

11 AGOSTO 2021

L'intervento pubblico nell'economia e
il mutevole ruolo dello Stato: il nuovo
golden power tra competizione
geopolitica e valutazioni economico-
strategiche

di Federica Marconi

Dottoranda di ricerca in Teoria dei contratti, dei servizi e dei mercati
Università degli Studi di Roma Tor Vergata



L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato: il nuovo *golden power* tra competizione geopolitica e valutazioni economico-strategiche *

di **Federica Marconi**

Dottoranda di ricerca in Teoria dei contratti, dei servizi e dei mercati
Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Abstract [It]: Il rafforzamento dei poteri speciali del Governo a tutela degli *asset* strategici costituisce una lente attraverso cui ripercorrere la complessità dell'evoluzione del ruolo dello Stato nell'economia e che, al contempo, suscita nuovi interrogativi. Il *golden power* è uno strumento giuridico efficace avverso potenziali errori/crisi del mercato? Il giudice amministrativo è adatto come "*giudice del grande contenzioso economico*"? E ancora, quali le implicazioni connesse a uno Stato sempre più stratega nello scacchiere della competizione geopolitica?

Abstract [En]: The strengthening of the Italian FDI screening mechanism to protect strategic assets raises new questions. Is the so called "*golden power*" an effective legal tool against potential market errors/crisis? What about its democratic legitimacy? How to ensure effective *ex ante* checks by the Government? What room for the administrative judge in carrying out *ex post* controls? What are the implications connected with the new strategic role played by the State in the chessboard of the geopolitical competition?

Parole chiave: privatizzazioni; *golden power*; giurisdizione amministrativa esclusiva; contenzioso economico; Covid-19.

Keywords: privatization, FDI screening mechanism; golden power; administrative jurisdiction; Covid-19 crisis.

Sommario: 1. Intervento pubblico nell'economia: la fisionomia dello Stato azionista all'alba delle privatizzazioni. – 2. L'era post-privatizzazioni: dalla *golden share* al *golden power* e lo Stato regolatore. – 3. Crisi Covid-19: uno Stato "*stratega*"? Il caso MolMed – 4. Giudicare come amministrare? Il ruolo della giurisdizione amministrativa esclusiva nel grande contenzioso economico. – 5. Brevi considerazioni conclusive.

1. Intervento pubblico nell'economia: la fisionomia dello Stato azionista all'alba delle privatizzazioni

Metodologie e parametri dell'intervento pubblico nell'economia hanno subito una interessante evoluzione nel corso degli anni. La transizione tra i diversi ruoli dello Stato ha preso le mosse ed è stata promossa dalla reciproca concatenazione di tre principali linee strategiche: privatizzazione, liberalizzazione e deregolazione¹. L'esigenza di tutelare gli interessi fondamentali a rilevanza generale di un paese tramite un intervento dello Stato sull'economia ha da sempre caratterizzato la gran parte degli

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Così A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000. Linee che pur essendo indipendenti, "*convergono nel limitare il ruolo della tassazione e della spesa, esaltando quello della regolazione*".

ordinamenti giuridici che, seppur con forme e gradazioni differenti, hanno visto convergere la *ratio* delle misure adottate².

Tra questi l'Italia che, in un primo momento, subordinò le iniziative industriali dei privati all'autorizzazione del Governo³ e scelse la forma dell'ente pubblico per l'esercizio dell'impresa pubblica a scapito di quella della società per azioni⁴. Successivamente, con l'avvento del codice civile del 1942, l'esercizio delle imprese pubbliche venne affidato a due istituti mutuati dal diritto comune: l'ente pubblico economico, soggetto giuridico stabilito per legge e regolato esclusivamente dal diritto pubblico; le società per azioni controllate o partecipate dalla Stato, società di diritto privato il cui controllo o le cui quote di maggioranza sono detenute da un ente pubblico.

La Costituzione del 1947 sposò, poi, un approccio neutrale nei confronti della proprietà pubblica o privata dei beni e delle attività⁵. Pur confermando il primato della iniziativa economica privata su quella pubblica, si rifiutò di attribuire carattere eccezionale all'intervento pubblico nell'economia, sancendo, nell'art. 41, che l'iniziativa economica non può mai porsi in contrasto con l'utilità sociale e non può essere esercitata in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e prevedendo. Con l'art. 43 Cost. fu previsto, altresì, che la legge possa riservare originariamente o trasferire allo Stato o ad enti pubblici determinate imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio e abbiano carattere di preminente interesse generale⁶.

Alla soglia degli anni Novanta dello scorso secolo, l'Italia si presentava come uno dei paesi con il più alto tasso di incidenza delle imprese pubbliche sul contesto economico nel panorama delle democrazie

² Per una completa ricostruzione del tema si vedano: S. ALVARO, M. LAMANDINI, A. POLICE, I. TAROLA, *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica - Il golden power dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*, in *Quaderni Consob*, 2019.

³ L. 12 gennaio 1933, n. 141. La soluzione, adottata dal regime fascista, aveva finalità dirigistiche e protezionistiche di ovvia matrice ideologica.

⁴ R.d.l. 23 gennaio 1933, n. 5 recante la costituzione dell'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI). Si vedano sul punto: E. CIANCI, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano, 1977 e N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni*, in P. Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia - saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pp. 31 e ss..

⁵ Tale principio di neutralità è stato successivamente confermato anche in sede sovranazionale. Dai Trattati europei si evince un principio di neutralità che è ancora più evidente nell'art. 345 del TFUE che sancisce che «[...] i Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli stati membri». Occorre, tuttavia, evidenziare che se l'Unione europea non può obbligare che il capitale privato entri nell'impresa pubblica, può comunque imporre che la stessa agisca nel rispetto delle regole della concorrenza di cui all'art. 106 TFUE. La stessa Commissione ha specificato che, se per i servizi di interesse generale non economici è lasciata agli Stati la libertà di provvedere alla loro erogazione mediante gestione amministrativa, per i servizi di interesse generale il loro svolgimento deve avvenire in regime di libero mercato.

⁶ Sul tema, tra gli altri: M. CASANOVA, *Svolgimento delle imprese pubbliche in Italia: impresa pubblica ed impresa privata nella costituzione*, in *Riv. soc.*, 1967, p. 746; F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, pp. 126 e ss.; R. RESTUCCIA, *La tutela costituzionale dell'iniziativa economica e l'intervento pubblico nelle attività imprenditoriali*, in *Dir. econ.*, 1994, pp. 157 e ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2003, pp. 145 e ss.; M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pp. 1 e ss..

occidentali⁷. Ragioni di natura politica e dubbi sempre crescenti sull'efficienza/competitività del modello pubblicistico di gestione dell'impresa, accompagnati dalla crescente necessità di liquidità per risanare il bilancio pubblico e dal bisogno di accedere alla leva finanziaria per gli investimenti infrastrutturali, accesero la miccia della grande stagione di privatizzazione italiana. Con l'espressione "privatizzazione" si è soliti descrivere, in termini generali, la vicenda con cui si realizza la sostituzione del regime di diritto pubblico con quello di diritto privato, avendo riguardo a soggetti, attività e beni pubblici⁸.

Alla prima fase di c.d. *privatizzazione formale*, caratterizzata dalla trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni comunque sottoposte al controllo pubblico⁹, fece seguito la c.d. *privatizzazione sostanziale*, con la dismissione delle quote azionarie delle imprese pubbliche e conseguente privatizzazione del relativo assetto proprietario, attraverso il trasferimento della proprietà/controllo dalla mano pubblica a quella privata¹⁰.

È in questa fase che si assiste, per la prima volta, all'attribuzione in capo al Governo di taluni poteri speciali riservati, di carattere derogatorio rispetto al diritto privato, che hanno suscitato dubbi in taluni Autori al punto da parlare di *chameleon State*, per evidenziare come, seppur mutate nell'assetto formale, sulle imprese pubbliche abbia continuato a incidere sostanzialmente il ruolo dello Stato¹¹. Tali poteri dovevano essere esercitati, "tenuto conto degli obiettivi nazionali di politica economica e industriale", sulle società considerate strategiche con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri¹² e si sostanziano i)

⁷ Secondo quanto riportato da A. MACCHIATI, *Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1992- 1999. Ovvero: si poteva far meglio?*, in *Merc. conc. reg.*, 1999, fascicolo 3, pag. 450, tra il 1985 e il 1991 il peso delle imprese pubbliche italiane sul Pil nazionale era pari al 13 %. Il medesimo rapporto si attestava sull'11% in Francia, sul 9% in Spagna, fino al 6% nel Regno Unito.

⁸ S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza Editori, Roma – Bari, 2004.

⁹ Con il d.l. 11 luglio 1992, n. 33312, convertito nella l. 8 agosto 1992, n. 359, furono trasformate in società per azioni l'Iri, l'Eni, l'Ina, l'Enel e fu soppresso il Ministero delle partecipazioni statali. Di regola, la privatizzazione formale è prodromica alla privatizzazione sostanziale.

¹⁰ D.l. 31 maggio 1994 n. 332, convertito in Legge 30 luglio 1994, n. 474, recante "Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni", noto come "Legge sulle Privatizzazioni". Già nel 1986 all'ordine del giorno del Parlamento c'era un disegno di legge, poi non diventato legge, con cui doveva essere inserita nel nostro ordinamento una vera e propria *golden share*, denominata "azione a diritto privilegiato speciale". Sul tema: F. BONELLI e M. ROLI, voce *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, Milano, 2000, pp. 999 e ss.; M. T. CIRENELI, *Le società di diritto "speciale" tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e "poteri speciali"*, in *Dir. comm. intern.*, 1996, pp. 818 e ss.; R. COSTI, *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, I, 1995, pp. 77 e ss.; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1998, specie pp. 210 e ss..

¹¹ M. P. MADURO, *The Chameleon State: EU Law and the Blurring of the Private/Public Distinction in the Market*, Firenze, 2010.

¹² Le "società individuate con d.p.c.m. nei cui statuti è stata prevista l'introduzione di poteri speciali a favore del Governo" sono state le seguenti: ENI S.p.A. (d.p.c.m. 5 ottobre 1995, dd.mm. 5 e 16 ottobre 1995 e 1 aprile 2005); Stet S.p.A. e Telecom Italia S.p.A. (d.p.c.m. 21 marzo 1997 e dd.mm. 21 e 24 marzo 1997); Finmeccanica S.p.A. (d.p.c.m. 28 settembre 1999 e d.m. 8 novembre 1999); Enel s.p.a. (d.p.c.m. 17 settembre 1999, dd.mm. 17 settembre 1999 e d.m. 17 settembre 2004); Snam rete gas S.p.A. (d.p.c.m. 23 marzo 2006). Sul punto si rimanda a S. MEZZACAPO, I "nuovi poteri speciali" del Governo italiano sulle attività d'impresa e sugli assets di "rilevanza strategica" (per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, nonché per i settori dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni), in *Diritto banca e mercatofinanziari*, 2012, vol. 26, n. 4; F. BONELLI, La "golden share" all'italiana: regole comunitarie e regole interne in materia di "poteri speciali", in S. Amorosino, G. Morbidelli e M. Morisi (a cura di), *Istituzioni, mercato e democrazia: liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, pp. 56 e ss..

nell'espressione del gradimento alla cessione di partecipazioni rilevanti; ii) nell'espressione del gradimento a patti e accordi; iii) nel veto all'adozione di talune delibere straordinarie; iv) nella nomina di almeno un amministratore o di un numero di amministratori non superiore a un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco¹³.

