dello status quo ante. La funzione consultiva,

infine, si dovrebbe dividere in due distinte attività: la prima riguarda il rilascio di pareri obbligatori e del parere finale in seno all'istruttoria del procedimento di esercizio dei poteri speciali, ivi compresa la proposta di misure sanzionatorie, la seconda riguarda invece quella esercitata nei confronti del parlamento (o del governo) nell'ambito della legislazione (naturalmente, in materia di golden power), nonché eventualmente a richiesta di un soggetto terzo (evidentemente una società nazionale, europea o extra-comunitaria, ma anche un'istituzione dell'UE o un'organizzazione internazionale, nonché un'altra pubblica autorità nazionale), avente ad oggetto il rilascio di un parere in merito a un'operazione (o ad una qualsivoglia altra questione). Tale risvolto del potere consultivo potrebbe porre rimedio a un vulnus presente nel nostro ordinamento: la mancanza di un soggetto cui rivolgere domande o richiedere assistenza in modo informale. Oggi, infatti, l'unico modo di venire a conoscenza circa la fattibilità di un'operazione è procedere con la formale notifica (di cui al decreto legge 21/2012). Tale assetto espone la società notificante a due ordini di problemi. Il primo è materiale, e deriva dall'investimento di tempo e risorse in un'operazione che successivamente potrebbe essere bloccata. Il secondo rischio è giuridico, poiché al termine dell'istruttoria (obbligatoria alla ricezione della notifica), sia emanato un provvedimento di esercizio che delegittima l'operazione, arrecando di fatto un danno al notificante, soprattutto nel caso in cui nel d.p.c.m. sia ordinato di eliminare ogni effetto di quanto posto in essere e di riportare la situazione a com'era ex-ante. A ben vedere, quindi, l'istituzione di un'Agenzia fornirebbe un punto di contatto diretto e preventivo a qualsiasi soggetto terzo che voglia richiedere un parere circa un'attività che, potenzialmente, rientra all'interno del perimetro del golden power[140].

A livello europeo, come già accennato, tale Agenzia sarebbe anche l'interlocutore privilegiato, rappresentante dell'Italia, nel meccanismo di coordinamento UE ex reg. 2019/452. Pertanto, l'AGP parteciperebbe alle riunioni del EU FDI Screening Group[141] e sarebbe in tal modo responsabile sia della fase ascendente che di quella discendente della normativa europea. L'Agenzia potrebbe inoltre adottare strumenti di soft-law[142] idonei ad influenzare il comportamento dei soggetti cui sono rivolti. Pur non trattandosi di norme giuridicamente vincolanti secondo quanto più volte affermato dalla giurisprudenza del Consiglio di stato e della corte di Cassazione[143] il loro

[140] Ad esempio, una società italiana potrebbe chiedere un parere circa l'oggetto di una delibera assembleare in programma. Oppure, ancora, una società straniera potrebbe richiedere un parere circa un investimento che intende compiere all'interno del nostro paese. Oppure, ancora, un'istituzione comunitaria potrebbe richiedere all'AGP un parere circa il contenuto di un atto che intende emanare.

[141] Il quadro dell'UE per il controllo degli investimenti fa parte dell'impegno della commissione a favore di un'Europa che protegga le sue imprese, i suoi lavoratori e i suoi cittadini. A causa dell'elevato grado di integrazione all'interno dell'UE, gli investimenti esteri diretti* in uno Stato membro potrebbero comportare rischi per la sicurezza o l'ordine pubblico in un altro Stato membro o in tutta l'Unione. Il gruppo, creato in seno alla commissione, ricalca fondamentalmente la disciplina del paritetico italiano, configurandosi come un collegio non permanente che, al bisogno, viene convocato per decidere in merito ad una proposta di FDI. Fonte: https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/investment-screening_en?prefLang=it&etrans=it.

[142] Il termine soft law indica quell'insieme di atti, strumenti e meccanismi normativi che, pur non avendo forza giuridicamente vincolante (come le leggi in senso proprio, altresì definite hard law), sono comunque in grado di produrre effetti giuridici, orientare i comportamenti e influenzare l'interpretazione del diritto.

