

## **L'attualità del ruolo dello Stato nei c.d. settori strategici.**

**di Emilio BOCCIA\***

**SOMMARIO:** 1. Il ruolo dello Stato nell'economia. 2. Il periodo delle privatizzazioni delle partecipazioni statali. 3. Dalla *golden share* alla *golden power*. 4. Conclusioni.

**ABSTRACT:** *The aim of this work is to investigate on the role of the State in the economy and, particularly, on the evolutions occurred after the period of the privatization of the 1990's. This paper will specifically analyze the institutes of the golden rule and of the golden share in light of the recent legislative evolutions.*

### **1. Il ruolo dello Stato nell'economia.**

Il ruolo dello Stato nell'economia è stato oggetto di interessanti controversie storiografiche e al centro di un lungo dibattito, tutt'altro che concluso, da parte degli studiosi<sup>1</sup>, in quanto fenomeno antico, nelle varie forme politiche che lo Stato stesso ha adottato nel corso del tempo<sup>2</sup>.

L'attenzione è posta sui soggetti che operano all'interno del processo economico, in particolare sulle famiglie, sulle imprese, sullo Stato e sul resto del mondo nonché sul ruolo che ognuno di essi svolge, e che, frutto di

---

\* Avvocato.

<sup>1</sup> Il tema dell'intervento dello Stato nell'economia si pone tra il diritto e l'economia nei rispettivi significati e nei diversi periodi storici. Nel XVIII secolo sia in Francia, con Francois Quesnay che in Inghilterra con Adam Smith, si avverte l'esigenza di limitare il ruolo dello Stato nell'economia del paese. Esigenza che segnerà l'inizio delle lotte per ridurre il potere dei sovrani assoluti e per introdurre nuove forme di governo democratico. Ciò darà luogo al liberalismo economico e al liberalismo politico e dunque allo Stato liberale. Tra i tanti, sulla tematica, cfr. F. MERUSI – G. C. SPATTINI, *Economia (intervento pubblico nell')*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, III, Milano, 2006, 2084 ss.; E. PESCIARELLI, *Introduzione a Adam Smith, Lezioni di Glasgow*, Milano, 1989. In tema di politica economica ed in particolare nell'ambito di una riforma tributaria, risale al 301 d.C. con l'emanazione dell'*Edictum de pretiis rerum venalium*, da parte di Diocleziano, "il primo tentativo da parte dello Stato di regolare la circolazione col fissare dei prezzi massimi" cfr. S.I. KOVALIOV, *Storia di Roma*, II, Roma, 1990.

<sup>2</sup> Il rinvio può andare al fenomeno della regolazione dei flussi irrigui nelle grandi pianure alluvionali dell'Egitto della Mesopotamia dell'India citato da K. A. WITTFOGEL, *Geopolitik, geographische Materialismus und Marxismus*, 1985. Cfr. altresì C.M. CIPOLLA, *Introduzione alla storia economica*, Bologna, 1988.

determinate scelte politiche ed economiche, risulta differente a seconda del diverso tipo di sistema economico nel quale si opera<sup>3</sup>.

L'evoluzione della presenza del ruolo dello Stato nell'economia, costituita da ascese e da declini ciclici, è dipesa, spesso, dai cambiamenti che ha vissuto il nostro ordinamento, dall'Unità d'Italia, al periodo fascista, dall'entrata in vigore del codice civile e della Costituzione alla integrazione giuridica comunitaria e alle molteplici vicende storiche ed economiche, verificatesi nel corso del tempo e che hanno dato vita a direttrici contrapposte tra loro<sup>4</sup>.

L'intervento del pubblico potere nella vita economica del paese, che si fonda, dunque, sull'importanza fondamentale di particolari attività economiche in relazione al soddisfacimento di determinati bisogni e interessi pubblici, spesso, nel corso degli anni, è stato oggetto di critiche sempre più consistenti volte ad individuarne "il carattere perturbatore e destabilizzante"<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Si ricorda che nell'ambito del sistema liberista minimo è il ruolo dello Stato, massimo appare in quelli collettivisti e di coesistenza, tra privati e Stato, nei sistemi misti. E ancora che "non risponde alla realtà storica l'affermazione che "l'intervento" dello Stato nell'economia sarebbe una vicenda caratterizzante il nostro tempo; è vero invece che da quando si ha testimonianza della costituzione di ordinamenti generali, si constata che essi sempre si sono occupati di regolare la materia attinente all'economia del loro tempo" così M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 20, 1993.

<sup>4</sup> Sul concetto di "ingerenza dello Stato" nell'economia che avrebbe caratterizzato il passaggio dall'ottocento liberista al successivo secolo interventista, non si trova riscontro nell'analisi degli storici. Si ritiene infatti che sia necessario una riflessione critica sull'idea "che Stato ed economia siano contrapposti e che, dove si espande l'uno, l'altra si ritrae (e viceversa)". Cfr. S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 378 ss.; J. M. CARRIÉ, *Le riforme economiche da Aureliano a Costantino, in Storia di Roma. L'età tardoantica. Crisi e trasformazioni*, Torino, 1993, 282 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1993; A. RONCAGLIA, *La ricchezza delle idee. Storia del pensiero economico*, Roma-Bari, 2001; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 2005, Roma-Bari, 7 ss.; M. CLARICH, *L'organizzazione*, in *Appunti per le lezioni di diritto amministrativo, a.a. 2012-2013*. Interessante l'esposizione della stratificazione storica di tre esperienze diverse di un Autorevole studioso secondo il quale "la prima che va, grosso modo, dall'ultimo decennio del secolo scorso alla fine della prima guerra mondiale; la seconda dal primo dopoguerra al 1930-33, cioè alla risoluzione della grande crisi economica; infine la terza che arriva sino ad oggi, e già si preannuncia una quarta fase" così M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. delle soc.*, Milano, 1958, 228. Sulla necessità dell'intervento pubblico a sostituzione o a correzione del mercato cfr., inoltre, G. BROSIÒ, *Economia pubblica moderna*, Torino, 2010, 13.

<sup>5</sup> "A queste critiche si associa la riaffermazione dei meccanismi operativi della "economia di mercato", il cui funzionamento efficace richiederebbe una riconsiderazione radicale dell'azione pubblica nel campo economico" così F. CAFFÈ, *L'economia contemporanea*, Roma, 1981, 129. Secondo parte della dottrina l'intervento dello Stato tende ad incidere sia sul piano della efficienza che su quello della distribuzione, agendo così in quei settori ove il mercato non è in grado di autoregolarsi. Sul punto più ampiamente cfr. U. MATTEI - A. GALLARATI - S. PUGNO - A. ROSBOCH, *I monopoli pubblici, i giudici della legge e la Costituzione economica*, in R. DI

Sulla spinta storica di nuove ideologie e di nuove esigenze, lo Stato, inizia, progressivamente, a intervenire nell'economia e in maniera sempre più organica. Al fine di soddisfare specifici bisogni legati ad interessi pubblici, lo Stato basandosi sulla rilevanza strumentale di determinate attività economiche, si limita ora, con un intervento indiretto, ad organizzare le attività private a mezzo di appositi strumenti quali ad esempio i controlli, ora con intervento diretto, sostituendosi ai privati nell'esercizio delle attività economiche, dando luogo alla nascita della cd. impresa pubblica<sup>6</sup>.

E' innegabile che l'intervento pubblico nell'economia comporti una modifica dell'assetto naturale del mercato<sup>7</sup>.

All'ordinamento giuridico si attribuisce, dunque, *"la funzione di una disciplina delle scelte economiche, in virtù della quale il principio economico viene coordinato con un sistema di valori autonomi rispetto all'economia, e che è compito del diritto di realizzare nell'esperienza economica"*. Ciò comporta la nascita del nuovo concetto di "Costituzione economica", quale determinazione

---

RAIMO e V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica ed intervento dello Stato nell'economia*, Napoli, 2006.

<sup>6</sup> Per una chiara esposizione sulla differenza tra interventi diretti ed indiretti dello Stato nell'economia cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 2005, Roma-Bari, 27 ss. Secondo altra parte della dottrina, l'intervento dello Stato nell'economia "è il risultato di una nuova configurazione del rapporto fra diritto ed economia, per cui a una concezione puramente formale, che assegna al diritto il ruolo di mera forma esteriore del comportamento economico, è venuta sostituendosi una concezione finalistica, che vede nella norma giuridica una componente strutturale dell'attività economica, condizionante e a sua volta condizionata, onde diritto ed economia costituiscono parti integranti, e fra loro interdipendenti, di un'unica realtà", così G. SANTANIELLO, *Profili giuridici dell'impresa pubblica*, in *Rass. dir. pubb.*, 1965, 2.

<sup>7</sup> Per quanto riguarda la ricerca delle motivazioni dell'intervento pubblico, si ritiene che "i fattori e le situazioni che danno origine ad intervento pubblico si possono distinguere in tre grandi categorie. La prima è costituita dai servizi che possiamo chiamare istituzionali: servizi che sono connessi, perché indispensabili, all'esistenza di uno Stato o, quanto meno, di una collettività politicamente organizzata. La seconda grande categoria di interventi del settore pubblico trova giustificazione e spiegazione nelle imperfezioni del funzionamento del meccanismo di mercato. La terza categoria di interventi e di produzioni pubbliche trova infine origine e/o giustificazione nella qualità delle produzioni stesse o nella qualità dell'ambiente sociale complessivo che esse contribuiscono a formare. Il mercato funziona bene, in questi casi, ma il suo funzionamento incide ad esempio, sulla distribuzione dei redditi in una direzione che la collettività giudica non accettabile e che cerca di correggere tramite l'intervento pubblico" e ancora che "il funzionamento efficiente del mercato presuppone costi di transazione ridotti, un livello sufficiente di concorrenza fra le imprese, adeguata informazione e prontezza degli operatori nell'adeguarsi alle nuove situazioni. Quando queste condizioni non si verificano in misura sufficiente, si apre la via per l'intervento pubblico" così G. BROSIO, *Economia e finanza pubblica*, 2005, Roma, 63 ss.

di un ordine dell'economia in linea con i principi direttivi fissati nella Costituzione<sup>8</sup>.

Ne consegue che l'ordine economico è visto come effetto di una decisione dell'intera comunità politico-sociale e che l'idea che il diritto, ha solo il compito di garantire un assetto naturale dell'economia, appare oramai superata.

