

Golden powers: i poteri speciali del Governo al vaglio del giudice amministrativo

Nota a T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 aprile 2022, nn. 4486 e 4488

di Enrica Maria Tepedino*

21 giugno 2022

Sommario: 1. Il caso. – 2. I poteri speciali (c.d. *golden powers*): inquadramento generale. – 3. Le questioni oggetto di esame. – 3.1. Il preavviso di rigetto – 3.2. La natura (degli atti applicativi) dei poteri speciali e il sindacato del giudice amministrativo. – 3.3. Il ruolo del Gruppo di coordinamento e la motivazione nel provvedimento finale di esercizio dei poteri speciali. – 4. Conclusioni.

1. Il caso

Con decreto del 21 ottobre 2021, il Presidente del Consiglio dei ministri ha esercitato il potere di veto ai sensi dell'art. 2, d.l. 15 marzo 2012, n. 21 e, conseguentemente, vietato l'operazione di cessione delle società italiane del Gruppo Verisem a favore di Syngenta Crop Protection AG ("Syngenta"), azienda svizzera operante nel settore dell'agro-industria, specializzata nella produzione di mezzi tecnici per l'agricoltura e nelle attività nel campo delle sementi, controllata dal 2017 dalla multinazionale pubblica cinese ChemChina.

Si tratta del primo caso di esercizio del *golden power* nel settore agroalimentare (in particolare, della produzione di sementi).

Il suddetto decreto è stato impugnato, con separati ricorsi, sia dalla aspirante cessionaria (Syngenta), che dalla impresa *target* (Verisem).

Con motivi sostanzialmente sovrapponibili, le ricorrenti hanno lamentato, preliminarmente, la violazione della garanzia procedimentale consistente nella comunicazione del preavviso di rigetto ai sensi dell'art. 10-*bis* della l. 7 agosto 1990, n. 240.

Nel merito, è stata censurata la valutazione governativa dell'esistenza del presupposto oggettivo per l'esercizio dei poteri speciali, ossia la sussumibilità delle

* Avvocato.

imprese del Gruppo Verisem nell'ambito delle attività di rilevanza strategica individuate in base al combinato disposto del d.l. n. 21/2012 e del d.P.C.M. n. 179/2020.

Entrambe le società ricorrenti, poi, hanno lamentato un vizio di proporzionalità nella scelta adottata dal Governo, il quale – in assenza di una adeguata motivazione – avrebbe esercitato il proprio potere di veto seppure fossero astrattamente configurabili misure alternative meno lesive per i destinatari e altrettanto adeguate allo scopo.

Il T.A.R., con le sentenze in commento, ha rigettato i ricorsi così formulati, confermando, in tal modo, il veto imposto dall'esecutivo.

In primo luogo, il T.A.R. ha rigettato la doglianza relativa all'omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, in quanto postulata su una inammissibile equiparazione tra l'obbligo legale di notifica dell'operazione alla Presidenza del Consiglio e la presentazione di una istanza di parte dalla quale prende avvio il procedimento amministrativo.

In secondo luogo, per il giudice amministrativo, la decisione dello Stato di esercitare o meno i poteri speciali, attraverso l'imposizione di "prescrizioni", "condizioni" ovvero opponendosi all'operazione si connota per una amplissima discrezionalità, attesa la natura degli interessi tutelati. In ragione di ciò, tali scelte sono annoverabili tra quelle di "alta amministrazione" e, in quanto tali, sindacabili dal giudice amministrativo nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità, che, nel caso di specie, il T.A.R. non ha riscontrato.

Infine, il Tribunale ha escluso che il Consiglio dei ministri, in sede collegiale, sia vincolato o comunque tenuto ad adottare una motivazione rafforzata nel caso in cui si determini in maniera difforme rispetto a quanto proposto dal Gruppo di coordinamento al termine dell'istruttoria.

2. I poteri speciali (c.d. *golden powers*): inquadramento generale

L'espressione "*golden powers*" descrive il complesso di poteri speciali attribuiti al Governo, i quali si estrinsecano in forme di controllo sugli investimenti esteri nei settori ritenuti nevralgici e di rilevanza strategica nazionale, a presidio dell'interesse pubblico generale¹.

L'evoluzione normativa dell'istituto in questione è il riflesso del mutato rapporto negli anni dello Stato con il mercato, il quale dapprima ha ricoperto le vesti di "azionista" (quando il sistema era imperniato intorno alla cd. *golden share*), poi quelle di "regolatore" (con l'adozione del d.l. 15 marzo 2012, n. 21 e il conseguente

¹ Trattasi, in altri termini, del potere «di varia natura (*informativo, interdittivo, conformativo*) che gli Stati possono esercitare nei confronti degli investitori esteri e delle imprese da questi controllate a tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico dello Stato e così, più specificamente, dei settori strategici e degli interessi pubblici protetti che richiedano, a giudizio di un Paese, un controllo dell'investimento» (da M. RESCIGNO, E. RIMINI, "*Golden power e coronavirus: regole per l'emergenza o per il futuro*", in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, n. 2, pp. 517-544).

abbandono dell'azione dorata a favore del diverso sistema dei *golden powers*) fino ad atteggiarsi a "stratega", chiamato cioè a perimetrare la nozione di sicurezza nazionale e a verificarne la compromissione sulla base di una pluralità di valutazioni di tipo geo-economico e geo-politico².

L'attuale disciplina è dettata dal d.l. 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, in l. 11 maggio 2012, n. 56, frutto di un lungo contraddittorio con le Istituzioni europee e più volte modificato ed integrato³, anche al fine di garantire l'allineamento con il Reg. UE n. 2019/452⁴.

² La riflessione è apertamente tratta da R. GAROFOLI, "Golden Power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative", in *www.federalismi.it*, 2019, n. 17.