La soluzione adottata dal legislatore italiano non fu un caso isolato. Questi fu, infatti, fortemente influenzato da altri paesi europei, quali Regno Unito e Francia, che, pur condividendo i medesimi obiettivi e finalità, stavano maturando esperienze domestiche profondamente eterogenee, in ragione della natura giuridica degli strumenti adottati e del rispettivo quadro regolamentare.

Il complesso dei poteri speciali riservati allo Stato prese il nome di *golden share*, espressione con cui si suole indicare “*qualsiasi struttura giuridica, applicabile alle singole imprese, che conserva o contribuisce a mantenere l'influenza dell'autorità pubblica su tali società*”¹⁴.

In particolare, l'espressione fu originariamente utilizzata per connotare la soluzione adottata dal Regno Unito, il quale – nelle dimissioni ritenute più importanti e strategiche – si riservava poteri speciali in assemblea attraverso la titolarità di una azione “*d'oro*”. Tale azione dorata, benché solitamente avesse il simbolico valore nominale di una sterlina, attribuiva allo Stato diritti maggiori di quelli derivanti dalle comuni azioni¹⁵.

In Francia, invece, i poteri speciali dello Stato erano esercitati attraverso la c.d. *action spécifique* che attribuiva al Ministro dell'economia il potere di esprimere un consenso preventivo sul superamento di specifici tetti di possesso azionario da parte di un azionista o di più azionisti in concerto; di esprimersi

¹³ In particolare, l'art. 1 *bis* del d.l. n. 332/94 disponeva che le «*dimissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle società di cui all'articolo 2 sono subordinate alla creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico*». Il citato art. 2 introduce per la prima volta poteri speciali riservati allo Stato a prescindere dal possesso di partecipazioni azionarie. Prevede, infatti, l'individuazione di quelle «*società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle comunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi*», nei cui statuti, prima di ogni atto che determini la perdita del controllo, deve essere introdotta con deliberazione dell'assemblea straordinaria una clausola che attribuisca al Ministro del Tesoro la titolarità di uno o più dei poteri speciali previsti. Si vedano: S. CASSESE, *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 857; G. ROSSI, *Privatizzazione e diritto societario*, in P. Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia – saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pp. 125 e ss.; F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996; P.G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, I, pp. 989 e ss..

¹⁴ Per tale definizione si veda Corte Giust. 23 ottobre 2007, causa C-112/05, Commissione v. Germania, in *Racc.*, I-8995, p.to 72, e la giurisprudenza ivi citata.

¹⁵ Il Regno Unito era stato il primo Paese europeo a provvedere a una poderosa opera di smantellamento del portafoglio pubblico già a partire dal 1979, anno di insediamento del governo Thatcher. La principale fase delle privatizzazioni inglesi si ebbe nel 1984, con la vendita di una partecipazione di maggioranza della British Telecom e terminò con la dimissione delle rimanenti partecipazioni statali nel campo della produzione elettrica, nel 1996. Si vedano sul tema, tra gli altri: J. RICHARDSON, G. DUELDY e C. VENZO, *Le privatizzazioni in Gran Bretagna: innovazione di successo e implementazione difficile?*, in *Stato e Mercato*, 1996, n. 47, pp. 235-269; G. GRINSTONE, *The British Privatisation Programme*, in AA.VV., *Privatisation and deregulation in Canada and Britain*, Aldershot, U.K., 1990; A. BARONE, *Le privatizzazioni in Gran Bretagna*, in *Riv. dir. impresa*, 1992, pp. 53 e ss.; J. KAY *Le privatizzazioni nel Regno Unito 1979-1999*, in F. A. Grassini (a cura di), *Guido Carli e le privatizzazioni dieci anni dopo*, Roma, 2001, pp. 19 e ss.; N. LAWSON, *Privatizzazioni e mercati finanziari*, in AA.VV., *Le privatizzazioni: gli aspetti tecnici più rilevanti*, Roma, 1994, pp. 51 e ss..

sulla nomina di uno o due rappresentanti dello Stato nel consiglio di amministrazione o di sorveglianza di un'impresa, senza capacità di voto deliberativo; nonché esercitare la facoltà di opporsi a cessioni da parte della società che potessero recare pregiudizio a preminenti interessi nazionali¹⁶.

La vera anomalia della *golden share* italiana, rispetto alla *golden share* inglese e all'*action spécifique* francese, risiedeva nella sua intensità. Da un punto di vista strettamente giuridico, infatti, i poteri speciali previsti dall'art. 2 del d.l. n. 332/94 potevano prescindere dalla titolarità del pacchetto azionario di maggioranza, disvelando appieno – secondo taluni – la natura pubblicistica di tale potere¹⁷. Trattavasi, infatti, di un potere attribuito allo Stato in quanto tale, e non più in ragione della partecipazione azionaria, tale da assicurargli il mantenimento di una posizione di privilegio nella conduzione della società¹⁸.

Questa rimodulata intrusione dello Stato nell'attività economica condotta dai privati dovette ben presto scontrarsi con l'ordine giuridico del mercato interno di matrice europea, che – come ben noto – ha rappresentato l'obiettivo prioritario delle prime tre comunità europee nate dalle ceneri della seconda guerra mondiale e ha, di fatto, svolto un ruolo fondamentale per favorire la diffusione di investimenti intra-comunitari¹⁹. L'azione speciale riservata allo Stato, nelle sue diverse declinazioni nazionali, infatti, si poneva in aperto contrasto con il principio di equivalenza di trattamento tra pubblico e privato che guida l'azione dell'Unione sul mercato²⁰. La Commissione europea, già con la Comunicazione del 1997²¹, aveva

¹⁶ In Francia il processo di privatizzazione iniziò nel 1986, con la nomina di Chirac a seguito della sconfitta del Partito Socialista francese alle elezioni legislative. A una prima ondata iniziata nel 1981 e che subì una battuta d'arresto nel 1986, fece seguito un rilancio delle privatizzazioni a partire dal 1993, con il Governo presieduto da Balladur. Il processo di privatizzazione francese si è realizzato con il trasferimento al settore privato del controllo di imprese pubbliche mediante la costituzione di gruppi di comando – c.d. *noccioli duri* – che rendevano stabile la posizione di controllo della maggioranza del capitale. Si vedano, tra gli altri: H. DUMEZ e A. JEUNEMATRE, *Le privatizzazioni in Francia*, in *Stato e Mercato*, 1996, n. 4., P. CIRIELLO, *Nazionalizzazioni e privatizzazioni nelle esperienze italiana e francese*, Napoli, 1992, pp. 55 ss.; H. ALEXANDER e G. CHARREAUX, *Le privatizzazioni francesi sono state efficaci?* in F. A. Grassini (a cura di), *Guido Carli e le privatizzazioni dieci anni dopo*, 2001, pp. 65 ss.; F. BONOMO, *Ancora sulla golden share*, in *Energia*, 3, 1997, pp. 16 e ss.; T. FENUCCI, *I poteri speciali dopo la privatizzazione delle imprese statali; una storia infinita*, in *Comparazione e diritto civile*, 2016, pp. 1-46; E. GIPPINI FOURNIER - J.A. RODRIGUEZ MIGUEZ, *Actions spécifiques dans les sociétés privatisées: le beurre ou l'argente du beurre*, in *Rev. du droit de l'Union européenne*, 2003, pp. 39 e ss.; D. CARRAEU, *Privatisations et droit comunitaire: la validation conditionnelle des actions spécifiques (ou «Golden Shares»)*, in *Contr. impr./Europa*, 2002, pp. 1191 e ss..

¹⁷ Sul tema si veda anche: G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2006, pp. 208 e ss., che, per primo, aveva prospettato in dottrina la configurazione dei poteri speciali come poteri di natura amministrativa.

¹⁸ L. SCIPIONE, *La golden share nella giurisprudenza comunitaria: criticità e contraddizioni di una roccaforte inespugnabile*, in *Le società*, 7/2010. Si vedano ancora: G. COLANGELO, *Golden shares e privatizzazioni in compiute. La lunga vecchiaia dello Stato-imprenditore*, in *Enti pubblici*, 2003, 6, pp. 328 e ss.; E. DEL CASALE, *Uno strumento diretto al controllo governativo sulle privatizzazioni: le «golden shares»*, in *Pol. dir.*, 1988, 1, pp. 189 e ss..

¹⁹ Circa le sempre esistenti e mai sopite tendenze protezionistiche dei singoli Stati membri si veda L. ARNAUDO, *À l'économie comme à la guerre. Note su golden power, concorrenza e geo-economica*, in *Merc. conc. reg.*, 3/2017, che ha evidenziato come il fenomeno debba essere spiegato partendo da una prospettiva che tenga conto anche delle implicazioni di natura geo-economia e di intelligence economica.

²⁰ F. BASSAN, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, in *Studi sull'integrazione europea*, IX, 2014, pp. 57-80.

²¹ Gazzetta Ufficiale n. 97/C220/06 del 19 luglio 1997. Si vedano sul punto: A. SACCO GINEVRI, *L'espansione dei golden powers tra sovranismo e globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. economia*, 2019, pp. 151 ss.; L. FUMAGALLI, *The global rush towards national screening systems on foreign direct investments: a movement facing no limits? Remarks from the point of view of public international*

individuato dei criteri di compatibilità della normativa sui poteri speciali con la disciplina europea. Ciò con l'obiettivo di informare le autorità nazionali e gli operatori economici circa l'interpretazione delle disposizioni del Trattato relative ai movimenti di capitali e al diritto di stabilimento e, al contempo, di consentire una rilettura delle misure adottate a livello nazionale che potesse essere pienamente compatibile con i principi fondanti l'ordinamento comunitario.

All'indomani del processo di privatizzazione era chiaro che la riduzione dell'intervento pubblico diretto nell'economia non avrebbe comportato una scomparsa dello Stato, quanto più un mutamento del ruolo che quest'ultimo si sarebbe riservato nel mercato e nell'economia. È in questo momento che lo Stato comincia a dismettere il ruolo di *azionista/imprenditore* per intervenire "come arbitro, e non più come giocatore, nel gioco del mercato", con ciò affermando il proprio ruolo di *regolatore* degli equilibri economici²².

2. L'era post-privatizzazioni: dalla *golden share* al *golden power* e lo Stato regolatore

Il c.d. *Stato regolatore* inizia a delinearsi trovando, in questa fase, la propria espressione in almeno due meccanismi protettivi, riconducibili oltre che ai poteri speciali nelle società privatizzate, alla nascita di regolatori indipendenti dei mercati liberalizzati²³. L'istituzione di apposite autorità indipendenti di regolazione, in settori quali quello della promozione della concorrenza, della tutela di utenti e consumatori, della protezione dell'ambiente, è strettamente connesso alla regressione dell'intervento statale nell'economia e alla progressiva inidoneità dello Stato-amministrazione di fronte all'espansione del mercato. Lo sviluppo delle *Authorities*, chiamate a svolgere funzione di regolazione e di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, per assicurare lo svolgimento e la fruizione di determinati servizi di interesse generale al fine di promuovere la concorrenza all'interno dei settori economici ad esse relativi e di

law, in G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Il Mulino, Bologna, 2019; W. SCHILL, *The European Union's Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization* in J. Bourgeois e N. Lavranos (a cura di), *Foreign Direct Investment Control in the European Union*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2019-17.

