

LUISS 

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Amministrativo

Il controllo sugli investimenti esteri diretti in materia di tecnologie 5G

Relatore

Chiar.mo Prof. Bernardo Giorgio Mattarella

Candidato

Giorgio Ferrigno
Matr. 156023

Correlatore

Chiar.mo Giuliano Fonderico

Anno accademico 2022/2023

Il controllo sugli investimenti esteri diretti in materia di tecnologie 5G

Indice

| | |
|---|----|
| 1. Sviluppo storico e normativo degli investimenti esteri diretti | |
| 1.1. La presenza dello Stato nell'economia: una storia europea e italiana | 4 |
| 1.1.1. I possibili ruoli dello Stato nell'economia | 5 |
| 1.1.2. Il caso italiano | 12 |
| 1.1.3. Il diritto sovranazionale: l'impulso dell'Unione europea, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sulle <i>golden shares</i> , il diritto internazionale degli investimenti | 18 |
| 1.1.4. Lo Stato nell'ultimo decennio: il <i>golden power</i> , la pandemia, il conflitto in Ucraina. I più recenti dibattiti dottrinali | 28 |
| 1.2. Gli investimenti esteri diretti: opportunità e rischi. L'ampliamento del periodo 2019-2022 | 35 |
| 1.3. La normativa UE ed italiana | 39 |
| 1.3.1. Il decreto-legge 21/2012. I presupposti per l'esercizio in concreto dei poteri speciali | 39 |
| 1.3.2. Il Regolamento (UE) 2019/452 | 45 |
| 1.3.3. Le fonti secondarie | 48 |
| 1.4. Il procedimento amministrativo per l'esercizio dei poteri speciali | 54 |
| 1.5. I meccanismi di cooperazione in relazione agli investimenti esteri diretti | 60 |
| 1.6. Il procedimento alla prova del diritto amministrativo. Ostacoli fisiologici del <i>golden power</i> alla trasparenza amministrativa | 64 |
| 2. Tecnologia 5G e golden power | |
| 2.1. La rete mobile di quinta generazione | 71 |
| 2.2. La cd. "Corsa al 5G" e le posizioni strategiche nella comunità internazionale | 74 |
| 2.2.1. La Cina e il contesto asiatico | 75 |
| 2.2.2. Gli Stati Uniti: il mercato, l'esclusione dei fornitori cinesi, la promozione di politiche di cybersecurity comuni | 77 |
| 2.2.3. L'Unione europea: il mercato e l'azione strategica comune | 82 |
| 2.2.4. Possibili soluzioni a tutela della sicurezza nazionale occidentale | 84 |

| | |
|---|-----|
| 2.3. La realizzazione dell'infrastruttura 5G in Italia. Il Polo Strategico Nazionale ("PSN") | 87 |
| 2.4. L'architettura italiana di cybersicurezza | 93 |
| 2.4.1. La Presidenza del Consiglio e l'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale ("ACN") | 93 |
| 2.4.2. Il CSIRT Italia | 95 |
| 2.4.3. Il perimetro nazionale di sicurezza cibernetica e il CVCN | 96 |
| 2.5. Il primo articolo 1-bis. L'esercizio dei poteri speciali nel triennio 2019-2022 | 98 |
| 2.6. La riforma del decreto-legge 21/2022. Ulteriori attività di rilevanza strategica | 101 |
| 3. Analisi comparata delle normative FDI in merito alle tecnologie 5G | |
| 3.1. Politiche legislative FDI | 108 |
| 3.2. Stati Uniti: il CFIUS, il FIRRMMA 2018 e il CHIPS and Science Act 2022 | 113 |
| 3.3. Regno Unito: il National Security and Investment Act 2021 | 128 |
| 3.4. Francia: la legge PACTE (L. 2019-486) e il décret no. 2019-1590 | 144 |
| 3.5. Cina: la Foreign Investment Law | 155 |
| 3.6. Conclusione: la normativa italiana alla prova dell'analisi comparata. Dal controllo sugli investimenti al controllo sulle catene di approvvigionamento | 163 |
| Bibliografia | 173 |

I

LO SVILUPPO STORICO E NORMATIVO DEGLI INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI

SOMMARIO: **1.1** La presenza dello Stato nell'economia: una storia europea e italiana | 1.1.1. I possibili ruoli dello Stato nell'economia. | 1.1.2. Il caso italiano | 1.1.3. Il diritto sovranazionale: l'impulso dell'Unione europea, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sulle *golden shares*, il diritto internazionale degli investimenti | 1.1.4. Lo Stato nell'ultimo decennio: il *golden power*, la pandemia, il conflitto in Ucraina. I più recenti dibattiti dottrinali - **1.2.** Gli investimenti esteri diretti: opportunità e rischi. L'ampliamento del periodo 2019-2022 - **1.3.** La normativa UE ed italiana | 1.3.1. Il decreto-legge 21/2012. I presupposti per l'esercizio in concreto dei poteri speciali | 1.3.2. Il Regolamento (UE) 2019/452 | 1.3.3. Le fonti secondarie - **1.4.** Il procedimento amministrativo per l'esercizio dei poteri speciali - **1.5.** I meccanismi di cooperazione in relazione agli investimenti esteri diretti - **1.6.** Il procedimento alla prova del diritto amministrativo. Ostacoli fisiologici del *golden power* alla trasparenza amministrativa

1.1. LA PRESENZA DELLO STATO NELL'ECONOMIA: UNA STORIA EUROPEA E ITALIANA

Gli investimenti esteri diretti (cd. IED) sono comunemente definiti come “l'investimento effettuato da una certa impresa con l'obiettivo di stabilire un interesse duraturo (*“lasting interest”*) in altra impresa stabilita in uno Stato estero (“impresa estera”), intendendosi per “interesse duraturo” la creazione di una relazione a lungo termine e l'acquisizione di un significativo livello di influenza sulla gestione dell'impresa estera da parte dell'investitore.”¹

La normativa italiana in materia ha il suo antefatto in una svolta pressoché storica dell'Europa occidentale da Stato imprenditore a Stato regolatore. Inoltre, l'Italia presenta aspetti peculiari in questa transizione dovuta alle diverse intensità di dirigismo che si susseguono senza mai svanire del tutto nella cultura istituzionale ed economica del nostro Paese. Occorre quindi mettere in luce questo passaggio di politica economica e di diritto pubblico dell'economia che ha alterato il ruolo consolidato di Governi ed enti pubblici.

Le posizioni dell'Unione europea nei confronti dei processi di privatizzazione degli anni 90-2000 verranno affrontate nel paragrafo 1.1.3 ai fini di maggiore chiarezza sui principi europei che fungono da “spartiacque” tra la prima fase di ruolo attivo dello Stato e la successiva fase di Stato quale arbitro imparziale del mercato libero.

L'ultimo decennio di storia è stato proficuo di normative determinanti e di eventi storici. Il Governo Monti (2011-2013) ha introdotto il primo *corpus* sull'intervento statale nei settori strategici: il decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21 (d.L. 21/12) e le conseguenti fonti di secondo livello. Tuttavia, le dinamiche internazionali e le esigenze di sicurezza nazionale hanno comportato importanti

¹ P. Tullio, “Poteri speciali ed investimenti esteri diretti nell'Unione europea” in A. Del Vecchio, P. Severino, *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, Cacucci Editore, 2016, p. 667

ampliamenti della materia attorno all’emanazione del Reg. (UE) 2019/452. Gli ultimi tre anni di storia, segnati dalla pandemia di COVID-19 e dal conflitto in Ucraina, hanno aumentato l’attenzione degli Stati verso gli *asset* e i settori strategici che permettono una compiuta sovranità nazionale e gradualmente anche europea.

Infine, è necessario dare uno sguardo al contemporaneo dibattito dottrinale: dopo un importante consolidamento accademico del modello di mercato libero anche in Europa, assistiamo oggi a rivisitazioni dello Stato in nuove vesti di innovatore, assicuratore, investitore.

1.1.1. I possibili ruoli dello Stato nell’economia

Recuperare un esempio di Stato privo di qualsiasi ruolo attivo nell’economia risulterebbe un esercizio mentale arduo e che ci porterebbe indietro di millenni probabilmente lasciandoci comunque senza alcun caso pratico. Thomas J. Biersteker prova a darne un esempio evidenziando che anche gli Stati Uniti del XVIII secolo, sostenitori del lassismo consapevole, riconoscevano comunque come elemento fondamentale la tutela della proprietà privata²: inevitabilmente immischiandosi nelle attività private e regolandone le modalità di acquisto e di alienazione.³ Forse un esempio che rientri maggiormente nei canoni di interventismo statale riconosciuto da giuristi ed economisti europei è la *lex Clodia frumentaria* dell’antica Roma con il quale si distribuiva grano ai cittadini bisognosi.