La P.A. assume, dunque, non più solo una funzione correttiva e sussidiaria ma essenzialmente propulsiva dell'intero processo economico "che assoggetti il comportamento individuale e di gruppo a un vincolo immanente di destinazione a finalità superindividuali"<sup>9</sup>.

La costituzione economica riconoscendo l'azione da parte di più gruppi sociali ed economici, quali entità autonome e indipendenti e viste come "potenze d'ordine dell'economia", in realtà presuppone il pluralismo economico. Nell'ambito della nostra costituzione economica, l'impresa pubblica si pone, dunque, come un modello essenziale e "qualificata da una decisione consapevole della comunità politico-sociale circa la distribuzione del potere economico e dall'assunzione, da parte dello Stato, del compito di coordinamento e di mediazione propulsiva delle forze economiche"<sup>10</sup>.

Nell'ipotesi di intervento diretto, lo Stato assume la veste di proprietario, di imprenditore ed eroga servizi, assumendo ora il ruolo di impresa-organo, ora di impresa-ente pubblico, ora di impresa-società per azioni con partecipazione statale o pubblica. Svolge, invece, funzioni di indirizzo e di direttive e funzioni di controllo sull'economia privata, a mezzo di disposizioni condizionali, nelle ipotesi di intervento indiretto.

---

<sup>8</sup> Cfr. G. SANTANIELLO, *Profili giuridici dell'impresa pubblica*, in *Rass. dir. pubb.*, 1965, 2 ss. La costituzione economica può essere oggetto di studio da più angolazioni, sociologico, politico, storico "dal punto di vista giuridico (e nella specie, del diritto pubblico) non ci si può limitare alla constatazione dell'assetto assunto dai fattori economici in un dato equilibrio sociale e del sistema economico così raggiunto, dovendosi invece ribaltare l'ottica: si dovrà, infatti, studiare l'ordine costituzionale di una società organizzata relativamente ai rapporti tra i fattori economici, per vedere se e in che misura sia legittimata una qualsivoglia forma di ingerenza, guida, direzione da parte del potere costituito in relazione al loro modo di essere e di svilupparsi" così P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996, 1 ss.

<sup>9</sup> Così G. SANTANIELLO, *Profili giuridici dell'impresa pubblica*, in *Rass. dir. pubb.*, 1965, 4.

<sup>10</sup> Cfr. G. SANTANIELLO, *Profili giuridici dell'impresa pubblica*, in *Rass. dir. pubb.*, 1965, 4. Secondo l'Autore, in questa prospettiva l'impresa pubblica assume una propria fisionomia ed un nuovo ruolo "essa va vista non solo nella sua forma tradizionale di partecipazione dello Stato al processo produttivo (produzione e distribuzione di beni), ma va riguardata soprattutto quale strumento attraverso il quale l'intervento pubblico si esplica nella costituzione di nuovi centri di forza economica, capaci di esercitare un potere di equilibrio nei confronti delle imprese private." Cfr. più ampiamente sul punto L. MENGONI, *Forme giuridiche dell'economia contemporanea in Italia*, in *Iustitia*, 1962, 19 ss.

Appare, pertanto, condivisibile il pensiero di chi, analizzando sul piano storico e normativo, l'intervento dello Stato nell'economia ritiene non di "ingerenza" debba parlarsi ma di vero "ruolo economico dello Stato"<sup>11</sup>.

## **2. Il periodo delle privatizzazioni delle partecipazioni statali.**

Il cambiamento del modo di intervenire dello Stato nell'economia ed in particolare, nei c.d. settori strategici è stato, come è noto, fortemente influenzato dai processi di privatizzazione delle imprese pubbliche.

Alla fine del XX secolo, nella fase di transizione dalla gestione pubblicistica delle imprese a quella di un mercato concorrenziale, il rapporto intercorrente tra le privatizzazioni stesse ed i poteri straordinari riservati all'azionista pubblico, posti a garanzia degli interessi nazionali, risulta particolarmente delicato.

Partire dal fenomeno delle privatizzazioni aiuta a comprendere più facilmente la ricostruzione della disciplina dei c.d. poteri speciali riconosciuti allo Stato nell'ambito di determinati settori economici e di rilevanza strategica.

In assenza di una normativa unitaria nell'Unione Europea sui poteri speciali, le iniziative legislative dell'Italia e degli altri Stati membri, non sempre risultano in linea con i Trattati comunitari. Nel corso di quasi un ventennio, diversi sono gli interventi che si registrano da parte del nostro legislatore e che portano ad una profonda modifica della disciplina in oggetto e alla nascita di uno strumento denominato *golden power*<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. sul punto più ampiamente tra gli altri, F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale* in *Atti del Convivium regionale di Studi giuridici*, Trento, 1958, 49; J.E. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1992;

<sup>12</sup> La disciplina sulla *golden share* è introdotta dall'art.2 del d.l. 31 maggio n.322 del 2004, conv. in l. 474/2004 e poi, più volte modificata. Sul tema della *golden share* cfr. tra i molti, F. MERUSI, *La Corte di Giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubb. comm. eur.*, 2000, 1236; A. PERICU, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Privatizzazioni e regioni*, a cura di BUONOCORE – RAGUGNO, MILANO, 2003; A. SACCO GINEVRI, *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 707; F. SANTONASTASO, *Dalla "golde share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema?*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 383; E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04 – Commissione /Regno dei Paesi Bassi, in *Gior. Dir. Amm.*, 2, 2007, 145; F. SANTONASTASO, *La saga della golden share tra libertà e movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 302; C. CAVAZZA, *Golden share, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c.* in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2008, 1193; S. M. CARBONE, *Golden share e fondi sovrani: lo Stato nelle imprese tra libertà comunitarie e diritto statale*, in *Dir. comm. int.*, 2009, 503; L. SCIPIONE, *La "golden share" nella giurisprudenza*

L'istituto della *golden share*, peraltro presente anche negli ordinamenti giuridici di diversi Stati europei, nasce, dunque, Italia negli anni '90 a seguito dei primi processi di privatizzazione delle aziende pubbliche e comporta il progressivo trasferimento delle imprese dallo Stato ai privati<sup>13</sup>. Il nuovo istituto riserva particolare attenzione ai vincoli previsti nelle ipotesi di vendita di partecipazioni dirette o indirette dello Stato in società esercenti "pubblici servizi" riformulando le condizioni e l'ambito di esercizio dei poteri speciali dello Stato su quelle società che operano nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori di rilevanza strategica dell'energia elettrica, dei trasporti e delle comunicazioni.

L'esigenza di tutela degli interessi vitali della nazione, nel settore economico, è soddisfatta con l'attribuzione al Governo di speciali poteri di intervento sulla gestione delle società strategiche che sono sottoposte al processo di privatizzazione.

La specialità dei poteri si desume dall'attribuzione allo Stato di poteri decisionali sulle imprese strategiche che risultano "sproporzionati" rispetto al rischio economico assunto dallo stesso, attribuzione che ha lo scopo di evitare che al monopolio pubblico si sostituisca un potenzialmente pericoloso monopolio privato, e di contemperare i poteri speciali di controllo che lo Stato vuole continuare a mantenere.

Nel tracciare la linea evolutiva dell'istituto, che ha attirato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza comunitaria, un ruolo fondamentale è svolto dalla Corte di Giustizia che ne mette in discussione la sua legittimità con riferimento alla compatibilità dello stesso con i vari diritti nazionali per le importanti deroghe rispetto al regime del diritto societario e per la violazione ai

---

*comunitaria: criticità e contraddizioni di una roccaforte inespugnabile*, in *Società*, 2010, 856; I. DEMURO, *Società privatizzate*, in *Diritto commerciale* a cura di Abriani, *Dizionari del diritto privato promossi* da N.Irti, Milano, 2011, 905; A. SACCO GINEVRI – F. M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2013, 109.

<sup>13</sup> In merito alla tendenza evolutiva della *golden share* "improntata a un progressivo abbandono del ruolo di congegno propedeutico alla privatizzazione sostanziale delle imprese un tempo pubbliche per divenire, invece, dispositivo di vigilanza esterna in grado di influenzare gli assetti proprietari e l'operatività (potenzialmente) di tutte le imprese operanti nei settori strategici ogni qual volta gli interessi pubblici essenziali siano gravemente minacciati" cfr. ; A. SACCO GINEVRI – F. M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2013, 147.



principi fondamentali del diritto di stabilimento e dei principi fondamentali della libera circolazione di capitali, sanciti dal diritto comunitario<sup>14</sup>.

La vendita delle partecipazioni dirette o indirette dello Stato avente ad oggetto il trasferimento del controllo di società che operano nel settore dei servizi pubblici, è soggetta alla disciplina di particolari norme che tutelano gli interessi degli utenti, gli interessi generali dello Stato e la promozione della concorrenza nonché la trasparenza di tutta la procedura della vendita stessa<sup>15</sup>.

Si parla dunque di "poteri speciali" per indicare quanto già previsto dall'ordinamento inglese con la "*golden share*" o dall'ordinamento francese con "*l'action spécifique*" con riferimento non ai normali poteri dell'azionista ma a quelli che risultano strumentali alle prerogative che l'Autorità intende mantenere in particolari settori con interessi pubblici particolarmente sensibili quali quello della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia.

Si chiarisce così la *ratio* della *golden share*. Rendere la normativa italiana compatibile con quella europea e salvaguardare gli interessi vitali dello Stato con la sopravvivenza di poteri speciali in una società nella quale lo Stato non è più azionista di maggioranza, rispondendo "ad imprescindibili motivi di interesse generale, in coerenza con gli obiettivi in materia di privatizzazioni e di tutela della concorrenza e del mercato".

