

*Golden power: mercato e protezione
degli interessi nazionali*

di Roberto Garofoli
Presidente di Sezione del Consiglio di Stato



Golden power: mercato e protezione degli interessi nazionali *

di Roberto Garofoli

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Abstract: La prolungata e profonda crisi, se ha certo acuito debolezze e fragilità del tessuto imprenditoriale italiano, ne ha anche segnalato vitalità e potenzialità, specialmente in alcuni settori e filiere produttive strategiche, anche ad elevato contenuto innovativo e tecnologico. Il che spiega le crescenti strategie straniere di acquisizione, di frequente del tutto fisiologiche, talvolta invece espressione di interessi potenzialmente ostili o predatori. La disciplina del golden power è al riguardo espressione della necessità di coniugare il primario interesse statale ad attrarre investimenti esteri con quello a che gli stessi siano coerenti o compatibili con rilevanti interessi nazionali. L'evoluzione di tale disciplina, se ha modificato il ruolo dello Stato (da azionista a regolatore), non ha trasformato il sostanziale compito assegnato allo Stato, di protezione da minacce esterne delle imprese nazionali operanti in settori strategici, oltre che dell'indipendenza economica nazionale ed europea. Non si tratta dunque di uno strumento dirigistico o "politico" di alterazione del mercato e dei suoi fisiologici meccanismi di funzionamento. L'analisi di taluni aspetti della disciplina del golden power, in particolare quelli relativi alla natura dei poteri assegnati allo Stato e all'adeguatezza delle strutture amministrative preposte, è condotta tenendo conto delle rilevanti innovazioni intervenute nel 2022. Alcune di fonte legislativa (d.l. marzo 2022, n. 21 e DPCM 1 agosto 2022, n. 133), relative ad aspetti procedurali (pre-notifica e nuovi poteri assegnati al Gruppo di coordinamento) e organizzativi (rafforzamento degli uffici del DICA, istituzione del Nucleo di valutazione e analisi strategica, potenziamento dell'enforcement con appositi compiti riconosciuti alla Guardia di finanza). Altre di fonte giurisprudenziale, importanti nel confermare opzioni già prevalse in merito a natura e portata delle valutazioni spettanti all'amministrazione e al giudice quando intervengono in materia di golden power (TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022, nn. 4486 e 4488, intervenuto a definire un ricorso proposto con riferimento al caso Syngenta). Tra le riflessioni svolte, quelle relative: a) all'utilità che l'Amministrazione, anche valorizzando la copiosa prassi applicativa degli ultimi anni, concorra a chiarire la reale estensione del perimetro applicativo della disciplina in tema di golden power (così venendo incontro alle esigenze di certezza avvertite dagli operatori economici); b) al concreto atteggiarsi del principio di proporzionalità nella graduazione delle misure applicabili in sede di esercizio dei golden powers e alla possibilità che alla più incisiva e severa decisione di apporre il veto si pervenga non solo in ragione della acclarata "inidoneità in astratto" di eventuali prescrizioni a raggiungere lo scopo, ma anche quando l'enforcement e il monitoraggio delle eventuali prescrizioni appaia di ardua, se non impossibile, gestione ad opera dell'amministrazione; c) all'opportunità di un coordinamento tra il momento della decisione di veto e quello della successiva e diversa strategia da mettere in campo a valle del veto. L'analisi è preceduta dalla indicazione di dati che, relativi tanto alle notifiche quanto alle delibere di esercizio dei poteri speciali, attestano come la disciplina del golden power stia vivendo una stagione di impetuosa espansione.

Sommario: 1. L'importanza di un progetto di ricerca sul consolidamento delle prerogative pubbliche in una stagione di crisi. 2. Il paradigma dello Stato protettore e i profili di rilevanza del *golden power*. 3. I dati e le principali linee di tendenza. 4. Profili procedurali: esigenze semplificative, deflative e tassonomiche. 4.1. *Il potere del Gruppo di coordinamento di definire il procedimento senza passaggio in Consiglio dei Ministri*. 4.2. *La prenotifica*. 5. Profili organizzativi: specializzazione funzionale e rafforzamento organizzativo. 6. Profili giurisdizionali: un sindacato sugli atti di alta amministrazione. 7. Conclusioni: il coordinamento con misure di politica industriale.

* *Testo rivisto della Relazione tenuta in occasione della presentazione del progetto di ricerca "RESTORE", LUISS "Guido Carli" – Roma, 25 novembre 2022.*



1. L'importanza di un progetto di ricerca sul consolidamento delle prerogative pubbliche in una stagione di crisi.

Vi ringrazio molto per l'invito. Mi dà l'occasione di tornare su un tema che, da Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri, ho seguito non poco, tanto nel dare applicazione quasi settimanale alla disciplina del *golden power*, quanto nel concorrere alla definizione delle linee di riforma che a quella disciplina si è ritenuto di apportare. Per vero, è stato un tema sul quale, già in passato - nella differente veste di appassionato del diritto amministrativo e grazie alle sollecitazioni di alcuni esperti del settore - avevo svolto alcune riflessioni.

