



10 LUGLIO 2024

Golden Power e procedimento
amministrativo: limiti, garanzie e zone
grigie

di Diana Pittelli

Cultore della materia in Diritto amministrativo
Università LUISS Guido Carli



Golden Power e procedimento amministrativo: limiti, garanzie e zone grigie*

di **Diana Pittelli**

Cultore della materia in Diritto amministrativo
Università LUISS Guido Carli

Abstract [It]: Il presente contributo si propone di indagare l'ampiezza del c.d. Golden Power, ricostruendo i limiti procedurali che assistono tale potere. A tal fine, si antepone una riflessione sulla tipologia di potere amministrativo, indagandone forma e funzione sottostante e analizzando l'interesse legittimo che fronteggia il potere. Sulla base di dette qualificazioni e fatte le opportune differenze tra settori, si procede all'analisi dell'applicabilità dei singoli istituti della legge generale sul procedimento amministrativo, distinguendo tra quelli applicati, applicabili, non applicati e applicati in maniera parziale o peculiare, con particolare attenzione verso questi ultimi.

Title: Golden Power and administrative procedure: limits, guarantees and grey areas

Abstract [En]: This paper aims to investigate the extent of the Italian FDI mechanism, *Golden Power*, by reconstructing its procedural limits. To this purpose, there will be a reflection on the type of administrative power, investigating its form and function and analyzing the legitimate interest involved. On the basis of these qualifications and making the appropriate differences between sectors, the analysis will proceed investigating application and applicability of the single law institutes of the law n. 241/1990, known as general administrative procedure law, thus distinguishing institutes in applied, applicable, not applied and applied in a partial or peculiar way, with particular attention to the latter.

Parole chiave: Golden Power; procedimento amministrativo; partecipazione; riservatezza; motivazione

Keywords: Golden Power; administrative procedure; participation; confidentiality; motivation

Sommario: 1. Premessa: un potere a *fisarmonica*; 2. Golden Power e potere amministrativo; 2.1 L'interesse legittimo e la natura del controllo; 2.2 Un caso a sé: l'articolo 1-bis; 2.3 La natura provvedimento dell'atto di esercizio dei poteri; 3. L'applicabilità della legge n. 241 del 1990; 3.1 L'applicabilità in astratto; 3.2 L'applicabilità in concreto: gli istituti incompatibili; 3.3 Le zone grigie. Il silenzio; 3.4 La partecipazione: posizione del terzo, comunicazione di avvio e diritto di accesso; 3.5 Il diritto d'accesso; 3.5.1 Le classifiche di sicurezza; 3.5.2 Il caso Invenland e gli atti di origine europea; 3.6 Il responsabile del procedimento e le risultanze istruttorie; 3.7. La motivazione; 4. Conclusioni.

1. Premessa: un potere a *fisarmonica*

L'incisività di un potere, ossia la sua capacità di *imprimere la sua impronta*, non può essere valutata esclusivamente sulla *profondità* che tale impronta avrà, ma necessariamente tenendo conto anche del diametro della stessa¹.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Con una similitudine, l'impronta di un animale che concentra il peso del suo corpo su zampe relativamente piccole, ma in grado di lasciare impronte profonde in considerazione del fatto che il peso si concentra su una superficie piccola non può far pensare che l'essere che l'ha impressa pesi più di uno che, al contrario, lasci un'impronta meno profonda ma molto più larga sol perché il peso è meglio distribuito sulla superficie poggianti.

Ecco, il grado di incidenza del Golden Power non può e non deve essere osservato solo dal punto di vista dei poteri concretamente esercitabili o dal raggio d'azione degli stessi, ma da una commistione tra i due fattori. La valutazione non può che essere svolta servendosi di due distinte unità di misura e di due calcoli diversi: circonferenza e profondità.

Golden Power è l'espressione utilizzata dal decreto-legge 15 marzo 2012 n. 21² – atto che istituisce e regola l'esercizio dei poteri speciali – per indicare il potere dello Stato (*rectius*: del Governo) di incidere sullo svolgimento di determinate operazioni societarie ed economiche al fine di salvaguardare *asset* – attività, beni e rapporti – ritenuti *strategici* ai fini dell'ordinato e corretto funzionamento dell'apparato statale, per come individuati dalla relativa normativa di settore³.

Le numerose modifiche alla relativa normativa⁴, susseguitesesi negli anni, sono attribuibili a fattori diversi ed eterogenei, tra cui fattori emergenziali, tecnici, legati al tempo e all'evoluzione degli interessi, legati al processo di integrazione europea e ai vari tentativi di semplificazione, il tutto condito da ineliminabili influenze da parte delle vicende politico-economiche⁵; in questo continuo mutamento di cornice, i tre

² Convertito dalla legge 11 maggio 2012, n. 56.

³ Trattasi dei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dei servizi di comunicazione a banda larga basati sulla tecnologia 5G altri attivi connessi alle nuove tecnologie e rilevanti ai fini della sicurezza cibernetica, dell'energia, dei trasporti, delle telecomunicazioni e altri settori di più recente introduzione.

⁴ Tra queste, si ricordano – oltre alle modifiche apportate in sede di conversione del decreto con la legge 11 maggio 2012 n. 56 – quelle introdotte dall'art. 14 d.l. 16 ottobre 2017 n. 148, il quale ha esteso l'ambito di applicazione dei poteri governativi ai settori che coinvolgono tecnologie critiche e introdotto il riferimento al pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico tra i presupposti di esercizio dei poteri; si ricordano inoltre i decreti legge del 2019, n. 22 che ha introdotto l'art. 1-*bis* e il settore del 5G, e n. 105, il quale, tra le altre cose, ha delineato un regime transitorio che prevedeva un obbligo di notifica e conseguente possibile esercizio dei poteri anche in settori ulteriori, regime poi “superato” o “completato” con il successivo d.l. 8 aprile 2020 n. 23, c.d. Decreto liquidità, il quale ha effettivamente esteso gli obblighi di notifica in senso oggettivo (nuovi settori, tra cui quelli di cui al Regolamento UE 2019/452, frattanto approvato) e soggettivo (operazioni effettuate tra Stati membri), introducendo la possibilità per la Presidenza del Consiglio di avviare d'ufficio il procedimento; a questo facevano seguito i d.P.C.M. n. 179 e 180 del 2020, relativi all'individuazione degli attivi strategici nei settori introdotti dal Regolamento UE 2019 /452 e in quelli tradizionali di cui all'art. 2 dl 21/2012. Ulteriori modifiche sono state apportate dal d.l. 21 marzo 2022 n. 21, cd. Decreto Ucraina, il quale ha ampliato l'ambito soggettivo dell'obbligo di notifica – in particolari casi – anche nei confronti di operatori nazionali e introdotto una serie di novità in ambito oggettivo (si v. il riferimento alle concessioni e la notifica relativa alla costituzione di una nuova impresa), accanto a misure di semplificazione. Da ultimo, si ricordano il d.l. 17 maggio 2022 e il d.P.C.M. 1° agosto 2022 n. 133, che ha ridisegnato le modalità di svolgimento delle attività di coordinamento propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali, e il d.l. 10 agosto 2023 n. 104, il quale ha esteso anche alle operazioni infragruppo, in alcuni casi, la disciplina ordinaria di controllo ed eventuale esercizio dei poteri speciali.

⁵ Per comprendere meglio il significato di tale affermazione è utile pensare a quanto accaduto a seguito dello scoppio della guerra in Ucraina, e a come questioni *geopolitiche* abbiano naturalmente modificato la postura degli Stati in settori divenuti ancor più delicati. Le sanzioni *economiche* previste dall'Unione europea a danno della Russia hanno poi reso più strette le maglie dei controlli nei confronti degli investimenti sovietici. Si può dunque affermare che alcune situazioni di fatto, politiche o economiche, incidano inevitabilmente su ciò che viene ritenuto strategico e sulla forma e l'ampiezza che il controllo deve avere. Sul punto, FIORENTINO fa notare come “già oggi, e sempre più in futuro, considerazioni di natura geopolitica condizioneranno la disciplina e la gestione dei poteri speciali”, in quanto “sarà sempre più difficile, per gli apparati pubblici, decidere cosa possa ritenersi una minaccia o un grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa nazionale” (cfr. L. FIORENTINO, *Misure forti per uno Stato forte*, in *Formiche*, n. 150, 2019, 66-67); sulla stessa linea. S. DE NITTO, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2, 2022, pag. 553 ss., secondo cui “lo svolgimento di considerazioni di natura geopolitica finisce per diventare ineludibile, nel tentativo di trovare un equilibrio tra la volontà di ciascuno Stato di attirare investimenti

poteri esercitabili – prescrittivo, interdittivo e oppositivo – sono rimasti nella sostanza pressoché invariati. Il cambiamento del contesto in cui questi si sono trovati ad operare, però, non può che aver comportato un mutamento degli stessi, non dal punto di vista della teoria, rimasta intatta, ma della pratica, cioè dell’attuazione *concreta* che ora si esplica in campi d’intervento prima non contemplati.

Il potere dorato può essere definito – con una metafora rubata ad altra disciplina – come un *potere a fisarmonica*⁶, capace di espandersi nei periodi in cui il contesto economico, sociale, politico lo richieda e astrattamente di tornare alla sua forma originaria al termine degli eventi che ne avevano richiesto una dilatazione. *Astrattamente* poiché, nella realtà dei fatti, le modifiche alla disciplina anche espressamente previste come *temporanee* hanno poi assunto un ruolo di definitività di fatto, una temporaneità *sine die* poi divenuta regola.

Tale potere ha saputo, ora del punto di vista della profondità e non più dell’estensione del suo raggio, cedere parte della sua silenziosa unilateralità in ragione di un contemperamento d’interessi, e dunque aprendo le porte ad un dialogo che preceda e accompagni l’esercizio del potere. Si intenda, il potere rimane unilaterale, ma consente che vi sia un apporto partecipativo che possa guidarne l’esercizio, facendo valere anche istanze e difese dei privati interessati.

esteri e rivendicare i propri fattori di competitività e, allo stesso tempo, ma in senso paradossalmente opposto, di recuperare spazi di controllo e di decisione nel settore in analisi”.

È fondamentale notare come sia proprio la stessa Presidenza del Consiglio a parlare di un “crescente rilievo delle attività di screening degli investimenti esteri diretti, nel doveroso bilanciamento delle esigenze di sicurezza e ordine pubblico con quelle dell’economia” (cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Relazione annuale al Parlamento sull’esercizio dei poteri speciali*, 2021) riferendosi certamente agli effetti economici delle misure adottate, ma anche a come situazioni economiche possano condizionare le mosse degli Stati. Anche il COPASIR conferma questo quadro, evidenziando come “una visione moderna e realmente incisiva della cultura della sicurezza non può più prescindere dalla cosiddetta intelligence economica: la difesa dell’indipendenza dello Stato e del territorio nazionale impone dunque che il perimetro della sicurezza includa la protezione di interessi economici strategici e cruciali per la forza del nostro Paese” (cfr. *Relazione sull’attività svolta dal 1° gennaio 2021 al 9 febbraio 2022 del Comitato Parlamentare sulla Sicurezza della Repubblica (COPASIR)*). Anche in giurisprudenza questa commistione è ormai pacifica. Nella sentenza n. 289 del 9 gennaio 2023, il Consiglio di Stato rileva come la tutela degli interessi nazionali sia da intendersi in senso lato. Si precisa come il concetto di interesse nazionale non sia a sé stante, oggettivo, ma dipenda da “*valutazioni ed opzioni politiche*”; l’apprezzamento “*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*”. Ne discende che i caratteri dell’asset e della società target non sono gli unici elementi da tenere in considerazione; che la valutazione non è oggettiva e vincolata, ma altamente discrezionale “*se non apertamente politica*”, ed è il risultato della ponderazione degli interessi in rilievo. L’organo politico di vertice tiene in considerazione e valuta le caratteristiche specifiche dell’operazione, ma “*la traguarda nell’ambito e nel contesto dei fini generali della politica nazionale, ponderando gli impatti sull’assetto economico produttivo, sull’economia nazionale, sui rapporti internazionali e sul complessivo posizionamento politico strategico del Paese nell’agone internazionale*”. Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289.

⁶ Il riferimento è alla celeberrima espressione con cui Giuliano Amato definì i poteri del Presidente della Repubblica, paragonandoli, per l’appunto, al mantice della fisarmonica, capace di restringersi ed espandersi; meglio, che “la fisarmonica dei poteri presidenziali si possa flessibilmente aprire nelle situazioni di crisi, non in permanenza” (così “S. CECCANTI, *La forma di governo: la scelta semi-presidenziale senza alternative praticabili, come e perché*, in forumcostituzionale.it, 2013).

Meno recentemente, l'incisività dei poteri esercitabili è stata smussata dagli interventi della Corte di Giustizia europea e dall'affermarsi di quel principio di proporzionalità che oggi è alla base della calibrazione e della ponderazione delle scelte.

Più in generale, esigenze pubbliche legate all'evolversi degli interessi nazionali e alla necessità di protezione degli stessi portano al bisogno di estendere ulteriormente la rete in cui le attività possono rimanere imbrigliate⁷. All'opposto, esigenze privatistiche riconducibili *in primis* al libero esercizio dell'attività economica garantito dalla Costituzione, e *in secundis* a garanzie contenute in leggi generali e particolari (come quelle espressamente previste dalla legge sul procedimento amministrativo), richiedono che tali interessi vengano considerati e adeguatamente tutelati, se non riducendo l'ambito di applicabilità della disciplina allora riconoscendo guarentigie e certezze in merito alle modalità di attuazione della stessa. Il presente scritto si propone di analizzare con particolare minuzia proprio quest'ultimo aspetto, concentrandosi sul grado di applicabilità della legge che più di tutte dovrebbe garantire la conoscenza, la trasparenza, il contemperamento di interessi e il rispetto dei principi dell'azione amministrativa: la legge sul procedimento amministrativo.

Concentrando quindi l'attenzione sul procedimento di esercizio di dei poteri speciali e sul lavoro svolto dalla Presidenza del Consiglio e dall'ufficio preposto (il DICA⁸), ci si soffermerà sulla applicabilità degli istituti della legge n. 241 del 1990, stante la qualificazione del Golden Power come forma speciale di potere amministrativo, individuando le zone d'ombra in cui si situano istituti solo apparentemente applicabili o che presentano forme applicative peculiari. A contorno, non potrà mancare il riferimento a vicende giurisdizionali che hanno contribuito a chiarire particolari punti oggetto della presente indagine, così cristallizzando alcuni confini di un potere non ancora completamente delineato.

2. Golden Power e potere amministrativo

La denominazione "Golden Power" arriva al termine di un processo di rinnovamento di un'intera disciplina, ed è complice nel sottolineare la discontinuità con il precedente meccanismo della Golden Share. Nonostante ciò, il potere viene definito in entrambi i testi normativi di riferimento⁹ con la medesima espressione, identificato come un "potere speciale".

La specialità del potere può essere spiegata da due distinti punti di vista: *in primis*, speciale viene utilizzato quale sinonimo di *eccezionale*, dunque un potere da esercitare non in via ordinaria ma esclusivamente in presenza di precisate fattispecie che lo facciano ritenere necessario e indispensabile; da altro punto di vista, la specialità del potere si ricollega all'incisività dello stesso, e dunque al fatto che – di nuovo –

⁷ Con una metafora, il posto di blocco al quale le imprese devono esibire generalità e attività in corso.

⁸ Dipartimento per il Coordinamento Amministrativo.

⁹ Ci si riferisce al d.l. 334/1994 per la Golden Share e al d.l. 21/2012 per il Golden Power.

eccezionalmente lo Stato possa intromettersi in attività riservate alle imprese e al mercato, in un ambito a cui dovrebbe essere estraneo.

La specialità del potere, da un terzo e distinto punto di vista, può essere intesa come forma *particolare* di un potere generale: il potere amministrativo.

Il potere amministrativo costituisce il mezzo attraverso il quale le amministrazioni pubbliche sono in grado di svolgere funzioni amministrative. L'attività che per tramite di tale strumento si viene a realizzare è funzionale¹⁰ al raggiungimento di un preciso interesse individuato come rilevante¹¹. Si rende pertanto necessario individuare in concreto la *funzione*¹² perseguita dall'amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri, giacché è alla luce di questa (e non solo) che i provvedimenti potranno essere considerati legittimi¹³.

¹⁰ Per il concetto di *funzionalizzazione* si v. O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 4, 1894, pag. 7 ss.

¹¹ La rilevanza pubblica dell'attività svolta può essere individuata, in via diretta, sulla base delle disposizioni costituzionali che guidano l'attività amministrativa, dunque nel principio del buon andamento, contenuto delle disposizioni dell'articolo 97 Cost., il quale impone che "l'attività della PA [sia] diretta a realizzare l'interesse pubblico", così ponendo un argine ai fini che possono orientare l'operato delle amministrazioni e, dunque, l'esercizio dei poteri. In via indiretta, riconoscendo un rapporto mediato tra amministrazione e popolo.