[143] In particolare, secondo Cass. civ., terza sezione, sentenza n. 20903/2020: «*Le linee guida, pur non essendo norme vincolanti, costituiscono parametro rilevante per valutare la diligenza del professionista*». Inoltre, secondo il Consiglio

rispetto può fungere da parametro di diligenza, il quale ha un sicuro (ancorché non esaustivo) valore probatorio rispetto alla responsabilità dei professionisti che assistono le parti nelle operazioni potenzialmente soggette all'esercizio dei poteri speciali. Ai sensi dell'art. 1176 del codice civile[144], secondo il quale, nell'adempimento di un'obbligazione inerente l'attività professionale, «*la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*», l'aver seguito linee guida e best practices di settore (come quelle che sarebbe in grado di emanare l'AGP) può certamente fungere da prova del corretto adempimento degli obblighi professionali. È quindi auspicabile che, come primo atto regolatorio di soft law, l'Agenzia suggerisca alle società che operano in un settore strategico (rilevante ai fini della disciplina dei poteri speciali) di dotarsi di procedure di compliance, con la possibilità di consultazione dell'AGP stessa prima del compimento di un'operazione potenzialmente rilevante, in modo tale da ottenere un parere in tal senso.

Un ulteriore, rilevante compito in capo all'Agenzia potrebbe essere quello di essere il custode dei dati (e, quindi, degli eventuali segreti commerciali coinvolti) delle operazioni notificate (o per le quali è stato richiesto un parere, ai sensi del potere consultivo eventuale). La normativa vigente, infatti, presenta un evidente *vulnus*: il fatto che il gruppo di coordinamento sia un ente collegiale non solo non permanente, ma che non è nemmeno guidato sempre dallo stesso soggetto (tenuto conto che la materiale direzione dell'istruttoria viene infatti assunta dal ministero di volta in volta competente ratione materiae), porta alla conseguenza che il materiale istruttorio, contenente rilevanti informazioni non solo relative ai segreti commerciali aziendali, ma anche alla sicurezza nazionale, sia di fatto custodito in modo non centralizzato. Il pericolo che una gestione non centralizzata (e quindi non standardizzata) possa arrecare a tali interessi è evidente. La funzione di monitoraggio e controllo si divide in realtà in due distinti compiti: il primo consiste in un monitoraggio continuo (che si potrebbe definire ex-ante) dell'attività condotta da tutte le aziende italiane che operano in un settore strategico, nonché di tutte le aziende straniere che, operanti nei medesimi settori, hanno interessi nel territorio italiano. La seconda funzione consiste invece nel verificare che le società destinatarie di un provvedimento di esercizio dei poteri speciali adempiano a quanto comandato (che potremmo quindi definire ex-post).

A chiusura del sistema, su tale nuova Agenzia, vista l'importanza e la delicatezza del lavoro che sarebbe chiamata a svolgere, dovrebbe essere esercitato un controllo parlamentare. L'organismo che, allo stato attuale, appare più idoneo ad assolvere tale compito è il comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR), organo bicamerale istituito dall'art. 30, legge 3 agosto 2007, n. 124, a seguito della riforma dei servizi di intelligence italiani. Esso, in particolare, vigila sull'operato del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica (SISR) ed esercita controlli sull'attività del DIS, dell'AISE e dell'AISI, nonché sui flussi informativi tra questi organi e l'autorità politica (ovvero l'esecutivo). Tale potere di vigilanza ha due finalità: verificare il corretto

di stato, quarta sezione, sentenza n. 2628/2021: «*Le linee guida, seppur formalmente non vincolanti, assumono rilievo nell'orientare l'azione amministrativa e nel valutare la legittimità degli atti adottati nel loro rispetto*».

[144] Dispone l'art. 1176: «*Nell'adempimento dell'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*».

utilizzo delle prerogative dei servizi segreti ed impedire che il governo se ne serva per scopi estranei a quelli dettati dalla legge istitutiva[145]. Dalla citata riforma del 2007 numerosi interventi legislativi hanno progressivamente ampliato le funzioni dei servizi, fino a ricomprendere anche la materia oggetto del presente elaborato (una branca del più ampio settore della sicurezza economica). La progressiva attribuzione della materia nelle mani dei servizi ha fatto sì che questi siano, oggi, direttamente competenti e responsabili delle «*operazioni di acquisizione sospette da parte di fondi sovrani, della penetrazione di entità extra-UE nei settori strategici e della vulnerabilità infrastrutturale italiana, con particolare riguardo alle reti 5G, cloud computing, energia, comunicazioni elettroniche e, naturalmente, gli armamenti strategici*». Essendo il COPASIR l'ente di vigilanza dei servizi segreti italiani, ed essendo questi implicati direttamente nella disciplina del golden power, esso risulta esercitare, già allo stato attuale, un controllo su tutte le materie ed i settori rientranti nella disciplina del golden power. Tale fatto rende plausibile la possibilità che esso si estenda all'Agenzia, e si esplicherebbe in diversi modi[146]: tramite la relazione annuale che tale ente dovrebbe produrre, tramite la convocazione del vertice dell'ente, tramite richieste mirate cui è obbligatorio fornire risposta.