³ Per la ricostruzione delle varie fasi del processo normativo cui si è fatto riferimento, si veda V. LOPILATO, "Manuale di Diritto Amministrativo", Giappichelli Editore, Torino, 2021, Vol. 1 – Parte generale, in particolare pp. 412-417. In estrema sintesi, l'Autore distingue quattro periodi: *i*) nel primo periodo, che va dal 1994 al 2011, era prevista la *golden share* di cui al d.l. n. 332/1994, convertito in l. 474/1994, e cioè una disciplina di protezione societaria *ex ante* introdotta a seguito dei processi di privatizzazione; *ii*) nel secondo periodo, che va dal 2012 al 2017, per superare le censure di incompatibilità con la normativa europea formulate dalla Corte di Giustizia rispetto al meccanismo della "azione dorata", veniva introdotto il *golden power* con il d.l. n. 21/2012; *iii*) nel terzo periodo, l'ambito dei poteri speciali è stato ulteriormente ampliato dapprima con d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, in l. 4 dicembre 2017, n. 172, successivamente con d.l. 25 marzo 2019, n. 22, convertito, con modificazioni, in l. 20 maggio 2019, n. 41, e, infine, con d.l. 29 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, in l. 18 novembre 2019, n. 133; *iv*) nel quarto periodo, infine, gli artt. 15-17 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito, con modificazioni, in l. 5 giugno 2020, n. 40 (c.d. Decreto Liquidità) hanno introdotto ulteriori misure per far fronte all'emergenza epidemiologica. Per ulteriori approfondimenti sul delineato *excursus*, si rinvia, tra gli altri, a F. BASSAN, "Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia", in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, n. 9, pp. 57-80; A. COMINO, "Golden power per dimenticare la golden share. Le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni", in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, 2019, n. 5, pp. 1019-1053; F. MARCONI, "L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato: il nuovo golden power tra competizione geopolitica e valutazioni economico-strategiche", in *www.federalismi.it*, 2021, n. 20, pp. 39-62. Da ultimo, il decreto *Golden power* è stato modificato con d.l. 21 marzo 2022, n. 21, convertito, con modificazioni, in l. 20 maggio 2022, n. 51 (v. *sub* nota n. 15).

⁴ Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, entrato in vigore l'11 ottobre 2020. Ai sensi del citato Regolamento, per "investimento estero diretto" si intende, con una definizione molto ampia, un investimento di qualsiasi tipo da parte di un investitore estero inteso a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore estero e l'imprenditore o l'impresa cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato membro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un'attività economica. Per "investitore estero", poi, il riferimento è ad una persona fisica di un paese terzo o ad un'impresa di un paese terzo che intende realizzare o ha realizzato un investimento estero diretto come sopra definito (art. 3).

La dottrina ha evidenziato come, tramite tale Regolamento, l'Unione abbia sostanzialmente realizzato un ombrello di protezione comune, prefigurando una sorta di sovranità europea in relazione agli investimenti esteri diretti. Così: A. SANDULLI, "Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power", in *Diritto Pubblico*, 2020, n. 2, pp. 405-420. Il legislatore europeo ha, dunque, riconosciuto l'importanza di assicurare il coordinamento e la cooperazione a livello di Unione in merito al controllo degli investimenti esteri diretti che possono incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico: la valutazione di un'operazione di investimenti esteri

Specificamente, il succitato decreto n. 21/2012 definisce, anche mediante rinvio a fonti normative secondarie (*sub specie* d.P.C.M.⁵), l'ambito oggettivo e soggettivo, le tipologie, le condizioni e le procedure di esercizio da parte dell'Esecutivo dei poteri in questione.

In estrema sintesi, l'apparato complessivamente delineato dal decreto del 2012 è potenzialmente invocabile allorquando venga in rilievo una vicenda riguardante società operanti in determinati settori critici o strategici.

Così, innanzitutto, l'art. 1 disciplina i poteri speciali riconosciuti al Governo in riferimento alle imprese che esercitano attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e sicurezza nazionale⁶; il successivo art. 1-*bis*, poi, specifica che costituiscono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale i servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G⁷.

Il successivo art. 2, invece, prevede e disciplina i poteri speciali in riferimento alle imprese che detengono attivi di rilevanza strategica per l'interesse nazionale nei settori dell'energia, trasporti e comunicazioni⁸, nonché nei settori di cui all'art. 4, par. 1 del Reg. UE n. 2019/452⁹.

diretti, invero, se svolta unicamente nella prospettiva nazionale, rischia, da un lato, di non tenere conto delle conseguenze sul mercato interno europeo dei beni e servizi e, dall'altro, di non prendere in considerazione, nei settori considerati, analoghe e contestuali operazioni in altri Stati membri con impatti sugli equilibri interni all'Unione.

Ad ogni modo, un siffatto quadro comune non pregiudica la responsabilità esclusiva degli Stati membri per quanto riguarda la tutela della loro sicurezza nazionale, in conformità dell'art. 4, par. 2, TUE, così come non pregiudica la tutela degli interessi essenziali della sicurezza degli Stati membri conformemente all'art. 346 TFUE.

Per una più dettagliata analisi del Regolamento in questione, sia consentito, in questa sede, rinviare a M. RESCIGNO, "Il nuovo regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti diretti tra integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell'Europa", in *Giurisprudenza commerciale*, 2020, n. 1.

⁵ Trattasi di atti amministrativi generali. Così: R. SPAGNUOLO VIGORITA, "Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia", in *Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, 2021, n. 4, p. 121.

⁶ Tali settori sono stati individuati dal d.P.C.M. 6 giugno 2014, n. 108 ("Regolamento per l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56").

⁷ In questo caso, però, la disciplina di cui all'art. 1-*bis* riguarda l'attività contrattuale per l'acquisizione di beni e servizi, non le vicende traslative.

⁸ Gli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, trasporti e comunicazioni sono stati individuati dapprima con d.P.R. n. 85 del 2014 e, successivamente, con d.P.C.M. 23 dicembre 2020, n. 180, che ha sostituito il precedente.

⁹ L'art. 4 ("Fattori che possono essere presi in considerazione dagli Stati membri e dalla Commissione") del Regolamento n. 2019/45, al paragrafo 1, così dispone: «1. Nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, gli Stati membri e la Commissione possono prendere in considerazione i suoi effetti potenziali, tra l'altro, a livello di: a) infrastrutture critiche, siano esse fisiche o virtuali, tra cui l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie, e le strutture sensibili, nonché gli investimenti in terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture; b) tecnologie critiche e prodotti a duplice uso quali definiti nell'articolo 2, punto 1, del regolamento (CE) n. 428/2009 del Consiglio, tra cui l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cibersicurezza, le tecnologie aerospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia,

Ciò posto, il legislatore ha attribuito al Governo dei poteri che si sostanziano principalmente nella facoltà di porre il veto rispetto all'adozione di determinate delibere, atti e operazioni dell'assemblea o dell'organo di amministrazione delle imprese individuate alla luce dei criteri di cui sopra, nonché di dettare impegni e condizioni in caso di acquisto di partecipazioni qualificate in tali imprese ovvero di opporsi all'acquisto delle medesime partecipazioni¹⁰.