²² Per una definizione di Stato regolatore si veda V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, *Politica del Diritto* 627, in *Pol. dir.*, 1997.

²³ Sul tema la letteratura è sterminata. Solo a titolo esemplificativo, tra tutti, si rimanda a: C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim.dir. pubbl.*, 1988, pp. 549 e ss.; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999; M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesauro e D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, pp.171 e ss.; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, pp. 679 e ss.; N. RANGONE, voce *Regolazione*, in S. Cassese (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, vol. V, Milano, 2006, pp. 5057 e ss.; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma, 2007; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 121 e ss.; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 313 e ss.; G. NAPOLITANO, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2010, pp. 218 e ss..

garantire all'utenza determinati standard qualitativi e di economicità²⁴, ha contribuito a contrassegnare il passaggio a un modello amministrativo accentrato a uno policentrico e pluralistico²⁵.

Con riferimento alla *golden share* italiana, un primo intervento della Corte di giustizia del 23 maggio 2000²⁶ aveva sanzionato la disciplina contenuta nel d.l. n. 322/1994, ritenendola in contrasto con le disposizioni del Trattato CE in materia di diritto di stabilimento, libera prestazione dei servizi e libera circolazione dei capitali²⁷. Tale decisione aveva escluso che l'esercizio dei poteri speciali potesse essere fondato su generici obiettivi di politica economica ed industriale – come enunciato nell'art. 2, l. n. 474/94 – ritenendo, invece, necessaria la sussistenza di specifici motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e difesa, come precisato poi nel d.p.c.m. 11 febbraio 2000²⁸.

Fece seguito una nuova procedura di infrazione prospettata dalla Commissione nel 2003, con riferimento alla violazione degli artt. 43 e 56 del Trattato CE, a cui l'Italia rispose con una generale revisione della

²⁴ Si vedano le considerazioni di C. SAN MAURO, *La disciplina della Golden Share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2009. Per il ruolo decisivo dell'impulso fornito dall'ordinamento europeo si vedano: F. MERUSI, *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F.A. Grassini, (a cura di) *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001, pp. 21 e ss.; E. CHITI, *European Agencies' Rule-Making, Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal* (2013), pp. 93 ss..

²⁵ Tali organismi sono stati mutuati nel sistema italiano a partire dall'esperienza di altre realtà ordinamentali. L'introduzione delle *Authorities* in Italia ha coinciso, come del resto nella maggior parte dei Paesi del vecchio continente, con la liberalizzazione dell'economia dall'intervento del pubblico, a differenza di quanto avvenuto nel modello statunitense, dove con le *Independent commissions* si affermò la prima forma di intervento pubblico su di un mercato assolutamente libero. Si vedano: F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2020; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle c.d. autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 639 ss.

²⁶ Cfr. Corte giust., 23 maggio 2000, causa C-58/99, Commissione v. Italia, «*la Repubblica italiana, adottando gli artt. 1, n. 5, e 2 del testo coordinato del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332 [...], nonché i decreti relativi ai "poteri speciali" nel caso delle privatizzazioni dell'ENI S.p.A. e di Telecom Italia S.p.A., è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli artt. 52, 59 del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 43 CE e 49 CE) e 73 B del Trattato CE (divenuto art. 56 CE)*». Per un commento si veda E. FRENI, *L'incompatibilità con le norme comunitarie della disciplina sulla golden share. Nota a CGCE 23 maggio 2000 (causa C-58/99)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, pp. 1145 e ss.; P. DE PASQUALE, *Golden share all'italiana. Nota a CGCE 23 maggio 2000 (causa C-58/99)*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, pp. 236 e ss..

²⁷ Rispettivamente artt. 43, 49 e 56 CE. Si deve precisare che già nel febbraio 1998 la Commissione europea aveva sollecitato il Governo a modificare, entro due mesi, le disposizioni sui poteri speciali previste dal d.l. 332/94 in quanto incompatibili con le previsioni del Trattato CE in tema di libertà di stabilimento, libertà di prestazione di servizi e di circolazione di capitali. In ragione di ciò furono apportate delle modifiche alla disciplina delineatasi fino a quel momento. Il d.p.c.m. 4 maggio 1999, rubricato «*Direttiva per l'esercizio dei poteri speciali del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica in alcune società per azioni ai sensi dell'art. 2 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 1994, n. 474*», constava di due articoli e specificava le finalità e i criteri per l'esercizio dei poteri speciali. Successivamente, l'art. 66, comma 3, l. 23 dicembre 1999, n. 488 stabilì, inoltre, che i poteri speciali di cui all'art. 2 del d.l. 332/94 potevano essere introdotti esclusivamente per rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, con durata limitata nel tempo e con forme/misure idonee e proporzionali alla tutela di tali interessi. Si vedano: M. CLARICH e A. PISANESCHI, voce *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, Torino, 2000, p. 434.

²⁸ D.p.c.m. 11 febbraio 2000, rubricato «*Definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali di cui all'art. 2 del D.L. 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 1994, n. 474, ai sensi dell'art. 66, comma 4, della L. 23 dicembre 1999, n. 488*», che riproduceva sostanzialmente il d.p.c.m. del maggio 1999 già citato. Sul punto v. E. FRENI, *Golden share e principio di proporzionalità: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002.

disciplina e un parziale ridimensionamento dei poteri speciali operato con la l. n. 350 del 2003²⁹. Questa, nel fissare alcuni principi generali dell'istituto, sostituì il potere di gradimento preventivo dello Stato con un potere di opposizione in caso di rilevanti modifiche degli assetti proprietari, affiancato dal potere di veto nei confronti di delibere particolarmente rilevanti per la società, da esercitarsi in tempi ristretti e con espressa motivazione circa l'esigenza di tutelare interessi vitali dello Stato, a fronte di interessi pubblici superiori ed irrinunciabili, inclusi i sopravvenuti motivi imperiosi di interesse pubblico. A tal riguardo, venne specificato che il pericolo legittimante l'attivazione dei poteri speciali doveva riguardare l'ordine pubblico, la sanità, la difesa nazionale, l'approvvigionamento delle materie prime, la sicurezza delle reti, la continuità dei servizi pubblici essenziali, delle telecomunicazioni e dei trasporti.

Nell'ambito degli interventi di rafforzamento dei poteri speciali dello Stato intervenuti in taso arco temporale, non può sottacersi la disciplina recata dalla legge finanziaria per il 2006 che ha introdotto la facoltà, riservata alle società in cui lo Stato detiene una partecipazione rilevante, di emettere azioni e strumenti finanziari partecipativi che attribuiscono il diritto di chiedere l'emissione di nuove azioni o strumenti partecipativi con diritto di voto. Fu così introdotta nell'ordinamento italiano la c.d. *poison pill*, strumento, esistente anche in ordinamenti esteri, che consente di contrastare operazioni di acquisizione societaria mediante offerte di acquisto non concordate con i detentori del controllo, tutelando l'azionista pubblico in settori strategici per l'economia nazionale da scalate ostili³⁰.

Ad ogni modo, come ben noto, la riformulazione della fisionomia italiana dei poteri speciali non fu esente da critiche e censure in sede sovranazionale³¹. L'istituto, infatti, nelle sue diverse riformulate declinazioni nazionali, ha continuato ad essere al centro del dibattito con un nuovo ciclo di procedure di infrazione che hanno riguardato, oltre l'Italia, anche il Portogallo, il Regno Unito, la Francia, la Spagna e la Germania³². Prendendo le mosse dal presupposto per cui l'Unione europea ha competenza esclusiva in

²⁹ L. 24 dicembre 2003, n. 350, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)", pubblicata in Gazzetta Ufficiale 27 dicembre 2003, n. 299, S. O. n. 196. In attuazione di tale legislazione fu emanato il d.p.c.m. 10 giugno 2004, rubricato appunto "definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali di cui all'articolo 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474". Quest'ultimo è stato modificato dal d.p.c.m. 20 maggio 2010, pubblicato in G.U. 21 maggio 2010, n. 117, che ne ha abrogato l'art. 1, comma 2.

³⁰ Legge 23 dicembre 2005, n. 266, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)", art. 1, commi da 381 a 384. In sostanza la *poison pill* persegue, con un diverso mezzo, finalità analoghe a quelle della *golden share*, ossia la tutela dell'azionista pubblico in società operanti in settori giudicati strategici per l'economia nazionale. Si veda: F. SANTONASTASO, *Dalla «golden share» alla «poison pill»: evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266*, in *Giur. comm.*, 2006, I, pp. 383 e ss.

³¹ Si fa riferimento alla decisione adottata dalla Commissione europea il 24 novembre 2011 di deferire l'Italia alla Corte di Giustizia per aver riscontrato violazioni delle libertà comunitarie di stabilimento e circolazione di capitali a seguito delle procedute di infrazione n. 2009/2255. La Corte di Giustizia europea si è pronunciata con sentenza del 26 marzo 2009 (causa C-326/07).

³² In ordine cronologico: Sentenza 4 giugno 2002 - C- 483/99, Commissione v. Francia, caso Elf-Aquitine, in *Racc.* I-04781, 2002; Sentenza 4 giugno 2002 - C- 503/99, Commissione v. Belgio, caso Société nationale de transport par canalisations e Distrigaz, in *Racc.* I-04809, 2002; Sentenza 12 maggio 2003 - C-98/01, Commissione v. Regno Unito, caso British Airport Authority, in *Racc.* I-04641, 2003; Sentenza 13 maggio 2003 - C- 463/00, Commissione v. Spagna,

materia di investimenti esteri diretti ai sensi dell'art. 207 TFUE³³, la Corte di Giustizia dell'UE per oltre quindici anni, è stata chiamata dalla Commissione a vagliare sulla compatibilità con i Trattati delle differenti normative domestiche di controllo sugli investimenti esteri diretti, in ragione della potenziale carica di alterazione delle normali dinamiche di mercato, nonché della natura derogatoria dell'istituto rispetto a libertà fondamentali riconosciute dall'ordinamento europeo le cui limitazioni devono essere interpretate e applicate in modo rigorosamente restrittivo.

La Corte di Giustizia dell'UE, nel marzo 2009, giudicò incompatibili con la normativa comunitaria i poteri speciali detenuti dallo Stato italiano in Telecom Italia, Eni, Enel e Finmeccanica e condannò l'Italia, precisando che il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 giugno 2004, «*non contiene precisazioni sulle circostanze in cui i criteri di esercizio del potere di veto possono trovare applicazione*», al punto da impedire agli investitori di poter prevedere quando tale potere di veto potesse trovare applicazione ed evidenziò che tali criteri «*non sono dunque fondati su condizioni oggettive e controllabili*»³⁴.