Tornando nella veste di studioso, arricchita ora dell'esperienza istituzionale, trovo innanzitutto molto apprezzabile il titolo del vostro progetto di ricerca (**Restore**). Attesta l'importante consapevolezza della necessità di "ricostituire", consolidare e rafforzare lo Stato, le prerogative pubbliche e gli apparati cui le stesse sono affidate, compresi quelli che presiedono alle diverse modalità attraverso cui si declina l'intervento pubblico in economia.

Una consapevolezza da tempo maturata almeno tra gli studiosi. In una accezione non distante, già nel 2015, è stato affermato (G. Napolitano, Fixing government, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del XXI secolo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, 611 ss.) che *the fixing government*, letteralmente *la fissazione del governo*, cioè la riorganizzazione e messa a punto delle sue strutture pubbliche, è tra le principali politiche di riforma ai quali i Paesi occidentali dovrebbero dedicarsi nel promuovere la ripresa delle rispettive economie e società.

E' un'esigenza sempre più avvertita tanto più **in una stagione così prolungata di crisi** (dapprima quella economico-finanziaria, poi quella pandemica e in ultimo quella internazionale), destinata a suggerire un innalzamento della capacità pubblica di esercitare al meglio le differenti tipologie di compiti e ruoli di volta in volta necessari perché il sistema economico possa essere più resiliente.

Tra questi, quelli legati alla disciplina del *golden power* stanno assumendo un rilievo crescente, per plurime e tra loro diverse ragioni.

2. Il paradigma dello Stato protettore e i profili di rilevanza del *golden power*.

Al riguardo, la prolungata e profonda crisi, se ha certo **acuito debolezze e fragilità** del tessuto imprenditoriale italiano, ne ha anche segnalato **vitalità e potenzialità**, specialmente in alcuni settori e filiere produttive strategiche, anche ad elevato contenuto innovativo e tecnologico. Il che spiega le crescenti strategie **straniere** di acquisizione, di frequente del tutto fisiologiche (è noto, infatti, che nei momenti di crisi economica il numero delle acquisizioni societarie cresce in modo deciso, in ragione di normali circostanze di mercato), talvolta invece espressione di **proiezioni e interessi potenzialmente**



ostili o predatori. Non può essere infatti trascurato il rischio, ancor più grande in severe stagioni di crisi, che taluni investimenti esteri diretti -in specie quelli riconducibili ai Fondi Sovrani o a imprese direttamente o indirettamente riconducibili al potere esecutivo di altri Stati- non rispondano ad obiettivi di natura esclusivamente economica o di semplice massimizzazione del valore, ma siano diretti ad acquisire il possesso di tecnologie avanzate, a guadagnare l'accesso a risorse naturali o a migliorare la competitività di imprese estere concorrenti di quelle da acquistare.

La disciplina del *golden power* e la sua stessa anche recente evoluzione sono espressione, a tale riguardo, della necessità di coniugare e conciliare il primario interesse statale ad attrarre investimenti esteri con quello a che gli stessi siano coerenti o compatibili con taluni rilevanti interessi nazionali.

L'evoluzione della regolamentazione nazionale dei controlli statali sugli investimenti esteri ha, come è noto, comportato un ripensamento del ruolo dello Stato con il passaggio, in particolare, da *azionista* (quando il sistema ruotava attorno alla *golden share*) a *regolatore* (con il d.l. 15 marzo 2012, n. 21, e l'introduzione del diverso sistema dei *golden powers*).

Ciò che non è mutato, invece, è il sostanziale compito di **protezione** assegnato allo Stato, chiamato a definire il perimetro della sicurezza nazionale e a verificarne la compromissione sulla base di una pluralità di valutazioni di tipo settoriale, ma anche geo-economico e geo-politico.

Un compito, quello di **protezione**, che sottolinea, tra l'altro, il ruolo affidato al Governo di presidio non solo delle imprese nazionali operanti in settori strategici da minacce esterne, di tipo predatorio, ma anche -in una considerazione ancor più ampia- dell'indipendenza economica nazionale ed europea in taluni ambiti, che le crisi affrontate nel recente passato e quelle ancora in atto hanno indotto a considerare essenziali e vitali.

In questa prospettiva, la disciplina del *golden power* e le relative modalità di attuazione ed esercizio non devono essere intese come strumento dirigistico o "politico" di alterazione del mercato e dei suoi fisiologici meccanismi di funzionamento (R. Chieppa, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del d.l. 21/2022 e della legge di conversione 51/2022*, in *Federalismi.it*, 15 giugno 2022). Non si tratta di uno strumento di politica industriale, anche se, come si dirà, sarebbe utile che l'eccezionale esercizio del potere di veto fosse meglio coordinato con i differenti interventi di politica industriale (si rinvia al successivo par. 7).