In questo senso anche R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *La nozione di provvedimento e la sua perdurante attualità nell'odierna realtà giuridica e fattuale*, in *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, pag. 6.

¹² Per tali devono intendersi "le potestà che sono esercitate, non per un interesse proprio, o almeno esclusivamente proprio, ma per un interesse altrui o per un interesse oggettivo" (cfr. S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1937, pag. 145).

Sia consentito aggiungere che se si va alla ricerca di una definizione *precisa* di "funzione", si rischia di incappare in tautologie e ridondanze. La difficoltà nell'individuare una nozione precisa risiede nella molteplicità di quelle fornite, sia dalla dottrina che dall'ordinamento nazionale e comunitario: l'ordinamento nazionale dà una definizione con l'art. 357 del Codice penale, il quale tenta di chiarire il significato del termine in relazione all'attività del pubblico ufficiale, ai soli fini dell'applicazione della legge penale: "è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi"; il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, all'articolo 45, in tema di deroghe al principio della libera circolazione dei lavoratori, parla di "funzioni che attengono all'esercizio dei pubblici poteri e alla tutela degli interessi generali dello Stato o degli enti pubblici", mentre all'articolo 101, in tema di deroghe consentite alle leggi a tutela della concorrenza, descrive le funzioni come "prerogative tipiche dei pubblici poteri". La funzione può essere identificata nella *missione* che al soggetto pubblico viene affidata, e che consiste "nella cura di un determinato interesse pubblico individuato dalla legge" (M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV edizione, Il Mulino, Bologna, 2019, cap. IV, p. 105), ma anche nella "sintesi verbale di una molteplicità di compiti positivamente individuabili, attribuiti all'amministrazione", in proposito si v. G. NAPOLITANO, *Le funzioni* in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2015, pag. 29; per l'autore, "le funzioni identificano la ragion d'essere e la posizione dell'amministrazione nei confronti della società; costituiscono il principio ordinatore dell'organizzazione e dell'attività amministrativa; determinano la fonte competente a regolarle". Per contro, vi sono più significati attribuiti al termine: funzione nel senso di f. amministrativa, esecutiva, distinta da legislativa e giudiziaria; funzione come nozione opposta a servizio, anche alla luce dell'ordinamento europeo che si serve di tale distinzione; amministrazione intesa come funzione in quanto tale, in quanto "preposta alla cura di interessi generali e che, pertanto, deve essere, nella sua globalità, in un "rapporto di congruenza" con i fini pubblici".

¹³ L'attività svolta, infatti, persegue fini non autonomamente individuati dall'amministrazione, ma ricevuti dal legislatore. Si parla in proposito della c.d. legalità dei fini (così M. TRIMARCHI, *Principi generali dell'attività amministrativa* in M. CLARICH – G. FONDERICO (a cura di), *Procedimento amministrativo*, Wolters Kluwer, Vicenza, 2015, pag. 3). Essendo il fine individuato dal legislatore, l'interesse viene ritenuto meritevole direttamente dal popolo sulla base dei suoi rappresentanti, *nonostante e proprio perché* sarà poi il popolo stesso ad essere inciso dal potere attribuito per perseguire tale interesse.

Il Golden Power deve dunque essere considerato una declinazione particolare di un potere più ampio (quello amministrativo), un potere caratterizzato da attributi propri e la cui esistenza si giustifica in relazione ad una previsione normativa (norma attributiva di potere) che contestualmente costituisce la disciplina quadro dell'istituto.

I poteri speciali, infatti, sono esercitabili *in quanto previsti da una legge* e producono *direttamente* nelle sfere dei consociati i propri effetti, sulla base di valutazioni *discrezionali* volte a proteggere *interessi nazionali* qualificati come “strategici”. In base a ciò, sembrano ricorrere i caratteri dell'unilateralità e discrezionalità, propri del potere amministrativo, e risultano soddisfatte anche le esigenze di previsione normativa dei poteri e del carattere necessariamente funzionale degli stessi.

Il potere presenta inoltre le caratteristiche della intrasmissibilità, inalienabilità e irrinunciabilità, rinvenibili nella legittimazione di un unico soggetto e nell'obbligo di procedere.

La doverosità dell'esercizio di tali poteri può scorgersi, oltre che nella formulazione testuale delle disposizioni che lo regolano e dall'interpretazione complessiva delle stesse, anche nella possibilità che il procedimento sia avviato d'ufficio in assenza di uno spontaneo adempimento del privato agli obblighi che con tale disciplina gli sono imposti. L'esercizio del potere è poi prerogativa della sola Presidenza del Consiglio (unico soggetto legittimato) e dei suoi dipartimenti, coerentemente anche con le disposizioni del Regolamento europeo sul controllo degli investimenti esteri diretti (Reg. UE 2019/452), il quale all'art. 2 dispone che la decisione finale sul singolo caso rimanga nelle mani dello Stato membro e della specifica autorità nazionale da esso individuata. Inoltre, l'inesistenza di espressi divieti alla reiterazione dell'atto di esercizio del potere lascia intendere che questo non si esaurisca con il singolo provvedimento, ma potrebbe legittimamente essere riproposto ove si presentasse la medesima fattispecie, segno dell'inesauribilità dello stesso.

Come si diceva, è necessaria una concreta individuazione della *funzione* perseguita dal potere, di modo da verificare che essa corrisponda effettivamente alla realizzazione di un pubblico interesse. Nel caso di specie, la funzione che la norma attributiva del potere persegue è indubbiamente la protezione e la salvaguardia degli interessi nazionali e dello svolgimento delle funzioni basilari e fondamentali dello Stato, nell'interesse dei consociati alla fruizione dei servizi individuati come essenziali. Parte della dottrina¹⁴ considera l'attività realizzata per tramite di tale strumento come espressione di una funzione di regolamentazione, a tratti anche di regolazione. Più corretto, una funzione di regolamentazione che tiene conto di obiettivi propri della regolazione.

¹⁴ A. GEMMI, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, in *PA Persona e Amministrazione*, Ricerche Giuridiche nell'Amministrazione e l'Economia, n. 1, 2020, p. 396

Se intendiamo la regolamentazione come un'attività di *direzione* dell'economia e la regolazione come mezzo per la realizzazione di obiettivi di concorrenza, ne vien fuori che lo strumento in parola non aderisce perfettamente a nessuna delle due definizioni, ma che corrisponde a parti di esse. È, infatti, uno strumento che esplica inevitabilmente i suoi effetti sul mercato pur non avendo la direzione di questo come principale obiettivo; vi influisce a seguito di scelte giustificate da interessi diversi e che, nel bilanciamento degli interessi, tiene conto della necessità di non incidere eccessivamente sugli equilibri concorrenziali, addirittura tentando di salvaguardarli da agenti esterni nei periodi emergenziali in cui la concorrenza perfetta viene alterata da fattori estemporanei e imprevedibili¹⁴. Persegue, ad ogni modo, obiettivi di regolamentazione nella parte in cui l'attività sia orientata da finalità esterne al mercato, "che trovano la propria origine nel processo politico e non nella logica intrinseca di quello economico"¹⁵.

Come detto, la funzione determina il potere¹⁶. È sulla base di questa che l'amministrazione viene investita di determinati compiti e modalità di realizzazione. La natura funzionale del potere consente di distinguere diverse forme, sulla base dell'interesse perseguito e al rapporto con gli altri interessi coinvolti. Tra più forme e categorie di poteri¹⁷, il Golden Power può essere collocato nella tipologia di poteri che incidono sulle sfere giuridiche dei privati in ragione del perseguimento di un interesse pubblico.

Per quanto la categoria ora scelta non si riferisca esplicitamente a detti poteri, quanto più a veri e propri poteri autorizzatori, espropriativi e sanzionatori, si può osservare come da un punto di vista sostanziale la descrizione astratta coincida con gli effetti dell'esercizio del potere dorato: attraverso atti sfavorevoli (ma non sempre), si fa prevalere la volontà e le esigenze del soggetto pubblico su quelle del soggetto privato, sacrificandone un diritto (nelle espropriazioni il diritto di proprietà, nel Golden Power la libertà d'iniziativa economica). Giustificano una tale classificazione non soltanto le disposizioni in tema di potere di veto e di opposizione, le quali concretamente fanno prevalere un interesse pubblico a discapito assoluto di quello privato, ma anche quelle che prevedono l'imposizione di specifiche condizioni, in quanto segno di un rapporto di subalternità in cui l'interesse dell'uno deve orientare l'attività dell'altro.

In sintesi, dunque, il Golden Power costituisce una forma particolare di un potere generale: il potere amministrativo. Di esso possiede le caratteristiche fondamentali, alle quali affianca attributi propri. La

¹⁵ Così A. GEMMI, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, op. cit., p. 396 e R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI, - R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in onore del Prof. Salvatore Cattaneo*, Napoli, Jovene, 2010, p. 162, il quale fa riferimento a E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2007, p.86.

¹⁶ Il potere ha infatti *natura funzionale*, risponde ad una data funzione e serve a perseguire l'interesse ad essa sotteso.

¹⁷ Tra cui (i) poteri simmetrici a quelli dei privati, ossia simili a questi ma traslati su un altro piano e relativi all'organizzazione e all'attività contrattuale; (ii) poteri che esprimono un'esigenza di controllo – nella parte in cui, nonostante la possibilità di un accordo su un piano paritetico, si esplichino in atti unilaterali che impongono una decisione in modo da poterla controllare, da esserne gli unici padroni – e (iii) poteri che incidono sulle sfere giuridiche dei privati in ragione del perseguimento di un interesse pubblico.



funzione che giustifica l'esistenza di tale potere non è individuata in maniera unanime: all'inconfutabile esigenza di difesa e salvaguardia di interessi sommi si aggiungono visioni che individuano nelle attività di regolazione e regolamentazione gli obiettivi e gli effetti di tale potere. È sulla base della funzione perseguita e delle concrete modalità di realizzazione, che la forma del potere viene individuata. Tra quelle tradizionali, il Golden Power si situa tra i poteri che incidono sulle sfere giuridiche dei privati in ragione del perseguimento di un interesse pubblico.

2.1. L'interesse legittimo e la natura del controllo

Come noto, il diritto amministrativo moderno suole distinguere la posizione giuridica soggettiva che fronteggia il potere pubblico in due tipologie¹⁸: interesse legittimo *pretensivo*, proprio di chi invochi l'esercizio di un potere – e a cui corrisponde un potere della pubblica amministrazione sostanzialmente ampliativo¹⁹ – e *oppositivo*, di chi, invece, ha interesse a che l'amministrazione rimanga silente in quanto titolare di un potere restrittivo che limiterebbe la sfera del privato. Ai fini della presente trattazione merita di essere evidenziato come quest'ultimo, in particolare, sia l'interesse che mira alla conservazione di una situazione esistente, dunque ad un *non facere* dell'amministrazione, in modo da non alterare lo stato delle cose e a non vedere sacrificato un bene della vita di cui già si dispone.

Nel caso di specie, è necessario indagare la natura dell'interesse legittimo in riferimento ai poteri speciali, in particolare al diritto di veto e all'opposizione, e alle fattispecie alle quali si rivolgono.

Il potere di veto può essere esercitato in relazione a delibere, atti o operazioni societarie, dell'assemblea o del consiglio di amministrazione, “che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi” individuati come strategici ai sensi del decreto legge n. 21 del 2012, ovvero la fusione, scissione o scioglimento della società, il trasferimento d'azienda o di rami di essa o di società da essa controllate, il trasferimento all'estero della sede sociale, “le cessioni di diritti reali o di utilizzo relative ai beni materiali o immateriali”, nonché, da ultimo, la modifica dell'oggetto sociale e/o di determinate clausole statutarie.

In relazione a dette fattispecie, la normativa richiede – agli art. 1 co. 4 e 2 co. 2 e 2-*bis* – che le imprese interessate comunicino obbligatoriamente *la volontà* di procedere in tal senso. Oggetto della comunicazione non è tanto la delibera, l'atto o l'operazione in sé, quanto *l'intenzione* di pervenire o realizzare le stesse. In caso di esercizio del potere, dunque, tali fatti rimarranno e si cristallizzeranno al

¹⁸ Non è sempre stato così: è solo con l'ingresso dei c.d. diritti sociali nell'ordinamento che il cittadino è divenuto titolare di una pretesa in positivo nei confronti dell'amministrazione, dunque rivestendo una posizione di sottoposizione ad un potere in grado di *ampliare* la propria sfera giuridica.

¹⁹ La Corte di cassazione definisce tale posizione come la “pretesa a che l'amministrazione provveda legittimamente in vista di un provvedimento positivo”. Cass., SS.UU., ordinanza 4 settembre 2015 n. 17586.

livello dell'intenzione, senza mai divenire risultato²⁰. L'esercizio del potere si frappone alla realizzazione e concretizzazione della fattispecie, impedendola. L'interesse del privato in relazione a tale potere, di sola forma *negativa*, appare dunque configurabile come un interesse *oppositivo*²¹, proprio di colui che spera nella non intrusione e nella non ingerenza.

La comunicazione, come detto, precede la realizzazione dell'attività: questa previsione avvicina la fattispecie in esame a quella dei regimi autorizzatori, i quali prevedono un controllo *ex ante* dell'attività, con la differenza che, in quei casi, l'amministrazione è titolare anche di un potere in *positivo*, capace di rimuovere gli ostacoli che impediscono al privato la realizzazione dei suoi interessi. In questo caso, invece, il potere dell'amministrazione si atteggia come una *non-autorizzazione*, una negazione. Il suo contrario è, invece, la delibera di non esercizio che esprime esclusivamente la rinuncia all'esercizio del potere.

Il potere di opposizione, invece, è esercitabile in relazione ai casi di acquisto di partecipazioni in società di rilevanza strategica, nonché alla costituzione di nuove imprese che abbiano per oggetto sociale lo svolgimento di attività di rilevanza strategica oppure detengano attivi rilevanti ai sensi degli artt. 1, 1-*bis* e 2 della normativa; ai sensi degli artt. 1 co. 5 e 2 co. 5, l'operazione deve essere notificata entro dieci giorni dal compimento della stessa. Dunque, al contrario dell'ipotesi del veto, il vaglio sull'attività è *successivo*, e non necessariamente contestuale, cioè la notifica *segue* l'operazione e la valutazione arriva quando questa è già stata conclusa. Fino alla notifica e per il perdurare del procedimento, opera un meccanismo di

²⁰ Difatti, nelle varie branche del diritto l'esercizio del potere di veto non si colloca in un momento successivo all'adozione di una decisione, ma in costanza della stessa, impedendola: si veda, ad esempio, come nel diritto dell'Unione europea il voto contrario *impedisca l'adozione* di una decisione, e non invece la produzione dei relativi effetti, mai sorti (si v., tra le altre, le procedure di cui agli artt. 24 TUE, 294 TFUE e finanche 31 TUE). Analogo esempio è rappresentato dalle previsioni dell'art. 27 dello Statuto delle Nazioni Unite in tema di decisioni del Consiglio di Sicurezza.

In questo senso depono anche la terminologia usata da autorevole dottrina proprio in tema di poteri speciali, in cui, ad esempio, si discorre di misure sanzionatorie nei confronti di atti "*adottati in violazione del veto*", così collocando l'*adozione* in un momento successivo, in cui il veto sia già stato espresso e dunque sia passibile di essere violato (cfr. R. MORGANTE, *L'autorità di controllo sugli investimenti esteri diretti: profili organizzativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.1, 2024, pag. 37; nello stesso senso, si v. G. SCARCHILLO, A. IMPERIA, *Golden Powers: una terza via per l'intervento pubblico in mercati internazionali strategici*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, n. 3, 2023, pag. 611, in cui ci si esprime in termini di "un potere di veto *all'adozione* di determinate delibere societarie", anche qui confermando il carattere successivo della deliberazione, e R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia*, in *Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, n. 4, 2021, p. 121 secondo cui "può essere esercitato un potere di veto *all'adozione* di delibere". Il potere di veto, dunque, non rappresenta una preventiva autorizzazione all'adozione della delibera, quanto un elemento che può intervenire in costanza di decisione e, se presente, impedisce che la fattispecie si concretizzi.