In altri termini, posto che esistono *asset* strategici per l'interesse nazionale, lo Stato (tramite Presidenza del Consiglio dei ministri) si è dotato di una "*gigantesca lente di ingrandimento*" sulle c.d. operazioni rilevanti, consistenti nel "*passaggio di mano*" di tali *asset* e, quindi, potenzialmente pericolose per gli equilibri nazionali¹¹.

I poteri sono esercitati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previa delibera del Consiglio dei ministri, su proposta del Gruppo di coordinamento¹².

Affinché il Governo possa esercitare i suddetti poteri, la legge impone obblighi di notifica e di informazione gravanti in capo alle imprese che gestiscono attivi strategici, con riferimento a specifiche delibere, atti e operazioni¹³, nonché ai soggetti stranieri che acquistano partecipazioni rilevanti nelle medesime imprese.

quantistica e nucleare, nonché le nanotecnologie e le biotecnologie; c) sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare; d) accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o la capacità di controllare tali informazioni; o e) libertà e pluralismo dei media». Tali settori ulteriori, sono stati individuati dal d.P.C.M. 18 dicembre 2020, n. 179 ("*Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, a norma dell'articolo 2, comma 1-ter, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56*").

¹⁰ F. BIANCONI, "*I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi*", in *Contratto e Impresa*, 2022, n. 1, pp. 202-251, mette in evidenza la diversità di impostazione tra gli artt. 1 e 2 del decreto del 2012.

Da un lato, l'art. 1, co. 1, articola i poteri governativi, enucleando tre distinte fattispecie, di cui rispettivamente alle lett. a), b) e c). L'art. 2, diversamente, disciplina unitariamente i poteri governativi ivi riconosciuti.

Dall'altro, anche i presupposti applicativi sembrano differenziarsi: mentre i poteri *ex art. 1* possono esercitarsi in presenza di una "*minaccia di grave pregiudizio agli interessi essenziali della difesa e sicurezza nazionale*", ai fini della fattispecie contemplata dall'art. 2, per contro, si richiede una "*situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi relativi alla sicurezza e al funzionamento degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti*" nonché "*un pericolo per la sicurezza o per l'ordine pubblico*". L'Autrice, pertanto, conclude nel senso che la maggiore rigidità con cui sono delineati i presupposti per l'esercizio dei poteri governativi nel secondo caso è evidentemente imputabile alla minore incisività per l'interesse nazionale dei settori rilevanti ai sensi dell'art. 2 rispetto a quelli della difesa e sicurezza nazionale. In questo senso, anche L. ARDIZZONE, M.L. VITALI, "*I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*", in *Giurisprudenza Commerciale*, n. I, 2013, in particolare p. 935, a parere dei quali una siffatta diversificazione affonda le proprie radici nella necessità di rispettare il principio di proporzionalità, conformemente alla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia.

¹¹ Cfr. D. IELO, "*Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti Golden Powers*", in *Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, 2021, n. 4, pp. 59-111.

¹² Sul Gruppo di coordinamento si rinvia a quanto si dirà nel prosieguo del presente scritto.

¹³ Tra questi, a titolo esemplificativo, rientrano le delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento dell'azienda o

Perfezionata la notifica nei confronti della Presidenza del Consiglio dei ministri, quest'ultima ha un termine di 45 giorni per esprimersi, decorso il quale si desume implicitamente il rilascio della *clearance* sull'operazione notificata.

L'inosservanza degli obblighi di notifica o l'inadempimento di impegni e condizioni derivanti dall'esercizio dei poteri speciali sono estremamente rilevanti: sul piano civilistico, è comminata la nullità delle operazioni, atti e delibere assunti in violazione degli obblighi di notifica a cui segue l'ulteriore possibilità, per il Governo, di ordinare alle parti coinvolte di ripristinare lo *status quo ante* all'operazione; sul piano amministrativo, invece, sono comminate sanzioni pecuniarie pari al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiori all'uno per cento del fatturato cumulato realizzato dalle imprese coinvolte nelle operazioni illegittime (salvo che la violazione non costituisca reato).

In reazione alla crisi pandemica, gli artt. 15-17 del d.l. 23 del 2020, convertito, con modificazioni, in l. 5 giugno 2020, n. 40 (c.d. Decreto Liquidità) hanno inciso in maniera profonda su (almeno) tre profili principali: *i*) sono stati ampliati i settori di rilevanza, fino a ricomprendere nell'ambito di applicazione delle prerogative dell'Esecutivo – tra gli altri – anche il settore finanziario, creditizio e assicurativo (art. 15, co. 1); *ii*) sono stati sottoposti alla disciplina in esame, al ricorrere di determinati presupposti, anche gli acquisti di partecipazioni da parte di soggetti UE, non soltanto per acquisizioni che conferiscono il controllo dell'impresa, ma anche per quelle superiori al 10% della partecipazione (art. 15, co. 1); *iii*) dal punto di vista procedurale, è stata introdotta la possibilità di esercitare i poteri anche *ex officio*, in caso di omessa notifica da parte dei soggetti obbligati (art. 16, co. 1, lett. a) e d)¹⁴.

di rami di essa in cui siano compresi gli attivi rilevanti o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia, il trasferimento di società controllate che detengono i predetti attivi, ovvero che abbia per effetto il trasferimento della sede sociale in un Paese non appartenente all'Unione europea; il cambiamento della destinazione dei beni e rapporti strategici in questione, nonché qualsiasi delibera che abbia ad oggetto la modifica dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società che detiene i predetti *asset* strategici o la modifica di determinate clausole statutarie.