Certo è che quello del "*golden power*" è un ambito di grande importanza non solo per l'interesse che suscita in relazione a dinamiche geopolitiche e geostrategiche sempre più marcate, ma anche per la natura e la portata dei **profili giuridici** che vengono in rilievo.

Tra questi, quelli relativi alla:



- *natura dei poteri assegnati allo Stato*, in specie alla natura delle valutazioni e quindi delle decisioni che gli organismi pubblici coinvolti assumono e, conseguentemente, alla rimediabilità o al tasso di sindacabilità giurisdizionale delle stesse;
- all'*adeguatezza delle strutture amministrative preposte*.
- Nell'esaminarli, occorre ora tener conto di talune innovazioni intervenute nel 2022.
- Talune di fonte legislativa (d.l. marzo 2022, n. 21 e DPCM 1 agosto 2022, n. 133), relative ad aspetti:
 - **procedimentali** (nuovi poteri assegnati al Gruppo di coordinamento e introduzione dell'istituto della pre-notifica, mutuata dal diritto *antitrust* e simile al *triage* di competenza del *CFIUS* statunitense, diretta a consentire agli operatori economici di ottenere in anticipo informazioni sull'assoggettabilità dell'operazione che intendono concludere alla disciplina del *golden power*)
 - e **organizzativi** (rafforzamento degli uffici del DICA, istituzione del Nucleo di valutazione e analisi strategica, potenziamento dell'*enforcement* con appositi compiti riconosciuti alla Guardia di finanza).

Altre di **fonte giurisprudenziale**, importanti non solo laddove confermano opzioni già prevalse in merito a natura e portata delle valutazioni spettanti all'amministrazione e al giudice quando intervengono in materia di *golden power*, ma anche in quanto consentono di cogliere il concreto atteggiarsi del principio di proporzionalità in sede di scelta delle differenti misure in cui può concretizzarsi l'esercizio dei *golden powers* (TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022, nn. 4486 e 4488, intervenuto a definire un ricorso proposto con riferimento al caso *Syngenta*).

All'illustrazione delle indicate riflessioni è utile anteporre alcuni **dati e linee di tendenza** che sottolineano quanto quello del "*golden power*" sia un settore che sta vivendo una **stagione di impetuosa espansione**.

3. I dati e le principali linee di tendenza.

Due tipologie di dati assumono rilievo, relativi al numero annuale delle notifiche e delle diverse forme di esercizio del *golden power*.

Il primo dato attiene alla **crescente mole di notifiche** di operazioni soggette al "*golden power*": si è passati, infatti, da 8 notifiche nel 2014 a 18 nel 2015, 14 nel 2016, 30 nel 2017, 46 nel 2018, 83 nel 2019, 342 nel 2020, 496 nel 2021, per un totale di 1.037 notifiche nell'arco di 8 anni. In questi primi 10 mesi del 2022 le notifiche hanno già superato quota 450, per cui il saldo finale del 2022 potrebbe attestarsi ad oltre 500.



Considerato l'arco temporale intercorrente **dal 13 febbraio 2021** (data di insediamento del Governo Draghi) **al 19 ottobre 2022**, sono state effettuate **934 notifiche**, quasi il **60% del totale dal 2014 ad oggi**.

Nei procedimenti avviati dalle indicate **934 notifiche** intervenute nel corso del Governo Draghi:

- a) **non sono stati esercitati i poteri speciali in 228 casi (il 24%)**. In particolare, in 217 affari non sono state formulate raccomandazioni, mentre in 11 casi sì. Nella grande maggioranza dei casi, i settori interessati sono stati l'energia, i trasporti, le comunicazioni e i nuovi settori di cui al regolamento UE n. 452/2019 (182 casi); seguono i settori della difesa e sicurezza nazionale (44 casi) e il 5G (2 casi);
- b) **i poteri speciali sono stati invece esercitati 42 volte** (poco più del 4% dei casi): 36 volte con prescrizioni, 6 volte con il veto. Nel 2021 si sono registrati 3 casi di veto (sempre nei confronti di **aziende cinesi** che intendevano acquisire il controllo o rami aziendali di operatori italiani operanti nei settori alimentare, dei semiconduttori, dell'avionica con potenziali applicazioni militari), altrettanti nel 2022 (nei confronti di due aziende cinesi e di una azienda russa che intendevano acquisire aziende italiane operanti nei settori della salute, dell'energia e della robotica).