L'ostilità della Corte per la *golden share* dipendeva non tanto da una generica diffidenza nei confronti dell'intervento pubblico nell'economia, quanto più dall'enorme discrezionalità che caratterizzava le diverse normative nazionali. La stessa ha più volte chiarito che, se pur in linea di principio spetta agli Stati membri decidere il grado di protezione che intendono concedere a tali interessi strategici e il modo in cui tale protezione deve essere realizzata, ciò può considerarsi ammissibile solo «*entro i limiti stabiliti dal Trattato*», dovendosi rispettare principi fondamentali quali il principio di proporzionalità, secondo cui «*le misure adottate devono essere idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non devono andare al di là di quanto necessario per il suo raggiungimento*»³⁵. Inoltre, con riferimento al margine di discrezionalità di cui

riferibili a Repsol, Telefonica, Corporacion bancaria Argentaria, in *Racc.* I-04581, 2003; Sentenza 28 settembre 2006 - C-282/04 e C-283/04 Commissione v. Paesi Bassi, relative a telecomunicazioni e servizi postali, in *Racc.* I-09141, 2006; Sentenza 23 ottobre 2007 - C-112/05, Commissione v. Germania, caso Volkswagen, in *Racc.* I-08995, 2007; Sentenza 10 novembre 2011 - C-212/09, Commissione v. Portogallo, caso GALP - Petroleos e Gas de Portogallo, in *Racc.* I-10889, 2011. Solo i due regolamenti del Belgio che conferivano allo Stato azioni speciali della Société Nationale des Transports par Canalisation e della Distrigaz furono giudicati compatibili con la libertà di movimento dei capitali. Nel caso specifico, al governo belga fu riconosciuto il potere di opporsi ad operazioni di cessione o a mutamento di destinazione degli investimenti sociali, che potevano recare pregiudizio agli interessi nazionali nel settore dell'energia, nonché di nominare due rappresentanti nell'ambito del consiglio di amministrazione di dette società, e di proporre al ministro competente l'annullamento di deliberazioni societarie ritenute in contrasto con la politica energetica nazionale. Sul punto: L. SCIPIONE, *L'arma della "golden share" tra giurisprudenza comunitaria ed evoluzione normativa interna*, in *Innovazione e Diritto*, n 1-2, 2010, p 100.

³³ Secondo cui «*La politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare per quanto concerne le modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali relativi agli scambi di merci e servizi, e gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, gli investimenti esteri diretti, l'uniformazione delle misure di liberalizzazione, la politica di esportazione e le misure di protezione commerciale, tra cui quelle da adottarsi nei casi di dumping e di sovvenzioni. La politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione*».

³⁴ Corte giust., sent. C-326/07 del 26 marzo 2009 secondo cui: «*La Repubblica italiana, avendo adottato le disposizioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 giugno 2004, recante definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, di cui all'art. 2 del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modifiche, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 43 CE e 56 CE*».

³⁵ Corte giust., sent. cit.

godono le autorità nazionali nell'esercizio dei poteri speciali, i criteri devono essere formulati in modo dettagliato e preciso al fine di evitare la sproporzione rispetto agli obiettivi perseguiti.

Riguardo agli specifici settori di intervento, la Commissione ha ammesso un regime particolare per gli investitori di un altro Stato membro se e solo se giustificato da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica purché, conformemente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, sia esclusa qualsiasi interpretazione che si fondi su considerazioni di ordine esclusivamente economico che mai possono giustificare una deroga alle libertà previste dai Trattati.

Uno dei punti fermi dell'intera disciplina dei poteri speciali, così come plasmata dagli interventi del Giudice europeo, rimane il riferimento a determinati settori fondamentali della vita economico-sociale dello Stato che risultano porsi quali obiettivi essenziali di una politica volta ad assicurare un controllo "esterno", da rendersi effettivo e concreto solo per "*tutelare motivi imperiosi di interesse pubblico*" ovvero fronteggiare situazioni in cui si possa creare un "*concreto pregiudizio agli interessi dello Stato*, in sostituzione di un intervento governativo di tipo più invasivo.

Un rinnovato protagonismo delle istituzioni ha fatto seguito alle crisi del 2008 e del 2011, e al contestuale riaffermarsi della – mai del tutto sopita – volontà di imporre la primazia dell'interesse nazionale sulle ragioni del mercato e del profitto.

Dopo le vicissitudini giudiziarie sovranazionali brevemente delineate, con il d.l. 15 marzo 2012, n. 21³⁶, l'Italia ha provveduto a una sistematizzazione dell'istituto, con un nuovo ampliamento dei poteri speciali dello Stato, delineando il passaggio dalla *golden share* alla moderna fisionomia *golden power*³⁷ (letteralmente *potere aureo*). I poteri speciali originariamente applicabili alle sole imprese pubbliche in via di privatizzazione, divengono esercitabili nei confronti di società pubbliche e/o private operanti in settori strategici al fine di assicurare la tutela di preminenti interessi nazionali, nel rispetto di rigorose condizioni³⁸. Per mezzo del d.l. n. 21/2012 sono stati ridefiniti, anche mediante il rinvio ad atti di normazione secondaria, l'ambito oggettivo e soggettivo, la tipologia, le condizioni e le procedure di esercizio da parte dello Stato dei suddetti poteri speciali. Si tratta, tradizionalmente, di poteri esercitabili

³⁶ D.l. 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 maggio 2012, n. 56, recante "*Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*". In particolare, l'art. 1 è rubricato "*Poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale*", mentre l'art. 2 fa riferimento ai "*Poteri speciali inerenti agli attivi strategici*".

³⁷ Si segnala che principali dizionari di inglese non riportano la locuzione *golden power*, poiché trattasi di "*un anglicismo proprio del sistema italiano*". Negli altri Paesi si parla di "*foreign investment control oppure screening, controllo sugli investimenti esteri*" (cfr. Enciclopedia Treccani).

³⁸ Con riferimento alla natura dei poteri speciali riservati allo Stato si è ritenuto che si sia optato per un chiaro regime amministrativo, superando «ogni tentativo di dare una veste privata ai poteri dello stesso, riconoscendo chiaramente la natura amministrativa». M. ALLENA, *Un nuovo ambito di giurisdizione del giudice amministrativo nel diritto dell'economia: la competenza esclusiva in materia di esercizio dei golden powers*, in *Dir. Econ.*, vol. 25, n. 79 (3 – 2012), pp. 639-661.

nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché di taluni ambiti di attività definiti di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.³⁹

Conditio sine qua non per l'impiego del *golden power* viene individuata nella presenza di una «*minaccia effettiva di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale*» o di «*situazione eccezionale di minaccia effettiva di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti*».

L'esercizio dei poteri speciali si esplicitava attraverso: i) la facoltà di dettare specifiche condizioni all'acquisto di partecipazioni in imprese strategiche nel settore della difesa e della sicurezza; ii) di porre il veto all'adozione di delibere relative ad operazioni straordinarie o di particolare rilevanza, ivi incluse le modifiche di clausole statutarie eventualmente adottate in materia di limiti al diritto di voto o al possesso azionario; iii) di opporsi all'acquisto di partecipazioni, qualora ove l'acquirente arrivi a detenere un livello della partecipazione al capitale in grado di compromettere gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale. Questa ultima opzione, prevista solamente per circostanze eccezionali, era percorribile solamente in casi di acquisizioni effettuate da soggetti esterni all'Unione Europea.

In questo contesto, le prime norme di matrice regolamentare prendono forma nel 2014⁴⁰. Nel 2017, all'art. 2 del d.l. n. 21/2012 viene aggiunto un ulteriore comma in forza del quale le aree destinate a formare oggetto dei decreti regolamentari di attuazione e specificazione vengono estese anche ai «*settori ad altra intensità tecnologica*», quali: le infrastrutture critiche o sensibili, tra cui immagazzinamento e gestione dati, infrastrutture finanziarie; le tecnologie critiche, compresa l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, le tecnologie con potenziali applicazioni a doppio uso, la sicurezza in rete, la tecnologia spaziale o nucleare; la sicurezza dell'approvvigionamento di input critici; l'accesso a informazioni sensibili o capacità di controllare le informazioni sensibili⁴¹.

Fanno seguito le ulteriori novità introdotte nel 2019, ben prima che potesse anche solo immaginarsi il diffondersi della pandemia Covid-19 con tutte le conseguenti implicazioni, che hanno introdotto la disciplina dell'esercizio di poteri speciali per le reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con

³⁹ S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, p. 347. Sul punto si veda anche S. DE VIDO, *La recente giurisprudenza comunitaria in materia di golden shares: violazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali o sul diritto di stabilimento?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, pp. 865 ss..

⁴⁰ Ci si riferisce in particolare a: dpr 19 febbraio 2014, n. 45 e dpr 25 marzo 2014, n. 86 che individuano le procedure per l'attivazione dei poteri speciali; dpr 25 marzo 2014 n. 85 che specifica gli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, il dpcm 6 giugno 2014, n. 108 che individua le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale; il dpcm 6 agosto 2014 che istituisce presso la Presidenza del Consiglio dei ministri un Gruppo di coordinamento interministeriale e individua nel Dipartimento per il coordinamento amministrativo l'ufficio responsabile delle attività di coordinamento, propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali e delle attività istruttorie, attribuendo al Presidente del Consiglio un ruolo di coordinamento delle attività necessarie all'esercizio dei poteri speciali. Per una completa ricostruzione si veda: M. PERRINO, *Golden Power, emergenza Covid-19 e spirito del tempo*, in *Giustizia insieme*, aprile 2020.

⁴¹ Art. 14, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito in l. 4 dicembre 2017, n. 172.

tecnologia 5G, con riferimento in particolare a contratti o accordi, stipulati a qualsiasi titolo con soggetti esterni all'Unione europea e aventi ad oggetto l'acquisizione di beni o servizi relativi alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione delle reti relative ai servizi di comunicazione elettronica basati sulla tecnologia 5G, nonché all'acquisizione, mediante operazioni a qualsiasi titolo, di componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla predetta realizzazione o gestione, quando posti in essere con soggetti esterni all'Unione europea⁴². Alcuni mesi più tardi, l'ambito operativo delle norme in tema di poteri speciali è stato esteso anche alla comunicazione elettronica e alla sicurezza nazionale cibernetica, un rimando all'elenco contenuto nel primo paragrafo dell'articolo 4 del Regolamento 19 marzo 2019, n. 2019/452/UE, in materia di controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione europea, ormai divenuto definitivamente applicabile dall'11 ottobre 2020⁴³.

La dottrina, ha più volte evidenziato che se lo “*Stato gestore*” mirava a sostituirsi – almeno originariamente e limitatamente ad alcuni aspetti – al sistema di libero mercato così da scongiurare alcuni rischi in termini di andamento congiunturale e da favorirne la crescita o modificarne gli esiti redistributivi, in un secondo momento ha prevalso un approccio che prende le mosse da una piena accettazione dei meccanismi di mercato e che mira, più semplicemente, a correggere le imperfezioni che potrebbero determinare esiti economicamente inefficienti⁴⁴. Tuttavia, è stato evidenziato come in fasi di profonda crisi (si pensi, in particolare, a quella dei mutui *subprime* o alle implicazioni dell'attuale crisi dovuta alla diffusione del Covid-19) lo Stato, nonostante l'avvenuta cessione della sovranità sul mercato, possa vestire i panni di “*salvatore*”⁴⁵, adottando interventi volti a salvare l'intero sistema economico nazionale travolto dalle conseguenze economico finanziarie della crisi.