²¹ A sostegno di questa tesi si riportano le parole con cui anche BELVISO, in relazione all'obbligo di notifica, classifica in tal senso la situazione giuridica soggettiva del privato: "[...]la situazione giuridica soggettiva del notificante, (...) non corrisponde a quella dell'istante: infatti, mentre quest'ultimo è titolare di un interesse legittimo pretensivo, ambendo al conseguimento di un provvedimento favorevole ampliativo della propria sfera giuridica, "il notificante è (semmai) titolare di un interesse legittimo oppositivo all'esercizio dei poteri governativi". Cfr. L. BELVISO, *Golden Power. Profili di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2023, pag. 143, il quale rinvia, a sua volta, a E.M. TEPEDINO, *Golden powers: i poteri speciali del Governo al vaglio del giudice amministrativo*, in *Amministrazione in Cammino*, 2022, e M. LONARDI, *Golden powers e sicurezza alimentare: il caso Syngenta*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2, 2022, pag. 684.

standstill sostanziale, per cui i diritti di voto legati alle partecipazioni rilevanti oggetto di acquisto sono sospesi.

In entrambi i casi, gli interessi si presentano nella forma della *opposizione*, della non volontarietà dell'esercizio del potere: nel secondo caso, potere d'opposizione, nell'interesse a conservare lo *status quo*; nel primo, potere di veto, si mira al silenzio o al non esercizio, che nel caso specifico in realtà assume le sembianze di un atto vero e proprio (c.d. delibera di non esercizio), a seguito delle introdotte dal d.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133²². Qui sta la peculiarità della situazione giuridica del privato al cospetto di tale declinazione del potere: egli è obbligato a sottoporre al controllo l'attività non ancora intrapresa e mira effettivamente ad ottenere un responso ad egli favorevole, come nei tradizionali regimi autorizzatori, ma il potere dell'amministrazione è in realtà un potere *negativo*, che dunque può solo peggiorare la condizione del richiedente a tutela di interessi superiori. L'interesse del privato è soddisfatto solo in assenza del potere. Il responso favorevole si ottiene invece effettivamente con un atto dell'amministrazione, ma che attesti la non necessità e volontà di esercizio del potere. Per quanto la relazione tra i due soggetti si avvicini alla soggezione del privato propria del regime delle autorizzazioni, in questo caso il lasciapassare non coincide con un provvedimento e con un provvedimento *positivo*, ma con un atto che delibere formalmente il non esercizio di un potere *negativo*.

Dubbio è se tale formula possa essere astrattamente accostata ad un provvedimento autorizzatorio tacito, in quanto comunque emanato all'esito di un procedimento amministrativo e volto a sbloccare una situazione in cui il concreto esercizio di un diritto è rimasto impantanato, sebbene non rispondente, in concreto, ad alcuna norma attributiva di potere: è proprio questo aspetto a frenare la ricostruzione nel senso di un provvedimento, essendo questo un atto di esercizio di potere e mancando, in questo caso, proprio quest'ultimo ingrediente fondamentale.

È dunque da escludere la configurabilità di un vero e proprio regime autorizzatorio²³, in quanto assenti sia il potere ampliativo sia l'interesse legittimo pretensivo connesso; parimenti, nonostante le modalità di

²² L'articolo 6 del decreto prevede infatti che la proposta di non esercizio dei poteri speciali presentata dal Ministero competente – e adeguatamente motivata – sia oggetto di espressa delibera da parte del Gruppo di coordinamento, sia sottoscritta dal Presidente o suo delegato, e venga trasmessa con nota alle imprese coinvolte nel procedimento. All'opposto, prima di tale intervento il d.P.C.M. del 6 agosto 2014 prevedeva che la proposta di non esercizio fosse trasmessa dal Ministero al Dipartimento corredata dalla “richiesta di far decorrere i termini temporali previsti dall'articolo 1, comma 4, e dall'articolo 2, comma 4, del citato decreto-legge n. 21 del 2012”, ossia di consentire il decorso dei tempi previsti per il meccanismo di *simil*-“silenzio-assenso”, senza che alcuna comunicazione giungesse ai soggetti interessati (cfr. art. 5 lett. h), d.P.C.M. 6 agosto 2014).

²³ In questo senso anche LALLI, il quale assimila i poteri speciali al potere di controllo dell'Antitrust sulle operazioni di concentrazione tra imprese, sottolineando come quest'ultimo sia “già da tempo e pacificamente, (...) considerato non un potere autorizzatorio, ma un potere di controllo in funzione repressiva dell'autonomia privata, quando l'operazione progettata, espressione della libertà di impresa, in concreto possa dare luogo ai rischi che la normativa intende evitare”. Si v. A. LALLI, *Effetti istituzionali e strutturali dell'espansione dei golden powers*, in *Diritto costituzionale: rivista quadrimestrale*, n. 2, 2022, pag. 93.

esercizio dei poteri ora visti presentino qualche aspetto comune, è necessario distinguere il regime proprio di tale procedimento da quello previsto all' art. 19 della legge n. 241 del 1990, ossia le attività sottoposte a SCIA, nonché da quello previsto per le attività oggetto di comunicazione preventiva.

Il regime di comunicazione preventiva e la segnalazione di inizio attività mirano a sostituire, in determinate e limitate circostanze, il regime dei provvedimenti autorizzatori. Questi partono dal principio, condiviso e rimarcato dal diritto comunitario, di una originaria libertà dell'attività, la quale è consentita in quanto non esplicitamente vietata e nei soli limiti della sua possibile interferenza con gli interessi della collettività, giustificandosi in tale maniera dei vincoli e delle regole speciali, purché proporzionati²⁴. L'attività può dunque essere oggetto di un controllo *preventivo*, ove ne sia prevista apposita comunicazione, *contestuale* all'avvio, o *successivo*, che dunque faccia seguito, arrivi in un momento posteriore all'inizio della stessa, come nel caso della SCIA. La giurisprudenza sottolinea come le attività sottoposte a tale regime siano libere, nonostante la necessaria conformità a regimi amministrativi²⁵, e il legislatore chiarisce che queste non costituiscono regimi autorizzatori²⁶. Alla segnalazione a cui il privato è tenuto, può, in caso di comprovata carenza di requisiti e presupposti, opporsi un divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti ovvero l'invito a conformare la propria attività. L'interesse del privato, dunque, si atteggia come un interesse *oppositivo*, contrario all'esercizio del potere.

Da questa breve descrizione è facile rendersi conto dei numerosi punti in comune con il procedimento di esercizio dei poteri speciali, a partire dalla possibilità di una notifica preventiva o successiva, al tipo di provvedimento che può emettere l'amministrazione (divieto – veto e opposizione – o conformazione – potere di imporre prescrizioni e condizioni), al tipo di interesse che si oppone al potere. La riconducibilità del procedimento Golden Power a detto regime è, però, esplicitamente esclusa dall'assoggettabilità allo stesso dei soli atti a contenuto vincolato. L'amplissima discrezionalità che avvolge la decisione sull'esercizio dei poteri speciali preclude a questa possibilità di configurazione. Inoltre, il regime indicato non è configurabile allorché siano coinvolti interessi pubblici particolarmente rilevanti, come la difesa nazionale e la pubblica sicurezza.

Da qui, la non perfetta vestibilità da parte del procedimento Golden Power dei panni dell'autorizzazione e della dichiarazione preventiva o successiva di inizio attività.

Il procedimento appare come a sé stante, costituente un *tertium genus* non tipizzato che però nel diritto positivo raccoglie diverse fattispecie procedurali. Questo genere si sostanzia in una categoria di

²⁴ Cfr. direttiva servizi 2006/123/CEE.

²⁵ Cfr. Corte costituzionale, sent. 13 marzo 2019, n. 45.

²⁶ D.lgs. 26 marzo 2010 n. 59, art. 8, co.1, lett. f), il quale recepisce la citata direttiva servizi 2006/123/CEE.

comunicazioni strumentali ad attività di vigilanza, e non invece volte ad ottenere un titolo o una legittimazione²⁷.

Nei regimi autorizzatori, la presentazione di un'istanza è indispensabile e necessaria per la rimozione di un ostacolo all'esercizio di un'attività; in mancanza, l'impedimento giuridico non verrà rimosso e, dunque, l'attività comunque posta in essere sarà illegittima. L'istanza, dunque, ha la funzione di legittimare il richiedente all'esercizio di un diritto, e di attribuirgli un titolo provvedimentale con tale effetto.

Per la SCIA e le dichiarazioni preventive, per quanto diverse in ragione del fatto che la decisione dell'amministrazione sia *successiva* e *vincolata*, la comunicazione è comunque necessaria al fine di legittimare l'attività svolta. È necessaria una forma di assenso, anche successiva o tacita; in assenza, l'attività verrà svolta *sine titolo*. Dunque, in entrambi i casi la legittimità dell'attività è condizionata quantomeno dalla conoscenza che ne viene data all'amministrazione.

La terza categoria di cui si è appena detto, invece, si distingue da quelle ora analizzate per l'assenza di un nesso tra comunicazione dell'attività e legittimità della stessa. La notizia è necessaria ed obbligatoria e la sua omissione è opportunamente sanzionata, ma non incide sull'esito del procedimento e sulla legittimità delle operazioni notificate²⁸. L'attività dei privati è libera e pressoché legittima fin tanto che non venga qualificata diversamente: a questo è rivolto l'obbligo di notifica, a consentirne un controllo, un vaglio alla luce di determinati interessi positivamente tutelati dalla normativa che prevede tale accertamento e rispetto a valutazioni discrezionali a questo finalizzate. Proprio per tale ragione l'omissione non potrebbe rendere di per sé illegittima l'attività, poiché questa deve essere oggetto di valutazioni, complessi accertamenti e di un fondamentale bilanciamento di interessi. Infatti, i poteri speciali hanno carattere restrittivo (condizioni e prescrizioni) o inibitorio (veto ed opposizione), in grado di *bloccare* le operazioni solo in ipotesi di conflitto con interessi nazionali, ovvero di rischio negli ambiti tutelati dalla normativa. La comunicazione è dunque un atto con cui si notizia l'amministrazione, e che costituisce termine a quo per l'esercizio della potestà amministrativa, consentendo di procedere con gli accertamenti necessari attraverso l'avvio di un procedimento.

²⁷ Se ne può trovare una ricostruzione in W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2020, pag. 6 e 30 ss., sebbene l'autore non menzioni mai i poteri speciali.

²⁸ In proposito, GIULIETTI osserva che tali comunicazioni, "comunicazioni che, avendo esclusivamente una funzione notiziale, non costituiscono, né condizione di legittimazione, né incidono sul potere di vigilanza dell'amministrazione. Ciò, ancorché sia prevista una sanzione diretta a punire la condotta omissiva". Ancora, in relazione alle notifiche in materia di concentrazioni, scrive: "È evidente che quello della comunicazione preventiva si configura, nel caso di specie, come un obbligo la cui violazione è specificamente sanzionata, ma il cui inadempimento non condiziona la liceità dell'operazione di concentrazione, che dipende esclusivamente dalla conformità dell'operazione alla disciplina normativa. La presentazione della dichiarazione determina, invece, il necessario avvio di un procedimento di controllo la cui conclusione è soggetta a termini perentori". Cfr. W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo*, cit., pag. 30, 31 e 32.

Rientrano nella atipica categoria ora delineata anche alcuni procedimenti dinanzi all’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, nonché le denunce di negozi traslativi della proprietà di beni culturali²⁹. Quanto ai primi, al pari di quanto detto in relazione ai poteri speciali, gli obblighi di comunicazione sono concettualmente distinti dalle valutazioni del loro contenuto: si prevedono sanzioni in caso di omissione, ma la legittimità dell’attività continua a dipendere esclusivamente dall’accertamento che ne viene in concreto fatto.

In relazione ai secondi, la denuncia viene qualificata come “atto di alienazione *condizionato sospensivamente* all’esercizio della prelazione”, dunque del potere amministrativo previsto per tale fattispecie. Anche nelle ipotesi tracciate dalla normativa Golden Power in relazione al potere di opposizione si prevedono delle ipotesi sospensive in relazione ai diritti coinvolti nelle operazioni notificate, fino alla notifica e per il perdurare del procedimento.

In conclusione, nelle tre ipotesi ora descritte la comunicazione incide sul potere, consentendo che esso venga concretamente esercitato, ma la relativa mancanza ne lascia impregiudicate ampiezza e modalità di esercizio; sospende la possibilità di esercitare i diritti coinvolti fintantoché non si pervenga ad un esito, prevedendo un obbligo di riduzione in pristino nel caso in cui il divieto di esercizio di tali diritti venga disatteso; non ha funzione legittimante, quindi fa riferimento ad attività private libere per cui non è richiesto alcun titolo abilitativo, ma soltanto una dichiarazione dell’interessato da cui prende avvio il procedimento di controllo e i termini perentori entro i quali il potere andrà esercitato.

2.2. Un caso a sé: l’articolo 1-*bis*

Un discorso a parte merita di essere affrontato per le fattispecie di cui all’articolo 1-*bis* della normativa sui poteri speciali, ossia i servizi di comunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G, basati sulla tecnologia *cloud* e gli altri attivi afferenti al medesimo contesto.

Le previsioni dettate dal decreto legge n. 21 del 2012 per tale articolo, infatti, non sono sovrapponibili al regime dettato per gli articoli 1 e 2; in relazione a queste precise fattispecie, infatti, la normativa impone un obbligo di notifica non delle singole operazioni (meglio, non impone *più*³⁰) ma di un piano annuale che le raggruppi insieme e che preceda la realizzazione delle stesse. I commi 2 e 4 evidenziano che si tratta di una notifica preventiva, risolvendosi nella comunicazione della *programmazione* degli acquisti – e non già di quelli ormai realizzati – e dando notizia delle “modalità di sviluppo”, anche qui ponendosi in un’ottica futura.

²⁹ Entrambe le fattispecie sono oggetto di una più estesa trattazione in W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo*, cit., pag. 32 ss.

³⁰ Prima delle recenti modifiche il regime di notifica era il medesimo per tutti i settori. Adesso, gli artt. 1 e 2 richiedono la comunicazione di singole operazioni, mantenendo la formulazione originaria, mentre l’articolo 1-*bis* richiede la notifica di un piano.

La più grande differenza, dal punto di vista dell'analisi che si sta ora svolgendo, risiede nelle previsioni del 3° comma, il quale affida all'amministrazione il potere di *approvare* il piano entro 30 giorni. Qui, affianco alle ipotesi dell'imposizione di prescrizioni e condizioni e del potere di veto, si aggiunge un potere in positivo che dunque legittima ciò che approva. In questo modo, l'amministrazione emette un vero e proprio atto di assenso nei confronti dell'opera del privato, con una valutazione complessiva e generale del contenuto del piano stesso e prevedendo, al pari delle altre ipotesi, una sospensione dei diritti legati alle operazioni notificate la cui trasgressione è sanzionata con l'obbligo di ripristino della situazione antistante.

La partecipazione delle articolazioni tecniche dei Ministeri della difesa e dell'interno, nonché del Centro di Valutazione e Certificazione Nazionale (CVCN) e dei rappresentanti dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, dimostra come in questo settore sia forte la necessità di valutazioni tecniche. Le scelte finali, dunque, sono sì comunque riservate al Consiglio dei Ministri all'esito delle riunioni del Gruppo di coordinamento, ma si connotano per un mix di discrezionalità, stavolta non solo amministrativa ma anche in senso stretto tecnica.

Infine, all'emanazione della decisione favorevole che approvi il piano però sottoponendolo a precise prescrizioni e condizioni, fa seguito un'attività di monitoraggio³¹ volta a verificare l'esatto adempimento di quanto prescritto. Tale fase potrebbe dirsi, in riferimento al momento procedimentale e provvedimentale, "fase integrativa dell'efficacia" del provvedimento *autorizzatorio* emanato³². Non è pacifica la qualificazione di tale procedimento come momento autorizzatorio ma, al contrario delle considerazioni fatte nelle pagine precedenti, è indubbia la presenza di elementi che differenziano tale regime da quello degli altri articoli. Come fatto notare, non solo in questo caso è forte la componente tecnica della valutazione, ma la comunicazione preventiva del privato è volta ad ottenere un atto di assenso che può materialmente pervenire in quanto esercizio di un potere *qui* concretamente assegnato. Il potere di approvare il piano rappresenta quella forma *positiva* del potere assente nelle altre fattispecie e che dunque ne condizionava anche la qualificazione. Il privato può dunque ragionevolmente attendersi un esito positivo del procedimento, non nel senso di un mancato esercizio del potere, ma nel senso di un esercizio a lui favorevole; per questo, l'interesse legittimo appare manifestarsi in queste ipotesi nella sua

³¹ A tale fine è istituito un apposito gruppo di monitoraggio, composto dai Ministeri competenti *ratione materiae* e da rappresentanti della Presidenza del Consiglio, dalle articolazioni tecniche dei Ministeri dell'interno e della difesa e, soprattutto, al pari del gruppo di coordinamento, da membri dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, oltre all'aiuto di cui ci si può avvalere da parte dal Centro di Valutazione e Certificazione Nazionale (CVCN).