Il secondo dato riguarda il **numero delle delibere di esercizio dei poteri speciali: dal 2014 al 2020** (anno di entrata in vigore sia del decreto-legge n. 23, il c.d. "decreto liquidità", sia del regolamento UE n. 452/2019, che hanno tra l'altro esteso i settori di applicazione del *golden power*) i poteri speciali sono stati esercitati **34 volte**, con **1 veto**, mentre **dal 2020 al 2022** sono stati esercitati **79 volte**, con **6 veti**.

Il reale innalzamento del tasso di esercizio dei poteri speciali va tuttavia valutato tenendo conto dei numeri esponenzialmente crescenti delle notifiche. Se certo vi è stato, infatti, un indubbio aumento, in *termini assoluti*, dei decreti di esercizio dei poteri speciali, altrettanto non può dirsi in *termini relativi*, guardando cioè al rapporto tra gli stessi e le notifiche pervenute.

Non vi è dubbio, quindi, che l'aumento dei casi di veto sia spiegabile tenendo conto del significativo incremento delle notifiche sottoposte alla valutazione del Governo, oltre che all'evoluzione della nozione di strategicità sul versante europeo.

Certo è, in ogni caso, che nel passaggio dal 2014 al 2022 il settore che si esamina è stato attraversato da trasformazioni profonde, relative all'ampiezza del perimetro di applicazione della disciplina e, conseguentemente, alle dimensioni e ai ritmi delle modalità di esercizio dei compiti rimessi alle autorità amministrative preposte.

Tali trasformazioni hanno imposto (e probabilmente continueranno ad imporre) un ripensamento di alcuni aspetti del regime procedimentale, oltre che una messa a punto delle strutture amministrative chiamate a far fronte alla descritta e crescente mole di procedure avviate con le notifiche. Almeno alcune di tali innovazioni legislative possono, d'altra parte, costituire conferma -nell'indossare l'abito dello



studioso del diritto amministrativo- di talune opzioni interpretative, prima tra tutte quelle relative alla natura delle valutazioni e delle decisioni compiute in sede di esercizio dei *golden powers* e alla sindacabilità giurisdizionale delle stesse.

4. Profili procedurali: esigenze semplificative, deflattive e tassonomiche.

Come anticipato, importanti novità sono state introdotte con l'ultimo intervento normativo in tema di poteri speciali (il **d.l. marzo 2022, n. 21**, per puro caso approvato a dieci anni esatti dal precedente d.l. n. 21 del marzo 2012).

Due di queste – contenute nel **DPCM n. 133 del 1° agosto 2022**, attuativo del decreto-legge di marzo – meritano segnalazione. Testimoniano in particolare come - in parallelo alla **complessità** che contraddistingue il settore- sia **cresciuto il tasso di “procedimentalizzazione”** e quindi l'esigenza di **semplificazione**.

4.1. Il potere del Gruppo di coordinamento di definire il procedimento senza passaggio in Consiglio dei Ministri.

In primo luogo, il DPCM ha previsto **misure di semplificazione** del procedimento e di **riduzione dei relativi tempi**. Se nessun componente del Gruppo di coordinamento e neppure le parti chiedono che la questione sia rimessa al Consiglio dei ministri (che può comunque chiedere di deliberare), la **decisione di non esercizio è tempestivamente comunicata all'impresa senza che il procedimento debba proseguire ulteriormente**.

La **logica** sottesa a questa innovazione è quella di introdurre elementi di semplificazione in un settore che -come rilevato- ha visto ampliare moltissimo il perimetro applicativo e, conseguentemente, il numero dei procedimenti trattati. L'intento concretamente perseguito è stato quello di non coinvolgere il Consiglio dei ministri nei casi di minore rilevanza, in particolare qualora **tutti i soggetti coinvolti nel procedimento sono concordi** nel ritenere che difettino i presupposti di esercizio dei poteri speciali, salva comunque la possibilità che tale decisione sia accompagnata da raccomandazioni all'impresa. Nel maturare l'indicato obiettivo sono stati considerati anche taluni dati statistici. Nel solo anno **2020** il Consiglio dei ministri è stato coinvolto nelle decisioni relative all'esercizio e al non esercizio dei poteri speciali 134 volte, delle quali 42 per esercizio dei poteri speciali (di queste 18 hanno riguardato i procedimenti relativi alle infrastrutture 5G, mentre 24 hanno riguardato la tutela di *asset* strategici ai sensi degli artt. 1 e 2 del d.l. 21 del 2012) e 92 volte per deliberare il *non esercizio dei poteri speciali* di cui 13 con raccomandazioni; nel **2021**, il Consiglio dei ministri è stato coinvolto 142 volte, di cui 27 per esercizio dei poteri speciali (di queste 10 hanno riguardato procedimenti relativi alle infrastrutture 5G, mentre 17



hanno riguardato la tutela di *asset* strategici ai sensi degli artt. 1 e 2 del d.l. 21 del 2012) e 115 volte per deliberare il *non esercizio dei poteri speciali*, di cui 8 con raccomandazioni.