¹⁴ F. BIANCONI, *op. cit.*, opera una distinzione tra le norme richiamate, chiarendo che solo l'art. 16 del d.l. n. 23/2020 ha inciso sul regime ordinario del *golden power* (e, quindi, in maniera definitiva e non temporanea). L'art. 15, per contro, non modifica l'impianto normativo di base come delineato dal d.l. n. 21/2012, ma introduce un regime temporaneo "*rafforzato*" in risposta all'emergenza sanitaria. Il termine di efficacia del regime transitorio ivi previsto, originariamente previsto al 31 dicembre 2020, è stato dapprima prorogato al 30 giugno 2021 (ex art. 10-ter, d. l. n. 137 del 2020, convertito, con modificazioni, in l. n. 176 del 2020), poi al 31 dicembre 2021 (ex art. 4, d.l. n. 56 del 2021) e, da ultimo, al 31 dicembre 2022 (ex art. 17, d.l. 30 dicembre 2021, n. 228, convertito, con modificazioni, il l. 25 febbraio 2022, n. 15).

L'art. 15 apporta modifiche all'art. 4-bis, co. 3, del d.l. 21 settembre 2019, n. 105, convertito con modificazioni dalla legge 18 novembre 2019, n. 133. In primo luogo, con una disposizione di carattere transitorio, ne modifica il primo paragrafo introducendo un regime temporaneo fino all'adozione del decreto atto ad individuare i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale nei settori richiamati. Tale decreto è stato adottato il 18 dicembre 2020 (d.P.C.M. n. 179/2020). In secondo luogo, aggiunge il co. 3-bis, introducendo il regime temporaneo speciale di cui si è pocanzi detto. Pertanto, in sintesi, «*fino al 31 dicembre 2022 troverà applicazione il regime temporaneo di cui all'art. 4 bis, comma 3 bis, lett. a), d.l. n. 105 del 2019, come modificato dall'art. 15 d.l. n. 23 del 2020, con la conseguenza che i poteri speciali governativi potranno essere esercitati anche in riferimento ad imprese che*

Di recente, con d.l. 21 marzo 2022, n. 21 (artt. 24-28), convertito, con modificazioni, in l. 20 maggio 2022, n. 51, il legislatore è nuovamente tornato ad incidere sull'assetto complessivo dei *golden powers*, questa volta al fine di arginare le conseguenze negative propagate dalla crisi ucraina¹⁵.

3. Le questioni oggetto di esame

Quello sin qui delineato – seppur nelle sue linee essenziali – costituisce lo sfondo sul quale si innestano le pronunce in commento.

In via preliminare, il Collegio¹⁶ si è rapidamente soffermato sull'intervento *ad opponendum* (dunque, a sostegno del Governo) di una società terza, B.F. S.p.A., la quale ha sostenuto di avere, nel caso di conferma della legittimità del provvedimento impugnato, concreto interesse a sua volta all'acquisizione del Gruppo Verisem. Tale circostanza è stata ritenuta sufficiente dal TAR per considerare ammissibile l'intervento.

L'inciso si palesa di interesse in quanto stimola l'ulteriore riflessione sulla possibile tutela (anche) dei terzi rispetto alla vicenda dei poteri speciali.

A tal riguardo, si osserva che la normativa attuale non prevede alcuna pubblicazione né delle notifiche effettuate, né di un estratto dell'operazione, così come non disciplina alcun meccanismo di comunicazione e pubblicazione né delle decisioni di *clearance* né delle decisioni di divieto o autorizzazione con misure: il silenzio del legislatore sul punto si ripercuote inevitabilmente sulle *chances* di tutela dei terzi, per i quali non sarà propriamente agevole partecipare al procedimento amministrativo, intervenire nella eventuale successiva fase di revisione giurisdizionale della decisione

detengano beni o rapporti rientranti nei settori indicati dal Reg. UE 452 del 2020, anche se ulteriori rispetto a quelli elencati nel decreto attuativo. Successivamente, una volta cessato il regime straordinario, i poteri speciali potranno essere esercitati ai sensi dell'art. 2, comma 1 ter, esclusivamente rispetto alle imprese che detengono gli assets strategici specificamente individuati (...)» e «(f)ino al 31 dicembre 2022 sono, dunque, tenuti a notificare gli acquisti di partecipazioni qualificate ex art 2, comma 5, d.l. n. 21 del 2012 tanto i soggetti «intra-UE», quanto i soggetti «extra-UE», sia pure al ricorrere di presupposti oggettivi in parte differenti».

Su un piano ancora diverso si pone, infine, l'art. 17, il quale non incide direttamente sull'assetto dei *golden powers*, ma apporta modifiche all'art. 120 TUF.

¹⁵ Poiché la vicenda giudiziaria in commento si iscrive nel contesto normativo previgente la recentissima modifica, in questa sede ci si limiterà a tratteggiare esclusivamente gli aspetti principali della novella legislativa. In particolare: *i*) gli artt. 24 e 25 precisano, nei rispettivi settori di rilevanza, la portata del potere di veto e ridefiniscono la disciplina degli obblighi di notifica; *ii*) l'art. 26 stabilisce che con d.P.C.M. possono essere individuate misure di semplificazione delle modalità di notifica, dei termini e delle procedure relativi all'istruttoria finalizzata all'eventuale esercizio dei poteri speciali, prevedendo la "prenotifica", che consente una valutazione preliminare delle operazioni; *iii*) l'art. 27 prevede misure di potenziamento della capacità amministrativa della Presidenza del Consiglio dei ministri; *iv*) l'art. 28 prevede la ridefinizione dei poteri speciali in materia di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G e *cloud*.

¹⁶ In verità, tale profilo è stato affrontato solo nella sentenza n. 4488 nel ricorso promosso da Syngenta.

di esercizio dei poteri ovvero impugnare autonomamente una eventuale decisione di *clearance*¹⁷.

Si tratta, comunque, di un profilo non indagato nel caso in esame.

Ricostruiti i fatti di causa e risolta la circostanza preliminare di cui si è appena detto, il T.A.R., salvo poi concludere per il rigetto di entrambi i ricorsi promossi dalle due protagoniste della (bloccata) operazione societaria, si è occupato essenzialmente di tre macro-questioni: *i*) l'applicabilità dell'art. 10-bis della l. n. 241/1990; *ii*) la natura giuridica degli atti che vengono in rilievo e il conseguente spazio di intervento giurisdizionale; *iii*) il ruolo del Gruppo di coordinamento e la rilevanza delle risultanze istruttorie in sede di deliberazione definitiva.