L'affermarsi di tale ruolo, unito al susseguirsi di interventi normativi che hanno ampliato sempre più il perimetro di esercizio dei poteri speciali, ha generato una particolare contraddizione. Più voci hanno evidenziato come uno strumento normativo nato per adattarsi alle regole europee abbia, di fatto, finito per individuare alcuni nodi conflittuali interni all'Unione Europea che sono stati ancora più acuiti dal

⁴² D.l. 25 marzo 2019, n. 22 convertito in l. 20 maggio 2019, n. 41.

⁴³ D.l. 21 settembre 2019, n. 105 convertito in l. 18 novembre 2019, n. 133.

⁴⁴ *Ex multis*: A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit.; G. MAJONE, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences from the Changes in the Modern Governance*, in *J. of Pub. Pol.*, 1997, pp. 139 e ss.; Id, *The Raise of the Regulatory State in Europe*, in *17 West Eur. Pol.*, 1994, pp. 77 e ss.; G. AMATO, *La nuova Costituzione economica*, in G. Della Cananea e G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna 1998, pp. 11 e ss.; G. GASPARRI, *La regolazione del mercato finanziario – fondamenti teorici e prospettive applicative tra diritto ed economia*, in *I saggi di Minerva Bancaria*, 2016, pp. 27 e ss..

⁴⁵ G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2008. Si pensi, in particolare, all'adozione del d.l. 9 ottobre 2008, n. 155, e poi dell'ulteriore d.l. 13 ottobre, n. 157, “*Misure urgenti per garantire la stabilità del sistema creditizio*” volti a garantire la stabilità del sistema finanziario, dare liquidità al mercato e ripristinare la fiducia dei risparmiatori. Lo stesso autore ha parlato anche di Stato “*co-assicuratore*” a seguito dell'aggravarsi delle conseguenze della crisi del 2008, con conseguente esposizione degli Stati al rischio di insolvenza del loro debito sovrano. Id., *L'assistenza finanziaria europea e lo Stato “co-assicuratore”*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 10, 2010.

diffondersi dell'emergenza Covid-19, rappresentando un importante punto di frizione a livello geopolitico⁴⁶.

3. Crisi Covid-19: uno Stato “stratega”? Il caso MolMed

Se la crisi del 2008 ha messo in discussione la logica del capitalismo occidentale, imponendo un ripensamento del rapporto fra Stato e mercato, l'attuale situazione di emergenza sanitaria dovuta alla pandemia Covid-19 ha generato una crisi socio economica senza precedenti – da alcuni paragonata alla Grande Depressione⁴⁷ – che non ha fatto altro che acuire quel *trend*, definito come il “*global rush to screening mechanism*”⁴⁸, già osservato negli ultimi anni. Le misure emergenziali di contenimento e lotta alla diffusione del virus stanno generando un inevitabile indebolimento competitivo di tutte le attività economiche⁴⁹. La svalutazione di *asset* industriali strategici ne ha pericolosamente aumentato la vulnerabilità agli appetiti stranieri, incentivati ad accrescere la propria posizione nell'industria globale approfittando della congiuntura economica sfavorevole e dei bassi valori di mercato. In particolare, in una prospettiva domestica, potrebbero risultare alla mercé di acquisizioni predatorie soprattutto quelle realtà aziendali, spesso anche di piccole medie dimensioni, che rappresentano l'imprenditoria italiana nei settori dell'intelligenza artificiale, della robotica, del packaging, delle macchine utensili, della difesa, delle biotecnologie.

A tal fine, la disciplina dei poteri speciali ha subito importanti rimaneggiamenti in piena pandemia, con l'adozione del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, c.d. *Decreto Liquidità*⁵⁰.

Innanzitutto, sono stati confermati e precisati i confini del richiamo ai settori individuati dal Regolamento europeo n. 2019/452/UE. La disciplina di cui all'art. 15, infatti, estendendo i poteri speciali ai “*settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettere a), b), c), d) ed e)*”, include espressamente, “*nel settore finanziario, quello creditizio e assicurativo*” e rafforza lo *screening* sugli investimenti diretti esteri in modo non dissimile da quanto fatto anche da altri Paesi, europei e non europei. Con riferimento ai settori oggetto dell'esercizio dei poteri speciali è stato esteso l'obbligo di notifica anche agli acquisti di partecipazioni da parte di soggetti

⁴⁶ A. ARESU., *Golden power e nuova IRI. Come proteggere l'Italia*, op. cit.

⁴⁷ M. CALIGIURI (a cura di), *Post Covid-19. Analisi di intelligence e proposte di policy 2020-2021*, in *Società Italiana di Intelligence*, 2020.

⁴⁸ L. FUMAGALLI, *The global rush towards national screening systems on foreign direct investments: a movement facing no limits? Remarks from the point of view of public international law*, op. cit.

⁴⁹ Per gli effetti economici della pandemia si veda International Monetary Fund, *World Economic Outlook, April 2020: The Great Lockdown*, aprile 2020.

⁵⁰ Artt. 15, 16 e 17, Capo III, intitolato “*Disposizioni urgenti in materia di esercizio di poteri speciali nei settori di rilevanza strategica*”. I. POLLASTRO, *La tutela delle imprese italiane: tra misure adottate (golden power) e misure suggerite (voto maggiorato)*, in M. Irrera (a cura di), *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, Torino, Regolazione, Etica e Società - Centro Studi D'impresa, pp. 80 ss.; B. RAGANELLI e F. MARCONI, *Emergenza, Crisi Economica e Golden Power*, in *Concorrenza e Mercato*, n. 1, 2021.

appartenenti all'Unione Europea, qualora la rilevanza dell'operazione sia tale da determinare il controllo della società *target* e purché ricorrano specifiche condizioni. Per i soggetti esterni all'Unione è stato previsto, inoltre, un sensibile abbassamento delle soglie il cui superamento determina l'obbligo di notifica, essendo sufficiente che l'acquisto di partecipazioni attribuisca «una quota dei diritti di voto o del capitale almeno pari al 10%, tenuto conto delle azioni o quote già direttamente o indirettamente possedute, e il valore complessivo dell'investimento sia pari o superiore a un milione di euro» e sono «altresì notificate le acquisizioni che determinano il superamento delle soglie del 15%, 20%, 25% e 50%»⁵¹.

Un'ulteriore importante innovazione introdotta dall'art. 16 ha riguardato poi la possibilità per la Presidenza del Consiglio di avviare *ex officio* il procedimento ai fini dell'eventuale esercizio dei poteri speciali sia in caso di violazione degli obblighi di notifica che in assenza di quest'ultima. Tale previsione sembra attuare, nella sostanza, quanto previsto nel Regolamento 2019/452/UE, nella parte in cui prevede la facoltà degli Stati membri di sottoporre ad osservazione anche operazioni che non sono state oggetto di notifica preventiva

Da ultimo, l'art. 17 ha disposto una modifica al Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, attribuendo alla Consob maggiori strumenti di controllo e di intervento, anche nei confronti di operazioni che riguardano piccole e medie imprese, tramite l'attribuzione della facoltà di rimuovere temporaneamente alcuni vincoli riguardanti la dimensione delle società *target* o di abbassare le soglie d'acquisto delle partecipazioni che fanno scattare gli obblighi di comunicazione.

È evidente come stia assumendo un ruolo sempre più importante quella che è stata definita la «*geopolitica della protezione*»⁵², ovvero la competizione strategico-economica, basata su valutazioni di carattere geopolitico, avanzata attraverso barriere politiche, in un mondo dove aumenta esponenzialmente l'influenza degli apparati di scrutinio degli Stati e dove l'Italia si interroga sempre più spesso sulla collocazione nei rapporti con Cina e Stati Uniti, da un lato, e sulle nuove dinamiche predatorie anche da parte di paesi UE.

A tal riguardo, è interessante porre l'attenzione su alcuni dei casi più recenti in cui il Consiglio dei Ministri ha deciso di ricorrere all'esercizio dei poteri speciali così come ridefiniti a seguito delle modifiche introdotte dal Decreto Liquidità. In particolare, tali vicende forniscono una interessante chiave di lettura per comprendere l'ampliamento dell'area di intervento dei poteri speciali dello Stato, anche ai fini del

⁵¹ Si tenga presente che il Decreto Liquidità aveva previsto una durata temporalmente limitata di tali previsioni fino al 31 dicembre 2020. L'art. 10 *ter* del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, c.d. *Decreto Ristori I*, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, ha esteso di sei mesi (e, cioè, fino 30 giugno 2021) l'ambito di applicazione dell'obbligo di notifica dell'acquisto di partecipazioni e dei relativi poteri esercitabili dal Governo. Con il d.p.c.m. 18 dicembre 2020, n. 179 e d.p.c.m. 23 dicembre 2020, n. 180 sono stati, inoltre, rispettivamente introdotti il «*Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale*» e «*Individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*». Entrambi i provvedimenti sono in vigore dal 14 gennaio 2021.

⁵² A. ARESU., *Golden power e nuova IRI. Come proteggere l'Italia*, in *Limes*, 4/2020.

perseguimento dell'obiettivo di “*posizionamento strategico dell'Italia nella competizione internazionale*”⁵³, nonché delle nuove sfumature che il concetto di sicurezza economica sta assumendo

Il Consiglio dei Ministri, a luglio 2020, ha deliberato l'esercizio dei poteri speciali in relazione all'operazione notificata dalla società AGC Inc. di acquisizione da parte di AGC Biologics Italy S.p.A. delle azioni ordinarie della società MolMed S.p.a., azienda di biotecnologie mediche, specializzata in ricerca, sviluppo, produzione e validazione clinica di terapie geniche e cellulari per la cura del cancro e di malattie rare⁵⁴. Trattasi di una delle primissime applicazioni della nuova disciplina del *golden power*, con il dichiarato intento di impedire a competitors stranieri di tentare di accedere a progetti di ricerca nazionali, di acquisire nuovi modelli di tecnologia innovativa o di ottenere la disponibilità di importanti e innovativi “brevetti”⁵⁵.

Durante la prima fase di emergenza dovuta al diffondersi della pandemia, MolMed ha reso nota la decisione della multinazionale giapponese AGC Inc.⁵⁶ di promuovere un'offerta pubblica di acquisto volontaria per il 100% delle sue azioni ordinarie. Prima ancora dell'intervento del Governo – che avrebbe adottato la riforma dei poteri speciali con il Decreto Liquidità nelle settimane successive – l'operazione ha generato un intenso dibattito, sia in quanto era la prima, dall'inizio dell'emergenza sanitaria, rivolta a un'impresa operante in un settore rivelatosi strategico come quello farmaceutico, sia perché veniva presentata in un momento di generale timore per la svalutazione degli *asset* cruciali per affermare il ruolo dell'Italia tra le principali manifatture dei medicinali in Europa.

A tal riguardo, la tendenza all'acquisizione di imprese interamente italiane, o a forte azionariato italiano, da parte di grandi aziende farmaceutiche o fondi stranieri, con conseguente dispersione del *know how*

⁵³ M. CLARICH, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali al 5G*, in *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit.