³² "Se la salvaguardia dell'interesse pubblico passa necessariamente per l'accertamento di compatibilità preventiva, può anche passare per la previsione di prescrizioni dirette al successivo esercizio, ovvero per la sussistenza in capo all'amministrazione di particolari poteri di controllo sullo svolgimento dell'attività, che instaura un rapporto speciale tra questa e il privato." Cfr. F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 42.

forma *pretensiva*, volta ad ottenere qualcosa. Anche in questo caso le attività sono di per sé lecite, ma se esercitate in costanza di procedimento o comunque prima dell'esito di questo, divengono illegittime³³. In assenza di uno specifico atto di assenso, le imprese sono obbligate alla stasi. Tale ricostruzione fa protendere per la qualificazione di tale regime come *limitrofo* al regime autorizzatorio³⁴. Peraltro, traslando le parole di autorevole dottrina pronunciate per un diverso concetto, “la nozione di insieme impreciso, l'appartenenza al quale [a tale “insieme impreciso”, *ndr.*] può essere misurata ma non sempre affermata o negata con certezza è utile (...) anche per i giuristi, che spesso si sforzano di delimitare ambiti sempre più incerti e di precisare concetti che, con vitalità sempre maggiore, sembrano voler sfuggire a ogni definizione”³⁵.

2.3. La natura provvedimentale dell'atto di esercizio dei poteri

L'atto di esercizio dei poteri speciali corrisponde all'atto tipico di esercizio del potere amministrativo: il provvedimento³⁶.

La presenza di pronunce giurisprudenziali in tema di esercizio dei poteri speciali conferma tale configurabilità, conformemente a quanto disposto dall'art. 135, co. 1 lett. h) c.p.a., il quale ne affida competenza funzionale al TAR Lazio. Tenendo conto della natura e della funzione del potere, nonché della discrezionalità in cui esso è avvolto, l'atto di esercizio viene qualificato da dottrina³⁷ e

³³ Cfr. W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo*, cit.

³⁴ Dove “lo schema è quello del diritto soggettivo scisso dalla possibilità del suo esercizio, ovvero scisso dalla facoltà della sua attuazione” (O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Rivista italiana della scienza giuridica*, 1895, p. 328); la capacità qui limitata è certamente quella contrattuale, alla quale si aggiungono evidenti limiti al diritto di proprietà e allo svolgimento dell'attività d'impresa.

³⁵ Così B.G. MATTARELLA in relazione ai *fuzzy sets*. Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Jovene, Napoli, 2006, pag. 303.

³⁶ Risulta difficile dare una definizione più precisa che vada oltre la ricostruzione minima ora fatta. Non esiste, infatti, una definizione legislativa dell'atto in questione e le ricostruzioni dottrinali divergono per trovare un punto comune in quanto appena detto. Si osservino, in proposito, le definizioni date da MATTARELLA in B.G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 200 ss., ma anche B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, cit., pag. 301 ss. e in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 353 ss. nonché quelle fornite da CLARICH in M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pag. 166 ss. e M. CLARICH – G. FONDERICO (a cura di), *Procedimento amministrativo*, cit.

³⁷ Si vedano, tra gli altri, R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in *Federalismi.it*, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, giugno 2022, secondo cui “La natura amministrativa e non politica dell'atto comporta che la decisione non può che essere fondata su criteri oggettivi e non discriminatori e sui principi di proporzionalità e ragionevolezza, richiamati dallo stesso d.l. n. 21/2012” e, dello stesso autore, *Conclusioni*, cit.; S. DE NITTO, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, cit., la quale lega tale qualificazione alla necessaria assoggettabilità a controllo di legittimità davanti al giudice; nello stesso senso, A. TRISCORNIA, *Golden power; un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2019, p. 745, per cui “la sindacabilità giudiziaria rappresenta una condizione in assenza della quale verrebbe di per sé meno la compatibilità dei poteri speciali con il quadro comunitario”; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia*, cit., p. 121, secondo il cui pensiero tali atti sarebbero formalmente classificabili come atti amministrativi (*rectius*: di alta amministrazione) dalle

giurisprudenza³⁸ come “atto di alta amministrazione”, cioè atto a natura amministrativa, ma talmente discrezionale da trovarsi al confine con l’atto politico, invece escluso dalla giurisdizione del giudice amministrativo.

In generale, il provvedimento amministrativo presenta caratteri necessari ma non indefettibili (la cui eventuale assenza, dunque, non determina che l’atto non possa essere considerato alla stregua di un provvedimento) e caratteri necessari ma non caratterizzanti (rinvenibili dunque anche in atti di natura non provvedimentale). Per meglio comprendere tale distinzione, si consideri che, inizialmente, la qualificazione giurisprudenziale di un atto come provvedimento rispondeva alla necessità di assicurare che esso fosse adeguatamente motivato e ricorribile dinanzi al giudice amministrativo. Questi due caratteri – la motivazione e l’impugnabilità – dovrebbero dunque essere intesi come nucleo duro della qualificazione di provvedimento. In realtà, è possibile che atti qualificati come provvedimento non necessitino di motivazione (es. gli atti amministrativi generali) o non siano ricorribili dinanzi al tribunale amministrativo (es. alcuni tipi di sanzioni); per questo, tali caratteri sono sì necessari, ma non essenziali e indefettibili ai fini della qualificazione. Ancora, altri aspetti *non qualificanti* del provvedimento sono il carattere imperativo o autoritativo (la legge 241/1990 all’art. 1, co. 1bis contempla ipotesi di provvedimenti non autoritativi), la discrezionalità (esistono provvedimenti vincolati) e il fatto che l’atto sia emanato da una Pubblica Amministrazione (hanno però carattere provvedimentale anche atti provenienti da soggetti considerati privati per altri fini)³⁹. Nonostante la mera eventualità dell’esistenza di detti aspetti, il provvedimento Golden Power li racchiude tutti, essendo un provvedimento emanato da una PA – la Presidenza del Consiglio – nell’esercizio di un potere autoritativo e discrezionale che deve essere debitamente motivato e contro il quale è possibile proporre ricorso innanzi al giudice amministrativo.

regole di proporzionalità, ragionevolezza e assoggettabilità al giudice dettate dal d.l. 21/2012, ma sostanzialmente connotate da un alto tasso di politicità; D. IELO, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti “Golden Powers”*, in *Rivista Interdisciplinare Sul Diritto Delle Amministrazioni Pubbliche*, n. 4, 2021, pp. 59- 97, a parere del quale la qualifica di atto amministrativo sarebbe da attribuire non solo alla presenza di “disposizioni normative, anche di principio, declinabili in questa materia”, ma anche alla “natura di provvedimenti di ordine” che a tali poteri può essere riconosciuta.

³⁸ Si vedano TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486 e n. 4488, in cui i giudici di primo grado hanno ritenuto che “le valutazioni sottese alla decisione di procedere al concreto esercizio dei poteri speciali costituiscono scelte di alta amministrazione, come tali sindacabili dal giudice amministrativo nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità delle decisioni” e che la decisione governativa deve essere così qualificata anche a fronte della «amplissima discrezionalità, in ragione della natura degli interessi tutelati, attinenti alla sicurezza nazionale», nonché Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289, in cui vengono richiamate le qualificazioni operate dal TAR Lazio, confermando la natura di atto di alta amministrazione del provvedimento di esercizio dei poteri speciali, e tuttavia marcando il carattere di politicizia sostanziale delle valutazioni svolte dagli organi coinvolti.

³⁹ Sui caratteri essenziali del provvedimento amministrativo e sul dibattito dottrinale in materia si vedano B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, cit., pag. 301 e R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *La nozione di provvedimento e la sua perdurante attualità nell’odierna realtà giuridica e fattuale*, cit. pag. 15 ss.

3. L'applicabilità della legge n. 241 del 1990

3.1. L'applicabilità in astratto

Il provvedimento veniva individuato, dalla giurisprudenza prima che dalla legge, come atto proveniente da un'autorità amministrativa con cui si esercitava un potere frutto di un *procedimento*⁴⁰. L'articolo 29 della legge n. 241 del 1990 determina, al primo comma, l'ambito soggettivo di applicazione delle regole sul procedimento amministrativo: prime fra tutte, vengono menzionate le amministrazioni statali, seguite dagli enti pubblici nazionali. Sulla base di tale disposizione, si può ritenere che il procedimento di esercizio dei poteri speciali debba essere sottoposto ai vincoli tracciati nella legge generale.

La legge generale sul procedimento amministrativo crea una cornice all'interno della quale tutte le attività delle amministrazioni legate all'esercizio di un potere possono collocarsi. Il suo intento consiste nel disciplinare le modalità di svolgimento e di esercizio di attività e poteri, consentendo che gli effetti si producano solo al termine di una sequenza integrale e corretta di azioni⁴¹. L'intervento si pone, dunque, nella costante dialettica tra autorità e libertà, tentando di disciplinarne le modalità di dialogo.

La generalità della legge sul procedimento amministrativo è caratteristica che rimuove limiti e li pone: se da un lato essa sarà applicabile, per l'appunto, alla *generalità* dei procedimenti, così svolgendo anche una funzione uniformatrice di rapporti e iter procedurali tra loro eterogenei, dall'altro trova un limite proprio nella diversità dei procedimenti, che non consente che le medesime disposizioni vengano applicate allo stesso modo e nella stessa misura a procedimenti differenti.

Il procedimento Golden Power, come visto, sfugge da una classificazione tradizionale, situandosi in zone intermedie non facilmente definibili. Proprio per questa ragione, l'applicabilità della legge sul procedimento amministrativo, per quanto indubbia astrattamente, deve essere indagata nello specifico, disposizione per disposizione.

In ragione della struttura delineata dalla normativa quadro, appare lampante come alcuni istituti siano pressoché incompatibili con le procedure ivi descritte. Un esempio su tutti: è incompatibile col tipo di

⁴⁰ Per una più ampia ricostruzione si v. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, op. cit., pag. 302.

⁴¹ La funzione principale di tale sequenza è consentire che – prima e affinché possano essere poi valutati – gli interessi secondari vengano conosciuti, acquisiti. Il modello disegnato dalla legge supera il rapporto di altezzosa subordinazione ed il carattere autoritario delle decisioni a favore di un modello che favorisca e incentivi la collaborazione ed il contraddittorio (a riguardo, MORBIDELLI fa notare come “il procedimento [...] si incunea nell'interno del potere e ne modifica la struttura autoritaria e unilaterale: sicché il c.d. formalismo del procedimento è in realtà, una volta che lo si inquadra nel contesto costituzionale, un esempio di limitazione del potere”. Così MORBIDELLI riprendendo le idee di SORDI in G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo: il principio del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., pag. 126.). In definitiva, tale legge riveste una funzione di garanzia per i privati destinatari dell'esercizio del potere, consentendo un controllo capillare – del privato e del giudice – sulle fasi che precedono la decisione e concorrono a formarla, limitando il potere e la discrezionalità, che ne costituisce amplificatore. Peraltro, è utile un confronto anche con le definizioni e le funzioni che sono attribuite a tale legge in M. CLARICH – G. FONDERICO (a cura di), *Procedimento amministrativo*, cit., pag. 2 e in B.G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., pag. 180.

decisione e di procedimento l'art. 14, relativo alle conferenze di servizi, attenendo gli interessi in gioco ad un livello più alto, e dunque affidati alle ponderazioni di amministrazione, tecnica e politica in un "luogo" distinto, quello del Gruppo di coordinamento.

Al di là di quanto astrattamente e concretamente incompatibile e di quanto invece pienamente applicato, ci sono zone d'ombra a diversa intensità, tra istituti che *sembrano* soltanto essere applicati e disposizioni che, non essendo né astrattamente né concretamente incompatibili, ben potrebbero trovare applicazione.

3.2. L'applicabilità in concreto: gli istituti incompatibili

Non suscita particolari dubbi la generale applicabilità delle disposizioni di articoli come l'1, il 3-*bis*, il 15 e il 16, relativi, rispettivamente, ai principi generali che devono disciplinare ogni attività della Pubblica Amministrazione, l'utilizzo di ausili informatici per implementare l'efficienza delle comunicazioni, la possibilità che tra amministrazioni si siglino accordi di collaborazione e di avvalersi di organi consultivi. All'opposto, è da escludere che istituti propri dei tradizionali regimi autorizzatori, incentrati sul ruolo del privato quale propulsore, possano operare: non si applica, dunque, l'articolo 19, che delinea il regime di SCIA, nonché gli articoli che vi fanno espresso richiamo, come il 19-*bis* sulla concertazione amministrativa ed il 21, il quale sanziona la falsità delle dichiarazioni presentate ai sensi degli appena citati articoli. Non opera, in particolare, l'articolo 10-*bis*: l'obbligo di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento di un'istanza si riferisce, appunto, ai procedimenti ad istanza di parte, categoria nella quale il procedimento in esame non rientra. Anche la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di esprimersi sul punto⁴², ricordando come "la notifica, in sostanza, costituisce per l'impresa unicamente un atto (dovuto) a contenuto informativo, di ausilio all'esercizio dei poteri speciali" e che dunque risulti "inammissibile [una] equiparazione tra l'obbligo, per l'impresa interessata, di "notificare" alla Presidenza del consiglio l'operazione prima che venga attuata, e la presentazione di una istanza di parte che dà avvio a un procedimento amministrativo." La notifica costituirebbe per l'impresa un vero e proprio obbligo e non sarebbe, invece, assimilabile ad una richiesta spontanea del privato "*volta ad ottenere un bene della vita*". La funzione di tale istituto consiste nell'evitare il rigetto dell'atto ove questo, con apposite correzioni ed integrazioni, possa ancora svolgere il proprio compito, tentando di acquisire l'assenso dell'amministrazione: si procede dunque alla comunicazione dei c.d. motivi *ostativi* all'accoglimento dell'istanza, in modo che l'interessato possa presentare osservazioni, scritte e tentare di superare le obiezioni presentate dall'amministrazione.

⁴² TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486 e n. 4488, di cui si riportano le parole, e Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289.

In questo caso, gli atti sono presentati all'amministrazione nell'interesse di quest'ultima: è impensabile che un istituto nato per un fine ben preciso possa essere utilizzato in un contesto del tutto diverso, se non quasi opposto. Qui, le eventuali integrazioni vengono richieste direttamente dall'amministrazione e non sono queste o la forma dell'atto ad incidere sulla decisione finale, bensì una più complessa ponderazione d'interessi.

Tuttavia, a riguardo, è opportuno segnalare che la Proposta di revisione del Regolamento UE 2019/452, presentata lo scorso 24 gennaio dalla Commissione europea, introduce un meccanismo simile, quantomeno nello scopo, al preavviso di rigetto: l'art. 4 co. 3 prevede che, nelle ipotesi in cui un investimento sia oggetto di indagine e prossimo alla ricezione di un provvedimento di segno negativo, l'investitore sia reso preventivamente edotto dei motivi che potrebbero fondare tale tipo di decisione, ed abbia la possibilità di presentare allo Stato membro le proprie osservazioni a riguardo.

Un'ulteriore esclusione deve farsi in relazione alla categoria degli accordi. L'unilateralità e l'imperatività che connotano l'atto di esercizio dei poteri speciali non lasciano spazio ad altre posizioni. Le decisioni arrivano dall'alto e non possono essere oggetto di discussione su un piano paritetico. Si ricordi come all'inizio di questo elaborato il Golden Power sia stato definito eloquentemente come un *esercizio di sovranità* in senso economico. Sovranità statale che si impone, senza lasciare spazio a negozi e accordi che, come da lettera dell'articolo 11, integrino o sostituiscano il provvedimento. Si aggiunga che, in relazione alla posizione di preminenza che l'amministrazione come espressione dello Stato deve e vuole mantenere, rimane possibile procedere ad una modifica o ad una revoca del provvedimento emanato (art. 21 *quinquies*), rimanendo questo sempre nella piena disponibilità dell'apparato amministrativo. Coerentemente, risultano applicabili tutte le disposizioni sul provvedimento ed i suoi caratteri (21-*bis*, 21-*ter*, 21-*quater*), nonché sui suoi vizi ed i relativi rimedi (21 *septies*, *octies* e *nonies*).

È da precisare, però, che ove la dequotazione dei vizi formali stabilita dal secondo comma del 21- *octies* fosse applicabile, essa opererebbe limitatamente agli articoli compatibili. In realtà, essendo tale meccanismo riferibile ai soli provvedimenti il cui esito sia vincolato, difficile risulta un accostamento a un provvedimento altamente discrezionale come l'esercizio dei poteri speciali.