L'istituto, individuato con il termine di origine britannica *golden share*, originariamente contenuto nel decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332 convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, sta dunque ad indicare il potere dello Stato di introdurre nell'ambito dello statuto delle società che sono oggetto di privatizzazione, e prescindendo da qualunque forma di partecipazione azionaria, determinati poteri speciali (tra l'altro di nomina e di veto all'acquisizione di partecipazioni rilevanti) e/o vincoli statutari (limiti al possesso azionario, tetti ai diritti di voto obbligo di controllo nazionale) che,

---

<sup>14</sup> Cfr. G. SARCHILLO, *Dalla golden share al golden power: la storia infinita di uno strumento societario: Profili di diritto europeo e comparato*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2015, 619 secondo il quale la corte di Giustizia ha "vestito i panni di giudice protagonista in un conflitto che ha visto contrapporsi, da un lato gli Stati Membri, impegnati a rivendicare il proprio diritto alla salvaguardia dei "supremi" interessi nazionali e, dall'altro, la Commissione europea, la quale non ha mancato di sanzionare qualsiasi disposizione, sia essa di natura privata o pubblica, non compatibile con i "supremi" principi del diritto comunitario. Gli stessi organi comunitari hanno, nel tempo, espressamente ricondotto all'espressione *golden share* qualsiasi strumento giuridico che consenta di mantenere un controllo e/o un'influenza pubblica all'interno di singole società private."

<sup>15</sup> Cfr. F. BONELLI- M. ROLI, *Privatizzazioni*, in *En. Dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 1006 ss.

attraverso il Ministro dell'economia e delle finanze, il Governo può esercitare anche dopo che è stato ceduto il controllo delle società, a tutela di interessi generali su alcune decisioni c.d. strategiche<sup>16</sup>.

L'inserimento di tali poteri comporta una deroga alle regole del diritto delle società e alle limitazioni della libertà di circolazione dei capitali, e pur permettendo la tutela degli interessi generali in quei settori definiti strategici quali, per esempio, l'energia o la difesa, tutela giustificata alla luce degli principi e delle regole dell'ordinamento sovranazionale, è molto criticato in quanto determinante comunque una discriminazione tra gli operatori. Tale strumento, tra l'altro, per l'ambito di operatività completamente discrezionale, per lo svincolo dal possesso anche solo di un'azione all'interno delle società privatizzate, per la mancata indicazione dei criteri di esercizio di tali poteri, è oggetto di diverse critiche da parte della dottrina e della Commissione europea, provocando non pochi contrasti tra l'Unione Europea ed i singoli Stati membri.

L'istituto, anche se giustificato da "imprescindibili motivi di interesse generale", è così oggetto, ripetutamente, di censure formulate dalla Corte di giustizia UE riguardante la sua compatibilità con i principi dei Trattati europei. In particolare si critica "l'invadenza" della presenza dello Stato nelle nuove società per azioni privatizzate, la compatibilità della legge in oggetto sia con i principi in tema di società per azioni sia con la normativa comunitaria, il contrasto con l'idea di un Mercato unico propugnato dall'Unione europea, la discriminazione a danno di cittadini comunitari.

---

<sup>16</sup> La disciplina sui poteri speciali, così come stabilito dal 3 comma dell'articolo 2 del decreto in esame ha validità anche per le società controllate dagli enti pubblici, territoriali ed economici, che operano nei settori dei trasporti e degli altri servizi pubblici. Anche se apparentemente *ex art. 2 comma 1 l. 474/1994*, l'introduzione dei poteri speciali sembra essere obbligatoria, in realtà è facoltativa dal momento che spetta allo Stato individuare con apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri le società nei cui statuti introdurre i poteri speciali. Sul punto più ampiamente cfr. F. FRENI, *Golden share e principio di proporzionalità: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 10, 2002, 1049; ID, *L'incompatibilità con le norme comunitarie della disciplina sulla golden share*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 11, 2001, 1145; F. BONELLI-M. ROLI, *Privatizzazioni*, in *En. Dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 1007 ss.; C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. Comm.*, 2001, I, 464; T. BALLARINO-L. BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario*, in *Riv. Società*, 2004, 2, ss; S. GOBBATO, *Golden share ed approccio uniforme in materia di capitali nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comun.*, 2004, 427; G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino, 2006; E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04 – Commissione /Regno dei Paesi Bassi, in *Gior. Dir. Amm.*, 2, 2007, 145.



Si critica l'idoneità di poteri speciali al fine di limitare gli investimenti all'interno dell'Unione Europea perché contrastanti con i principi della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali, principi presenti nel Trattato sul funzionamento dell'unione Europea<sup>17</sup>.

Nonostante il legislatore italiano si sia adoperato, più volte, per superare le critiche e i rilievi mossi dall'Unione Europea<sup>18</sup>, la Corte di Giustizia condanna le modalità di intervento dell'Italia e di altri paesi europei, quali il Portogallo, il Regno Unito, la Francia, la Spagna, la Germania e indica i requisiti necessari perché l'intervento dello Stato, attraverso l'esercizio dei poteri speciali, possa considerarsi compatibile con le libertà fondamentali dell'Unione europea. Le infrazioni riguardano soprattutto la violazione del principio di proporzionalità e si precisa che lo Stato può essere titolare di poteri speciali sempre che gli stessi siano esercitati per il conseguimento dell'obiettivo perseguito. La condanna riguarda il contrasto della normativa sui poteri speciali con le disposizioni in materia del diritto di stabilimento *ex art. 43* Trattato CE, ora 49 TFUE, della libera prestazione dei servizi *ex art. 49* e della libera circolazione dei capitali *ex art. 56*, ora art. 63 TFUE. La Corte ritenendo che i poteri speciali riconoscano allo Stato un potere di limitare discrezionalmente ed in maniera illimitata la libera circolazione dei capitali all'interno della comunità e dunque di influire sul diritto di stabilimento delle imprese, condanna la Repubblica italiana per aver violato, attraverso l'adozione degli artt. 1, c. 5 e 2 della legge 474/1994, gli obblighi ad essa imposti dagli artt. 43, 49 e 56<sup>19</sup>.

La legislazione europea con tali censure ha, quindi, determinato un progressivo depotenziamento del potere dello Stato sulle società strategiche privatizzate ed

---

<sup>17</sup> Cfr. F. BONELLI- M. ROLI, *Privatizzazioni*, in *En. Dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 1008 ss.; E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04 – Commissione /Regno dei Paesi Bassi, in *Gior. Dir. Amm.*, 2, 2007, 145.

<sup>18</sup> Si ricorda che il 4 maggio 1999 il Presidente del Consiglio dei ministri ha emanato una direttiva, il cui contenuto, ribadito anche dalla legge 488/1999, prevede l'indicazione degli "obiettivi" che giustificano l'introduzione dei "poteri speciali" nell'ambito degli statuti delle società per azioni privatizzate.

<sup>19</sup> Il riferimento è alla decisione della Commissione UE del 24 novembre 2011 che deferisce l'Italia alla Corte di Giustizia per infrazioni che riguardano l'Eni, l'Enel, la Finmeccanica e la Telecom Italia. Cfr. Corte di Giustizia, UE 23 maggio 2000, causa C-58/99, Commissione c. Repubblica italiana in *Giur. It.*, 2000, 1967 secondo la quale "tali poteri possono scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali del Trattato, e devono soddisfare quattro requisiti, cioè devono applicarsi in modo non discriminatorio, devono essere giustificati da motivi imperativi d'interesse generale, devono essere idonei a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e non devono andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo".

impone una profonda trasformazione al ruolo dello Stato nell'economia. Il ruolo di garante degli interessi vitali dell'intera collettività non può essere utilizzato al fine di influenzare la vita delle società partecipate, pena la violazione dei principi stabiliti dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

La risposta del Governo italiano, in termini di assunzione di impegno a procedere, in tempi rapidi, ad una nuova regolamentazione, al fine di rendere "i poteri speciali" conformi alla disciplina comunitaria e dunque, rispettosa delle statuizioni della Corte di giustizia, non si è fatta attendere. Il legislatore con la legge 24 dicembre 2003, n. 350 art. 4 commi 227-231, interviene sul disposto dell'art.2 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito con l. 30 luglio 1994, n. 474 e più tardi con D.P.C.M. del 10 giugno 2004 che sostituisce il precedente D.P.C.M. 11 febbraio 2000, fissa "i criteri di esercizio dei poteri speciali"<sup>20</sup>.

Le modifiche alla normativa nazionale sui poteri speciali, apportate dalla legge 350/2003, determinano il passaggio da un sistema di autorizzazione preventiva ad uno di opposizione, rispondente ai principi del diritto comunitario. I poteri speciali si trasformano così da strumento preventivo a strumento di controllo successivo, esercitabili solo ed esclusivamente in presenza di anomalie del procedimento di formazione delle delibere delle società e di concreto pregiudizio per gli interessi vitali dello Stato e tramite un provvedimento adeguatamente motivato. La normativa in esame intende ridefinire i poteri speciali come poteri da esercitarsi non sulla gestione ordinaria delle imprese privatizzate ma su quelle modificazioni dell'atto costitutivo che possano in qualche modo ledere gli interessi vitali dello Stato e garantire così al Governo, seppure solo "a posteriori", un intervento protettivo degli stessi. La nuova versione dell'art. 2 introdotta dalla legge 350/2003 trasforma così il potere speciale dello Stato da "potere di gradimento preventivo" in "potere di opposizione" ed è legato alla presenza di un "pregiudizio agli interessi vitali dello Stato", che deve essere ben analizzato nel provvedimento motivato da parte del Ministero dell'economia e delle finanze. I poteri speciali dello Stato devono, dunque, esercitarsi solo ed esclusivamente in ipotesi potenzialmente in grado di arrecare nocimento agli interessi vitali della nazione, interessi sottesi allo svolgimento di determinate attività economiche fondamentali<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. D.P.C.M. 10 giugno 2004 sulla "Definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, di cui all'art.2 del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, con legge 30 luglio 1994, n. 474.

<sup>21</sup> Per quanto riguarda, invece, "l'applicabilità dell'istituto dell'invalidità ovvero dell'inefficacia, non pare possano sussistere dubbi sul fatto che la stessa norma prevede che i patti in essa

L'art. 1, 1. del D.P.C.M. del 10 giugno 2004, in tema di criteri di esercizio dei poteri speciali, al fine di sanare la situazione di pregiudizio creatasi, prevede che " i poteri speciali di cui all'art. 2 del decreto-legge n. 332 del 1994, siano esercitati esclusivamente ove ricorrano rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa, in forma e misura idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi, anche mediante l'eventuale previsione di opportuni limiti temporali, fermo restando il rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, e tra questi in primo luogo del principio di non discriminazione."