⁵⁴ MolMed – Molecular Medicine S.p.A) è nata nel 1996 come *joint venture* tra Science Park Raf (parco scientifico del San Raffaele) e Boehringer Mannheim, al fine di creare una struttura specializzata nella manipolazione *ex vivo* di cellule umane per la fornitura di servizi di terapia genica per protocolli clinici sperimentali. Dal 2004 hanno fatto ingresso nell'azionariato tre investitori privati italiani: Fininvest, Herule Finance (ora H-Equity S.r.l.) e La Leonardo Finanziaria (ora Delfin S.a.r.l.), con un aumento di capitale iniziale di 20 milioni di euro a cui hanno fatto seguito ulteriori aumenti. Nel marzo 2008 MolMed è stata quotata sul mercato MTA di Borsa Italiana a 2,15 euro per azione. Ad oggi ha due sedi operative: Milano, presso il Dipartimento di Biotecnologie dell'Ospedale San Raffaele, e Bresso, presso OpenZone.

⁵⁵ Come si legge nel Comunicato Stampa n. 54 del 07/07/2020 del Consiglio dei Ministri, l'esercizio dei poteri speciali dopo le modifiche del Decreto Liquidità non ha riguardato soltanto la vicenda MolMed, ma anche altre quattro operazioni: l'acquisizione e successiva fusione di Banca Depositaria Italiana da parte di Banca Farmafactoring S.p.A., l'acquisto dell'intero capitale di Engineering Ingegneria Informatica da parte di Centurion Holdco S.a.r.l. e le modifiche circa la detenzione del pacchetto azionario di maggioranza di Aero Sekur Airborne Limited e di Arescosmo Limited.

⁵⁶ Asahi Glass Co., Ltd, azienda di spicco del gruppo Mitsubishi attiva nei settori dell'elettronica, della chimica e della produzione del vetro, oltre al settore biotech (con acquisizioni in Danimarca, Germania e Stati Uniti). AGC negli ultimi anni ha rafforzato il proprio ruolo sul settore delle biotecnologie e sulle attività biofarmaceutiche in generale.

scientifico è stata tra le ragioni della scelta del Governo di inserire anche l'area sanitario-farmaceutica tra i nuovi settori protetti dal *golden power*⁵⁷.

Il documento di offerta relativo all'offerta pubblica di acquisto su MolMed, depositato da AGC presso la Consob nel mese di aprile e, dunque, dopo l'estensione dell'ambito di applicazione dei poteri speciali sancita dal Decreto Liquidità, prevedeva una clausola (c.d. "*Golden power condition*") condizionava l'offerta all'assenza di "*limitazioni inerenti alla gestione*" e/o "*restrizioni alla possibilità di effettuare operazioni straordinarie*". La Presidenza del Consiglio, ai sensi della riforma, ha adottato un decreto che con cui ha subordinato l'efficacia dell'offerta al rispetto di quattro prescrizioni. Nello specifico, il Governo ha prescritto ad AGC di: a) comunicare al Ministero dello sviluppo economico qualsiasi accordo di trasferimento di proprietà intellettuale tra MolMed e le società del Gruppo AGC Inc., in merito soprattutto al trattamento della leucemia mieloide acuta e del mieloma multiplo; b) mantenere sul territorio nazionale l'attività di ricerca e sviluppo, inclusi i laboratori di ricerca e gli stabilimenti produttivi annessi; c) mantenere inalterati i livelli occupazionali del personale preposto a svolgere attività essenziali per la ricerca e lo sviluppo; d) garantire la prosecuzione delle attività di collaborazione con le istituzioni italiane ed europee. AGC ha deciso di non volersi avvalere della clausola sospensiva e di proseguire l'offerta pubblica di acquisto accettando le prescrizioni governative.

Il caso Molmed ha assunto particolare rilievo in quanto, come anticipato, ha costituito uno dei primi casi di esercizio dei poteri speciali, dopo le recenti modifiche apportate alla relativa disciplina, nell'ambito del settore farmaceutico che comprende l'approvvigionamento di medicinali, dispositivi e attrezzature sanitarie, le tecnologie critiche di raccolta e analisi dei dati e di utilizzo delle conoscenze raccolte, nonché le tecnologie bio-ingegneristiche usate anche in settori correlati. I risultati finali dell'esercizio del *golden power* in tale settore potranno essere considerati soltanto nel medio-lungo periodo. Ciò tanto in ragione del perdurare dell'emergenza Covid-19 e dell'aggravarsi della crisi socio-economica connessa, quanto della necessità di bilanciare le esigenze di tutela degli *asset* strategici con quelle di favorire gli investimenti, considerato che questi ultimi rappresenteranno una leva fondamentale per la ripresa e la crescita economica post-pandemia, a livello nazionale e globale.

Tale impostazione sembra calzante sempre più la definizione di Stato "*stratega*"⁵⁸ o "*doganiere*"⁵⁹ già utilizzata per descrivere gli interventi di modifica alla disciplina introdotti a partire dal 2019, e che evidenzia la facoltà dello Stato di intervenire sugli investimenti stranieri in modo più pervasivo, dopo un'attenta "*analisi strategica di tipo anche geo-economico e geo-politico, naturalmente saldamente poggiante su verifiche e*

⁵⁷ Per più approfondite considerazioni sull'intera vicenda si veda: L. VIADOTTI, *Intelligence economica e nuovo Golden Power: il caso MolMed*, in *Analytica for intelligence and security studies*, Dicembre 2020.

⁵⁸ R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Federalismi.it*, 17/2019.

⁵⁹ G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn.amm.*, 2019, pp. 550 e ss.

valutazioni tecniche complesse?. Se l'evento pandemico sembra indicare la via di un nuovo protagonismo statale, al netto delle differenze ricorrenti tra le diverse realtà, dubbi possono sorgere circa l'adeguatezza degli strumenti, con particolare riferimento a quelli a disposizione del Gruppo di coordinamento che si occupa del *golden power*, richiedendosi una competenza tecnica sempre più elevata nella valutazione delle istanze, oltre ad apparati burocratici stabili e specializzati.

4. Giudicare come amministrare? Il ruolo della giurisdizione amministrativa esclusiva nel grande contenzioso economico.

Il ruolo sempre maggiore svolto dal giudice amministrativo quale giudice del contenzioso economico sembra essere il frutto delle trasformazioni che il ruolo dello Stato e, con esso, il diritto dell'economia, hanno subito negli ultimi anni. Se, infatti, in un primo momento il diritto amministrativo ha seguito la crescita dei compiti attribuiti allo Stato, fornendo apparati pubblici e poteri correlati, successivamente è intervenuto per legittimare tali funzioni e poteri, subordinandoli al rispetto della legge e sottoponendoli al sindacato giurisdizionale⁶⁰.

La relazione tra giustizia amministrativa ed economia emerge sempre con maggiore evidenza. È possibile evidenziare una influenza diretta ogniqualvolta il giudice amministrativo è chiamato a pronunciarsi su procedimenti amministrativi con cui la pubblica amministrazione provvede alla produzione di beni e servizi, incidendo così sui costi e sui tempi di realizzazione delle opere pubbliche e, con essi, sullo sviluppo infrastrutturale del Paese, nonché nei casi in cui il vaglio amministrativo sia rivolto alle attività di regolazione economica esercitata dalle amministrazioni centrali e locali, dalle autorità indipendenti, dalle autorità di vigilanza. Non meno rilevanti sono le ricadute "indirette" sull'efficienza del sistema produttivo, tenuto conto che il controllo del giudice amministrativo si esplica anche sull'attività di auto-amministrazione dei soggetti pubblici, tra cui si annoverano le procedure di assunzione del personale, gli atti di macro-organizzazione degli uffici, le procedure per l'acquisto di beni e servizi interni.

Può quindi affermarsi che il giudice amministrativo, avendo assunto sempre più un ruolo di giudice del mercato e dei relativi fallimenti, assurga ad arbitro di ultima istanza della stessa regolamentazione economica, con ciò assumendo una visione globale della particolare dialettica che caratterizza le relazioni giuridiche del nuovo diritto pubblico dell'economia⁶¹.

La giurisprudenza, comunitaria prima e nazionale poi, ha imposto, quale condizione per il legittimo conferimento ed esercizio dei poteri speciali del Governo, che gli stessi fossero assoggettati a un

⁶⁰ G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Diritto amministrativo*, 2014, vol. 22, fasc. 4, pp. 695-724.

⁶¹ M. CLARICH, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro amm.*, 2003, pp. 3113 e ss; B. RAGANELLI, *Giurisdizione amministrativa, regole e competitività – Report annuale*, in *Ius Publicum Network Review*, 2013.

penetrante sindacato giurisdizionale interno, tale da consentire la piena verifica, tra l'altro, della proporzionalità tra i poteri esercitati e le concrete esigenze di perseguimento dell'interesse pubblico.

Le controversie relative ai provvedimenti adottati dal Governo nell'esercizio dei poteri speciali, in quegli ambiti che rientrano nel perimetro di applicazione della disciplina del *golden power*, sono assoggettate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, lett. z *quinquies* c.p.a.)⁶² e alla competenza funzionale del TAR Lazio, sede di Roma (art. 135, lett. h, c.p.a.). Tali controversie sono, inoltre, soggette al rito accelerato di cui all'art. 119 c.p.a.

Prima dell'intervento riformatore del 2012⁶³, il legislatore italiano della *golden share* – proprio alla luce delle indicazioni giurisprudenziali⁶⁴ – aveva stabilito che le controversie relative agli atti di opposizione e di veto, adottati dal socio pubblico in attuazione di previsioni statutarie, fossero soggette alla giurisdizione amministrativa di legittimità, in ragione dell'espressa menzione del termine decadenziale di 60 giorni per la proposizione del ricorso e dal mancato inserimento di tali controversie nell'elenco delle materie di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 del c.p.a.⁶⁵

Originariamente, la previsione di cui all'art. 103 Cost., che prevede che al giudice amministrativo spetti giurisdizione anche sui diritti soggettivi in particolari materie, attribuiva alle materie di giurisdizione esclusiva carattere marginale ed eccezionale. Ad oggi, l'art. 133 c.p.a. del che individua puntualmente e tassativamente le materie con riferimento alle quali il giudice amministrativo può decidere anche su diritti soggettivi, ha visto accrescere imponentemente le materie di giurisdizione esclusiva. Il continuo ampliamento di tali confini ha consentito di considerare a pieno titolo il giudice amministrativo come

⁶² L'art. 133, comma 1, lett. z) *quinquies*, c.p.a. si riferisce alle «controversie relative all'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni».

⁶³ All'art. 135, c. 1., lett. h), c.p.a., si parlava, anteriormente alla modifica intervenuta ad opera del d.l. n. 21 del 2012, di «controversie relative al corretto esercizio dei poteri speciali dello Stato azionista di cui all'articolo 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, e successive modificazioni».