3.3. Le zone grigie. Il silenzio

Tra le zone d'ombra di cui prima si diceva, si colloca un meccanismo chiave della legge sul procedimento amministrativo che dalla lettera del decreto legge n. 21 del 2012 potrebbe sembrare pienamente operante: il silenzio assenso. L'istituto, previsto dall'articolo 20 della legge, offre una tutela ai privati vittime dell'inerzia dell'amministrazione, insolvente all'obbligo di concludere con un provvedimento espresso ogni procedimento iniziato (art. 2), valido anche nella fattispecie in analisi. Nella legge che disciplina il

funzionamento dei poteri speciali, si prevede che ove il termine per l'esercizio dei poteri spiri senza che sia pervenuta alcuna comunicazione, l'attività notificata potrà essere svolta. Sembra dunque effettivamente che anche in questa fattispecie operi tale meccanismo; tuttavia, da un'attenta lettura del testo dell'articolo, ci si accorge che tale sistema possa operare esclusivamente in relazione a procedimenti ad istanza di parte. Per le stesse ragioni esposte sopra e trasponendo in questa sede le considerazioni del giudice amministrativo, non può considerarsi ammissibile una equiparazione tra una richiesta di parte ed un obbligo. Il meccanismo previsto in tema di poteri speciali *ricalca* quello dell'articolo 20 nelle modalità in ragione del perseguimento dei medesimi fini. Tuttavia, non può comunque affermarsi la piena operatività di una disposizione riservata, ancora una volta, ad una categoria di cui tale procedimento non fa parte.

Sulla stessa scia, non possono considerarsi vevoli per la fattispecie in analisi le disposizioni di cui all'articolo 2, comma 8 (silenzio inadempimento in relazione all'obbligo di conclusione del procedimento), di cui all'art. 2-*bis* sulle conseguenze del ritardo e di cui all'articolo 17-*bis* relativo agli effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni.

I primi due prendono le mosse dalla medesima situazione d'inefficienza: l'inerzia.

Nel primo caso si fa riferimento ai rimedi per l'inerzia definitiva che sfoci in silenzio, prevedendo che l'istante possa proporre ricorso giurisdizionale avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione: riferendosi tale fattispecie a colui che abbia interesse all'emanazione di un provvedimento, l'*istante* appunto, e dunque ad una posizione di interesse legittimo *pretensivo*, questa risulta incompatibile con l'obbligo e la conseguente antitetica situazione giuridica soggettiva dell'impresa nel procedimento Golden Power.

Il secondo, invece, richiama una situazione meno grave, in cui l'amministrazione concluda il procedimento, ma con ritardo e consente che, in relazione a tale circostanza, possa essere risarcito il danno che derivi dal protrarsi del tempo. Anche qui, è impensabile equiparare la situazione di chi abbia interesse ad un provvedimento a chi invece gioisca del silenzio, a ciò aggiungendosi il fatto che, per espressa previsione di una legge *speciale* rispetto a quella generale del 1990, quale è il d.l. 21/2012, non sono contemplati ritardi e dunque la non risposta equivale ad un assenso.

Quanto all'ultimo, riferendosi questo in epigrafe ai casi in cui sia prevista l'acquisizione di "assensi, concerti o nulla osta", si esclude da principio l'applicabilità dello stesso, avendo un ambito di applicazione oggettivo differente.

3.4. La partecipazione: posizione del terzo, comunicazione di avvio e diritto di accesso

Ancora, poco chiara risulta l'applicabilità delle disposizioni in tema di partecipazioni del terzo.

È da notare come grandi passi avanti siano stati fatti sull'argomento tramite le modifiche normative del decreto-legge 21 marzo 2022 n. 22⁴³, il quale ha previsto che la notifica dell'acquisto di partecipazioni in società che svolgano attività di rilevanza strategica sia soggetta ad una notifica *congiunta*, dunque con la diretta partecipazione anche dell'impresa *target* e, ove questo non sia possibile, che quest'ultima venga debitamente informata. L'intervento si inserisce nel solco dell'efficientamento dell'azione amministrativa in corrispondenza con i principi delineati dalla legge che regola l'azione stessa, evitando il "disallineamento procedimentale" che altrimenti si produrrebbe e, dunque, anche lo sdoppiamento delle decisioni. La novella, oltre a perseguire l'obiettivo di semplificare al fine di evitare un (inutile) appesantimento e prolungamento del processo, tenta di favorire la partecipazione dell'impresa destinataria dell'investimento, scopo confermato dalla circostanza per cui ove la notifica contestuale non sia possibile o non avvenga, la società acquirente deve redigere un'informativa da inviare alla società *target*, così rendendola edotta dell'apertura del procedimento Golden Power, "al fine di consentirne la partecipazione" anche attraverso la presentazione di memorie e documenti presso la Presidenza del Consiglio, così come previsto dal comma 5 dell'art.1 e, specularmente, dal comma 5 dell'art. 2.

Gli articoli 9 e 10 della legge n. 241 del 1990 stabiliscono le facoltà di cui possono avvalersi i soggetti legittimati ad intervenire, indentificando gli stessi con i portatori di interessi pubblici, privati o diffusi "cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento" e con i destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, attraverso un rinvio all'articolo 7.

Come una matryoska, l'analisi di questa legge pone interrogativi sempre nuovi, per cui dall'analisi di compatibilità di una disposizione si apre la strada al dubbio per una diversa; in questo caso, la comunicazione di avvio del procedimento e gli atti ex. art. 18-*bis*, che ad essa possono essere equiparati. Per certi versi, l'articolo 7 non dovrebbe avere modo di operare in considerazione del fatto che grava sulle imprese un preciso obbligo di comunicazione per talune operazioni considerate strategiche; dunque, dal momento dell'adempimento di detto obbligo, queste sarebbero pienamente a conoscenza del fatto che sulla base della notifica effettuata si aprirà un procedimento di valutazione.

Ipotesi distinta è, invece, quella dell'avvio d'ufficio del procedimento, così intendendosi il procedimento che abbia inizio, in contravvenzione alle regole procedurali poste dal d.l. 21/2012, in assenza di una preventiva comunicazione da parte del privato, così come previsto dagli artt. 1 co. 8-*bis*, 1-*bis* co. 5 e 2 co.

⁴³ Il decreto ha modificato il comma 5 dell'articolo 1, e l'art. 2 del d.l. 21/2012.

8-*bis*⁴⁴. L'intervento del 2020⁴⁵ ha sancito la possibilità per la Presidenza del Consiglio di avviare autonomamente dei procedimenti ove l'obbligo di notifica non sia assolto. In queste ipotesi, da un lato persiste l'idea per cui sull'operazione grava un onere di comunicazione e, quindi i soggetti coinvolti sono in grado di prevedere che, in assenza di tale comunicazione, il procedimento avrà inizio ugualmente; dall'altro, una puntuale applicazione dell'articolo 7 porterebbe a pensare che una comunicazione dovrebbe essere indirizzata alle imprese, in ragione del fatto che dall'eventuale provvedimento di esercizio dei poteri speciali possa derivare un pregiudizio per le stesse.

Nella pratica, l'articolo 7 e l'articolo 18-*bis* non trovano sempre applicazione: quanto al secondo, in quanto non viene rilasciata alcuna ricevuta che possa essere equiparata ad una comunicazione di avvio del procedimento, fatto salvo l'automatismo proprio del sistema di posta elettronica certificata che consente di sapere quando la comunicazione è stata ricevuta e letta, dandone apposita ricevuta. Quanto al primo, la comunicazione è assente nelle ipotesi di notifica effettuata da parte delle imprese, non essendoci atti dell'amministrazione volti a confermarne la ricezione e non registrandosi comunicazioni da parte dell'Ufficio indirizzate alle imprese; nelle ipotesi di avvio del procedimento d'ufficio, invece, si procede sulla base di quanto disposto dagli artt. 7 e 8 della legge 241 del 1990, dando notizia dell'avvio e di tutti gli elementi di conoscenza necessari per consentire una piena partecipazione al procedimento.

Tra le facoltà riconosciute ai portatori di interessi a cui le porte del procedimento si aprono, l'articolo 10 prevede la possibilità di presentare memorie scritte e documenti, di cui diviene obbligatoria la valutazione in caso di accertata pertinenza, e la possibilità di prendere visione degli atti attraverso l'esercizio del diritto di accesso.

Quanto al primo diritto così riconosciuto, nella pratica accade che la società notificante o la *target* instaurino un dialogo con l'amministrazione, fornendo scritti e chiedendo di essere audite: da qui le c.d. *audiizioni* che la Presidenza del Consiglio fa per consentire alle imprese interessate di far valere i propri

⁴⁴ Si noti, peraltro, come la possibilità per la Presidenza del Consiglio di avviare il procedimento in assenza delle dovute comunicazioni sia stato inserito per i diversi settori in momenti distinti, ossia nel 2020 con il Decreto Liquidità (d.l. 23/2020) per gli articoli 1 e 2, e solo nel 2022 con il Decreto Ucraina (21/2022) per l'art.1-*bis*, e come altrettanto similmente differisca – seppur in minima parte e solo nella forma – la terminologia usata, in quanto per gli artt. 1 e 2 si dispone la semplice possibilità di avviare “il procedimento”, mentre il co. 5 dell'art. 1-*bis*, dispone che la Presidenza “può avviare *d'ufficio* il procedimento”. Di una generale “*procedibilità d'ufficio*” “per i casi di omessa notifica” complessivamente considerati parla anche DEODATO in C. DEODATO, *Considerazioni introduttive sull'origine, l'ascesa e la più autentica funzione del golden power*, in R. CHIEPPA, C. D. PIRO, R. TUCCILLO (a cura di), *Golden Power*, La Tribuna, Milano, 2023. Nello stesso senso, si veda anche A. SANDULLI, *La febbre del Golden Power*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2022, pag. 760, il quale ugualmente riferisce la procedibilità d'ufficio ad entrambi i tipi di procedimento (“*se non procede in via obbligatoria la parte, si avvia d'ufficio l'amministrazione*”). Un interessante approfondimento sul punto è offerto da BELVISO, il quale in relazione alla citata non qualificabilità della notifica come istanza di parte fa seguire, conseguentemente, che il procedimento “*origin[i]*, in ogni caso, d'ufficio”; cfr. L. BELVISO, *Golden Power. Profili di diritto amministrativo*, cit., pag. 142.

⁴⁵ C.d. d.l. Liquidità, dell'8 aprile 2020 n. 23, come convertito dalla legge 5 giugno 2020, n. 40.

interessi e chiarire le proprie posizioni rispondendo ai quesiti che il Gruppo di coordinamento di volta in volta formula.

Non è invece oggetto di esplicita disciplina la posizione di una terza impresa che intrattenga relazioni con le imprese coinvolte e che dunque possa essere indirettamente interessata e toccata dall'esito dell'istruttoria. O perlomeno, il quadro delineato dal decreto-legge n. 21 del 2012 prende in considerazione la sola ipotesi in cui sia l'amministrazione ad aver bisogno di informazioni in possesso di terzi, prevedendo in tal caso un'ipotesi sospensiva dei termini del procedimento.

Accade però che possa verificarsi la fattispecie inversa, in cui sia l'impresa a volere rassicurazioni dall'amministrazione o a volerla rendere edotta di particolari sfuggiti all'istruttoria. Si pensi al creditore di un'impresa in crisi che tenta di alienare un ramo d'azienda per risanare i suoi bilanci; è da questa operazione che dipende la solvibilità dell'una e l'equilibrio finanziario dell'altra.

Per il primo caso, a tutela della riservatezza delle imprese coinvolte, dei relativi segreti industriali, nonché della sensibilità degli interessi statali protetti, appare ragionevole la scelta di non esternare informazioni di un procedimento in corso, facendo prevalere detti interessi sulle curiosità ed esigenze anche di eventuali *competitors*. Nel secondo caso, nel silenzio del decreto, si insinuano le disposizioni del Regolamento UE 2019/452, che al considerando n. 14 prevede la possibilità per le amministrazioni procedenti di acquisire qualsiasi informazione pertinente fornita da terzi⁴⁶ come informazione suppletiva, nonché quanto disposto dall'articolo 10 della legge sul procedimento amministrativo, che attribuisce in via ordinaria tale diritto a qualunque soggetto portatore di interessi cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento. La posizione del terzo estraneo all'operazione notificata è particolarmente delicata, caratterizzata da una posizione di passività che raramente può sfociare in un ruolo attivo, comunque limitato alla presentazione di documenti nel procedimento e all'intervento nel processo. Tale considerazione apre ad una riflessione più ampia sul ruolo del terzo inciso di riflesso dalle determinazioni del Governo, prima, e del giudice, poi. Nel processo, l'interesse del terzo intervenore è un interesse indiretto e riflesso, ritenuto comunque giuridicamente apprezzabile ai fini dell'intervento, ma tutelabile solo in conseguenza di una decisione favorevole a chi condivide la medesima posizione. I soggetti solo indirettamente interessati ad una decisione trovano nell'intervento di terzi ex art. 50 c.p.a. l'unica possibilità di partecipazione e di conoscenza degli atti del procedimento concluso e dello stato del processo pendente, peraltro con la sola possibilità di aderire completamente alle posizioni del ricorrente o dell'amministrazione resistente (c.d. interventi *ad adiuvandum* o *ad apponendum*).

Si riconosce dunque come l'apporto partecipativo del terzo interessato sia estremamente limitato: nel procedimento a monte, alle sole ed eventuali richieste istruttorie ad esso rivolte dal Gruppo di

⁴⁶ Nello specifico, si tratta di operatori economici, organizzazioni della società civile o parti sociali, come i sindacati.

coordinamento, dal Ministero titolare dell'istruttoria o da possibili quesiti presentati dagli Stati membri o dalla Commissione europea nell'ambito della c.d. fase due; nel processo a valle, a sostenere le argomentazioni dell'una o dell'altra parte, senza la possibilità di addurre ulteriori motivi che lascino propendere verso una decisione piuttosto che un'altra.

L'esperienza partecipativa dei protagonisti del procedimento e del terzo si inceppa anche in relazione alla facoltà prevista dalla lettera a) del citato articolo 10, ossia la possibilità di prendere visione degli atti attraverso l'esercizio del diritto di accesso.

3.5. Il diritto d'accesso e i suoi limiti: le classifiche di sicurezza e il caso Invenland

Il diritto d'accesso è punto nevralgico della funzione di garanzia svolta dalla legge che regola il procedimento amministrativo. Questo consente agli interessati⁴⁷, ossia tutti i soggetti portatori di un interesse *diretto, concreto e attuale*, riferibile ad una situazione tutelata dall'ordinamento, di prendere visione e di estrarre copia dei documenti amministrativi a cui tale interesse è collegato. Ciò al fine di consentire di poter partecipare al procedimento e di poter controllare l'imparzialità dell'attività dell'amministrazione, nonché la rispondenza a tutti i principi generali della stessa. L'accesso è l'istituto giuridico che consente all'amministrazione di assumere le sembianze della tanto auspicata *casa di vetro*, rispondendo dunque ad un'esigenza di trasparenza della relativa attività.

L'applicabilità degli articoli 22 ss. della legge n. 241 del 1990 rappresenta un punto delicato, un equilibrio raggiunto a seguito di necessari bilanciamenti di interessi.

In primis, l'interesse dei privati a prendere visione di particolari documenti si scontra con i motivi che giustificano l'esercizio dei poteri speciali: il controllo di talune operazioni ai fini dell'esercizio del Golden Power è legittimato dall'esigenza di salvaguardia di interessi di rango primario, afferenti alla sicurezza della nazione, alla continuità degli approvvigionamenti e allo svolgimento di attività di rilevanza strategica per gli interessi dello Stato, tra cui garantire l'ordinaria erogazione dei servizi e lo svolgimento delle funzioni basilari e fondamentali dello Stato. È facile intuire come una *disclosure* da parte dell'amministrazione impedirebbe o ostacolerebbe la protezione di detti interessi, creando un rischio ancor più grande di quello oggetto di valutazione. A ciò si aggiunga l'interesse dell'impresa coinvolta a che altri operatori economici non vengano a conoscenza delle proprie scelte industriali o dei propri piani d'azione, delle tecnologie utilizzate e delle informazioni tecniche sulle stesse. Agli interessi nazionali si aggiungono, dunque, dei veri e propri interessi industriali.

⁴⁷ Si confronti l'art. 22 l. 241/1990, co. 1, lett. a) e lett. b), recanti precise definizioni dei concetti ora presentati.

L'articolo 22 della legge sul procedimento consente delle eccezioni e per esse rinvia all'articolo 24. Quest'ultimo elenca una serie di circostanze in cui il diritto di accesso non opera: tra queste particolare attenzione meritano, per quanto qui trattato, i commi 2 e 6, lettere a) e d).

Il comma 2 consente alle amministrazioni di individuare specifici spazi di riservatezza, indicando le categorie di documenti di cui si intende escludere la consultabilità.

Il comma 6 consente invece al Governo di prevedere tramite regolamenti l'esclusione dall'accesso "ove dalla divulgazione dei documenti possa derivare una lesione, *specifica e individuata*, alla sicurezza e alla difesa nazionale, all'esercizio della sovranità statale e alla continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali"⁴⁸, ovvero quando i documenti incidano sulla riservatezza anche di persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, in relazione anche ad interessi finanziari, industriali e commerciali⁴⁹.