La disciplina dei "criteri di esercizio dei poteri speciali", da un lato, riesce a dare risposta alle innumerevoli eccezioni sollevate dalla Commissione Europea al Governo italiano sulla scarsa chiarezza dell'esposizione dei criteri di esercizio e, dall'altro, precisa che tale esercizio non può essere fondato su generici obiettivi di politica economica ed industriale, ma su determinati motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e difesa. La previsione di *golden share*, oramai fonte di conflitto tra le ragioni dello Stato miranti al controllo delle società privatizzate e le ragioni della Comunità europea volte all'eliminazione dei vincoli alla libera circolazione dei capitali e alla promozione della circolazione dei capitali all'interno di un mercato unico, è sempre più al centro dell'attenzione delle pronunce della Corte di Giustizia ed il conflitto tende sempre più ad espandersi<sup>22</sup>.

Nel 2005 dopo una prima fase di tolleranza e di apertura verso gli *special right* da parte della Comunità europea, si assiste ad un cambiamento di rotta in termini di inasprimento. L'orientamento comunitario non riesce più a

---

contemplati siano validi ed efficaci sin dall'inizio - sia pur con le limitazioni all'esercizio di alcuni diritti nascenti dalla qualità di socio, limitate all'esiguo periodo di dieci giorni fissato dalla norma per l'esercizio del potere di opposizioni in esame - e che siano sottoposti ad una condizione risolutiva espressa fissata *ex lege* e costituita dall'esercizio da parte del ministero competente di opposizione" così C. SAN MAURO, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di giustizia C-326/07 in Astrid*, ANNO, 11

<sup>22</sup> Più volte la Corte di Giustizia è intervenuta dichiarando l'incompatibilità delle *golden shares* con il diritto comunitario: dalla legge italiana alle leggi portoghese, francese, belga, spagnola e inglese. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 23 maggio 2000 Commissione/Repubblica italiana, in *Racc. giur.*, 2000, 3811; Corte di Giustizia sentenza 4 giugno 2002 Commissione/Repubblica Portoghese, in *Racc. giur.*, 2002, 4731; Corte di Giustizia sentenza 4 giugno 2002 Commissione/Francia, in *Racc. giur.*, 2002, 4781; Corte di Giustizia sentenza 4 giugno 2002 Commissione/Regno del Belgio, in *Racc. giur.*, 2002, 4808; Corte di Giustizia 13 maggio 2003 Commissione/Regno di Spagna in *Racc. giur.*, 2003, 4581; Corte di Giustizia, sentenza 13 maggio 2003 Commissione/Regno Unito e Irlanda del nord, in *Racc. giur.*, 2003, 4641.

giustificare la presenza di tali poteri, laddove, gli interessi a fondamento degli stessi possono essere perseguiti per altre vie meno incidenti sulla libertà di circolazione dei capitali<sup>23</sup>. L'atteggiamento non è di chiusura verso le imprese pubbliche ma di apertura verso un mercato dei capitali libero e quindi verso la presenza di imprese a partecipazione pubblica non soggette ad un potere dello Stato discrezionale ed imprevedibile. Il conflitto in atto in questi anni, sembra, dunque, destinato ad accentuarsi.

Diversi gli interventi del giudice comunitario con i quali si dichiara l'incompatibilità dei "poteri speciali" per violazione degli artt. 43 e 56 del Trattato CE. Per la Corte di giustizia il decreto del 2004 non specificando sufficientemente "i criteri di esercizio dei poteri speciali", non consente agli investitori un'adeguata conoscenza sull'utilizzo degli stessi, nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, primo fra tutti il principio di non discriminazione<sup>24</sup>. In questo periodo, ulteriore strumento per le società partecipate è la c.d. *poison pill* introdotta dall'art. 1, commi 381-384, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, in base alla quale è introdotta "la facoltà per le società in cui lo Stato detenga una partecipazione rilevante di emettere azioni e strumenti finanziari partecipativi che attribuiscono il diritto a chiedere l'emissione di nuove azioni o strumenti partecipativi muniti di diritto di voto. In concreto, nel caso di offerta pubblica di acquisto riguardante società partecipate dalla mano pubblica, tale strumento permette di deliberare un aumento di capitale, grazie al quale l'azionista pubblico può accrescere la

---

<sup>23</sup> Il riferimento è al documento adottato dalla Commissione nel luglio del 2005 nel quale sono indicati, tra l'altro, anche i criteri da adottare per dichiarare compatibili i poteri speciali con l'ordinamento comunitario. Cfr. sul punto Commissione UE, *Special rights in privatised companies in the enlarged Union - a decade full of developments* Commission staff working documents del 22 luglio 2005, in [http://ec.europa.eu/internal\\_market/capital/framework/reports\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/capital/framework/reports_en.htm)

<sup>24</sup> Nella *querelle* l'attenzione si sposta anche sul problema della difesa dei "campioni nazionali" e delle liberalizzazioni asimmetriche. "Nelle numerose pronunce adottate in materia, la Corte di Giustizia ha sempre condotto un'analisi volta a verifica se le restrizioni alla libera circolazione dei capitali, previste dagli Stati in nome di "imperative ragioni di interesse generale", potessero considerarsi giustificate alla luce dei principi e delle regole dell'ordinamento sovranazionale. Tale analisi è stata basata sul cosiddetto test di proporzionalità, che serve a stabilire se le restrizioni introdotte siano idonee al conseguimento dell'obiettivo di interesse generale e non vadano oltre quanto necessario per il suo raggiungimento.", così E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04 - Commissione / Regno dei Paesi Bassi, in *Gior. Dir. Amm.*, 2, 2007, 145.

propria quota di partecipazione, contrastando così il tentativo di scalata ostile<sup>25</sup>”.

Negli anni a seguire, e ponendosi nel solco di altre azioni della Commissione Europea contro la *golden share* di Spagna, Gran Bretagna, Paesi Bassi e Portogallo, la disciplina della *golden share*, in Italia, subisce nuovi interventi da parte della Corte di Giustizia per infrazioni riguardanti il diritto di stabilimento (art.43) e la libera circolazione dei capitali (art.56)<sup>26</sup>. La Corte di Giustizia giudica contrarie alla libertà di stabilimento e a quella di circolazione di capitali sia le disposizioni di cui al d.l. 332/1994 che il successivo decreto del 2004 e ritiene i criteri stabiliti “generici ed imprecisi” e che “l’assenza di un nesso” tra i criteri di esercizio dei poteri speciali ed i poteri stessi, aumenta l’incertezza sui casi in cui le facoltà possono essere attivate conferendole carattere discrezionale, spesso sproporzionato agli obiettivi perseguiti.

Gli interventi dell’Unione Europea, alla luce delle nuove sfide globali che vedono un’elevata competizione economica internazionale ed una maggiore concorrenzialità tra gli operatori del mercato, pur tenendo conto delle preoccupazioni degli Stati membri nel voler conservare un’influenza sulle imprese inizialmente pubbliche e successivamente privatizzate, sono volti ad un ridimensionamento dell’intervento dei singoli Stati nella gestione delle imprese e conducono verso una riforma del sistema.

La Commissione Europea, nel riconoscere la legittimità della previsione dei poteri speciali posti a salvaguardia degli interessi vitali dello Stato, si sofferma,

---

<sup>25</sup> Così D. SICLARI, *Le privatizzazioni nel diritto dell’economia*, in *Corso di diritto pubblico dell’economia*, a cura di M. PELLEGRINI, Padova, 2016, 425.

<sup>26</sup> Con sentenza del 26 marzo 2009 la disciplina italiana della *golden share* è dichiarata dalla Corte di Giustizia in contrasto con le disposizioni del Trattato CE perché ritenuta restrittiva della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali, cfr. Corte di Giustizia UE, 26 marzo 2009, causa 326/07, Commissione c. Repubblica italiana, in <http://curia.europa.eu/>. Secondo la Corte “ La Repubblica italiana, avendo adottato le disposizioni di cui all’art. 1, 2° comma, d.p.c.m. 10 giugno 2004, recante definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali (attribuiti dal possesso della golden share), di cui all’art.2 d.l. 31 maggio 1994 n.332, convertito, con modifiche, dalla l. 30 luglio 1994 n. 474, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti: - in forza degli artt. 43 Ce e 56 Ce, nella misura in cui dette disposizioni si applicano ai poteri speciali previsti dall’art. 2, 1° comma, lett. a) e b), predetto decreto legge, come modificato dalla l. 24 dicembre 2003 n. 350, recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004), e - in forza dell’art. 43 Ce, nella misura in cui dette disposizioni si applicano al potere speciale previsto dal citato art.2, 1° comma, lett.c)” cfr. C. SAN MAURO, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di giustizia C-326/07 in Astrid*, ANNO, al quale si fa riferimento per una chiara esposizione del quadro normativo italiano in tema di poteri speciali e della posizione dell’Unione europea sul punto Cfr. inoltre M. COLANGELO, “Golden share”, *diritto comunitario e i mercanti di Venezia*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità Europee 26 marzo 2009 (causa C-326/07), in *Foro it.* 2009, 5, 224.

tra l'altro, sulla genericità dei poteri stessi, sull'incertezza delle condizioni del loro esercizio, sulla non proporzionalità delle misure rispetto allo scopo, sull'eccessiva discrezionalità attribuita all'autorità amministrativa nell'esercizio del potere<sup>27</sup>.

Lo Stato italiano pur adeguandosi alle indicazioni della Corte di Giustizia sulla rimozione delle barriere alla circolazione dei capitali avverte la necessità di garantire il perseguimento degli obiettivi di carattere politico che includono, tra l'altro, la difesa del carattere economico e finanziario del sistema economico e delle società privatizzate dalla prevalenza di asimmetrie e chiare regole di reciprocità.

L'Italia e gli altri Stati membri, a seguito delle contestazioni sollevate dalla Commissione Europea e tendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, si adeguano e modificano la struttura dei loro meccanismi al fine di proteggere gli assetti delle società che sono operanti nei settori strategici e di interesse nazionale.