3.1. Il preavviso di rigetto

Come anticipato, a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 23 del 2020, l'Esecutivo può venire a conoscenza dell'operazione rilevante sia attraverso la notifica da parte dell'impresa, sia all'esito di un apposito procedimento di accertamento della violazione dell'obbligo di notifica.

Presupposto logico e giuridico dell'(eventuale) esercizio dei poteri speciali, quindi, non è la notifica in sé o l'acquisizione d'ufficio delle informazioni, quanto, piuttosto, la ricorrenza delle circostanze fattuali indicate nella normativa¹⁸: perciò, acquisita – previa notifica o d'ufficio – la notizia dell'operazione rilevante, prende avvio uno speciale procedimento amministrativo che può concludersi con l'esercizio dei poteri speciali.

Occorre allora chiedersi in che misura siano applicabili al procedimento in questione le regole generali poste dalla l. n. 241 del 1990.

Lungo questa falsariga, il T.A.R. ha chiarito il rapporto tra il procedimento speciale avviato ai sensi e per gli effetti del d.l. n. 21/2012 e l'art. 10-bis della l. n. 241 del 1990 (“*Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*”).

La norma stabilisce che nei procedimenti ad istanza di parte, il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda.

¹⁷ In questi termini, la questione è stata posta da L. VASQUES, “*Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia*”, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2020, n. 1, pp. 119-137.

¹⁸ A. GEMMI, “*La Golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*”, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, n. 1, pp. 381-420.

Il T.A.R., confermando quanto già evidenziato da parte della dottrina¹⁹, ha escluso che l'esercizio dei poteri speciali debba essere preceduto dalla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

L'esclusione, in particolare, poggia su una duplice constatazione.

Innanzitutto, la notifica effettuata dall'impresa alla Presidenza non può considerarsi alla stregua di una istanza di parte, costituendo, per contro, un mero atto dovuto imposto dalla normativa di settore.

In secondo luogo, è parimenti determinante constatare che la notifica, oltre a non includere alcuna richiesta, presenta un contenuto meramente informativo e di ausilio all'esercizio dei poteri speciali, in quanto consiste esclusivamente nella trasmissione all'autorità competente di predeterminate informazioni aziendali, societarie, industriali e finanziarie²⁰ necessarie per una completa valutazione dell'operazione oggetto di notifica.

Non venendo in rilievo un procedimento ad istanza di parte, pertanto, il T.A.R. conclude del senso che il procedimento in questione non sia riconducibile nell'ambito di applicazione del citato art. 10-bis.

In aggiunta a quanto linearmente argomentato dal Collegio, si consideri altresì che l'istanza di parte all'avvio di un procedimento amministrativo, in linea generale, si caratterizza per la titolarità di un interesse legittimo pretensivo dell'istante, il quale ambisce al conseguimento – all'esito del procedimento avviato su suo impulso – di un provvedimento favorevole ampliativo della propria sfera giuridica²¹: è, quindi, di palmare evidenza la divergenza rispetto alla dinamica sottesa alla notifica effettuata ai sensi del d.l. del 2012, in cui il notificante è (semmai) titolare di un interesse legittimo oppositivo all'esercizio dei poteri governativi.

Inoltre, nel senso che il preavviso di rigetto non sia un adempimento necessario rispetto all'esercizio dei poteri speciali sembrerebbe deporre anche il tenore testuale dell'art. 2 del d.l. n. 21/2012, posto che nel procedimento ivi previsto il contraddittorio con l'impresa appare solo eventuale.

Ciò, però, non esclude l'interrogativo (a monte) se l'assenza di una necessaria interlocuzione procedimentale in questa materia costituisca un *vulnus* al principio di buona amministrazione ovvero se gli obiettivi di tutela degli interessi generali perseguiti dalla normativa in commento giustifichino una contrazione del contraddittorio e delle garanzie procedimentali²².

¹⁹ G. NAPOLITANO, "I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo", in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 131; A. GEMMI, *op. cit.*, p. 409.

²⁰ L'art. 2, co. 4, d.l. n. 21/2012, infatti, così dispone: «4. Con le notifiche di cui ai commi 2 e 2-bis, è fornita al Governo una informativa completa sulla delibera, atto o operazione in modo da consentire l'eventuale tempestivo esercizio del potere di veto». Sul sito internet del Governo italiano, inoltre, sono messi a disposizione delle imprese moduli di notifica, approvati con d.S.G. 17 novembre 2020.

²¹ V. LOPILATO, *op. cit.*, p. 571.

²² In generale, secondo una giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa non si configura come una prerogativa assoluta, ma

3.2. La natura (degli atti applicativi) dei poteri speciali e il sindacato del giudice amministrativo

Il nocciolo duro delle sentenze in commento, ad ogni modo, attiene alla netta presa di posizione del T.A.R. in ordine alla natura giuridica degli atti di esercizio dei poteri speciali.

La tematica, lungi dall'essere prettamente teorica, ha una eminente rilevanza pratica, poiché incide sulla ampiezza del sindacato del giudice amministrativo.

La normativa in materia di *golden power* sembra rinvenire la sua *ratio* nell'assicurare che lo Stato disponga di adeguati strumenti di tutela qualora il mercato e la sua regolazione non riescano concretamente ad impedire che i meccanismi economici attraverso cui si esprime la libertà di impresa minaccino gli interessi strategici²³.

I poteri speciali, in altri termini, si collocano in una zona grigia in bilico tra altissima discrezionalità e scelte politiche.

Ebbene, a parere della giurisprudenza amministrativa, l'esercizio di poteri speciali «ponendo delle limitazioni ai principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali, deve trovare la sua giustificazione nel perseguimento del fine legislativo di consentire l'intervento statale qualora l'operazione societaria possa compromettere gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale, avuto riguardo all'incidenza su beni considerati di rilevanza strategica»²⁴.

Sul rilievo che non si tratta di un potere "libero nei fini", ma di un'attività vincolata nelle modalità di esercizio e nel perseguimento di un fine prestabilito²⁵, il T.A.R., conseguentemente, riconduce l'esercizio dei poteri speciali nel novero delle scelte di alta amministrazione²⁶.

può soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti (sentenze del 9 novembre 2017, Teodor Ispas e Anduța Ispas contro Direcția Generală a Finanțelor Publice Cluj, C-298/16, § 35; del 26 settembre 2013, Texdata Software, C-418/11, § 84, nonché del 3 luglio 2014, Kamino International Logistics e Datema Hellmann Worldwide Logistics, C-129/13 e C-130/13, § 42).