Due ultime considerazioni con riferimento a questa prima innovazione legislativa.

Su un primo fronte, l'assegnazione al Gruppo di coordinamento del compito di definire il procedimento, senza passaggio quindi dall'organo "politico", richiama un modello già da tempo attivo in altri ordinamenti, in particolare quello statunitense ruotante attorno al *CFIUS*. Il *CFIUS* (che sarebbe il corrispondente del Gruppo di coordinamento che opera in Italia) ha visto irrobustire enormemente i suoi poteri. Infatti, nel 1975, quando è per la prima volta istituito e viene introdotta la disciplina dei poteri speciali, il Comitato era un soggetto preposto soltanto ad un'attività di monitoraggio, acquisendo successivamente poteri ispettivi, di controllo, prescrittivi, di raccomandazione al Presidente per l'esercizio del potere di veto. È un Comitato che spesso chiude la partita nella fase successiva alla notifica, definendo la vicenda con le sue misure di mitigazione, senza quindi il coinvolgimento del Presidente. Per effetto della novità legislativa introdotta in Italia nel 2022, anche il Gruppo di coordinamento potrà quindi definire la vicenda amministrativa innescata con la notifica, alla duplice condizione tuttavia che vi sia unanimità nelle posizioni espresse dalle Amministrazioni che compongono il Gruppo e che tutti concordino per il non esercizio dei poteri. In questo senso, la novità descritta costituisce un'*applicazione temperata* del modello statunitense.

Una seconda considerazione attiene alle implicazioni di sistema desumibili dalla riforma in esame, apparentemente a carattere solo procedimentale. E' arduo negare che l'attribuzione legislativa ad un organo assolutamente tecnico e amministrativo, quale è il Gruppo di coordinamento, del potere di "chiudere" il procedimento avviato con la notifica, anziché di condurre la sola fase istruttoria, rappresenti un elemento destinato a supportare l'assunto della *natura amministrativa e non politica di quel potere* e dei provvedimenti amministrativi attraverso cui lo stesso è esercitato. Una natura non destinata a cambiare per il solo fatto che -difettando all'interno del Gruppo di coordinamento l'unanimità o emergendo in seno allo stesso l'opzione per l'esercizio dei poteri speciali- prenda avvio la fase destinata a svolgersi dinanzi al Consiglio dei Ministri (sulla questione della natura delle decisioni assunte nell'esercizio dei *golden powers*, cfr. il successivo par. 6).

4.2. La prenotifica.

Con lo stesso **d.l. marzo 2022, n. 21**, è stata introdotta la **procedura di prenotifica**. Si tratta di un procedimento ancillare a quello di notifica (che diviene quindi, in esito a questo, *meramente eventuale*), assegnato alla competenza del Dipartimento per il coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio dei ministri (DICA), destinato a concludersi entro 30 giorni, con **tre alternativi esiti**: a)



L'operazione prenotificata è ritenuta **estranea all'ambito di applicazione** dei poteri speciali, sicché non si deve procedere a notifica;

b) l'operazione è viceversa **ricompresa nel perimetro** della disciplina in tema di *golden power*, dei poteri speciali e, pertanto, si deve procedere a notificare;

c) l'operazione **rientra nell'ambito di applicazione dei poteri speciali**, ma sono **manifestamente insussistenti i presupposti** per l'esercizio degli stessi. Non si applica in tal caso il meccanismo del silenzio-assenso, essendo espressamente previsto che, scaduti i 30 giorni, in assenza di **comunicazione** da parte del DICA, la **notifica debba essere effettuata**.

Anche la prenotifica, al pari della descritta novità in tema di poteri del Gruppo di coordinamento, risponde ad una **esigenza di semplificazione**, oltre che, almeno in parte, di deflazione.

La sua introduzione muove dalla consapevolezza delle oggettive difficoltà in cui le imprese di frequente versano nel decifrare il reale ambito applicativo della disciplina e quindi nel comprendere se la singola operazione da effettuare soggiaccia o meno alla stessa. Una difficoltà cresciuta negli ultimi anni anche per effetto della notevole espansione dei settori ai quali il regime del *golden power* è stato riferito.

La quasi totale **assenza di giurisprudenza amministrativa** in merito a questi aspetti **complica certamente il quadro**. E' probabilmente utile, al riguardo, che l'usuale e fondamentale **attività tassonomizzante di indici sintomatici** -in altri settori svolta **per via pretoria**- sia qui presa in carico dall'**amministrazione**, valorizzando (possibilmente con l'adozione di atti normativi secondari o anche di *soft law*) la copiosa prassi applicativa degli ultimi anni.