A seguito del decreto del Presidente del consiglio dei Ministri del 20 maggio 2010 che porta all'abrogazione dell'articolo 1, comma secondo, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 giugno 2004, si registra un nuovo intervento sui poteri speciali dello Stato e si avverte la necessità di un intervento radicale non più procrastinabile. Con il d.l. 15 marzo 2012 n.21, convertito in l. 11 maggio 2012, n.56, il legislatore ridisegna, quindi, tutta la disciplina dei poteri speciali dello Stato e realizzando un assetto della materia profondamente diverso da quello precedente sostituisce l'intera disciplina sui poteri speciali *ex art.2* del d.l. 332/1994, convertito in l. 474/1994 e successivamente modificato dalla l. 350/2003. Si registra così il passaggio dalla *golden share* alla *golden power*<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> "La nuova disciplina si inserisce in un processo normativo più ampio, attraverso il quale negli ultimi anni il legislatore italiano ha cercato di definire una strategia di tutela delle società operanti in settori considerati strategici per l'economia nazionale (si vedano su tutti, oltre al d.l. n.332/94, la l. 350/2003)" così C. SAN MAURO, *I poteri speciali del governo nei confronti delle società che operano nei settori strategici: dalla golden share ai golden powers*, in *Il foro amm.*, II, 2015, 2955.

<sup>28</sup> Il D.P.C.M. del 20 maggio 2010 abroga i poteri speciali che erano stati introdotti a garanzia dell'approvvigionamento nazionale dei prodotti petroliferi ed energetici, della garanzia del livello minimo di servizi di telecomunicazione e di trasporto che potevano risultare un grave pericolo per la difesa del paese. A seguito della Commissione europea del 16 febbraio 2011 che ritiene che la legge italiana sui poteri speciali fosse in evidente posizione di violazione del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea dovuto ad atteggiamento dissuasivo nei confronti degli investimenti esteri, il d.l. 21/2012, convertito in l. 11 maggio 2012 n. 56, recante *Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale*,



Con il d.l. 21 del 2012 e con i successivi decreti attuativi per rispondere alle contestazioni sollevate dalla Commissione Europea in ordine alla compatibilità della precedente *golden share* con la legislazione europea, il legislatore provvede ad indicare le aree di riferimento, assenti nella precedente disciplina, ed attribuisce al Governo i poteri speciali per intervenire in determinate imprese strategiche e a prescindere da una attuale o pregressa partecipazione dello Stato o di enti pubblici al relativo capitale di rischio<sup>29</sup>. Le clausole presenti negli statuti societari delle società privatizzate cessano così di avere efficacia. Il d.l. 21/2012 convertito nella l. 56/2012 rappresenta la fase finale di un lungo processo evolutivo dei poteri speciali. Si parte, infatti, dall'art. 2, comma 1, lett.a) del d.l. 332/1994 nel quale si prevede il potere di ingerenza pubblica caratterizzato da un gradimento pubblico nei trasferimenti delle partecipazioni rilevanti, per passare al potere di opposizione pubblica ai trasferimenti di partecipazioni rilevanti ex l. 350/2003 che modifica la precedente lettera a) dell'art. 2, comma 1, del d.l. 332/1994 ed arrivare al potere di opposizione ai trasferimenti partecipativi che possano compromettere gli interessi di settori ex d.l. 21/2012 convertito nella l. 56/2012<sup>30</sup>. Si evidenzia così "una tendenza evolutiva della *golden share* improntata a un progressivo abbandono del ruolo di congegno propedeutico alla privatizzazione sostanziale delle imprese un tempo pubbliche per divenire, invece, dispositivo di vigilanza esterna in grado di influenzare gli assetti proprietari e l'operatività (potenzialmente) di tutte le imprese operanti nei settori strategici ogni qual volta gli interessi pubblici essenziali siano gravemente minacciati"<sup>31</sup>.

### **3. Dalla golden share ai c.d. golden power.**

---

*nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, sostituisce la precedente disciplina in tema di poteri speciali prevista dall'art. 2 del d.l. 332/1994.

<sup>29</sup> Secondo la precedente disciplina, infatti, in assenza di una definizione dello specifico campo di applicazione tutti gli interventi risultavano di "rilevanza strategica". Sul ruolo della *golden share* negli altri paesi europei cfr., tra gli altri, anche A. SACCO GINEVRI – F. M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Le nuove leggi civ. comm.*,1, 2013, 109. Sulle ragioni che hanno spinto il legislatore italiano

<sup>30</sup> Cfr. A. SACCO GINEVRI – F. M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Le nuove leggi civ. comm.*,1, 2013, 116.

<sup>31</sup> Così A. SACCO GINEVRI – F. M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Le nuove leggi civ. comm.*,1, 2013, 147.

I nuovi poteri speciali dello Stato, ora noti con il termine di *golden powers*, permettono allo Stato di prevenire l'ingresso di operatori stranieri che risultano meno controllabili nel mercato nazionale e di intervenire sulla circolazione delle azioni e sulle operazioni straordinarie poste in essere dalle società che operano nei settori strategici economici della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, indipendentemente da una attuale o pregressa partecipazione azionaria, prescindendo dalla partecipazione dello Stato nella compagine azionaria delle società<sup>32</sup>.

L'intervento dello Stato che si sposta da un livello privatistico ad uno meramente pubblicistico appare compatibile con le prescrizioni dell'Unione Europea<sup>33</sup>. Lo Stato restando estraneo alla struttura societaria, interviene in maniera eccezionale ed esercita i suoi poteri speciali in tutte le società, private e pubbliche, impegnate in attività nei diversi settori strategici, individuati dai pubblici poteri, preservando così il principio della concorrenzialità dell'impresa e non limitando più gli stessi poteri alle sole società privatizzate o in mano pubblica così come stabiliva la precedente disciplina *ex d.l. 332/1994*. L'intento del legislatore è superare il precedente obiettivo che, a seguito della perdita del controllo societario sulle imprese operanti nei diversi settori strategici, mirava al mantenimento del controllo dello Stato sulle stesse, a beneficio di una ben più ampia tutela dell'interesse pubblico essenziale, con la finalità di consentire un'ingerenza dello Stato in tutti i casi in cui, a prescindere dalla natura del titolare, ci sia pericolo per il funzionamento delle attività economiche strategiche. Il legislatore, dunque, svalutando la strumentalità della *golden share* alla conservazione del potere pubblico *post* dimissione del controllo sulle società privatizzate e con la trasformazione dei poteri pubblici posti a salvaguardia di interessi pubblici essenziali, dunque di più ampio respiro, fa registrare un passaggio di grande rilevanza strategica: quello dalla privatizzazione alla regolamentazione. A salvaguardia degli assetti reputati strategici e di interesse nazionale e anche al fine di rispondere alle censure sollevate in sede europea, il legislatore disciplina, dunque, nuovamente e organicamente tutta la materia in tema di poteri speciali esercitabili dal

---

<sup>32</sup> Settori regolamentati dai D.P.R. 25 marzo 2014 n. 85 e n. 86 e dal D.P.R. 6 giugno 2014 n. 108, aggiornabili ogni tre anni.

<sup>33</sup> Cfr. tra gli altri G. D'ALPA, *La golden share e i golden powers nel diritto europeo*, in [www.sicurezza nazionale.gov.it](http://www.sicurezza nazionale.gov.it); A. COMINO, *Golden powers per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2014, 5, 1019.

Governo in tali settori, ridefinendo l'ambito soggettivo e oggettivo, la tipologia, le condizioni e le procedure di esercizio di tali poteri. E' dunque una riforma radicale, rispetto alla normativa precedente, che disciplina materie sulla libertà individuale, i principi costituzionali e dell'Unione Europea, il diritto alla concorrenza, la libertà di iniziativa economica, il diritto di proprietà e le esigenze prioritarie di interesse pubblico quali quelle della difesa e della sicurezza nazionale<sup>34</sup>. L'obiettivo è tutelare i settori strategici dell'economia chiaramente delineati (la difesa, la sicurezza nazionale, l'energia, le comunicazioni e in trasporti), da progetti di pianificazioni che ignorino gli interessi vitali dello Stato rendendo compatibile la disciplina nazionale in tema di poteri speciali del Governo con la normativa europea ed evitare così ulteriori censure da parte della Corte di Giustizia. Evidentemente tale obiettivo aiuta a comprendere l'attuale composizione normativa della *golden power* che permette allo Stato di essere "un interlocutore privilegiato" ogni volta che un'operazione societaria abbia ad oggetto un'attività economica strategica per il Paese. La *ratio politica* del *golden power* va ricercata nella volontà sia di prevenire l'aggressione di operatori stranieri, non controllabili, nel mercato nazionale e che potrebbero rivelarsi speculativi e potenzialmente pregiudizievoli per gli interessi pubblici essenziali, sia nella volontà di adeguare il nuovo testo normativo con la legislazione comunitaria al fine di superare le censure sollevate dalla Corte di Giustizia UE. La differenza sostanziale con la precedente disciplina della *golden share* è l'ampliamento della sfera delle attività economiche strategiche che potenzialmente possono essere soggette ai poteri speciali dello Stato, indipendentemente da una partecipazione azionaria dello stesso. La precedente disciplina prevede poteri speciali dello Stato di natura autorizzatoria e discrezionale con una sfera applicativa di tipo soggettivo, caratterizzato cioè dalla presenza delle imprese pubbliche. Il *golden*

---

<sup>34</sup> Da un punto di vista soggettivo le prerogative dello Stato non dipendono più dalla partecipazione azionaria pubblica bensì dalla presenza di società operanti in determinati settori strategici, mentre da un punto di vista oggettivo ha ad oggetto acquisizioni superiori a soglie determinate. Cfr. A. FORTE, *I poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale*, in *Nomos*, 3, 2014. Per quanto riguarda i criteri di esercizio dei poteri, la nuova normativa prevede che "siano di competenza della fonte primaria (vale a dire, nel caso di specie, del decreto legge), a differenza di quanto previsto dalla previgente disciplina, secondo la quale la determinazione dei criteri di esercizio dei poteri speciali era affidata a una norma secondaria (decreto del Presidente del consiglio dei Ministri del 10 giugno 2004, e successive modifiche), prevedendo che l'esercizio degli stessi fosse limitato ai soli casi di pregiudizio degli interessi vitali dello Stato" così C. SAN MARCO, *I golden powers tra legislazione e applicazione concreta*, in *Astrid*, 15, 2017.