10. Conclusioni. Lo strumento del golden power (e dei corrispettivi dei nostri partner europei) costituisce senza dubbi una necessaria ed inevitabile protezione degli interessi fondamentali strategici della nostra nazione. L'impatto sulla libertà di iniziativa economica, sui titolari di diritti sugli asset e sul mercato in generale, tuttavia, è stato tale da avere ridato alle istituzioni pubbliche (sia nazionali che comunitarie) un ritrovato protagonismo, poiché molti investimenti non possono essere realizzati in assenza di una preventiva notifica e, in definitiva, senza l'assenso del governo. Ciò comporta il potenziale rischio di trasformare l'istituto in uno strumento di politica industriale, o peggio ancora di protezionismo, rischio però che, almeno in passato, è stato scongiurato da un utilizzo ponderato, studiato e politicamente «neutro" di tale potere. Si ritiene infatti che un suo utilizzo eccessivo o smodato provocherebbe più danni che benefici perché, nel caso diventasse una misura squisitamente protezionistica, rischierebbe di falsare la concorrenza e disincentivare oltremodo gli investimenti (non solo esteri in quanto, si ribadisce, la disciplina del golden power non si applica solo a soggetti extracomunitari, ma anche europei e, talvolta, nazionali). Tanto più che in favore delle imprese penalizzate dai poteri speciali è attivabile lo strumento degli aiuti di Stato a fondo perduto, creando così ulteriori occasioni di potenziale conflitto con i principi comunitari.

Un ruolo di primaria e fondamentale importanza sarà, in futuro, rivestito dalla giurisprudenza: sebbene sia ancora allo stadio primordiale, ha già contribuito a delimitare (sia dal punto di vista dogmatico che pragmatico) alcuni confini della disciplina che non erano stati sufficientemente chiariti dal legislatore. Tale attività servirà una duplice utilità: da un lato, permettere agli investitori

[145] www.sicurezzanazionale.gov.

[146] Per un approfondimento sul punto, M. SCHIRRIPA, *Il controllo parlamentare sulle attività del Sistema di informazione per la sicurezza nazionale : il ruolo del Copasir ed uno sguardo comparato*, in C. BASSU, G. PISTORIO, A. STERPA, *Diritto pubblico della sicurezza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, 89 SS.

esteri di valutare con maggiore esaustività un eventuale investimento in un settore strategico nazionale, dall'altro, fornire chiari confini al legislatore in sede di aggiornamento e al governo in sede di esercizio.

L'analisi svolta ha permesso di rilevare l'esistenza del pericolo di un ricorso eccessivamente discrezionale ai poteri speciali il quale, in nome di esigenze protezionistiche, potrebbe scoraggiare investimenti esteri e frenare la competitività del sistema produttivo nazionale. La sfida principale consiste dunque nel bilanciare il necessario presidio dell'interesse nazionale con la volontà di mantenere l'Italia attrattiva per i capitali internazionali, evitando che il golden power si traduca in un ostacolo ingiustificato all'iniziativa economica privata. Alla luce di quanto rilevato, si ritiene di poter giungere alla conclusione che il carattere di ordinarietà assunto dall'esercizio dei poteri speciali imponga l'istituzione di una struttura tecnocratica dedicata (un'Agenzia per il golden power), che ne assicuri una gestione uniforme e prevedibile, in modo tale da non disincentivare l'ingresso di capitali stranieri. Un siffatto assetto tecnocratico garantirebbe omogeneità temporale e trasparenza dell'intera disciplina, e ciò avrebbe il duplice beneficio di tutelare più efficacemente gli interessi strategici dello Stato e, al contempo, di offrire agli investitori un quadro normativo più chiaro e prevedibile, riducendo l'incertezza che oggi grava sulle operazioni rientranti nel perimetro del golden power. In definitiva, l'istituzione di un'Agenzia per il golden power si pone come una scelta razionale, legittima e necessaria: l'attuale assetto appare infatti inadeguato a reggere la crescente pressione che la materia esercita, pressione che sarebbe perfettamente gestibile da un'istituzione strutturata, permanente ed altamente tecnica. Siffatta scelta, in conclusione, proietterebbe l'Italia in una posizione di avanguardia nel contesto europeo (ed internazionale) in tema di protezione degli interessi economici nazionali.