5. Profili organizzativi: specializzazione funzionale e rafforzamento organizzativo.

Come indicato, ulteriore rilevante novità riguarda il **rafforzamento amministrativo**. Un obiettivo perseguito negli scorsi mesi di Governo per più ambiti di intervento dell'Amministrazione pubblica, soprattutto in quelli interessati dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, che ha imposto **specializzazione e qualificazione** delle strutture amministrative, in particolare il **potenziamento** dei corpi tecnici.

Questi obiettivi sono stati perseguiti, quanto al settore del "*golden power*", attraverso **quattro differenti strumenti**:

- i) la **riorganizzazione degli uffici del DICA** deputati alle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali: si è passati da un servizio di livello dirigenziale non generale ad un ufficio di livello dirigenziale generale dedicato, che risponde direttamente al Capo Dipartimento, a sua volta ripartito in due uffici di livello dirigenziale non generale (uno dedicato alle attività istruttorie, l'altro ad attività di cooperazione europea, analisi e studio).



Quella della **cooperazione europea** è un'attività fondamentale perché, per i procedimenti nei quali la parte acquirente è un soggetto esterno all'Unione europea, l'amministrazione nazionale deve notificare l'operazione alla Commissione europea che può adottare un parere anche alla luce delle osservazioni che altri Stati membri interessati dall'operazione, da questa informati, possono presentare;

ii) il **rafforzamento dell'organico** di questi uffici che ora hanno maggiore dignità organizzativa: a) all'insediamento del Governo Draghi si contavano solo 4 funzionari e 1 dirigente, b) in concomitanza con l'ultima riforma legislativa del "*golden power*", a marzo del 2022, si contavano 7 funzionari e 2 dirigenti, c) oggi si contano 11 funzionari e 3 dirigenti, d) a tendere il numero dei funzionari è previsto salire da 11 a 18;

iii) l'istituzione, il 1° giugno del 2022, di un apposito **Nucleo di valutazione e analisi strategica in materia di esercizio dei poteri speciali**, con funzioni di supporto tecnico alle strutture della Presidenza del Consiglio e che dovrebbe costituire una sorta di "testa pensante" all'interno delle strutture assorbite all'attività amministrativa in senso stretto;

iv) l'introduzione di **misure finalizzate a potenziare l'enforcement**, con la prevista possibilità, per la Presidenza del Consiglio dei ministri, di avvalersi della collaborazione della **Guardia di finanza** e dei suoi **poteri ispettivi e di indagine** al fine tra l'altro di: a) accertare l'eventuale inosservanza degli obblighi di notifica, b) monitorare l'attuazione delle prescrizioni imposte dai provvedimenti di esercizio dei poteri speciali, c) verificare gli effettivi assetti proprietari delle imprese coinvolte. Compiti, questi, definiti in un protocollo d'intesa sottoscritto il 21 luglio scorso.

Questi strumenti rispondono ad una **logica ben precisa**.

A differenza di quanto avvenuto in altri Paesi, il Gruppo di coordinamento è stato a lungo un soggetto amministrativo del tutto *privo di un proprio apparato burocratico, stabile e specializzato*. Eppure, tanto più con l'ampliamento del perimetro applicativo del *golden power*, nella valutazione delle istanze è sempre più richiesta una competenza tecnica elevatissima che riguarda, per esempio, le reti, la connettività, la loro evoluzione e i conseguenti rischi anche per la sicurezza nazionale dovuti a certe operazioni; una competenza tecnica che arriva anche alla geo-economia e alla geo-politica, richiedendo, tanto più in considerazione degli interessi vitali presidiati, specializzazioni elevatissime e variegate.

D'altra parte, attesa l'espansione del campo di applicazione della disciplina sui poteri speciali, è senz'altro importante che il sistema sia in grado di dare risposte chiare e certe agli attori, senza divenire un ostacolo agli investimenti.

Le indicate esigenze sono state avvertite in modo ancor più forte in considerazione di tre fattori.



In primo luogo, attesa la crescita esponenziale delle notifiche, era impensabile lasciare la Presidenza del Consiglio dei ministri in una condizione di assoluta debolezza.

In secondo luogo, la consapevolezza che i presupposti legislativi di esercizio del potere, come ad esempio la “minaccia di grave pregiudizio”, si connotano per un elevato grado di **indeterminatezza** ha rafforzato la convinzione della necessità di una struttura che supporti le valutazioni con analisi e attività di studio, in ambiti nei quali la disponibilità di informazioni e report puntuali e aggiornati è fattore decisivo nella comprensione e valutazione di dinamiche settoriali molto complesse.