*power* attribuisce, dunque, allo Stato un nuovo potere, con un ambito di applicazione di tipo oggettivo, oppositivo e prescrittivo e solo successivamente di tipo interdittivo. L'esercizio è previsto solo con riferimento ad interessi nazionali e con adeguate e proporzionali forme al reale pregiudizio<sup>35</sup>.

Pur allargando la sfera di influenza, la nuova riforma riduce la discrezionalità del Governo al quale sono offerti strumenti che sono proporzionati al rischio concreto. L'intervento dello Stato nell'economia, al fine di limitare la libera circolazione dei capitali, deve essere ben motivato e riguardante i soli settori ove esistano interessi strategici di rilevanza nazionale. Con la *golden power* si presenta con un ambito applicativo più ampio e con una tipizzazione dei poteri speciali che possono essere esercitati nei confronti di tutte le società, pubbliche e private, che operano nei settori strategici della difesa e della sicurezza nazionale e a quelle che esercitano attività di rilevanza strategica nell'ambito dei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni e non più soltanto nei confronti delle società privatizzate o in mano pubblica<sup>36</sup>. Diversamente dalla normativa sulla *golden share* nella quale per i poteri speciali dello Stato si ritiene necessaria una previsione inserita nello statuto delle società privatizzate, quella sulla *golden power*, pur sollevando qualche dubbio applicativo, si ricava solo dalle norme applicabili e può essere esercitato attraverso l'emanazione di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> "Sotto altro profilo è opportuno ricordare che i Trattati europei consentono l'intervento dello Stato tramite strumenti di diretta proprietà. E' possibile, ad esempio, utilizzare la Cassa Depositi e Prestiti e i suoi Fondi per interventi nell'economia, anche attraverso la partecipazione al capitale d'impresa" così C. SAN MAURO, *I poteri speciali del governo nei confronti delle società che operano nei settori strategici: dalla golden share ai golden powers*, in *Il foro amm.*, II, 2015, 2955.

<sup>36</sup> Sui criteri di compatibilità europea dell'intera disciplina dei poteri speciali, un'apposita Comunicazione della Commissione europea chiarisce che l'esercizio dei poteri speciali del governo deve essere giustificato da "motivi imperiosi di interesse generale" e deve essere attuato senza alcuna discriminazione. Con è stato adottato il regolamento che individua. Quanto all'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale si rinvia al regolamento adottato con il D.P.C.M. 30 novembre 2012, n. 253.

<sup>37</sup> "In particolare, ci si riferisce all'assenza – rispetto al passato – di indici formali incontestabili (quali, ad esempio, gli statuti sociali delle imprese strategiche) da cui desumere l'assoggettamento delle società di cui trattasi all'eventuale esercizio dei poteri statali. Non è casuale che le soluzioni legislative in commento abbiano visto la luce in un momento storico in cui "il sistema Italia" ha corso il rischio di dover dismettere, con modalità e tempi repentini, attività economiche strategiche in favore di investitori per lo più esteri, potenzialmente animati da intenti speculativi e pregiudizievoli per gli interessi vitali dello Stato" così A. SACCO GINEVRI, *I golden powers dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *www.federalismi.it*, 22, 2106. Nel 2014 i D.P.R. stabiliscono le attività di rilevanza giuridica per il sistema della sicurezza nazionale e della difesa aggiornabili ogni tre anni.

Inoltre la fissazione dei criteri di esercizio dei poteri speciali è ora di esclusiva competenza delle fonti primarie e dunque sottratta alla discrezionalità del Governo. Le condizioni, i requisiti e le modalità di esercizio dei poteri speciali sono oramai riconducibili solo alla legge. La caratteristica principale di questa nuova disciplina è rappresentata dalla previsione di due discipline differenziate in ordine al settore in cui la società esplica la sua attività: all'art. 1 della legge 56/2012 sono disciplinati i settori della difesa e della sicurezza nazionale, all'art. 2 quelli dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni

E' opportuno chiarire che i poteri speciali che lo Stato può esercitare nell'ambito dei settori della difesa e della sicurezza nazionale *ex art. 1 d.l.21/2012* appaiono sicuramente più forti ed invasivi rispetto a quelli che lo stesso può esercitare nell'ambito dei settori dell'energia elettrica, dei trasporti e delle comunicazioni *ex art. 2 d.l. 21/2012*. La maggiore intensità dell'esercizio dei poteri speciali nell'ambito dei settori della difesa e della sicurezza nazionale, per tradizione di competenza della nazione, è dovuto al fatto che, nella scala degli interessi da tutelare, questi appaiono sicuramente preminenti, e, dunque, rispetto ad altri settori meno duttili all'armonizzazione a livello europeo. L'ingerenza dello Stato nei settori della difesa e della sicurezza nazionale prescinde dalla natura comunitaria o extracomunitaria dei soggetti coinvolti<sup>38</sup>.

Ai sensi dell'art.1 l'esercizio dei poteri speciali, subordinato alla sussistenza di una minaccia di un grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, permette al Governo, tenendo presente i principi della proporzionalità e ragionevolezza, di imporre specifiche condizioni all'acquisto di partecipazioni di imprese strategiche nel settore della difesa e della sicurezza; di opporsi all'acquisto di partecipazioni azionarie nei casi in cui l'acquirente sia diverso dallo Stato italiano, da enti pubblici italiani o da soggetti da questi controllati e ove possa vantare una partecipazione azionaria tale da compromettere gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale; di far valere il veto all'adozione di delibere riguardanti operazioni straordinarie adottate da siffatte imprese. L'imposizione di specifiche condizioni in caso di acquisto e l'opposizione all'acquisto limitano il principio dell'autonomia negoziale dei soci per quanto riguarda la circolazione delle partecipazioni,

---

<sup>38</sup> "Il perimetro di applicazione dei *golden powers* nei settori in parola è definito da uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, con cui sono individuate le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, ivi incluse le "attività strategiche chiave" così A. SACCO GINEVRI, *I golden powers dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

mentre il potere di veto all'adozione delle delibere societarie delimita, fortemente, l'autonomia imprenditoriale degli organi delle imprese strategiche. La disciplina sui *golden powers* troverà, dunque, applicazione solo in presenza di uno dei presupposti idonei a permettere l'esercizio dei poteri speciali da parte dello Stato e solo dopo la valutazione dell'esistenza di una minaccia di grave pregiudizio per la difesa e la sicurezza nazionale in base ai criteri indicati dalla legge, la valutazione della possibilità di esercitare il diritto di veto in base, tra l'altro, alla rilevanza strategica dei beni o delle imprese oggetto di trasferimento, la valutazione della minaccia di un grave pregiudizio agli interessi pubblici essenziali alla luce di argomenti di natura economica, finanziaria, tecnica e a volte anche politica.

L'esercizio dei poteri speciali nell'ambito dei settori dell'energia elettrica, dei trasporti e delle comunicazioni è invece disciplinato dall'art. 2 del d.l. 21/2012 il quale oltre ad enunciare disposizioni simili a quelle previste dall'art.1, prevede anche che il Governo può far valere il veto all'adozione delle delibere che riguardano *asset* strategici; può porre particolari condizioni all'efficacia dell'acquisto di partecipazioni da parte di soggetti esterni all'UE che detengono attivi "strategici"<sup>39</sup>. La disciplina dei poteri speciali nei settori indicati dall'art.2 del d.l. 21/2012, se non del tutto coincidente è molto simile a quella prevista nell'art.1 anche se il legislatore ha previsto un regime più restrittivo ed un maggior controllo nei confronti delle società che operano nei settori della difesa e della sicurezza nazionale. Nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni al fine di bloccare l'operatività di una delibera o di una operazione societaria si richiede la presenza di una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore che minacci un grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti. Per l'esercizio dei poteri speciali previsti dall'art. 1 è dunque sufficiente "la minaccia di un grave pregiudizio per gli interessi della difesa nazionale" mentre per quelli disciplinati dall'art. 2 le condizioni per l'esercizio degli stessi devono essere tali da determinare "una situazione

---

<sup>39</sup> "Gli attivi strategici che possono comportare l'assoggettamento della società che li detiene ai poteri speciali in disamina devono essere concretamente individuati tra i seguenti *asset*: le reti e gli impianti, ivi compresi quelli necessari ad assicurare l'approvvigionamento minimo e l'operatività dei servizi pubblici essenziali, i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni". A. SACCO GINEVRI – F. M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Le nuove leggi civ. comm.*,1, 2013, 121.



eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di grave pregiudizio per gli interessi pubblici". L'interesse nazionale è il parametro di riferimento per la rilevanza strategica delle reti e degli impianti e lo Stato esercita tali poteri sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori e con riferimento alla natura dell'operazione e a criteri di natura economica e politica il Governo è in grado di agire in maniera mirata e protezionistica<sup>40</sup>.

L'analisi dei decreti attuativi D.P.R., 25 marzo 2014, n.86 e D.P.R. 25 marzo 2014, n. 85, lascia intendere ancora una volta la volontà del legislatore di prevedere una protezione più intensa nei settori della sicurezza nazionale e della difesa, riducendo l'ambito di applicabilità dei *golden powers* nei settori previsti dall'art. 2. Le motivazioni di un ridimensionamento del controllo dello Stato nell'ambito dei settori dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni "sono da ricercarsi non solo nella volontà da parte del Governo italiano di non incorrere nuovamente in condanne da parte della Corte di Giustizia europea (considerato che la nuova disciplina dei *golden powers* è tuttora al vaglio della Commissione europea), ma anche quale risposta ai pareri sfavorevoli da parte della dottrina, dell'AGCOM e del Consiglio di Stato, che auspicavano una revisione della disciplina stessa"<sup>41</sup>. Occorre chiarire, tuttavia, che la nuova disciplina in tema di *golden powers*, in linea con la normativa comunitaria, ha inteso, in definitiva, regolamentare e non impedire l'esercizio di poteri speciali da parte dello Stato nell'economia.

Alla luce di questo breve *excursus* sull'evoluzione del ruolo dello Stato nell'economia ed in particolare della *golden share*, sembra potersi affermare che il legislatore italiano nel recepire le indicazioni della Commissione europea e della Corte di giustizia, ed elaborato una disciplina nel pieno rispetto dei principi di carattere formale e procedurale, abbia contribuito all'auspicabile

---

<sup>40</sup> Sul punto più ampiamente cfr. A. SACCO GINEVRI – F. M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1, 2013, 114 secondo i quali "sia nei settori regolati dall'art. 1 del d.l. n.21/12, sia in quelli indicati nell'art.2, il *corpus* normativo può essere analizzato secondo la seguente tripartizione: (i) individuazione del perimetro applicativo in cui l'influenza pubblica è consentita; (ii) descrizione dei singoli poteri speciali spettanti allo Stato; e (iii) illustrazione della disciplina d'esercizio di ciascun potere speciale."