Per quanto tale ultima disposizione sembrerebbe calzare a pennello e inquadrare appieno tutti i "controinteressati"⁵⁰ che vengono ad essere bilanciati, i decreti attuativi della normativa Golden Power⁵¹ contengono un espresso rinvio al comma 2 dell'articolo 24, relativo alle categorie documentali specificamente individuate dalle amministrazioni.

Alle previsioni dell'ordinamento nazionale si aggiungono, inoltre, quelle più specifiche dettate in sede europea dal Regolamento UE 2019/452, il quale contiene una serie di disposizioni a salvaguardia della riservatezza delle informazioni riguardanti le operazioni notificate. Punto di maggior tutela è l'articolo 10, il quale dispone un obbligo di protezione delle informazioni ricevute sulla base del meccanismo di scambio europeo ivi delineato e un utilizzo esclusivamente improntato agli scopi per i quali tali informazioni siano state richieste. Ciò in aggiunta alle disposizioni dell'articolo 3, comma 4, che impone la protezione delle informazioni "riservate" inserendo tra queste le informazioni commerciali sensibili, e dell'art. 11, che prevede la creazione di un sistema sicuro e criptato per lo scambio di informazioni tra punti di contatto, così come auspicato nel considerando n. 27.

Sulla base di quanto anticipato nel considerando n. 30, l'art. 10 dispone infine l'obbligo di provvedere affinché le informazioni *classificate* non possano essere declassate o declassificate senza il consenso scritto dell'originatore.

⁴⁸ Cfr. art. 24, co. 6, lett. a).

⁴⁹ Cfr. lett. d).

⁵⁰ L'art. 22 definisce i controinteressati come "tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza".

⁵¹ Trattasi dei d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, art. 9 il quale individua le procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori disciplinati dall'art. 1, ed il d.P.R. 25 marzo 2014, n. 86, art. 9 rubricato "Regolamento per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'art.2, comma 9, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21". A questi si aggiungono le disposizioni in materia dettate dall'art. 13 del d.P.C.M n. 1° agosto 2022 n. 133, recante "disciplina delle attività di coordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri pedepedutiche all'esercizio dei poteri speciali".

3.5.1. Le classifiche di sicurezza

Per “informazioni classificate” l’ordinamento italiano⁵² intende quei documenti contenenti informazioni particolarmente sensibili ai quali sia apposta una “classifica di sicurezza”, ossia un timbro che attesti il livello di segretezza delle informazioni contenute⁵³. I livelli di sicurezza sono quattro e a tutele crescenti (RISERVATO (R), RISERVATISSIMO (RR), SEGRETO (S), SEGRETISSIMO (SS)), e servono a limitare la diffusione dei documenti su cui sono apposte, circoscrivendo l’ambito di quanti possono venirne legittimamente a conoscenza⁵⁴. L’accesso a tali documenti è consentito solo a chi abbia necessità di venire a conoscenza del contenuto in ragione di un incarico o di attività da svolgere e sia munito di apposita abilitazione di sicurezza.

I livelli più alti (RISERVATISSIMO o superiore) impongono *inoltre* che il richiedente accesso sia in possesso di particolari caratteristiche al fine di poter prendere visione dei documenti: in particolare, per le persone fisiche è richiesta una abilitazione di sicurezza personale, il NOS (Nulla Osta di Sicurezza), mentre per gli operatori economici sono richieste abilitazioni di sicurezza industriale, come l’Abilitazione Preventiva (AP), il Nulla Osta di Sicurezza Industriale (NOSI) ed il Nulla Osta di Sicurezza Industriale Strategico (NOSIS).

Il procedimento di declassifica delle informazioni è automatico, per cui ogni 5 anni il livello di sicurezza di ciascun documento si riduce al livello inferiore o viene eliminato, salvo espressa proroga dei termini con provvedimento motivato dall’ente che l’ha apposta o, nel caso di proroga superiore ai quindici anni, dal Presidente del Consiglio dei ministri.

In ragione di quanto detto, i funzionari dell’Ufficio Golden Power della Presidenza del Consiglio – che costituisce il punto di contatto italiano del meccanismo di cooperazione europeo – devono essere abilitati alla conoscenza di dette informazioni, tramite l’acquisizione del NOS. Al contempo, La Commissione e gli Stati Membri, nel trasmettere notifiche ed informazioni in loro possesso, indicano sin da subito la presenza di documenti riservati o classificati RESTRICTED/CONFIDENTIAL: per taluni di questi, il punto di contatto si serve infatti di una Segreteria Speciale che fa da ponte per la trasmissione del materiale riservato così indicato.

⁵² Si vedano, in particolare, l’art. art. 42 della legge n. 124 del 2007 (e successive modifiche) ed i d.P.C.M n. 5 del 2015 (artt. 19-21) e il n. 7 del 2009.

⁵³ Tali documenti sono dunque protetti con misure di sicurezza fisica e tecnica. Per approfondire, si veda M. CARBONELLI – M. ROTIGLIANI, *Le informazioni classificate in ambito nazionale e internazionale*, sul sito [Safety & Security Magazine](#), 1 luglio 2020.

⁵⁴ Cfr. Classifiche di sicurezza, Portale UCSe – Ufficio Centrale per la Segretezza, Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza, Presidenza del Consiglio dei Ministri, disponibile sul [Portale UCSe](#), nonché la pagina dedicata alle Classifiche di segretezza del Sistema di Informazione per la Sicurezza della Repubblica, disponibile sul sito del [SISR](#) e quella del sito del Consiglio Europeo “[Protezione delle informazioni classificate UE \(ICUE\)](#)”.

Le classifiche di segretezza non sono le stesse in tutti gli Stati, europei ed extraeuropei. Per completezza, si riporta uno schema di raffronto con i principali paesi⁵⁵.

Tabella di comparazione CLASSIFICHE DI SEGRETEZZA

Tabella di comparazione QUALIFICHE DI SICUREZZA

NATO	UE
COSMIC TOP SECRET	TRÈS SECRET UE / EU TOP SECRET
NATO SECRET	SECRET UE / EU SECRET
NATO CONFIDENTIAL	CONFIDENTIAL UE / EU CONFIDENTIAL
NATO RESTRICTED	RESTREINT UE / EU RESTRICTED

NB: la dicitura NATO UNCLASSIFIED apposta sui documenti NATO non classificati NON è una classifica di segretezza, ma garantisce comunque un regime minimo di protezione (non divulgabilità) alle informazioni internazionali classificate "RISERVATO" e "RESTRICTED".

3.5.2. Il caso Invenland e gli atti di origine europea

Una questione relativa all'esercizio dell'accesso si presenta anche in relazione ad atti di origine europea acquisiti nel procedimento nazionale: il tema è stato trattato dalla giurisprudenza amministrativa⁵⁶ con un'ordinanza che decideva sull'istanza ex art. 116 co. 2 c.p.a. presentata dalla società Invenland Technology Limited S.A.R.L. contro le determinazioni della Presidenza del Consiglio sull'istanza di accesso relativa a tutti gli atti del fascicolo istruttorio.

Con l'ordinanza in parola il giudice ha affrontato la questione del coordinamento tra le garanzie procedurali nazionali, come quella sul diritto di accesso e sulle richieste ex art. 22 della legge 241 del 1990, e le esigenze di riservatezza tutelate dalla disciplina comunitaria.

In considerazione dei rapporti tra l'ordinamento nazionale e quello europeo, e del carattere di specialità delle previsioni di quest'ultimo, si rileva come *“le previsioni nazionali in materia di accesso cedono il passo a fronte della disciplina speciale di rango comunitario esistente, che introduce un apposito regime per consentire la divulgazione di informazioni riservate ovvero classificate scambiate dagli Stati membri e dalla Commissione nell'ambito della cooperazione di cui al regolamento (UE) numero 2019/452”*.

⁵⁵ Fonte: M. CARBONELLI – M. ROTIGLIANI, *Le informazioni classificate in ambito nazionale e internazionale*, op. cit.

⁵⁶ TAR Lazio, sez. I, 9 novembre 2021, ordinanza n. 11490, che decideva sull'istanza ex art. 116 co. 2 c.p.a. presentata contro le determinazioni della Presidenza del Consiglio sull'istanza di accesso relativa a tutti gli atti del fascicolo istruttorio, presentata dalla società Invenland Technology Limited S.A.R.L. nell'ambito del ricorso per l'annullamento del provvedimento con cui la Presidenza aveva opposto il veto all'operazione notificata dalla stessa società.

La Presidenza del Consiglio rispondeva alle richieste istruttorie della società Invenland con una nota in cui invitava la stessa a formulare la medesima richiesta direttamente alla Commissione Europea, ai Paesi Bassi ed alla Svezia, in considerazione del fatto che nel plico istruttorio erano contenuti atti da questi generati e che senza il consenso degli stessi, non avrebbero potuto essere divulgati. Il giudice evidenzia come tale risposta non costituisca un diniego, quanto piuttosto la corretta interpretazione della disciplina contenuta nei Regolamenti europei 2001/1049⁵⁷ (che regola l'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione) e 2019/452⁵⁸, in ragione della quale la Presidenza del Consiglio non avrebbe potuto in alcun modo divulgare le informazioni classificate come "riservate" provenienti da istituzioni estere senza il relativo consenso, dovendo ad essere *deferire* la domanda di accesso.

Può sembrare un paradosso che nel dipartimento individuato dal d.P.C.M 1° marzo 2012 come competente a "forni[re] supporto all'attività della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241", vi sia un ufficio (Golden Power) in cui tale diritto è escluso.

In realtà, i decreti attuativi della normativa Golden Power non precludono totalmente all'esercizio di tale diritto, limitandolo alle sole ipotesi di cui al comma 7 dell'articolo 14, cioè ove l'accesso si renda necessario al fine di *curare o difendere i propri interessi giuridici*, cioè alle ipotesi di accesso c.d. difensivo, ipotesi in cui deve dunque essere garantito.

Una restrizione tale, seppur giustificata dagli interessi sopra richiamati e dalle tutele ad essi apposte, incide inevitabilmente sul livello di trasparenza degli atti dell'amministrazione.

Più di un autore auspica che, pur mantenendo una segretezza *a monte*, possa poi procedersi in maniera diversa *a valle*, con una conoscenza successiva, il più ampia possibile ma sempre nei limiti della non lesione degli interessi nazionali. Si accetta dunque che i vetri appannati dell'amministrazione rimangano tali fino alla fine del procedimento, ma si chiede che diventino poi nitidi a cose fatte. Tra le soluzioni proposte vi è la possibilità della pubblicazione per estratto delle decisioni finali dei procedimenti⁵⁹, a cui si potrebbe

⁵⁷ All'art. 5, il Regolamento (CE) n. 1049/2001 prevede che: "*qualora uno Stato membro riceva una domanda di accesso a un documento in suo possesso, che provenga da un'istituzione, e non sia chiaro se il documento debba o non debba essere divulgato, lo Stato membro consulta l'istituzione in questione onde adottare una decisione che non metta in pericolo gli obiettivi del presente regolamento. In alternativa, lo Stato membro può deferire all'istituzione la domanda di accesso*". Gli articoli successivi disciplinano la modalità di presentazione delle domande, il relativo esame ed il loro possibile esito, anche nell'ipotesi di richiesta di accesso a "documenti sensibili" (art. 9); in quest'ultimo caso, è previsto che il documento venga divulgato "*solo con il consenso dell'originatore*";

⁵⁸ **Al considerando n. 30**, il Regolamento (UE) 2019/452 prevede che "*tutte le informazioni di natura sensibile ma non classificate o che sono fornite a titolo riservato dovrebbero essere trattate come tali dalle autorità*".

Ancora, l'art. 10, par. 2, del predetto Regolamento stabilisce che "*Gli Stati membri e la Commissione garantiscono la protezione delle informazioni riservate acquisite in applicazione del presente regolamento in conformità del diritto dell'Unione e del rispettivo diritto nazionale*"; ai sensi del successivo par. 3 "*Gli Stati membri e la Commissione provvedono affinché le informazioni classificate fornite o scambiate a norma del presente regolamento non siano declassate o declassificate senza il previo consenso scritto dell'originatore*";

⁵⁹ Così G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del Golden Power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 5, 2019, p.549 ss. e S. DE NITTO, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla*

aggiungere la possibilità di una esposizione di maggior dettaglio all'interno della Relazione annuale che viene presentata al Parlamento ex art. 3-*bis* del decreto del 2012.

In conclusione, non può dirsi pienamente integrata l'esperienza partecipativa garantita dagli articoli 9 e 10 della Legge sul procedimento amministrativo (l. 241/1990), stante la parziale applicabilità delle disposizioni ad essi connesse.

3.6. Il responsabile del procedimento e le risultanze istruttorie

Una situazione particolare che si situa a mezza via è quella dell'articolo 5, il quale dispone l'individuazione di un soggetto responsabile per ogni procedimento amministrativo avviato, a cui sia attribuita la responsabilità dell'istruttoria, di adempimenti connessi al procedimento e l'adozione del provvedimento finale. Ove ciò non avvenga, è considerato responsabile il funzionario preposto alla unità organizzativa responsabile (co. 2), ossia l'unità cui la legge, atti normativi secondari o le determinazioni della stessa Pubblica Amministrazione affidino la competenza di un particolare tipo di procedimento⁶⁰.

All'interno dell'ufficio Golden Power non risulta essere individuato, di volta in volta, alcun responsabile per ciascun procedimento, rimanendo responsabile la sola struttura.

La particolarità del procedimento di esercizio dei poteri speciali, però, risiede nella scomposizione in fasi che dello stesso debba essere fatta: mentre la fase di avvio del procedimento, di comunicazione con i soggetti coinvolti e di raccolta delle informazioni avviene a livello dell'ufficio preposto, l'elaborazione di questi dati, la ponderazione degli interessi così emersi e la fase istruttoria vera e propria – che si estrinseca anche nella richiesta di ulteriori informazioni da parte di soggetti rappresentanti amministrazioni interne o da Stati membri e Commissione Europea nell'ambito della cooperazione sul controllo degli IDE, nonché l'eventuale audizione dei soggetti – avviene in un luogo parzialmente distinto, ma con soggetti diversi: l'amministrazione di riferimento rimane egualmente la Presidenza del Consiglio, ma le voci del coro non sono solo quelle di funzionari e dirigenti dell'ufficio competente, quanto di una serie di ulteriori amministrazioni che vengono coinvolte in ragione degli interessi potenzialmente lesi e che formano il Gruppo di coordinamento.

Ancora, l'ultima fase – quella decisoria – è affidata (tendenzialmente⁶¹) ad un soggetto nuovo e diverso, sia dal primo che dal secondo: il Consiglio dei Ministri.

ricerca di un delicato equilibrio, cit., secondo cui “Necessaria risulta in tal senso l'imposizione di vincoli più stringenti di trasparenza, non solo nella fase procedimentale, ma anche nel processo valutativo sotteso alla decisione e da esplicitare nella motivazione. Manca, infatti, il carattere della pubblicità, non garantita nemmeno per estratto, dei provvedimenti”.

⁶⁰ Cfr. art. 4 l. 241/1990.

⁶¹ Fanno eccezioni le ipotesi di non esercizio dei poteri speciali, deliberate direttamente dal Gruppo di coordinamento, ex art. 6 d.P.C.M n. 133 del 2022.

Al netto di ciò, se può apparire facile trasporre le disposizioni di cui all'articolo 6 relative ai compiti del responsabile del procedimento sul piano dell'unità organizzativa responsabile, l'analogia entra in crisi dinanzi alla lettera e) del comma 1 del medesimo articolo, proprio in ragione della ripartizione *almeno* trifasica del procedimento: stando a quanto qui disposto, il responsabile avrebbe il compito di adottare, avendone la competenza, il provvedimento finale; *ovvero* trasmettere gli atti all'organo competente per l'adozione e ricevere apposita motivazione nel caso in cui tale ultimo organo decida di discostarsi dalle risultante dell'istruttoria, alle quali è in teoria legato.

Il fatto che tale ultima disposizione non trovi applicazione nel procedimento Golden Power spalanca le porte ad una riflessione ben più ampia, che prende in analisi l'ampiezza e il dettaglio della motivazione, il coinvolgimento del maggior organo politico e la qualificazione dell'atto di esercizio dei poteri.

È proprio quest'ultima riflessione a fare il punto e a restituire un quadro di quale sia la reale ampiezza dei poteri così esercitabili.

3.7. La motivazione

Di qualunque branca del diritto si tratti, il compito della motivazione è il medesimo: consentire al destinatario di un atto, giudiziario o amministrativo, di comprendere il ragionamento sottostante ad una decisione. Questa può essere intesa, dunque, come la giustificazione dell'esercizio di un potere, o come riflesso dello stesso.