²³ Così A. GEMMI, *op. cit.*, p. 389.

²⁴ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 24 luglio 2020, n. 8742, testualmente richiamato dalle pronunce in commento.

²⁵ Per quanto ampia possa presentarsi la discrezionalità amministrativa della pubblica amministrazione, quest'ultima sarà sempre vincolata dal necessario perseguimento delle finalità pubbliche, nonché nell'impossibilità di utilizzare un atto per fini diversi da quelli per i quali il potere stesso è stato concesso: è proprio questa la netta linea di confine con la contigua categoria degli atti politici che, ai sensi dell'art. 7 c.p.a., sono (tendenzialmente) sottratti al controllo giurisdizionale.

²⁶ In dottrina, ricostruiscono in questi termini la natura del potere R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 102, nonché R. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 121. Parzialmente diversa è la lettura proposta da F. MARCONI, *op. cit.*, p. 57, la quale distingue: è espressione di potere politico la decisione finale sull'esercizio dei poteri speciali che riguarda la sicurezza e la difesa nazionale; mentre è espressione di potere amministrativo la decisione che riguarda la tutela di assetti strategici.

Gli atti di alta amministrazione sono quegli atti, adottati da soggetti al vertice dell'organizzazione pubblica, connotati da amplissima discrezionalità, con i quali si coniugano i fini di suprema direzione della cosa pubblica con l'attività amministrativa concreta²⁷.

Questi costituiscono una *species* del più ampio *genus* degli atti amministrativi e ne condividono il regime giuridico, inclusa la sottoponibilità al controllo giurisdizionale. La natura abbondantemente discrezionale di tali atti, però, incide inevitabilmente sul sindacato del giudice, circoscrivendone la portata: il giudice amministrativo investito dell'impugnativa di un atto di alta amministrazione, infatti, deve limitarsi (ovviamente, nei limiti della domanda) alla rilevazione di manifeste illogicità formali e procedurali, al riscontro dell'esistenza dei presupposti e alla congruità della motivazione rispetto ai suoi presupposti²⁸.

Trasponendo queste enunciazioni di carattere generale al caso specifico della contestazione giudiziale dell'esercizio dei *golden powers*²⁹, allora il giudice amministrativo sarà chiamato ad accertare la sussistenza dei presupposti e il rispetto dei limiti individuati dalla legge per l'esercizio del potere medesimo³⁰ e, nel fare ciò, dovrà prediligere un'interpretazione restrittiva e tassativa delle facoltà attribuite agli Stati, considerata l'eccezionalità dei *golden powers* e dei loro effetti.

Coerentemente con siffatte premesse, nella vicenda in commento il T.A.R., richiamando il suo unico precedente sul punto³¹, conferma il necessario rispetto del principio di legalità anche (e soprattutto) nel settore dei *golden powers*: i poteri speciali, cioè, possono essere esercitati unicamente nelle ipotesi preventivamente individuate e solo nei confronti dei soggetti tenuti a rispettare l'obbligo di notifica.

Senonché, il *punctum dolens* attiene proprio all'inquadramento, da parte del giudice, della fattispecie concreta in quella astratta prevista dalla norma.

Invero, da un lato, l'art. 2 del d.l. n. 21/2012 individua quale presupposto fondamentale per l'esercizio dei poteri ivi prescritti la *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 degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti nonché un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico*; dall'altro, il d.P.C.M. n. 179/2020, in cui è stato sostanzialmente trasposto (in parte) il Regolamento UE n. 2019/452, fa propri concetti giuridici altrettanto indeterminati, generici e flessibili, come, ad esempio, "*infrastrutture*

²⁷ V. CERULLI IRELLI, "Sugli atti di alta amministrazione", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 1377.

²⁸ G. PEPE, "Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento", in www.federalismi.it, 2017, n. 22

²⁹ Sul piano processuale, il codice del processo amministrativo, all'art. 133, lett. z-quinquies) assoggetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative all'esercizio dei poteri speciali e, in particolare, alla competenza funzionale del T.A.R. Lazio, sede di Roma (art. 135, lett. h), c.p.a.). Tali controversie, inoltre, sono sottoposte a rito speciale accelerato ai sensi dell'art. 119 c.p.a.

³⁰ Cfr. D. IELO, *op. cit.*, in particolare pp. 70 e ss.

³¹ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 24 luglio 2020, n. 8742

critiche”, “*fattori produttivi critici*”, “*fattori di vulnerabilità*”, oltre che rimandare, in più punti, ad un non meglio specificato giudizio di essenzialità, abdicando all’intento definitorio cui era originariamente vocato.

Plastica esemplificazione della concreta difficoltà in cui il giudice incorre nell’effettuare un sindacato sulla sussistenza dei presupposti dei *golden powers* è rinvenibile nel caso di specie, in cui a fronte di un vizio fondamentalmente di carattere fattuale (e cioè: le ricorrenti hanno negato di svolgere l’attività prevista dalla normativa applicata), il T.A.R. si è appiattito – *absit iniuria verbis* – sulle argomentazioni rese dall’amministrazione per cui le società *target* possiedono beni di rilevanza strategica per l’interesse nazionale e svolgono attività implicante l’utilizzo di tecnologie critiche ai sensi dell’art. 9 del d.P.C.M. n. 179/2020 nonché la raccolta di dati ai sensi dell’art. 6 del medesimo d.P.C.M.

Nonostante la questione avrebbe meritato un ulteriore approfondimento³², il Collegio – stante la palmare indeterminatezza dei concetti da applicare – ha preferito glissare, per evitare (forse?) di correre il rischio di intromettersi nell’opportunità di scelte ad appannaggio esclusivo dell’amministrazione e al limite della politica.

Se, per un verso, la qualifica di atti di alta amministrazione è funzionale ad includere nell’orbita del sindacato del giudice amministrativo anche gli atti di esercizio dei poteri speciali, dall’altro non può ignorarsi l’oggettiva fatica per l’organo giudiziario nel districarsi tra scelte strategiche e delicati equilibri geopolitici anche (e soprattutto) internazionali³³, oltre che nell’individuare i confini della manifesta illogicità entro i quali poter intervenire.