<sup>41</sup> Così G. SCARCHILLO, *Dalla Golden share al Golden power: la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato*, in *Contratto e impresa/ Europa*, 2, 2015, 656, al quale si fa rinvio per una chiara esposizione del meccanismo della c.d. *poison pill* o pillola avvelenata, conosciuta con tale nome nell'ambito dei mercati finanziari a causa dei c.d. "blocchi" che essa può comportare per un investitore che si appresti a tentare l'acquisizione di una società quotata e per le considerazioni in ordine al futuro e all'utilità della *golden power*.

armonizzazione della disciplina in oggetto in Europa, al fine di garantire gli interessi nazionali di ciascuno Stato nell'ambito di un'economia sempre più globalizzata. Si rende necessario focalizzare l'attenzione, a tutela della concorrenza fra gli Stati, sulla creazione di un chiaro quadro giuridico e di grandi progetti di sviluppo favorevoli per gli investitori nazionali e stranieri.

Vale la pena sottolineare che l'adozione del nuovo strumento di tutela, ben motivato, opponibile in sede giurisdizionale e limitato solo ai settori con interessi strategici di rilevanza nazionale, posto al fine di dare risposta alle censure mosse dalla Corte di Giustizia Europea e alla possibilità di difendersi da un uso politico degli investimenti esteri nel nostro Paese, non deve impedire però l'impegno e l'adozione di tutte le misure idonee ad attrarre investitori stranieri su progetti di lungo periodo.

La legislazione europea non pone il divieto all'esistenza delle imprese pubbliche ma esige solo che il mercato sia libero e che tutte le imprese a partecipazione pubblica non siano sottoposte ad alcun potere di tipo discrezionale. Lo stato può, dunque, esercitare i poteri speciali e limitare la libera circolazione dei capitali, solo se gli stessi tutelano interessi nazionali e risultano essere proporzionati e adeguati al reale e possibile pregiudizio e l'esercizio risulta ben motivato e limitato solo ai settori strategici di rilevanza nazionale<sup>42</sup>.

Recentemente il legislatore è intervenuto nuovamente, sulla questione dei poteri speciali e con l'art. 14 del d.l. 16 ottobre 2017 n. 148, recante "Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per le esigenze indifferibili", ha apportato importanti modifiche alla disciplina dei *golden powers* e del controllo degli investimenti extra UE, modificando gli articoli 1, 2 e 3 del decreto legge 15 marzo 2012, n.21 convertito con modificazioni nella legge 11 maggio 2012, n. 56.

La principale novità riguarda, con riferimento ai settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, nuove regole riguardanti i casi di acquisto di *asset* strategici da parte di un investitore estero, non appartenente all'Unione Europea, con l'obiettivo di verificare che tale acquisto non comporti una minaccia di grave pregiudizio per l'interesse nazionale, ovvero "un pericolo per la sicurezza o per l'ordine pubblico".

---

<sup>42</sup> Secondo parte della dottrina "sotto altro profilo, è opportuno ricordare che i Trattati europei consentono l'intervento dello Stato tramite strumenti di diretta proprietà. E' possibile, ad esempio, utilizzare la Cassa Depositi e Prestiti e i suoi Fondi per interventi nell'economia, anche attraverso la partecipazione al capitale d'impresa" così C. SAN MARCO, *I golden powers tra legislazione e applicazione concreta*, in *Astrid*, 15, 2017.

Il nuovo provvedimento legislativo riguarda, tra l'altro, l'individuazione, ai fini della verifica in ordine alla sussistenza di "un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico", dei settori ad "alta intensità tecnologica". Lo Stato potrà esercitare i poteri speciali oltre che nei settori della difesa, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni anche con riferimento ai nuovi settori, c.d. ad "alta intensità tecnologica" laddove sia presente una situazione di pericolo per la "sicurezza e l'ordine pubblico" e non più solo un grave pregiudizio per "l'interesse nazionale"<sup>43</sup>.

Il riferimento alle esigenze di sicurezza e di ordine pubblico se da un lato ha condotto ad un ampliamento e ad un potenziamento dei poteri speciali dello Stato, dall'altro ha concesso una maggiore discrezionalità al Governo che può così blindare una società nelle ipotesi di pericolo per l'interesse del paese e di intervenire nei casi di scalate pericolose da parte di soggetti esteri<sup>44</sup>.

L'obiettivo è includere nell'ambito della sfera applicativa del *golden power* settori nuovi che, costituendo elementi fondamentali di diverse infrastrutture e servizi strategici, hanno una rilevanza trasversale in tutta l'economia del Paese.

#### **4. Conclusioni.**

La presente e breve analisi sulle diverse vicende evolutive, che, negli ultimi anni, hanno contraddistinto, il ruolo dello Stato nell'economia, tematica dagli aspetti complessi e delicati, conduce all'esame della progressiva trasformazione dei poteri speciali dello Stato nei confronti delle c.d. imprese strategiche e quindi al passaggio da uno Stato imprenditore ad uno Stato moderno.

---

<sup>43</sup> L'art. 14 del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148 prevede tra i settori ad alta intensità tecnologica a) le infrastrutture critiche o sensibili, tra cui immagazzinamento e gestione dati, infrastrutture finanziarie; b) tecnologie critiche, compresa l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, le tecnologie con potenziali applicazioni a doppio uso, la sicurezza in rete, la tecnologia spaziale o nucleare; c) sicurezza dell'approvvigionamento di input critici; d) accesso a informazioni sensibili o capacità di controllare le informazioni sensibili.

<sup>44</sup> La definizione di tali *asset* in tali settori avrà luogo a seguito di un regolamento attuativo entro il 13 febbraio 2018 grazie al quale potranno essere individuati i nuovi settori "ad alta intensità tecnologica" tra i quali potrebbero rientrare anche la sicurezza in rete, la tecnologia nucleare e spaziale ecc. Sull'applicazione concreta dei *golden powers* si rinvia al D.P.C.M. del 16 ottobre 2017 con il quale "sono stati esercitati i poteri speciali (i.e., *golden powers*) mediante l'imposizione di specifiche prescrizioni e condizioni in relazione all'operazione di acquisto di partecipazioni da parte della società Vivendi SA in TIM S.p.a." così C. SAN MAURO, *I golden powers tra legislazione e applicazione concreta*, in *Astrid*, 15, 2017 al quale si rinvia per una più ampia trattazione del tema.

Nel corso degli anni, il ruolo dello Stato è cambiato da gestore delle più importanti società nazionali, in particolare di quelle che offrono pubblici servizi, a quello di regolatore avente lo scopo sia di garantire l'efficienza dei pubblici servizi e la tutela degli interessi nazionali, sia di stimolare la creazione di un libero mercato.

Un mutamento determinante si registra alla fine del XX secolo quando nella disciplina dell'economia agli Stati si sostituiscono le istituzioni sovranazionali e "l'ordinamento nazionale diviene parte di quello comunitario, al quale deve adeguarsi; il diritto comunitario finisce per stabilire le teste di capitolo del diritto pubblico dell'economia; l'assetto unitario dei poteri pubblici nazionali viene soppiantato dallo Stato multi organizzativo; i controlli diretti sono sostituiti dai controlli indiretti; il poter conformativo delle amministrazioni pubbliche, la gestione di imprese da parte di poteri pubblici diminuisce; si affacciano i poteri indipendenti sull'esempio dell'Inghilterra ottocentesca e degli Stati Uniti; il diritto pubblico fa largo ad un diritto misto, pubblico e privato insieme."<sup>45</sup>

Trascorso il primo decennio si registra una fase di rallentamento del processo di privatizzazione e di aumento del numero delle società a controllo regionale, provinciale e municipale finalizzate all'esercizio dell'attività di servizio e forniture agli enti controllanti<sup>46</sup>.

Negli ultimi anni, pur nella considerazione che lo Stato sia il principale regolatore del processo economico, si arriva, gradualmente, a ritenere il suo ruolo "inutile" e a considerare necessario il suo ritiro dalla economia.

Le funzioni dello Stato attualmente svolte si ricollegano ai processi di razionalizzazione degli apparati pubblici.

Recentemente si parla di esternalizzazione di attività svolte da apparati amministrativi allo scopo di rendere più efficiente e meno burocratica l'azione amministrativa. Lo Stato garantisce la fornitura di beni e servizi che altrimenti

---

<sup>45</sup> Così S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 2005, Roma-Bari, V ss., il quale continua affermando che "La tradizionale contrapposizione liberismo-interventismo (e peggio ancora, quella tra un secolo XIX prevalentemente liberista e un secolo XX interventista), già mostratasi errata alla verifica delle vicende amministrative, perde rilevanza nella nuova costituzione economica, in cui la sfera di azione dei poteri pubblici è più ampia, ma meno pesante il loro intervento".

<sup>46</sup> "L'unica vera cessione di aziende ha riguardato l'Ente tabacchi, venduto nel 2003 all'inglese Bat; nuovi ingenti collocamenti di azioni dell'ENI e dell'ENEL e la liquidazione delle quote residue nel capitale di Telecom Italia hanno soddisfatto le esigenze di cassa del tesoro, ma non hanno contribuito a migliorare la concorrenza né la qualità dei servizi per gli utenti." Così S. MICOSSI, *Le privatizzazioni in Italia: qualche utile lezione* in [www.italianieuropei.it](http://www.italianieuropei.it)

non sarebbero prodotti; garantisce un'equa divisione del reddito tra la collettività; tutela i mercati concorrenziali e prevede regole di condotta per i soggetti che operano in quelli non concorrenziali. In molti casi e per ovvi motivi di snellezza ed efficienza operativa diverse pubbliche amministrazioni invece che "organizzare", ritengono "affidare" a società strumentali alcune attività necessarie all'esercizio delle funzioni amministrative<sup>47</sup>.