L'articolo 3 della legge generale sul procedimento amministrativo impone che ogni provvedimento amministrativo debba essere motivato, con la sola eccezione degli atti normativi (dunque, ne è esente il potere legislativo) e degli atti amministrativi a contenuto generale.

La *ratio* risiede non solo in quanto sopra appena detto, ma anche nell'esigenza di trasparenza dell'azione amministrativa, e della possibilità di sottoporre a verifica l'iter argomentativo da parte del potere giurisdizionale. Mentre gli atti politici, espressione del potere legislativo – democraticamente legittimato –, sfuggono a tale obbligo in ossequio al principio della separazione dei poteri, pena la sostituzione del giudice al legislatore, gli atti emanati *in applicazione* di scelte politiche ricadono comunque nella sfera degli atti amministrativi, sindacabili dunque non nel contenuto, *nelle idee*, ma nelle modalità di attuazione, con un controllo volto a verificare il corretto perseguimento dell'interesse pubblico.

In ragione della verificabilità giurisdizionale di tali atti, il comma 4 dell'articolo 3 impone che su ogni atto notificato al destinatario, quale è l'atto di esercizio dei poteri speciali, siano indicati il termine e l'autorità entro cui è possibile ricorrere. Si riscontra qui una prima lampante carenza del provvedimento Golden Power, che non riporta tali indicazioni. Di tale mancanza non si rinviene un preciso e immediato motivo, tale da giustificare questa omissione. È auspicabile dunque che – seppur le informazioni siano comunque

sottintese e disponibili altrimenti, attraverso un calcolo dei termini operato autonomamente e con la conoscenza delle disposizioni del codice del processo amministrativo, le quali attribuiscono la competenza funzionale al TAR del Lazio – la comunicazione di tali informazioni e l’adempimento delle disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo, avvenga al più presto e nella maniera più chiara possibile.

La motivazione richiesta dall’articolo 3, inoltre e soprattutto, deve però dare conto dei presupposti di fatto e di diritto che hanno determinato la decisione dell’amministrazione, “in relazione alle risultanze dell’istruttoria”, richiedendo dunque un fermo collegamento con i documenti acquisiti e gli interessi conosciuti, al fine di evitare l’arbitrio della decisione.

A seconda del tipo di decisione e dell’atto emanato, però, la motivazione può essere più o meno pregnante. Nel caso di specie, il provvedimento di esercizio del Golden Power è definito dalla giurisprudenza del Tribunale Amministrativo del Lazio (sent. n. 4486 e n. 4488 del 2022) e dal Consiglio di Stato (sent. n. 289/2023) come un atto di alta amministrazione, peraltro dal *sapere* politico⁶².

Gli atti di alta amministrazione sono atti amministrativi ad amplissima discrezionalità che possono perseguire scopi politici e che, in ragione della discrezionalità che li connota, non sono sindacabili in maniera *piena* dal giudice amministrativo, ossia lo sono limitatamente alla logicità dei contenuti. Tali atti sono soggetti al regime del provvedimento amministrativo e svolgono una funzione di raccordo tra la funzione di indirizzo politico con quella amministrativa⁶³. Ciò che differenzia tali atti dagli atti politici è l’esistenza di un vincolo alla discrezionalità, ossia la necessità che gli atti rispettino i principi dell’azione amministrativa e siano sottoposti a controllo giurisdizionale⁶⁴; gli atti politici, al contrario, sono liberi nei fini, espressione del solo indirizzo politico e, pertanto, sottratti al sindacato del giudice sempre a garanzia del principio di separazione dei poteri⁶⁵.

Fondamentale nell’analizzare questo punto è il richiamo al celebre caso Syngenta (TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486 e n. 4488 e Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289.), in cui le tre sentenze

⁶² “La stessa valutazione di strategicità [...] rappresenta la risultante di una ponderazione altamente discrezionale (se non apertamente politica)”, così Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289. Si veda inoltre R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell’economia*, in *Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, n. 4, 2021, p. 121, secondo cui “Quel che è indubbio è che nella fattispecie in esame il potere speciale riconosciuto al Governo, in ogni sua manifestazione, sia connotato da un alto tasso di politicità”.

⁶³ Si v. B.G. MATTARELLA, *Il Provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2015, pag. 360.

⁶⁴ Gli atti di alta amministrazione “mantengono la caratteristica tipica degli atti amministrativi, e cioè la finalità di cura di interessi pubblici nel caso concreto; infatti, per quanto ampia possa presentarsi negli atti in esame la discrezionalità amministrativa, quest’ultima rimane sempre vincolata dal necessario perseguimento delle finalità pubbliche e dal fondamento sostanziale del potere amministrativo, consistente nell’impossibilità di utilizzare lo stesso per fini diversi da quelli che ne giustificano l’attribuzione”. Cfr. R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, n. 17, 2019

⁶⁵ Per una definizione di atto di alta amministrazione e per la differenza con gli atti politici si veda in giurisprudenza, tra le altre, TAR Lazio, sez. I, sent. 4 aprile 2012 n. 2223.

che compongono la vicenda costituiscono la chiave di lettura dei poteri speciali del governo, rivestendo un'importanza granitica per la complessità e il carattere definitivo dei concetti espressi, in particolare in tema di qualificazione dell'atto di esercizio dei poteri speciali, facendo altresì chiarezza sul procedimento e le sue fasi, sulla discrezionalità, sul rapporto con la politica e riconoscendo i limiti del sindacato del giudice. È in questo contesto che il Consiglio di Stato⁶⁶ insiste nel qualificare le decisioni in tema di esercizio dei poteri speciali come “atti discrezionali, se non apertamente politici”: tale qualificazione ha l'effetto di porre l'attenzione sull'altissimo grado di discrezionalità che connota tali tipi di decisioni, e di affiancarvi un fattore ulteriore, ossia la componente *politica* della scelta, espressione del potere esecutivo e non già più di quello amministrativo. L'atto di esercizio dei poteri speciali viene qualificato dalla giurisprudenza alla stregua di un atto di alta amministrazione dalla *politicità sostanziale*, in cui la discrezionalità che caratterizza il procedimento trova il suo apice nella possibilità dell'organo di vertice politico di distaccarsi dalle risultanze istruttorie a cui erano pervenuti i membri del gruppo di coordinamento⁶⁷, espressione di un punto di vista plurale: amministrativo (attraverso la partecipazione di funzionari e vertici dell'Amministrazione), tecnico (grazie al posto riservato al parere delle Agenzie), politico (garantito dalla presenza di rappresentanti dei ministeri coinvolti) e, infine, privato (in quanto luogo destinato all'esame delle informazioni rese dai privati anche nell'ambito di ulteriori e successive audizioni svolte dalla Presidenza del Consiglio e/o di documentazione aggiuntiva presentata dalle imprese o da terzi interessati).

Gli atti di esercizio dei poteri speciali, seppur frutto in ultima istanza della decisione di un organo politico, riflettono una ponderazione di interessi che avviene all'interno di una vera e propria istruttoria volta a verificare il miglior modo di perseguire e far prevalere un interesse pubblicistico. Il fine perseguito non è libero, ma ampiamente delineato da una normativa estesa e capillare che vincola il potere alla

⁶⁶ Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289

⁶⁷ Il caso Syngenta è, da questo punto di vista, un caso certamente emblematico, in ragione dell'intricato percorso istruttorio sfociato poi in una decisione poco coerente con lo stesso: a seguito della notifica congiuntamente presentata dalle società coinvolte nell'operazione al Dipartimento per il Coordinamento Amministrativo, il Ministero individuato come competente *ratione materiae* (Ministero delle Politiche agricole), preposto al coordinamento della fase istruttoria, pur richiamando l'attenzione sulla strategicità degli *asset* coinvolti, in sede di gruppo di coordinamento si faceva portatore della proposta di non esercizio dei poteri speciali (seppur mitigata da apposite raccomandazioni); al contrario, il Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza proponeva l'esercizio dei poteri speciali nella forma dell'imposizione di specifiche prescrizioni. Il Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri notava come le raccomandazioni proposte somigliassero in realtà a vere e proprie prescrizioni e come, al termine del procedimento, queste avrebbero potuto realmente trasformarsi in esse a seguito delle valutazioni del Consiglio dei Ministri. Anche alla luce di ciò, il Gruppo di coordinamento si allineava alla posizione del Ministero competente proponendo, per tramite dello stesso, il non esercizio dei poteri speciali, accompagnato da ben determinate raccomandazioni e prevedendo la periodica trasmissione di una relazione che desse conto del rispetto delle stesse. Le posizioni cambiavano in fase decisoria: durante il Consiglio dei Ministri del 19 ottobre 2021, il vertice politico del ministero competente per l'istruttoria raddrizzava il tiro, puntando direttamente all'esercizio dei poteri. L'esito risultava ben più drastico, con l'opposizione del Governo alla realizzazione della operazione congiuntamente notificata mesi precedenti dalle società Syngenta e Verisem.

proporzionalità⁶⁸. Non sono scevri da vincoli formali e possono essere oggetto di ricorso dinanzi al giudice, che potrà disporre l'annullamento nelle sole ipotesi di manifesta illogicità: infatti, proprio a causa della (tuttora, ma soprattutto in passato) labile distinzione tra atto politico ed atto di alta amministrazione, basata essenzialmente sulla natura della funzione esercitata e sull'ampiezza della discrezionalità riconosciuta al decisore⁶⁹, il sindacato giurisdizionale sugli atti di alta amministrazione è un sindacato *monco*, debole. È un'attività *di confine*, per tale motivo problematica nel suo esatto inquadramento, e siffatto “ambiente ibrido (amministrazione e politica, ndr.) [non può che] condiziona[re] (...) l'intensità della tutela”⁷⁰, riducendo le valutazioni del giudice ai macroscopici errori di illogicità dell'atto.

Come detto, il mezzo attraverso il quale una decisione può essere compresa, indagata e sindacata è la motivazione. Il grado di analiticità ed esaustività della motivazione dipende dal tipo di provvedimento sul quale è apposta, e dalla discrezionalità che lo connota. Ed è proprio quest'ultima il fulcro di tutto. L'*amplissima*⁷¹ discrezionalità propria degli atti di alta amministrazione e, in particolare, di questo peculiare tipo, esclude non solo un esame pieno da parte del giudice, ma influisce anche sul contenuto della motivazione stessa.

In una scala ideale, l'atto politico, ossia l'atto in cui la discrezionalità sfocia in libertà, non necessita di alcuna motivazione; l'atto di alta amministrazione, ampiamente discrezionale, richiede una motivazione ma non minuziosa; l'atto frutto di discrezionalità amministrativa pura necessita di una forte motivazione, in modo di dar causa di una scelta, presidio di garanzia in assenza di scelte vincolate; l'atto espressione di discrezionalità tecnica si accontenta di una motivazione anche sintetica e, infine, l'accertamento tecnico non la richiede.

Il cerchio si apre e si chiude con atti che, in ragione del contenuto, sfuggono dalla qualificazione di provvedimento amministrativo e dalle sue regole; dunque, si parte dall'atto *sine* motivazione per approdare ad atti che *progressivamente* richiedono ragioni sempre più ampie a sostegno, fino a tornare all'atto privo di motivazione.

L'atto di alta amministrazione si colloca tra l'atto politico *sine* motivazione e l'atto a discrezionalità pura con motivazione forte. La *ratio* del livello di analiticità inferiore richiesto risiede nella ampiezza della scelta,

⁶⁸ Sul punto, anche GAROFOLI evidenzia come “la legge indic[hi], invero, i presupposti di esercizio del potere; tratta[si] (...) di un'attività amministrativa che soggiace peraltro, quale limite e condizione del suo esercizio, al principio di proporzionalità fissato dalla (...) giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si tratta, tuttavia, di 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 nel senso classico del termine, coinvolgenti peraltro gli interessi preminenti dello Stato”. Cfr. R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, cit.

⁶⁹ M. LONARDI, *Golden powers e sicurezza alimentare: il caso Syngenta*, cit.

⁷⁰ A. SANDULLI, *La febbre del Golden Power*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2022, pag. 750.

⁷¹ TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486.

che può giustificarsi con una motivazione di qualunque tipo e difficilmente sindacabile. Di per sé, la discrezionalità amministrativa rigetta la possibilità della qualificazione della decisione come giusta o sbagliata, limitando il giudizio all'opinabilità della stessa. In questo caso, la discrezionalità – intesa non come assoluta libertà della decisione, ma come un margine di valutazione e di scelta tra più soluzioni compatibili con il dato normativo⁷², e quindi come il mezzo per assicurare la cura in concreto degli interessi pubblici tramite la possibilità di scegliere la soluzione migliore per il caso specifico⁷³ – tocca il suo livello più alto, l'ultimo prima della libertà di scelta e ancora diverso e distinto dall'arbitrio, poiché sottoposta non solo ai vincoli della norma attributiva di potere, ma anche in generale ai principi che regolano l'azione amministrativa. È una decisione che rasenta la libertà pur essendo vincolata e ancorata al dato normativo, in questo caso del decreto-legge n. 21 del 2012 e di tutti gli atti normativi secondari a corredo.

All'esigenza di dare riscontro delle risultanze dell'istruttoria, come richiesto dall'articolo 3 della legge sul procedimento amministrativo, nella pratica il provvedimento di esercizio dei poteri speciali risponde con una motivazione che contiene un rinvio generico alle stesse, soffermandosi poi in maniera più specifica sui dati di fatto e le informazioni raccolte. Quel che si può notare è l'asimmetria tra il livello di informazioni fattuali fornite e il rapido accenno che si fa agli interessi strategici che giustificano l'esercizio. La motivazione, dunque, contiene una estesa esposizione delle ragioni di fatto, un richiamo alle norme a cui si fa appiglio, e una più breve considerazione sulla valenza strategica dell'operazione e su come questa incida, possa incidere o rischi di incidere su interessi nazionali. La brevità si giustifica non solo in ragione della sensibilità di informazioni relative alla fragilità del sistema – sarebbe assurdo rivelare *come* un'operazione possa o avrebbe potuto causare un danno ove questo sia stato evitato –, ma anche in considerazione del fatto che le valutazioni sulla strategicità degli *asset* emergono dal confronto del Gruppo di coordinamento prima e soprattutto del Consiglio dei Ministri poi, tenendo in considerazione una serie di fattori mutevoli e ulteriori rispetto ai fattori individuati dalla disciplina primaria e secondaria, non oggettivi e talvolta non rivelabili⁷⁴.

⁷² Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il Provvedimento*, cit., pag. 297.

⁷³ In proposito, MOLITERNI definisce la discrezionalità “espressione del merito delle scelte politiche che un ordinamento, per ragioni di efficienza, non può non riconoscere in capo all'amministrazione, soprattutto nella prospettiva di assicurare la tenuta dell'ordine sociale dinanzi alla crisi del sistema parlamentare”. Cfr. A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1, 2023, pag. 402.

⁷⁴ Si tenga in considerazione che di rado l'*asset* può essere qualificato come strategico di per sé e che tale mutevole qualifica viene attribuita “nel contesto di una valutazione collegiale della questione in cui intervengono i vertici politici di tutte le Amministrazioni dello Stato, [in cui si] affronta, inquadra e qualifica l'operazione nell'ambito della più ampia postura politica dello Stato in ottica non solo economica e finanziaria, ma in senso più globale strategica”. In sostanza, usando ancora le parole del Consiglio di Stato (sent. 9 gennaio 2023 n. 289), “la stessa valutazione di strategicità non costituisce un dato oggettivo e, per così dire, inconfutabile riveniente dalle caratteristiche dell'operazione in sé atomisticamente considerate, ma rappresenta la risultante di una ponderazione altamente discrezionale (se non apertamente politica), sì che ben può essere qualificata “strategica” e capace di determinare “una situazione eccezionale”

In questo particolare procedimento, dunque, alla discrezionalità tecnica che può guidare talune considerazioni dei membri del gruppo di coordinamento⁷⁵ si affianca una discrezionalità amministrativa nel medesimo momento di confronto e in quello successivo, vale a dire quando la decisione è rimessa al Consiglio dei ministri. Qui la discrezionalità diviene ancora più forte, fino quasi a stridere con talune disposizioni generali del procedimento amministrativo, dal momento che tale ultima deliberazione è totalmente svincolata dalle considerazioni e conclusioni emerse nel gruppo di coordinamento e poi avanzate tramite la proposta spettante al Ministero competente⁷⁶.

Quindi, da un lato la motivazione è lapidaria in relazione ai motivi legati all'interesse nazionale che realmente giustificano l'esercizio dei poteri; dall'altro, si fa un distratto rinvio alle risultanze dell'istruttoria, richiamando espressamente dati fattuali e invece prescindendo da valutazioni e conclusioni formulate dal gruppo di coordinamento⁷⁷; in aggiunta, non solo di tali considerazioni non si fa menzione, ma queste possono essere totalmente ribaltate in sede di Consiglio dei Ministri senza che se ne debba dar conto ad alcuno, in quanto, come rilevano anche il Tar Lazio ed il Consiglio di Stato,

non altrimenti fronteggiabile un'operazione che pure, di per sé, non presenti profili intrinseci macroscopicamente straordinari: altrimenti detto, una stessa operazione può essere strategica o meno in funzione anche (se non soprattutto) dei soggetti coinvolti, non solo dei caratteri dell'asset e della società target⁷⁸.