In terzo luogo, la necessità di affiancare all’attività amministrativa istruttoria quella di investigazione (con l’ausilio della Guardia di Finanza) è stata avvertita soprattutto a seguito di alcuni episodi – quali ad esempio l’omessa notifica dell’acquisizione del controllo da parte di un operatore cinese di *Alpi Aviation*, azienda italiana produttrice di droni – in cui operazioni societarie che avevano ad oggetto produttori strategici erano state perfezionate senza che fosse effettuata la prescritta notifica.

In definitiva, **specializzazione funzionale e rafforzamento organizzativo** sono, e saranno ancor di più nel prossimo futuro, **connotazioni essenziali per un apparato pubblico cui è affidato un ruolo di assoluta e crescente centralità**.

6. Profili giurisdizionali: un sindacato sugli atti di alta amministrazione?

Un ulteriore profilo merita segnalazione, quello -cui si è già fatto cenno- relativo alla **natura dei poteri esercitati dal Gruppo di coordinamento e dal Consiglio dei Ministri**. Un tema al quale è strettamente connesso quello della rimediabilità e del **tasso di sindacabilità giurisdizionale** delle decisioni.

Il profilo non è banale se si considera che in altri ordinamenti l’esercizio di poteri corrispondenti ai nostri *golden powers* è connotato da una quasi illimitata discrezionalità.

E’ quanto accade nel modello statunitense come attestato dagli esiti giurisprudenziali di alcuni casi di esercizio del potere in questione.

Significativa, al riguardo, la decisione della Corte distrettuale della Columbia, chiamata a pronunciarsi in seguito all’impugnazione dell’*executive order* con il quale il Presidente Obama bloccò l’investimento e l’acquisto delle partecipazioni in quattro aziende americane da parte della società cinese *Ralls Corporation*: il giudice, nel disattendere le domande, ha rimarcato la sostanziale insindacabilità giurisdizionale delle decisioni presidenziali, non riconoscendo in capo alla *Ralls* alcun interesse meritevole di protezione.

Il principio enunciato è sostanzialmente quello per cui “*no one can be said to have a vested right to carry on foreign commerce with the United States*”: nessuna posizione soggettiva meritevole di protezione, se non sul piano della correttezza procedimentale, spetta nel settore in questione.

Non altrettanto può dirsi per il sistema italiano, così come per gli altri ordinamenti europei.



Quella esercitata dal gruppo di coordinamento e dal Consiglio dei Ministri non è certo attività politica in senso tecnico, ossia attività libera nella scelta dei fini. La legge indica, invero, i presupposti di esercizio del potere; si tratta, peraltro, come prima indicato, di un'attività amministrativa che soggiace, quale limite e condizione del suo esercizio, al principio di proporzionalità fissato dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia.

E', tuttavia, un'attività ad elevato tasso di discrezionalità, disciplinata da una regolamentazione che la assoggetta a concetti (minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali) ancor più indeterminati di quelli che governano altri settori (per esempio, il settore dell'*antitrust*), da esercitare, quindi, effettuando valutazioni che non sono il frutto di una discrezionalità solo tecnica, ma anche amministrativa, coinvolgenti peraltro gli interessi preminenti dello Stato.

Il che si riflette sul tema degli spazi di effettiva sindacabilità delle decisioni.

La relativa rimediabilità è fuori discussione e in questo l'Italia è diversa dagli Stati Uniti, come diverse sono la Francia (in cui l'esercizio del *golden power* è assoggettato alla giurisdizione del giudice amministrativo estesa al merito) e la Germania (dove, parimenti, l'esercizio del *golden power* è assoggettato alla giurisdizione del giudice amministrativo): le determinazioni del Consiglio dei Ministri sono, quindi, senza alcun dubbio contestabili dinanzi alla giustizia amministrativa anche per quel che attiene al rispetto dei canoni di proporzionalità ed obiettività di derivazione europea. Tanto anche alla luce di quanto disposto dal regolamento UE n. 452/2019, il quale ammette espressamente il ricorso avverso gli atti degli Stati membri sul controllo degli investimenti esteri diretti. Come prima rilevato, a corroborare tale ormai scontata impostazione concorre l'attribuzione legislativa in capo ad un organo amministrativo e tecnico, quale è il Gruppo di coordinamento, del potere di porre la parola fine al procedimento avviato con la notifica, senza passaggio in Consiglio dei Ministri e sempre che, sussistendo una unanimità di posizioni, si decida per il non esercizio dei poteri speciali.

A tale esito è comunque di recente pervenuto il **TAR Lazio** (*sez. I, 13 aprile 2022, nn. 4486 e 4488*), intervenuto a definire un ricorso proposto con riferimento al caso di un operatore cinese (*Syngenta*) che intendeva acquisire l'intero capitale sociale di una *holding* (*Verisem*) che deteneva partecipazioni, tra l'altro, in operatori italiani del settore dell'agroalimentare e delle sementi, operazione soggetta ad opposizione da parte del Consiglio dei ministri (con decisione difforme rispetto a quella del Gruppo di coordinamento, che aveva invece proposto di autorizzare l'acquisizione con prescrizioni). Ad avviso del Tar Lazio, infatti, le decisioni in materia di *golden power* sono “*scelte di alta amministrazione, come tali sindacabili dal Giudice amministrativo*”, ancorché “*nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità delle decisioni assunte*”.