Al di fuori di queste ipotesi lo Stato diventa imprenditore allorché esercita un'attività economica, esercita cioè una funzione pubblicistica attraverso la forma giuridica della società di diritto privato.

A seguito della normativa introdotta dal d.l. 21/2012 sembra raggiunto un equilibrio sistematico. Traspare l'intenzione del legislatore di perseguire gli interessi economici strategici, senza alcuna distinzione tra impresa pubblica e impresa privata, e di ritenere giustificato l'intervento dello Stato, laddove gli "interessi vitali" dello stesso siano oggettivamente e gravemente minacciati.

Si avverte il cambiamento evolutivo dei poteri speciali improntato "a un progressivo abbandono della funzione di congegno propedeutico alla privatizzazione sostanziale delle imprese un tempo pubbliche. Infatti si addivene oggi ad una loro configurazione in termini di strumenti di vigilanza esterna in grado di influenzare potenzialmente gli assetti proprietari e l'operatività di tutte le imprese operanti nei settori strategici ogni qual volta gli interessi pubblici essenziali siano messi seriamente a repentaglio."<sup>48</sup>

L'interesse dello Stato, a salvaguardia degli interessi dei settori strategici prevale su quello dei privati e si manifesta su un piano pubblicistico e non più su quello dei rapporti societari. Lo Stato supervisore, in luogo di quello imprenditore, nei settori economici strategici, appare in linea con i principi di diritto europeo e "non impedisce, tuttavia, al potere pubblico di riacquistare (in limitate circostanze, e comunque a presidio di interessi generali) un ruolo di protagonista nei mercati"<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Per esempio la Sogei che si occupa della riscossione delle imposte per conto del Ministero dell'Economia.

<sup>48</sup> Così A. SACCO GINEVRI, *I golden powers dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *www.federalismi.it*, 22, 2106.

<sup>49</sup> Cfr. A. SACCO GINEVRI, *I golden powers dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *www.federalismi.it*, 22, 2106, per il quale "in particolare, ciò risulta chiaro avendo riguardo ai rimedi adottati per contrastare la recente crisi finanziaria; rimedi che denotano, tuttavia, un'azione statale contingente che si è risolta in iniziative nelle quali è prevalsa l'istanza a superare, in via transitoria, le avversità del momento, piuttosto che nell'assunzione di modifiche strutturali propedeutiche all'avvio di adeguate forme di ripresa, come tali coerenti con un congruo recepimento delle indicazioni dell'Unione europea".

La crisi economico finanziaria degli ultimi anni riaccende i riflettori sui pubblici poteri avviando una nuova riflessione sul ruolo dello Stato nell'economia, soprattutto nell'ambito dei c.d. settori economici strategici a seguito dell'emanazione del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175<sup>50</sup>.

Nell'elaborazione delle motivazioni che sono alla base della crisi economica finanziaria che si trascina in Italia, ma anche nel resto dell'Europa, oramai da diversi anni, non si può non tener conto sia delle ristrettezze delle risorse pubbliche sia dei limiti posti dalla normativa europea in materia di concorrenza e di aiuti di Stato.

In questo contesto si delinea la tendenza da parte dello Stato ad assumere un ruolo "indiretto" nell'economia e complementare con i privati.

Tendenza che, favorita dall'Unione europea e dal diffuso peggioramento dei bilanci pubblici nazionali, risulta presente anche negli altri paesi dell'Unione stessa.

Queste dinamiche che portano ad indubbi vantaggi ma ad altrettanti rischi conducono altresì a sfide impegnative per l'amministrazione anche se "è indubbio peraltro che le sinergie pubblico-privato sopra descritte non vanno intese come interamente sostitutive dell'intervento pubblico diretto, giacché, oltre alla necessità di accompagnarvi un'ampia azione di riforme strutturali, il concorso dei privati potrebbe rivelarsi non sufficiente e l'intervento dello Stato, in alcuni casi, indispensabile per la stessa tenuta del sistema"<sup>51</sup>.

Gli interventi della Corte di Giustizia, sia riguardo all'ordinamento italiano quanto con riferimento agli ordinamenti degli altri Stati membri, sembrano focalizzare l'attenzione sugli aspetti formali invece che su quelli sostanziali, sugli effetti invece che sulle cause, evitando così di esaminare il grado di sviluppo delle privatizzazioni.

E' condivisibile l'opinione di chi ritiene che, in presenza di norme che si dimostrano inadeguate a garantire sia gli interessi dei singoli Stati sia quelli della Comunità europea, i tempi siano oramai maturi perché agli Stati vengano forniti i giusti strumenti a difesa delle privatizzazioni effettuate dagli attacchi dei monopolisti pubblici stranieri. Si avverte la necessità di arrivare quanto

---

<sup>50</sup> Su quali siano le nuove strategie che i pubblici poteri stanno seguendo, a quali veicoli, strumenti e tecniche ricorrono ed in particolare su quale ruolo si va configurando per lo Stato cfr. A.TONETTI, *Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico*, in *Giorn. Dir. amm.*, 5, 2016, 573.

<sup>51</sup> Così A.TONETTI, *Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico*, in *Giorn. Dir. amm.*, 5, 2016, 574.



prima ad una strategia comune per tutti gli Stati membri, ad un quadro comune a livello europeo, sia al fine di ridurre gli interventi dei singoli Stati sia di ridurre il contenzioso europeo in materia di esercizio dei poteri speciali nei diversi settori strategici<sup>52</sup>.

Sarebbe auspicabile, al fine di evitare un depauperamento del nostro patrimonio, una nuova normativa in tema di tutela delle aziende nazionali nelle ipotesi di acquisizioni da parte di soggetti extra-UE.

In presenza di regole del gioco europeo forse troppo rigide *“l’unico possibile atteggiamento costruttivo è quello consapevole della necessità di elaborazione di un sostrato culturale omogeneo e condiviso che supporti adeguatamente il rapporto ascendente tra ordinamento domestico e sistema europeo, orientando il primo verso sviluppi compatibili sia nella qualità che nella tempistica con le esigenze del secondo, e contribuendo a modellare il secondo anche in funzione di insopprimibili connotati essenziali del primo, e con ciò prevenendo intrinsecamente almeno le più importanti manifestazioni di distonia”*<sup>53</sup>.

L’esame della recente normativa, la sua applicazione ai casi concreti e la comparazione soprattutto con l’esperienza francese, inducono a pensare, con riferimento alla complessità dell’intero fenomeno e alla elevata asimmetria tra le diverse discipline europee, che nonostante la validità degli strumenti predisposti dal nostro Paese, sia ancora lontano un sufficiente livello di protezione.

Gli interventi della Corte di Giustizia, sia riguardo all’ordinamento italiano quanto con riferimento agli ordinamenti degli altri Stati membri, sembrano focalizzare l’attenzione sugli aspetti formali invece che su quelli sostanziali, sugli effetti invece che sulle cause, evitando così di esaminare il grado di sviluppo delle privatizzazioni.

È condivisibile l’opinione di chi ritiene che, in presenza di norme che si dimostrano inadeguate a garantire sia gli interessi dei singoli Stati sia quelli

---

<sup>52</sup> E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04 – Commissione /Regno dei Paesi Bassi, in *Gior. Dir. Amm.*, 2, 2007, 150. “Poiché le decisioni ultime, tuttavia, resterebbero in capo ai singoli Esecutivi, senza la creazione di una “golden share europea”, sarebbe rispettata la volontà della Commissione di non assumere un ruolo interventista nel settore degli investimenti stranieri” così G. D’ALPA, *La golden share e i golden powers nel diritto europeo*, in [www.sicurezza nazionale.gov.it](http://www.sicurezza nazionale.gov.it)

<sup>53</sup> Così L. SCIPIONE, *L’arma della “ ” tra giurisprudenza comunitaria ed evoluzione normativa interna*, in [www.innovazione diritto.it](http://www.innovazione diritto.it)

della Comunità europea, i tempi siano oramai maturi perché agli Stati vengano forniti i giusti strumenti a difesa delle privatizzazioni effettuate dagli attacchi dei monopolisti pubblici stranieri. Si avverte la necessità di arrivare quanto prima ad una strategia comune per tutti gli Stati membri, ad un quadro comune a livello europeo, sia al fine di ridurre gli interventi dei singoli Stati sia di ridurre il contenzioso europeo in materia di esercizio dei poteri speciali nei diversi settori strategici<sup>54</sup>.

In presenza di regole del gioco europeo forse troppo rigide "l'unico possibile atteggiamento costruttivo è quello consapevole della necessità di elaborazione di un sostrato culturale omogeneo e condiviso che supporti adeguatamente il rapporto ascendente tra ordinamento domestico e sistema europeo, orientando il primo verso sviluppi compatibili sia nella qualità che nella tempistica con le esigenze del secondo, e contribuendo a modellare il secondo anche in funzione di insopprimibili connotati essenziali del primo, e con ciò prevenendo intrinsecamente almeno le più importanti manifestazioni di distonia"<sup>55</sup>.

L'esame della recente normativa, la sua applicazione ai casi concreti e la comparazione soprattutto con l'esperienza francese, inducono a pensare, con riferimento alla complessità dell'intero fenomeno e alla elevata asimmetria tra le diverse discipline europee, che nonostante la validità degli strumenti predisposti dal nostro Paese, sia ancora lontano un sufficiente livello di protezione.

L'auspicio è che lo Stato italiano, alla luce delle regole della democrazia e della trasparenza, possa essere in grado di gestire il potere di intervento per le questioni di rilevanza strategica al fine di favorire il rilancio del nostro paese.

---

<sup>54</sup> E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04 – Commissione / Regno dei Paesi Bassi, in *Gior. Dir. Amm.*, 2, 2007, 150. "Poiché le decisioni ultime, tuttavia, resterebbero in capo ai singoli Esecutivi, senza la creazione di una "golden share europea", sarebbe rispettata la volontà della Commissione di non assumere un ruolo interventista nel settore degli investimenti stranieri" così G. D'ALPA, *La golden share e i golden powers nel diritto europeo*, in [www.sicurezza nazionale.gov.it](http://www.sicurezza nazionale.gov.it)

<sup>55</sup> Così L. SCIPIONE, *L'arma della "golden share" tra giurisprudenza comunitaria ed evoluzione normativa interna*, in [www.innovazione diritto.it](http://www.innovazione diritto.it)