Dunque, la strategicità del bene non può che arrivare a seguito di una valutazione, dato che il parametro utilizzato – l'interesse nazionale – “non è un prius, ossia un dato oggettivo preesistente in natura, bensì un posterius, ossia la risultante di valutazioni ed opzioni politiche”.

Tra gli interessi da tenere in considerazione non vi sono solo elementi oggettivi e fisicamente riscontrabili, ma anche i fattori elencati dallo stesso Regolamento UE 2019/452 e dalla normativa nazionale, seppur non riguardanti l'operazione in senso stretto, quanto più i relativi soggetti ed il contesto.

⁷⁵ Sul punto, CHIEPPA fa notare che “Si tratta di una decisione in cui gli aspetti di discrezionalità amministrativa prevalgono su quelli di discrezionalità tecnica, diversamente da quanto accade in altri campi della disciplina pubblica dell'economia [...]. Peraltro, se si ha riguardo all'ambito dei settori ad alta intensità tecnologiche delle infrastrutture 5G, gli aspetti tecnici appaiono riemergere con forza”. Cfr. R. CHIEPPA, *Conclusioni* in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening - Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 184. Anche AMICARELLI marca la natura tecnica di talune valutazioni interne gruppo di coordinamento, in considerazione della presenza di una certa *expertise*, come voluta dall'art. 2-bis, di cui fa apposito richiamo: “l'art. 2-bis, D.L. n. 21/2012 oggi prevede, al primo comma, che la Banca d'Italia, la Consob, la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni, l'Autorità di regolazione dei trasporti, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente e il gruppo di coordinamento istituito ai sensi dell'art. 3, d.P.C.M. 6 agosto 2014 collaborino tra loro, anche mediante scambio di informazioni, al fine di agevolare l'esercizio delle funzioni di cui al presente decreto”. Si veda B.P. AMICARELLI, *Il Golden Power fra istruttoria viziata e principio di legalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2021, p. 646.

⁷⁶ Il D.P.R. 25 marzo 2014, n. 86, rubricato “Regolamento per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'articolo 2, comma 9, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21” all'art. 6 dispone che “Il Ministero responsabile dell'istruttoria e della proposta ai sensi dell'articolo 3, tenuto conto delle risultanze emerse nell'ambito del gruppo di coordinamento di cui all'articolo 2, comma 2, lettera c), trasmette tempestivamente in via telematica alla Presidenza del Consiglio dei ministri, e al suddetto gruppo di coordinamento, la proposta di esercizio dei poteri speciali con il relativo schema di provvedimento, ovvero comunica le motivazioni per cui ritiene non necessario l'esercizio dei poteri speciali”.

⁷⁷ Diversi autori denunciano la scarsità di informazioni, tra cui AMICARELLI in B.P. AMICARELLI, *Il Golden Power fra istruttoria viziata e principio di legalità*, cit., p. 646. secondo il quale “i pochi provvedimenti disponibili al pubblico mostrano un rispetto dell'onere motivazionale per lo più formale. La parte dispositiva, infatti, prevale nettamente sull'esposizione dell'istruttoria e del bilanciamento degli interessi ad essa conseguito. Questa seconda parte, infatti, risulta estremamente scarna e, spesso, si limita al mero richiamo degli interessi tutelati dal D.L. n. 21/2012.”

l'istruttoria non vincola in alcun modo la decisione finale, ma è soltanto funzionale a fornire gli elementi per decidere⁷⁸.

Tornando al punto critico dal quale si era partiti, sembrano dunque qui non operare le disposizioni sul rapporto tra Responsabile del procedimento e organo deputato alla decisione finale, le quali prevedevano la vincolatività delle risultanze istruttorie ed un confronto scritto in forma di motivazione rafforzata per giustificare il discostamento.

La situazione attuale, fotografata dalla sentenza del Consiglio di Stato relativa al caso Syngenta⁷⁹, non risponde adeguatamente all'esigenza di certezza del diritto e di affidamento dei privati che certo si avrebbero con una motivazione più esaustiva che, insieme ad altre misure di contorno, lascerebbe non solo comprendere, ma soprattutto prevedere i comportamenti dell'amministrazione in relazione a talune fattispecie. La difficoltà di realizzazione di questo auspicio si aggiunge al problema dell'apparente ridotto valore riconosciuto al lavoro del gruppo di coordinamento: per quanto anche il Consiglio di Stato riconosca la natura bifasica del procedimento e la separatezza dei due momenti⁸⁰, l'uno volto ad indagare e ponderare, l'altro a valutare e decidere, la completa autonomia della decisione finale e l'esenzione da qualsivoglia accenno alle conclusioni alle quali si era pervenuti e che formano oggetto di apposita proposta, ridimensiona il valore della prima ponderazione di interessi svolta in sede di Gruppo di coordinamento, ponendosi quasi in antitesi con la novella del 2022⁸¹ che, al contrario ha attribuito a questo la competenza a decidere sul non esercizio ove l'intero gruppo concordi. Seppur la *ratio* di tale intervento risieda altrove, ossia nell'esigenza di snellire il flusso di documenti destinati al Consiglio dei Ministri attraverso una prima (la prenotifica) e una seconda cernita (la valutazione del Gruppo), l'esito è quello di attribuire (*rectius*: delegare) una specifica competenza al Gruppo, in ragione della composizione variegata dello stesso, in grado di valutare a tutto tondo le questioni e, dunque, riconoscendo che ove tutti i partecipanti, dalle loro diverse posizioni di partenza, concordino su una determinata soluzione, questa possa essere ritenuta per ciò tale adeguata e dunque adottata. Con l'intervento del 2022, l'unanimità

⁷⁸ Si veda TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486, in cui si legge che “il compito del gruppo di coordinamento, che si avvale del contributo partecipativo delle amministrazioni coinvolte, (...) è quello di raccogliere gli elementi di valutazione tecnica da sottoporre al Consiglio dei ministri in sede collegiale, che non è pertanto vincolato o comunque tenuto ad adottare una motivazione rafforzata nel caso vengano formulate in fase istruttoria proposte differenti rispetto all'esercizio del potere di veto”.

⁷⁹ Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289

⁸⁰ Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289, punto 13.

⁸¹ Trattasi del d.P.C.M n. 133 del 2022, il quale all'articolo 6 prevede che, a meno che non vi sia una specifica richiesta da parte di una delle Amministrazioni che compongono il gruppo, o le parti espressamente richiedano che la questione sia rimessa alla valutazione del Consiglio dei ministri, la proposta del Ministero, adeguatamente motivata, è oggetto di delibera da parte del Gruppo di coordinamento. Il Dipartimento comunica alle imprese coinvolte l'esito del procedimento con nota.

del Gruppo ha raggiunto un proprio peso. È auspicabile dunque che, in maniera coerente, l'unanimità assuma un ruolo e un peso anche per le ipotesi in cui ad essere proposto sia l'esercizio dei poteri speciali⁸². Difatti, la previsione che eventualmente richieda di dar ragione dei motivi nei casi in cui l'esito della proposta del gruppo di coordinamento voglia essere superato, costituirebbe sì un vincolo alla discrezionalità della fase decisionale, ma che non precluderebbe affatto alla possibilità di effettuare una scelta diversa, anche di segno opposto. Questa costituirebbe un argine alla politicità della decisione⁸³, richiedendo un confronto della scelta con valutazioni a discrezionalità di tipo misto, sia amministrativa che tecnica; comporterebbe maggiori garanzie per privati e, soprattutto, consentirebbe un controllo più esteso da parte del giudice amministrativo.

La discrezionalità, in conclusione, costituisce un attributo del potere che si riverbera sull'attività e sul provvedimento: sul se, sul quando e sul come. È per tale ragione che il Golden Power può essere definito un potere *eventuale*, poiché corrisponde all'esercizio di un potere altamente discrezionale. Tale discrezionalità, ad ogni modo, potrebbe in astratto conoscere limiti ulteriori che non precluderebbero ad un suo pieno esercizio, ma ne consentirebbero un più esteso controllo.

4. Conclusioni

L'analisi appena compiuta mira a mettere in evidenza ciò che può considerarsi un vero e proprio *deficit* che la disciplina sull'esercizio dei poteri speciali registra, ossia l'insufficienza di garanzie procedurali adeguate a fronteggiare il potere, stante la non piena applicabilità della legge generale sul procedimento amministrativo, la quale riveste una funzione di garanzia per i privati destinatari dell'esercizio del potere. Risulta di fondamentale importanza in questo ambito che tutti gli interessi, pubblici e privati, vengano adeguatamente considerati e tutelati, riconoscendo al privato sottoposto a controllo guarentigie e certezze.

In quanto potere amministrativo, il procedimento di esercizio del Golden Power è astrattamente ricondotto ai limiti della legge n. 241 del 1990. In concreto, non tutte le disposizioni risultano compatibili con la forma e la funzione dei poteri speciali: se ne è dunque fatta una classificazione in termini di istituti

⁸² Tale auspicio si differenzia dai reclami a cui le sentenze TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486 e n. 4488 e Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289 danno risposta, limitandosi a sperare in una maggior valorizzazione dell'*unanimità*, e non anche a richiedere una motivazione rafforzata per qualsivoglia decisione contraria alle conclusioni del Gruppo di coordinamento.

⁸³ Anche CHIEPPA fa notare come la decisione abbia "caratteri peculiari, nella misura in cui resta amministrativa ma è assunta dall'organo politico di vertice, con la ulteriore complicazione che non sempre l'organo politico percepisce la natura amministrativa della deliberazione e ciò può esporre alla tentazione di compiere valutazioni puramente politiche". Così R. CHIEPPA, *Conclusioni*, cit. p. 184. Si richiamano inoltre le già citate parole di R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia*, cit., p. 121, secondo cui "Quel che è indubbio è che nella fattispecie in esame il potere speciale riconosciuto al Governo, in ogni sua manifestazione, sia connotato da un alto tasso di politicità".

applicabili, non applicabili e zone grigie. In relazione a queste ultime, si auspica una più ampia attenzione verso gli istituti compatibili ma non applicati ed un più esteso utilizzo degli istituti che invece assumono una forma applicativa peculiare, quasi ridotta rispetto al loro reale potenziale di garanzia.

In queste zone si situano l'accesso, fortemente limitato dalle classificazioni apposte sulle informazioni, la partecipazione del terzo, limitata alle richieste dell'amministrazione, ma soprattutto la motivazione. Forti limiti a questo baluardo di garanzia sono imposti dalla qualificazione che anche la giurisprudenza amministrativa fa dell'atto di esercizio dei poteri speciali in termini di atto di alta amministrazione. Il significato di tale qualifica è stato a fondo indagato, soprattutto riguardo alle proporzioni dei suoi ingredienti di politica e discrezionalità.

Nonostante la discrezionalità sia vista dal mondo imprenditoriale come l'elemento che determina l'imprevedibilità delle scelte e la situazione di incertezza in cui i privati giacciono prima del responso governativo, tale elemento non può essere eliminato. Un suo esercizio è infatti necessario ai fini della valutazione dell'interesse nazionale, concetto mutevole e cangiante al pari degli elementi che prende in considerazione; parimenti, discrezionale è la valutazione in tema di strategicità di un *asset* e di collocazione in un preciso settore.

Al contempo, al fine di un più equilibrato bilanciamento tra interessi per definizione contrapposti e dove a prevalere sono spesso gli interessi pubblici che limitano l'autonomia privata, è opportuno un intervento normativo volto a rafforzare le garanzie procedurali nei confronti dei privati.

Una possibilità qui elaborata e argomentata è quella di non eliminare la discrezionalità, ma *limarla*: con ciò non si intende impedirne un pieno esercizio in relazione al *tipo* di scelta, ma obbligare, talvolta, a rendere note le ragioni della scelta. Tale intento può essere realizzato per mezzo di una valorizzazione della discrezionalità tecnica del gruppo di coordinamento, a cui con l'intervento del 2022⁸⁴ è stata riconosciuta la possibilità di deliberare il non esercizio dei poteri speciali nelle ipotesi di unanimità della decisione. In generale, si è potuto osservare come il Gruppo di coordinamento rappresenti l'arena degli interessi in gioco, essendo tale luogo deputato a conoscere l'interesse pubblico, con la presenza di rappresentanti di amministrazioni titolari di interessi potenzialmente coinvolti e di vertici politici – espressione di discrezionalità tecnica e amministrativa – e dell'interesse privato, pervenendo qui le osservazioni e informazioni fornite dalle imprese coinvolte nelle operazioni oggetto di vaglio. È in questo contesto che si realizza il più ampio contemperamento di interessi. Proprio in ragione di ciò, si auspica che alla opinione del Gruppo sia riconosciuto un peso maggiore al momento del vaglio dell'operazione in Consiglio dei Ministri.

⁸⁴ d.P.C.M n. 133 del 2022, art. 6.

Al fine di riconoscere pieno valore a tale prima ponderazione, e di soddisfare le esigenze di maggior certezza dei privati, sarebbe opportuno attribuire anche in questa sede particolare rilevanza all'unanimità. Ciò vuol dire che ove l'intero gruppo sia concorde su una misura, e il successivo vaglio del Consiglio dei Ministri porti ad un risultato diverso, tale discostamento meriterebbe una motivazione. Quindi, l'eventuale decisione di segno contrario del Consiglio dei Ministri dovrebbe rendere conto dei motivi.

Una previsione in tal senso non eliminerebbe la astratta possibilità per l'organo politico di ritenere non adeguata la soluzione e di pervenire ad una diversa, ma lo obbligherebbe a motivare il discostamento, consentendo ai privati di comprendere non solo le motivazioni che giustificano la misura adottata, ma anche le ragioni che rendevano inadeguata quella scartata. Con pochi sacrifici per la discrezionalità, la misura assicurerebbe trasparenza, controllo, certezza.

È proprio questa la richiesta che arriva dal mondo imprenditoriale: predicibilità e certezza. In quest'ottica le imprese propongono una tipizzazione delle prescrizioni imponibili, stante il loro ripetersi registrato nella prassi.

Un punto nuovo potrebbe invece essere rappresentato da forme di dialogo da instaurare tra l'amministrazione e le parti del procedimento al fine di far valere gli interessi statali quasi in accordo con chi dovrà subire gli effetti di tali scelte, riducendo l'astio che inevitabilmente tra i due attori si crea. La possibilità di un'interlocuzione che anticipi l'esercizio dei poteri è una realtà mai presa in considerazione nel nostro ordinamento ed invece in uso oltreoceano, nell'esperienza statunitense del CFIUS (Committee on Foreign Investment in the United States): qui l'esercizio dei poteri è preceduto da una negoziazione del contenuto delle prescrizioni, da c.d. misure di mitigazione (*"mitigation measures"*⁸⁵), così facendo prevalere l'interesse pubblico, ma solo dopo una reale e attenta conoscenza di quello privato, che proprio come in una trattativa tenta di guadagnare terreno ed attenuare gli effetti negativi. È a questo che mirano le richieste dei privati, all'obiettivo di poter almeno astrattamente prevedere le misure che saranno imposte prima che queste pervengano su carta bollata, divenendo così irrimediabili se non attraverso il ricorso al giudice, che però, come si è visto, non dispone degli strumenti per poter limitare e contestare la discrezionalità delle scelte governative, a meno che queste non si presentino in una manifesta forma di contrasto con i relativi presupposti istruttori, scadendo nell'illogicità. A tal proposito, è di certo meritevole di attenzione la Proposta di revisione del Regolamento UE 2019/452, formulata dalla Commissione europea lo scorso 24 gennaio, la quale, in una maniera ancora da affinare, prevede che vi sia una prima

⁸⁵ GAROFOLI propone un interessante parallelismo tra attività del CFIUS in tema di *mitigation measures* e raccomandazioni proposte dal Gruppo di coordinamento, evidenziando le differenze formali e strutturali, basate soprattutto sul diverso ruolo che i due organi svolgono. Si veda R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, cit.



interlocuzione tra Stato membro e imprese coinvolte in relazione ai motivi che giustificano un eventuale provvedimento di segno negativo, e che essa sia anteriore al termine e dunque all'esito del procedimento. Al fine di preservare l'efficienza dello strumento e garantire che le misure imposte siano correttamente rispettate, è necessario agire in termini di coordinamento; in particolare coordinamento con gli interessi in antitesi, prevedendo un'estesa conoscenza degli stessi e tenendoli nella più ampia considerazione al fine di far prevalere l'interesse nazionale arrecando il minor pregiudizio possibile alle libertà riconosciute ai privati.