L’impressione finale è che, onde evitare di incorrere in procedure di infrazione e richiami da parte dalle Istituzioni europee, il legislatore nazionale abbia “procedimentalizzato” un potere che, nella sostanza, rimane connotato da un elevato tasso di discrezionalità politica, prima ancora che amministrativa.

Conseguentemente, seppur formalmente qualificato dai giudici amministrativi come scelta di alta amministrazione, non sembra revocabile in dubbio che il potere speciale riconosciuto al Governo, in ogni sua manifestazione, sia di fatto connotato da un alto tasso di politicità³⁴ difficilmente censurabile in giudizio.

Non stupisce, quindi, che in altre realtà nazionali si sia optato per una ricostruzione differente.

Si pensi agli Stati Uniti, dove un sistema di controllo sugli investimenti esteri a presidio della sicurezza nazionale si è profilato ben prima che in Europa.

Lì, l’attuale disciplina del *golden power* è incentrata sulle funzioni del *Committee on Foreign Investment in the United States* (CFIUS), ossia l’autorità amministrativa cui compete l’analisi delle operazioni societarie suscettibili di incidere sui temi di sicurezza

³² M. CLARICH, G. MARRA, “*Golden power: il Giudice conferma il potere dello Stato*”, in www.dirittobancario.it, editoriale aprile 2022.

³³ Cfr. D. IELO, *op. cit.*

³⁴ R. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 121.

nazionale e che assomma competenze istruttorie e decisorie (limitatamente alle ipotesi di nullastato o nullastato condizionato). In ultima istanza, però, è solo al Presidente che compete il potere di porre il veto nei casi in cui valuti preminente l'interesse alla sicurezza nazionale rispetto alla libertà di mercato³⁵.

Ebbene, in un siffatto contesto, le valutazioni presidenziali sono espressamente considerate *non justiciable questions*³⁶, vista la loro connotazione squisitamente politica e non duplicabile in altre sedi.

3.3. Il ruolo del Gruppo di coordinamento e la motivazione nel provvedimento finale di esercizio dei poteri speciali

L'ampissima discrezionalità riconosciuta all'Esecutivo è ulteriormente "blindata" dal T.A.R. nella misura in cui quest'ultimo esclude la sussistenza in capo all'organo governativo di un obbligo motivazionale rafforzato nel provvedimento finale.

Le conclusioni rassegnate dal Collegio muovono dall'analisi del ruolo del Gruppo di coordinamento in sede istruttoria.

In generale, l'istruttoria concernente l'operazione notificata è svolta dal Gruppo di coordinamento istituito in seno alla Presidenza del Consiglio e che riunisce a livello amministrativo i rappresentanti dei diversi ministeri interessati.

Il Gruppo è affiancato dal Dipartimento di pubblica sicurezza e, qualora si renda necessario nel corso dell'istruttoria, può formulare richieste istruttorie e richiedere informazioni sia alle società coinvolte che a soggetti terzi, pubblici e privati.

Come già evidenziato in dottrina³⁷, sono due le principali caratteristiche del Gruppo di coordinamento.

La prima consiste nel fatto che il Gruppo è privo di un proprio autonomo apparato burocratico, stabile e specializzato.

La seconda, invece, si sostanzia nella carenza di un autonomo potere decisionale, in quanto le valutazioni svolte dal medesimo Gruppo, anche nei casi in cui si ritenga non vi siano gli estremi per l'esercizio dei poteri speciali, devono sempre confluire in

³⁵ Per una più dettagliata analisi del sistema americano, si veda A. TRISCORNIA, "Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario", in *Rivista delle società*, 2019, n. 4, pp. 733-794.

³⁶ B.P. AMICARELLI, "Il golden power fra istruttoria viziata e principio di legalità", in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, n. 5, il quale richiama la sentenza resa dalla Corte Suprema nel caso *Ralls v. Cfius* del 2011, tutt'oggi *leading case* in materia. Per una approfondita disamina dell'insindacabilità dell'esercizio dei poteri di divieto o sospensione del Presidente del Stati Uniti, cfr. A. COMINO, *op.cit.*, p. 1033.

³⁷ R. GAROFOLI, *op. cit.* Nel contributo, l'Autore opera anche un confronto con il ruolo del CFIUS, e cioè il Comitato interdipartimentale competente a svolgere funzioni istruttorie e di controllo sugli investimenti esteri negli Stati Uniti.

una delibera governativa (*rectius*: decreto del Presidente del Consiglio dei ministri adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei ministri).

Ciò premesso, la questione specifica affrontata in sede di contenzioso attiene essenzialmente al grado di vincolatività delle suddette valutazioni rispetto alla decisione finale sull'esercizio del *golden power*, prerogativa esclusiva del Consiglio dei ministri.

Per il T.A.R., il compito del Gruppo di coordinamento è esclusivamente quello di raccogliere gli elementi di valutazione tecnica da sottoporre al Consiglio dei ministri in sede collegiale, il quale non è né vincolato al parere formulato in fase istruttoria, né, tantomeno, è tenuto a rendere una motivazione "rafforzata" nel caso in cui intenda discostarsene, anche quando – ad esempio – il Gruppo abbia proposto misure alternative al potere di veto.

La prospettazione pretoria, condivisibile nelle premesse, lascia però spazio a non poche perplessità nelle sue conclusioni per le seguenti considerazioni.

Innanzitutto, si è già detto che gli atti di alta amministrazione, seppur con le dovute peculiarità, condividono il regime giuridico degli atti amministrativi, per cui parimenti soggiacciono all'obbligo motivazionale imposto dall'art. 3 della l. n. 241/1990.

Anzi, proprio i marcati effetti riconducibili all'esercizio dei poteri speciali, non solo nella sfera giuridico-economica delle imprese specificamente coinvolte, ma anche a livello sistemico di concorrenza nel mercato, dovrebbero deporre nel senso della sussistenza di un rigoroso onere motivazionale³⁸.

Le sentenze, quindi, relativamente a questo specifico aspetto, appaiono non pienamente coerenti con le scelte precedentemente assunte in ordine alla natura giuridica dei provvedimenti in questione.

