

Roberto GAROFOLI

Compendio di
DIRITTO
AMMINISTRATIVO
Parte Generale e Speciale

XI edizione
2023-2024


Neldiritto
Editore

PARTE II - L'ATTIVITÀ

La valorizzazione del ruolo della concorrenza nella costruzione europea è culminata con la direttiva 2014/104/UE recepita, nel nostro ordinamento, con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. Con i richiamati interventi normativi, ha finalmente trovato espressa codificazione la disciplina per il risarcimento del danno da violazione delle norme in materia di concorrenza (*private enforcement antitrust*). In questo modo, la tutela della concorrenza è assicurata sia da norme di diritto pubblico, che da norme di diritto privato.

9.3.1. La disciplina del c.d. *golden power*.

La tutela della concorrenza e di un mercato interno improntato ai principi europei di libera circolazione dei capitali e di libertà di stabilimento deve conciliarsi con l'interesse a che gli investimenti esteri non confliggano con rilevanti interessi nazionali, in specie quello alla sicurezza e all'ordine pubblico.

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 assicurare il possesso di tecnologie avanzate, a guadagnare l'accesso a risorse naturali o a migliorare la competitività delle imprese nazionali concorrenti di quelle partecipate.

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 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 geopolitico.

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'ordine pubblico economico, comprensivo 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.

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.

Nell'esaminarli, occorre ora tener conto di talune innovazioni intervenute nel 2022, talune di fonte legislativa, relative ad aspetti procedurali e organizzativi, 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*.

9.3.1.1. La disciplina.

Fondamentale nel comporre il quadro normativo nazionale in materia di *golden power* è il d.l. 15 marzo 2012 n. 21, convertito, con modificazioni, nella legge 11 maggio 2012, n. 56, che ha sostituito la disciplina di cui alla l. 31 maggio 1994, n. 332, in tema di *golden share*.

Sono due le novità apportate dal decreto.

In primo luogo, i poteri speciali non hanno più un *legame genetico con operazioni di privatizzazione*, il relativo ambito di esercizio non essendo più circoscritto alle sole imprese precedentemente in mano pubblica ma riguardando tutti gli attori di un determinato settore o in possesso di certi *assets*. Conseguentemente, lo Stato non è più chiamato ad esercitare le proprie prerogative per mantenere l'influenza su un *ex monopolista pubblico*, operando come organo di regolazione degli investimenti esteri. Si passa così dalla *golden share* ai *golden powers*: non è più una clausola statutaria – o un'azione – a fondare i poteri speciali, bensì una normativa di carattere generale. Si esce così dall'ambito privatistico e si entra pienamente nel campo del diritto pubblico.

Il citato decreto prevede l'esercizio dei poteri speciali in relazione alle attività di rilevanza strategica nei

settori della difesa e della sicurezza nazionale (art. 1, l. 56/2012) e nel campo dei beni di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (art. 2, l. 56/2012)

Quanto ai *presupposti per l'esercizio dei poteri speciali*, mentre nel settore della difesa e della sicurezza nazionale la legge richiede l'esistenza di una "*minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali*", nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni è altresì necessario che l'operazione presa a riferimento possa dare luogo a "*una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore*" di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti.

Quanto, invece, alla *consistenza dei poteri*, sono riconosciute potestà di tipo prescrittivo, interdittivo e oppositivo. Il governo può infatti a) imporre specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla sicurezza delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, (b) porre il veto all'adozione di delibere dell'assemblea, (c) opporsi all'acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni.

9.3.1.2. Gli aspetti procedurali e le novità introdotte dal d.l. n. 21 del 2022.

Come anticipato, importanti novità sono state introdotte con l'ultimo intervento normativo in tema di poteri speciali (il d.l. n. 21 del 2022).

Due di queste – contenute nel DPCM n. 133 del 1° agosto 2022, attuativo del citato decreto-legge del 2022 – 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.

Giova premettere che il procedimento nazionale di "Golden Power" ha **carattere bifasico**, perché caratterizzato da una fase istruttoria diretta da un apposito Gruppo di coordinamento

PARTE II - L'ATTIVITÀ

e volta ad acquisire gli elementi che permettono di inquadrare l'operazione in chiave analitica e sistemica, e da una fase decisoria di competenza del Consiglio dei ministri.

Ebbene, il citato DPCM del 2022 ha previsto che, 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.

Con lo stesso d.l. marzo 2022, n. 21, è stata introdotta inoltre 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.

9.3.1.3. Profili giurisdizionali: un sindacato sugli atti di alta amministrazione? Cons. St., sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289.

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.

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: 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 del 2019*, il quale ammette espressamente il ricorso avverso gli atti degli Stati membri sul controllo degli investimenti esteri diretti.

A tale esito è comunque di recente pervenuto *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.

La natura altamente discrezionale delle determinazioni assunte nel procedimento di *golden power* è stata confermata da *Cons. St., sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289*. Intervenuto a definire la stessa vicenda amministrativa succitata, ha sostenuto che "*l'apprezzamento della strategicità di un'operazione in relazione all'interesse nazionale da parte del Consiglio dei Ministri ha tratti altamente discrezionali, posto che lo stesso concetto di interesse nazionale non è un prius, ossia un dato oggettivo preesistente in natura, bensì un posterius, ossia la risultante di valutazioni ed opzioni politiche; tale apprezzamento, proprio in quanto attiene ad un profilo di massima quale quello strategico, viene svolto dal Consiglio dei Ministri nell'ambito di un'ampia valutazione geopolitica proiettata a scenari futuri e può legittimamente essere proteso non solo a proteggere istanze nazionali, ma anche a non favorire esigenze e scopi di Stati ritenuti (non solo ostili, ma anche semplicemente) competitor o con i quali, comunque, i rapporti possano prospetticamente presentare profili di problematicità*".

LE TRACCE

- 1.** Premessi cenni sull'attività amministrativa in generale, si esaminino in particolare fondamento, natura e limiti della capacità di diritto privato della Pubblica amministrazione.
- 2.** Ricostruiti il fondamento e la natura del principio di legalità dell'azione amministrativa e gli obblighi che da esso discendono nei riguardi del legislatore, affronti il candidato la questione dell'ammissibilità dei c.d. poteri amministrativi impliciti, con particolare riguardo all'attività svolta dalle Autorità amministrative indipendenti.
- 3.** Premessi brevi cenni sui principi generali dell'azione amministrativa, affronti il candidato il tema della consensualità dell'azione amministrativa.
- 4.** Premessi brevi cenni sui principi generali dell'azione amministrativa, affronti il candidato il tema della valutazione della proporzionalità delle scelte amministrative, ricostruendo l'origine del principio in ambito comunitario e l'evoluzione giurisprudenziale intervenuta in materia.