⁶⁴ Cfr. l'art. 2 del d.l. n. 332 del 1994, c. 1, lett. a, b e c, come modificato dall'art. 4, c. 227, della l. n. 350 del 2003. I giudici comunitari, pur ritenendo la disciplina nazionale non conforme al principio di libertà di circolazione dei capitali, avevano apprezzato tale scelta. Nella sentenza della Corte europea di Giustizia, sez. III, 26 marzo 2009, causa C-326/07, in *Foro it.*, con nota di M. COLANGELO, *Golden share, diritto comunitario e i mercanti di Venezia*, in *Foro it.*, 2009, IV, pp. 224 e ss., si legge, infatti: «la circostanza che l'esercizio dei poteri speciali possa essere soggetto al controllo del giudice nazionale, in forza dell'art. 2, c. 1, lett. a)-c), del decreto legge n. 332/1994, è necessaria per la protezione delle persone in relazione all'applicazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali, tuttavia essa non è sufficiente, di per sé, per sanare l'incompatibilità con tali norme dei criteri di applicazione dei poteri speciali». Su questa pronuncia si vedano, per tutti, le riflessioni di G.C. SPATTINI, *La "golden share" all'italiana finalmente "presa sul serio" dalla Corte di Giustizia? La nuova (e forse perplessa) condanna della "Grundnorm" delle privatizzazioni sostanziali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, pp. 1599 e ss..

⁶⁵ M. ALLENA, *Un nuovo ambito di giurisdizione del giudice amministrativo nel diritto dell'economia: la competenza esclusiva in materia di esercizio dei golden powers*, cit. L'autore rileva, in senso critico, la singolarità di tale assetto della tutela giurisdizionale, nella misura in cui poteri esercitati dallo Stato in qualità di azionista (dunque, apparentemente privatistici) fossero, poi, assoggettati alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

“*giudice dei diritti*”⁶⁶, escludendo che tale protezione possa dirsi solo “*occasionalmente ospitata nel giudizio amministrativo*”⁶⁷.

Secondo la descrizione recepita e contenuta nell’art. 7 c.p.a.⁶⁸, la giurisdizione amministrativa deve considerarsi fondata sull’esercizio del potere e sulla veste autoritativa della pubblica amministrazione nell’adozione di atti o comportamenti, manifestazione di potere pubblici, a cui le controversie devono poter essere mediatamente riconducibili.

La decisione finale sull’esercizio dei poteri speciali, adottata con decreto del Presidente del Consiglio, su conforme delibera del Consiglio dei ministri, è espressione di potere politico quando riguarda la sicurezza e la difesa nazionale (e, come tale, non sottoponibile al sindacato del giudice); di potere amministrativo quando riguarda la tutela di assetti strategici, risultando frutto di una discrezionalità tecnica amministrativa. Nel caso del *golden power*, la legge indica i presupposti di esercizio di tali poteri e riconosce un ampio tasso di discrezionalità all’attività esercitata dal Governo, che difficilmente può essere eliminato. Questo richiede, da un lato, criteri prestabiliti che governino e circoscrivano l’esercizio dei poteri; dall’altro, risultano imprescindibili verifiche successive volte a garantire l’equilibrio delle scelte compiute e il rispetto delle regole proprie dell’esercizio della funzione amministrativa. Deve, infatti, essere dimostrata la sussistenza dei requisiti richiesti per giustificare la necessità di tutelare interessi strategici, effettuando valutazioni che sono il frutto di una discrezionalità tecnica, ma anche e soprattutto amministrativa nel senso classico del termine⁶⁹. Conseguentemente, i provvedimenti che vengono adottati mantengono le caratteristiche proprie degli atti amministrativi, che si estrinsecano nel perseguimento delle finalità pubbliche attraverso la cura dei pubblici interessi. Tali provvedimenti non possono non essere assoggettati al sindacato giurisdizionale, chiamato a verificare la compatibilità tra la scelta concretamente adottata e il corretto esercizio del potere discrezionale, nel rispetto dei canoni della legittimità procedimentale, della ragionevolezza, della coerenza ed adeguatezza⁷⁰

⁶⁶ E. SCODITTI e G. MONTEDORO, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, dicembre 2020, evidenziano come, nei limiti in cui possa parlarsi di “*mutamento costituzionale materiale*”, sono stati protagonisti dell’evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tanto il legislatore ordinario quanto il giudice costituzionale. In particolare, i richiami nel codice del processo amministrativo alla cognizione del giudice anche sui “*diritti fondamentali della persona*” o “*altri beni di primario rilievo costituzionale*” (art. 55) e i “*diritti costituzionalmente tutelati*” (art. 133, lett. p), hanno contribuito a delineare un volto della giurisdizione amministrativa non più circoscrivibile al sindacato sul solo atto/rapporto amministrativo. Con particolare riferimento alla Corte Costituzionale, si veda la delimitazione compiuta a partire dalla sentenza 06/07/2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I.

⁶⁷ A. PAJNO, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 965 e ss..

⁶⁸ Si rinvia ad A. POLICE, *Commento all’art. 7 co. 2, 3 C.p.a.*, in *Codice della giustizia amministrativa*, in (G. Morbidelli, a cura di), 2015, Milano, pp. 207 e ss..

⁶⁹ Per l’esame del tema delle acquisizioni giurisprudenziali sull’incisività del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, in specie come sviluppatosi con riguardo agli atti delle Autorità indipendenti, si veda M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all’AGCM*, in *www.federalismi.it*, 2018, spec. 19-20.

⁷⁰ R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, cit.

Il penetrante sindacato giurisdizionale interno, tale da consentire una piena contestazione della proporzionalità tra i poteri esercitati e le concrete esigenze di perseguimento dell'interesse pubblico (in conformità con la Corte di Giustizia dell'UE, per cui sono accettabili limitazioni alla libera circolazione dei capitali solo ove basate su “*criteri oggettivi e controllabili dal giudice*”), rende il giudice amministrativo una componente fondamentale dell'azione regolatoria dei pubblici poteri non esimendosi dal sollevare, tuttavia, alcuni dubbi e criticità.

Nell'architettura del c.p.a., le materie di giurisdizione esclusiva sono individuate attraverso l'impiego di criteri oggetti o soggettivi⁷¹. Nel primo caso, il riferimento è alle materie e all'ambito in cui incide il provvedimento di una autorità amministrativa (es. appalti, produzione di energia, telecomunicazioni e ferrovie), alle concessioni, agli affidamenti, agli atti pubblicistici di organizzazione e gestione, alla vigilanza; nel secondo, si fa riferimento ai poteri pubblici che hanno provveduto all'emissione del provvedimento, individuati attraverso un elenco (Autorità indipendenti, comprese le sanzioni pecuniarie della Banca d'Italia e della Consob)⁷².

Si può allora meglio comprendere perché, sul piano processuale, il giudice amministrativo abbia finito per assumere un ruolo sempre più centrale in campo economico. Questi è così diventato il soggetto istituzionalmente preposto a risolvere un numero crescente di controversie: non solo tra pubbliche amministrazioni e imprese, ma anche tra imprese in concorrenza tra loro di fronte all'autorità di regolazione.

Il comma 1 dell'art. 14 c.p.a., per individuare le controversie devolute alla competenza funzionale inderogabile del Tar Lazio, rinvia all'art. 135 c.p.a e alla legge, così da far rientrare nel predetto foro speciale anche le ipotesi indicate da leggi successive e ulteriori. Per le controversie relative ai provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri speciali, il legislatore si è limitato a prevedere in astratto la competenza del giudice amministrativo, pur avendo rimesso la determinazione concreta delle attività di rilevanza strategica ad atti del potere esecutivo (decreti del Presidente del Consiglio dei ministri)⁷³.

⁷¹ G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2011, pp. 677-682.

⁷² D. DE PRETIS, *Il riparto di giurisdizione*, in *Il nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 1129 e ss. e R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, pp. 658 e ss..

⁷³ Tale previsione è stata ritenuta comunque conforme all'interpretazione dell'art. 25, comma 1, Cost. fornita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui la riserva di legge deve ritenersi rispettata anche quando il giudice sia stato designato «*attraverso atti di soggetto*» ai quali fosse stato «*attribuito il relativo potere nel rispetto della riserva di legge*» e che «*[...] è sufficiente che la legge determini criteri oggettivi e generali, capaci di costituire un discrimen della competenza e della giurisdizione di ogni giudice*», Corte cost., ord. 24 ottobre 2001, n. 343. Si veda: F. GASPARI, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici – La nuova golden share tra diritto interno comunitario e comparato*, Giappichelli editore, Torino, 2015, pp. 40-43.

Nel processo amministrativo, la distribuzione delle competenze tra gli organi giurisdizionali, si basa sulla contrapposizione tra competenza territoriale e quella cd. *funzionale*⁷⁴. Quest'ultima attribuisce la competenza non sulla base del criterio generale dell'efficacia dell'atto o della sede dell'organo, bensì sull'individuazione di predefiniti ambiti di materie, introdotte e stratificatesi per effetto di specifiche previsioni normative⁷⁵.

La *ratio* sottesa all'attribuzione della competenza funzionale inderogabile al Tar Lazio⁷⁶ risiede nella necessità di garantire la presenza di una risoluzione accentrata delle controversie anche in primo grado, così da assicurare una omogeneità di orientamenti giurisprudenziali, con conseguente prevedibilità delle decisioni da cui discende, auspicabilmente, una funzione di orientamento dei comportamenti e di responsabilizzazione degli attori⁷⁷. La competenza funzionale ha consentito, inoltre, tanto di evitare la prassi disdicevole del c.d. *forum shopping*, quanto di assicurare un'altissima specializzazione dei collegi giudicanti, stante la delicatezza delle materie e la rilevanza delle partite economiche coinvolte⁷⁸.

È interessante evidenziare, ulteriormente, il rapporto di complementarità che, in termini di garanzie all'esercizio del *golden power*, si instaura tra giudici amministrativi e Parlamento, nonché la fondamentale dialettica che dovrebbe governare le relazioni tra quest'ultimo e il Governo.

Premesso che i penetranti poteri che il Governo può esercitare a tutela degli *asset* strategici sono conferiti dal Parlamento attraverso una legislazione che si è stratificata nel corso degli anni, quest'ultimo esercita

⁷⁴ Cfr. C. MIGNONE, *Competenza e regolamento di competenza (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Did. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1989, pp. 218 e ss..

⁷⁵ Una nuova valorizzazione della "territorialità del giudice" e del principio di prossimità è, di contro, alla base del d.l. n. 109/2018, convertito dalla l. n. 130/2018, c.d. "decreto Genova", col quale il Governo ha inteso apprestare misure emergenziali dopo il crollo del ponte Morandi. Ai sensi Art. dell'art. 10, recante *Norme in materia di giustizia amministrativa e di difesa erariale*, è previsto che tutte le controversie relative agli atti adottati dal Commissario straordinario, nonché ai conseguenti rapporti giuridici anteriori al momento di stipula dei contratti che derivano da tali atti, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e alla competenza funzionale inderogabile del tribunale amministrativo regionale della Liguria. Si veda, V. BLANDA, *Considerazioni generali e proposte di modifica all'art. 135 c.p.a.*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.

⁷⁶ L'art. 14, comma 2, stabilisce poi la competenza funzionale inderogabile del TAR della Lombardia, sede di Milano, per le controversie relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Di recente, la competenza del TAR Lombardia è stata ampliata per effetto del trasferimento a tale organo giurisdizionale dei compiti della soppressa Agenzia Nazionale in materia di Acqua.