In secondo luogo, l'opzione del T.A.R. di ritenere il Consiglio dei ministri non tenuto a motivare specificamente il discostamento rispetto alle proposte del Gruppo di coordinamento appare altresì in contrasto con il tenore dell'art. 2 del d.l. n. 21/2012, il quale dispone che "*il potere di veto è espresso nella forma di imposizioni di specifiche prescrizioni o condizioni ogniqualevolta ciò sia sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi pubblici rilevanti*": trattasi, evidentemente, di una tipizzazione normativa del principio di proporzionalità per cui, a parità di efficacia sulla tutela degli interessi nazionali, la misura più "mite" è da considerarsi sempre preferibile.

Pertanto, qualora il Gruppo di coordinamento formuli un parere favorevole all'esercizio di poteri diversi da quello inibitorio, appare ragionevole e coerente ritenere che l'organo deliberante, seppur libero da vincoli conformativi, sia comunque tenuto a motivare puntualmente in ordine alla idoneità, necessità e adeguatezza del veto

³⁸ Sulla necessità di una motivazione aggravata, si veda D. IELO, *op. cit.*, in particolare pp. 95 e ss.

rispetto all'opportunità di imporre le misure alternative meno gravose per i destinatari proposte dal medesimo Gruppo³⁹.

Del resto, la giustiziabilità in concreto dei provvedimenti di esercizio del *golden power* passa (anche, e soprattutto) attraverso la motivazione resa dall'amministrazione.

In conclusione, un adeguato assolvimento dell'onere motivazionale implicherebbe una maggiore "responsabilizzazione" delle autorità procedenti, considerata anche la possibilità di operare un più penetrante controllo giurisdizionale; per di più, così ridotta l'opacità delle decisioni governative, si assicurerebbe un esercizio della discrezionalità più rispettoso dei principi del diritto amministrativo, tra cui, per l'appunto, quello di proporzionalità⁴⁰.

Il T.A.R., per contro, ha sancito una netta separazione tra fase istruttoria e fase decisionale e ha dequotato l'onere motivazionale nel caso in cui il Governo decida di determinarsi in maniera difforme rispetto a quanto proposto dall'organo cui compete la conduzione dell'istruttoria.

4. Conclusioni

Il ricorso ai poteri speciali rappresenta una vistosa deroga alle libertà di circolazione di merci e capitali, colonne portanti del progetto europeo teso, per ispirazione originaria, alla creazione di un mercato unico.

In quanto tale, il loro esercizio dovrebbe necessariamente fondarsi su presupposti obiettivi, chiari e trasparenti, oltre che essere idoneo a garantire il conseguimento dello scopo e non andare oltre quanto necessario per raggiungerlo.

In un contesto legislativo in continuo mutamento e in assenza di una consolidata giurisprudenza in materia, le sentenze in commento hanno sicuramente contribuito a individuare delle rilevanti coordinate ermeneutiche.

Innanzitutto, si è data una collocazione sistematica ai provvedimenti espressivi del *golden power*, identificandoli quali atti di alta amministrazione e contribuendo, in tal modo, ad individuarne il relativo regime giuridico.

In secondo luogo, il Collegio ha avuto modo di esprimersi in ordine alla conformazione dello speciale procedimento amministrativo che viene in rilievo, da un lato escludendo l'applicabilità dell'art. 10-bis della l. 241/1990 e, dall'altro, marcando

³⁹ A sostegno di quanto sin qui esposto, in un'ottica comparativa, sia consentito richiamare la corrispondente normativa francese. Il *Code monétaire*, infatti, prevede espressamente il dovere di motivare l'esercizio dei poteri speciali: l'art. R151-10, in particolare, impone al Ministro dell'economia di motivare la decisione di veto. In tal modo, il legislatore ha escluso a monte eventuali contrasti interpretativi.

⁴⁰ In questi termini: B.P. AMICARELLI, *op. cit.*, p. 653. Il rispetto del principio di proporzionalità, ad ogni modo, è imposto anche dal medesimo d.l. n. 21 del 2012 ai fini dell'esercizio dei poteri speciali, in particolare quello di imporre il veto.

la distinzione tra fase istruttoria e successiva fase decisionale, alla luce del ruolo riconosciuto al Gruppo di coordinamento.

Ebbene, nel sistema così come ricostruito e interpretato dal T.A.R., sono state poco considerate le garanzie delle imprese rispetto alle quali l'esercizio dei poteri speciali si traduce in una significativa compressione del diritto di iniziativa economica.

In definitiva, è proprio sulla posizione di queste ultime che si vorrebbe prestare attenzione, lasciando da parte, per una volta, la dimensione prettamente macroeconomica del fenomeno.

Per vero, le sentenze in commento rappresentano l'occasione per rimarcare quanto ridotti siano attualmente gli spazi riconosciuti alla tutela giurisdizionale dei destinatari dei controlli statali: si pensi non solo alla globale compressione del ruolo dell'autorità giudiziaria in caso di manifesta illogicità del provvedimento, la cui individuazione è resa ancora più difficile in assenza di una motivazione rafforzata, ma anche al complessivo atteggiamento del giudice, il quale "*in dubio pro Governo*".

Relativamente a questo ultimo aspetto, per amor di verità, non si può tacere come la particolare cautela mostrata dal T.A.R. sia probabilmente imputabile anche alla non semplice necessità di doversi confrontare con concetti giuridici indeterminati colorati da una ineliminabile sfumatura politica oltre che con stime relative a essenziali interessi statali non agevolmente replicabili in sede giurisdizionale⁴¹.

Fino ad oggi, il Governo ha fatto uso dei poteri speciali in un numero molto limitato di casi, il che potrebbe indurre a ridimensionare la portata pratica delle criticità evidenziate nel presente contributo. Eppure, queste ultime non possono essere eccessivamente sottostimate, considerati l'ampliamento degli spazi di intervento governativo e la recente tendenza ad assoggettare a controllo non solo vicende di carattere straordinario ma anche normali attività contrattuali, quali l'acquisizione di beni e servizi.

La partita, in altri termini, è tutt'altro che chiusa ed è ragionevole ritenere che la giurisprudenza, anche di secondo grado, avrà modo di far sentire ancora la sua voce.

⁴¹ Cfr. D. IELO, *op. cit.*