Vengono in considerazione infatti provvedimenti connotati da un elevato tasso di discrezionalità, tecnica e amministrativa; il che se certo non vale a sottrarli al sindacato giurisdizionale, comporta tuttavia



che lo stesso -ferme le acquisizioni giurisprudenziali sull'incisività del controllo giurisdizionale della discrezionalità tecnica- deve essere finalizzato, quanto alla componente amministrativa pura della discrezionalità esercitata, alla verifica delle compatibilità della scelta adottata con il corretto esercizio del potere discrezionale in riferimento ai canoni della legittimità procedimentale, oltre che della ragionevolezza, coerenza ed adeguatezza, come noto alla base di qualsiasi attività amministrativa.

Quello del TAR Lazio non pare quindi un arresto “rivoluzionario” nei passaggi relativi all'*an* e al *quomodo* del sindacato giurisdizionale.

E' meritevole di attenzione, piuttosto, un diverso passaggio argomentativo della richiamata sentenza del 2022, nel quale il Tar Lazio -nel sostenere la legittimità della decisione del Consiglio dei ministri- afferma che il decreto di veto “*contiene una giustificazione del tutto logica in ordine all'inutilità di imporre misure meno gravose [...] in ragione della circostanza, non controversa, che l'effettivo proprietario della società acquirente è il Governo cinese e della difficoltà di attuare misure di enforcement realmente efficaci in caso di inottemperanza alle prescrizioni imposte per il trasferimento dell'asset all'estero*”.

E' un passaggio non banale, tanto più se utile a valutare come può in concreto atteggiarsi il principio di proporzionalità nella graduazione delle misure applicabili in sede di esercizio dei *golden powers*. Ben può accadere infatti che alla più incisiva e severa decisione di apporre il veto si pervenga non in ragione della acclarata “*inidoneità in astratto*” di eventuali prescrizioni a raggiungere lo scopo, quanto piuttosto perché l'*enforcement* delle eventuali prescrizioni appare di ardua, se non impossibile, gestione ad opera dell'amministrazione. E' un aspetto scivoloso, perché la proporzionalità e progressività afflittiva delle misure che compongono l'armamentario dei *golden powers* costituiscono canoni di valutazione giurisdizionale delle decisioni assunte; sicché, all'adozione della più grave misura del veto dovrebbe pervenirsi solo quando sia appurata l'*inidoneità* di altre misure prescrittive ad assicurare che siano preservati gli interessi affidati alla protezione del Gruppo di coordinamento e del Consiglio dei Ministri. La verifica di idoneità delle prescrizioni, tuttavia, non va necessariamente condotta in astratto, ma anche in concreto, in specie interrogandosi sulla reale possibilità che misure prescrittive, pure in astratto ammissibili, siano concretamente attuabili e monitorabili dall'Amministrazione.

7. Conclusioni: il coordinamento con le misure di politica industriale.

Un'ultima considerazione, relativa ad un anello da rafforzare nella *governance* del sistema del *golden power*. Come anticipato, la disciplina del *golden power* non è e non deve essere intesa come uno strumento di politica industriale: deve conservare un connotato di eccezionalità, come peraltro attestano i numeri relativi ai casi di esercizio del potere di veto degli ultimi anni, tanto più se valutati in *termini relativi*, raffrontati cioè al numero complessivo e crescente delle notifiche.



Ciò non toglie, tuttavia, che l'oggettivo aumento in *termini assoluti* delle vicende che si concludono con l'esercizio del più grave potere di veto ponga l'opportunità di valutare un coordinamento tra la concreta applicazione della disciplina del *golden power* e le politiche industriali del Paese.

Apponendo il veto lo Stato impedisce che si realizzi un'acquisizione straniera di *asset* aziendali, valutata idonea a compromettere essenziali interessi nazionali, *asset* da proteggere perché riguardanti settori strategici o perché necessari a preservare l'indipendenza economica nazionale o europea in taluni ambiti. Il coordinamento da rafforzare riguarda i momenti della decisione di veto e della successiva e diversa strategia da mettere in campo a valle del veto. Una strategia diretta a valutare come l'azienda che i titolari hanno cercato invano di alienare, i suoi *assets* e le sue potenzialità possano essere valorizzate nell'ambito di più ampie linee di politica industriale nazionale o europea.

Veto e seguiti industriali, per quanto siano e debbano restare misure ispirate a presupposti valutativi differenti, richiedono tuttavia luoghi e modalità di coordinamento.