⁷⁷ In chiave critica si è evidenziato il rischio connesso alla difficoltà del Tar Lazio di rispondere in modo tempestivo ed efficace al carico di lavoro sempre più pressante, ma anche quello connesso ad una eliminazione del pluralismo delle opinioni e della dialettica, tipico di una giurisprudenza che è ripartita tra più organi giurisdizionali dello stesso grado. Sul punto, V. BLANDA, *Considerazioni generali e proposte di modifica all'art. 135 c.p.a.*, cit. Per ulteriori criticità si veda anche F. PEIRONE, *Il riparto della competenza nella giustizia amministrativa tra naturalità del giudice territoriale e cura di interessi nazionali*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 1, 2016, pp. 136 e ss..

⁷⁸ Si discute, tuttavia, se possa ancora ritenersi valido un sistema di distribuzione delle competenze che costituisce eccezione alla necessità che il processo si svolga nella sede territoriale più vicina rispetto al luogo di produzione degli effetti dei provvedimenti amministrativi o, comunque, nell'ambito territoriale nel quale risiedono i soggetti interessati dai medesimi atti, sul quale si incardina il criterio generale di riparto individuato dall'art. 13 del c.p.a. Si veda G. POLI, *La competenza funzionale nel sistema di giustizia amministrativa. Un modello ancora eccezionale?*, in *Foro amm., TAR*, fasc. 12, 2012, pp. 4075 e ss..

una importante prerogativa di controllo sull'attività dell'esecutivo, non tanto e non solo nell'interesse delle forze politiche rappresentate nel Parlamento, quanto più nell'interesse della collettività quale garante di democraticità. Ciò permette un controllo *ex post* sull'operato del Governo, anche nell'ottica di colmare eventuali *deficit* democratici, e si aggiunge alle garanzie partecipative e ai controlli di legittimità *ex ante* condotti dalla Corte dei conti, che determinano limitazioni procedimentali e sostanziali all'esercizio dei poteri speciali.

A tal fine, ai sensi dell'articolo 3 *bis* del d.l. n. 21/2012, il Presidente del Consiglio dei ministri deve trasmettere alle Camere una relazione annuale sull'attività svolta in materia di poteri speciali sugli assetti societari di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, della tecnologia 5G e dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, e di tutti i settori da ultimo ricondotti entro il perimetro del *golden power*. Tale relazione, concentrandosi non solo sull'attività svolta sulla base dei poteri attribuiti ma anche, in particolare, sui risultati conseguiti, offre un importante momento di dialogo e confronto tra il Parlamento e il Governo⁷⁹.

Il controllo parlamentare, tuttavia, finora non sembra essersi rivelato particolarmente penetrante. A fronte delle informative ricevute dal Governo, solo in un numero limitato di casi il Parlamento ha provveduto ad ulteriori approfondimenti nelle verifiche per comprendere se il primo avesse agito in modo tempestivo ed efficace. Ciò non fa altro che rafforzare il controllo esercitato dall'apparato giurisdizionale amministrativo, a tutela tanto dei principi di concorrenza e di imparzialità, quanto anche di quello di buon andamento della pubblica amministrazione.

Ci si interroga dunque se, nell'ordinamento di una moderna democrazia industriale, non sia necessario uno sforzo ulteriore per rinvigorire il controllo parlamentare e per rendere i controlli esterni di legittimità più in linea con i tempi⁸⁰. È evidente che l'esigenza di assicurare forme di tutela e garanzia sia tanto più impellente quanto più si prosegue nella direzione di ampliare il perimetro dei settori e, dunque, delle operazioni potenzialmente assoggettabili all'esercizio dei poteri speciali, assumendo piena contezza della circostanza per cui non può il giudice sostituirsi alla politica e gestire l'amministrazione

⁷⁹ Secondo la “*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*”, comunicata alla Presidenza del Consiglio dei ministri il 22 giugno 2020, per l'anno 2019 sono pervenute alla Presidenza del Consiglio dei ministri complessivamente 83 notifiche: 13 sono state oggetto di imposizione dei poteri speciali nella forma di imposizione di specifiche condizioni e prescrizioni; 24 non sono state oggetto di esercizio dei poteri speciali con adozione della relativa delibera; 15 sono state concluse con procedura semplificata, in quanto trattavasi di operazioni aventi ad oggetto atti ed operazioni infragruppo; 19 sono state ritenute non rientranti nella disciplina del *golden power*; 8 sono state dichiarate incomplete o irregolari; 4 non hanno trovato specifica collocazione e si è provveduto a una mera presa d'atto. La relazione evidenzia come il numero delle notifiche fosse pressoché raddoppiato rispetto a quelle del 2018 (48 procedimenti).

⁸⁰ Si veda, più diffusamente, G. DELLA CANANEA e L. FIORENTINO, *I “poteri speciali” del Governo nei settori strategici*, Edizione Editoriale scientifica, Sentieri giuridici, 2021.

5. Brevi considerazioni conclusive.

Il quadro delle recenti modifiche in materia di poteri speciali dello Stato e il ricorso al *golden power*, così come brevemente delineato nei paragrafi che precedono, sembra aver trovato ragione storica sufficiente nell'emergenza epidemiologica da Covid-19, così facendo riemergere dubbi e interrogativi mai sopiti. In particolare, l'emergenza coronavirus ha posto di nuovo l'attenzione, attraverso il tema dei poteri dello Stato su imprese che svolgono attività di rilevanza strategica, sul ruolo che questi assume nell'economia nazionale e sulle implicazioni di tali forme di ingerenza.

L'attuale contesto emergenziale ha potuto giustificare un rafforzamento di tali poteri a fronte dell'esigenza di contenere minacce di scalate ostili nei confronti di attivi strategici del sistema economico italiano, complice anche l'estrema volatilità dei mercati, da parte di *competitors* europei o stranieri, al fine dichiarato di realizzare uno "scudo" contro i rischi propri della pandemia. Si tenga conto che la stessa Commissione europea ha esortato gli Stati membri tutti ad avvalersi appieno dei meccanismi di controllo degli investimenti esteri diretti e di tutte le opzioni disponibili al fine di fronteggiare eventuali casi in cui l'acquisizione o il controllo di una determinata impresa, infrastruttura o tecnologia possa comportare rischi per la sicurezza o l'ordine pubblico dell'Unione Europea "*as a whole*", con la conseguente perdita di risorse e tecnologie critiche⁸¹.

Tale esortazione si è, in realtà, inserita in un *trend* già ampiamente diffuso, caratterizzato dalla tendenza da parte dei governi nazionali a ricorrere a un sempre più penetrante scrutinio degli investimenti⁸², rivolto non solo a quelli proveniente da Stati esteri ma anche da Stati membri. È evidente come lo scontro, non più circoscritto al solo rapporto tra capitali UE ed extra UE, ma esteso ormai anche ai rapporti interni tra capitali europei, stia dimostrando il perdurare di conflittualità interstatali e di tendenze protezionistiche capaci di minare il carattere unitario dell'Europa. L'innalzamento di barriere all'ingresso nei confronti di imprese o investitori europei ben può consentire di difendere l'interesse nazionale ma, rovesciando la medaglia, può creare un *vulnus* del sistema, scoraggiando gli investimenti o aprendo a limitazioni reciproche "di rappresaglia". Tale approccio segna un'evidente inversione di tendenza rispetto alla strada

⁸¹ Comunicazione 2020/C991/01 del 26 marzo 2020, recante "Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti (FDI) e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452". Con riferimento ai meccanismi di controllo sugli investimenti esteri dei singoli Paesi si legge: «FDI screening should take into account the impact on the European Union as a whole, in particular with a view to ensuring the continued critical capacity of EU industry, going well beyond the healthcare sector». Sulle misure adottate nei diversi Stati: B. RAGANELLI e F. MARCONI, *Foreign investment screening beyond the Covid-19 challenge: overcoming the emergency*, in *Banca Impresa e Società*, n. 3, 2021.

⁸² Risultato, secondo autorevole dottrina, della «sempre più evidente "guerra fredda", economica e tecnologica, in atto tra Stati Uniti e Cina». Vedasi: G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, cit.. Si veda anche: B. RAGANELLI, *La difesa degli interessi strategici in tempi di crisi: a golden-route for a back-off?*, in *ADDE, Politiche pubbliche nazionali ed europee nel segno dell'inclusione e della sostenibilità*, 2020.

segnata dal Regolamento (UE) 2019/452, che ha inteso introdurre un quadro regolamentare comune per tutelare settori considerati strategici non più a livello esclusivamente nazionale, bensì europeo.

La pandemia ha, di fatto, rappresentato il propellente di processi già in atto, a lungo covati in seno all'Europa *unita*, che non hanno fatto altro che evidenziare la necessità di guardare ai fenomeni del mercato attraverso categorie non più e non solo giuridiche, ma attraverso categorie più ampie che tengano conto anche delle implicazioni geo-strategiche ed economiche, intra ed extra europee. Lo stesso *golden power* rappresenta un modulo operativo che necessita un approccio necessariamente interdisciplinare per coglierne tutte le potenzialità e per poterne analizzare le criticità, considerata la posizione di centralità che l'istituto assume rispetto a ulteriori profili che devono essere considerati congiuntamente.

A tal proposito, occorre tener presente che molte delle misure in tema di *golden power* adottate per fronteggiare l'attuale emergenza consentono l'esercizio dei poteri speciali non più esclusivamente su grandi operazioni di rilievo nazionale, ma anche al fine di conformare attività di impresa che, per quanto strategiche, coinvolgono livelli più bassi del tessuto economico-imprenditoriale. Ne consegue che le dimensioni dell'efficienza e della garanzia nell'impiego di tale strumento risultano ancora più inevitabilmente collegate tra loro, con la conseguente necessità di implementare un apparato istituzionale altamente specializzato, con rigorosa distinzione tra tecnici e decisori.

È evidente come il rinnovato protagonismo dello Stato sia l'elemento che maggiormente sembra caratterizzare questa fase, sia sul piano del sostegno economico alle imprese in difficoltà che su quello della difesa della nazionalità delle imprese stesse. Dopo una fase di regresso del ruolo dello Stato imprenditore negli anni '90, ad oggi una riemersione di tale ruolo viene invocata da più parti, sia nella contingenza dell'emergenza, sia nella fase di ripresa post-pandemia. L'istanza di tutela della concorrenza, a cui sono strettamente legati l'integrità del mercato unico e la promozione degli investimenti, si scontra di nuovo con la tendenza ad erigere barriere per la difesa dei confini nazionali, delle imprese in difficoltà che possono essere più facilmente acquisite, nonché di interi settori manifatturieri ed economici che rischiano di passare in mani estere.

È necessario, dunque, monitorare l'evoluzione della crisi e delle risposte al suo perdurare per valutare se la presenza statale sarà limitata, quale *extrema ratio* in condizioni di emergenza, o se si protrarrà per periodi più lunghi, divenendo a tutti gli effetti uno strumento di politica economica. Ciò inaugurerebbe una vera e propria nuova stagione di protagonismo dello Stato, rinnovando complesse questioni circa il contemperamento tra il rispetto degli imprescindibili principi europei del mercato unico e la nuova latitudine della preminenza dei concetti di sicurezza/interesse nazionale.