Lo Stato è infatti un elemento essenziale nello schema macroeconomico di qualsiasi società, tuttavia, è probabilmente il soggetto meno prevedibile e con un vasto paniere di possibili azioni ed omissioni che innescano le più diverse conseguenze sull’insieme. Questo andrà a variare in base a una serie di fattori: l’approccio politico, le dinamiche internazionali, la classe sociale rappresentata dall’esecutivo in carica, e così via. Alla luce dei molteplici interessi coperti da uno Stato, non esiste una definizione univoca di interventismo pubblico e questo si manifesta con diverse sfumature nelle diverse nazioni. Nel nostro caso è possibile riscontrare una cultura economico-politica pressoché omogenea in Europa occidentale dalla fine dell’Ottocento in poi e maggiori tratti in comune con i modelli francese e spagnolo.

L’accademia italiana di stampo economico e giuridico ha spesso coniato termini in funzione del soggetto⁴: Stato liberale, guardiano, imprenditore, azionista, regolatore. Tuttavia, l’approccio, sebbene preciso nella descrizione dei vari modelli, asseconda come potenzialmente lo Stato assume sempre un’attitudine all’intervento e non esistono delle fasi nette bensì ricalibramenti eterodiretti del

² Costituzione degli Stati Uniti d’America, 5° emendamento

³ T. J. Biersteker, ‘Reducing the Role of the State in the Economy: A Conceptual Exploration of IMF and World Bank Prescriptions’, *International Studies Quarterly*, Dec. 1990, Vol. 34, No. 4 (Dec. 1990), pp. 477- 492

⁴ Sul punto si vedano S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Editori Laterza, 2021, pp. 16 ss.; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, IV ed., 2019, pp 349-356

suo ruolo. Inoltre, a cavallo tra i due secoli, lo Stato occidentale modula il proprio approccio in base alle nuove caratteristiche dei settori economici: presta maggiore attenzione su nuovi fronti, ne abbandona altri⁵.

Un altro punto di vista è lo studio delle diverse modalità con le quali uno Stato può intervenire nell'economia e riconoscere come nella realtà esistano diverse combinazioni di queste. Biersteker individua sei modalità di intervento nel suo paper *'Reducing the Role of the State in the Economy: A Conceptual Exploration of IMF and World Bank Prescriptions'* in cui dimostra come le organizzazioni finanziarie internazionali avessero, a partire dagli anni 1980, determinato il tramonto dell'interventismo statale e preso una posizione netta sul modello del mercato libero.

Secondo il politologo statunitense, uno Stato può *tentare di* influenzare, regolare, mediare, distribuire, produrre o pianificare. Infatti, partendo da una lettura realista dei modelli macroeconomici, uno Stato può tentare (*attempt*) una certa politica, tuttavia, le conseguenze possono risultare controverse, difficilmente analizzabili *ex post* o non soddisfare gli scopi per il quale era stata ideata. Le sei forme di intervento dello Stato si combinano in uno spettro che l'autore descrive attraverso i suoi estremi: il regime minimalista e il capitalismo di Stato.⁶

Il regime minimalista – rinvenibile negli Stati Uniti, nel Regno Unito e parzialmente in Corea del Sud – presenta limitati strumenti fiscali e monetari, politiche regolatorie e distributive alquanto modeste ed evita il più possibile alcun ruolo di mediazione e di produzione. D'altra parte, il capitalismo di Stato è caratterizzato da una rilevante presenza del capitale pubblico nelle attività economiche, produce una fitta regolamentazione, presta strutture di mediazione tra classi sociali e infine si appoggia su meccanismi formali di programmazione.

In questo ideale segmento, le economie europee si posizionano circa a metà strada: in passato con l'immistione degli Stati nei settori strategici e nelle dinamiche dei mercati rilevanti e oggi con le diverse politiche e normative di monitoraggio degli IED. L'Europa occidentale viene segnata dall'economia di guerra del primo Novecento che lascia in eredità la dottrina dei cd. "campioni nazionali".⁷ Lo Stato ha come priorità l'autonomia produttiva nella metallurgia, nella produzione e distribuzione di energia e la supervisione delle infrastrutture nazionali. Con l'occasione, pensa anche a mantenere un certo livello occupazionale e garantire la serenità sociale. Queste esigenze vengono risolte a metà Novecento con il presidio dei settori strategici attraverso grandi imprese nell'energia,

⁵ Per dare un esempio per ciascun comportamento: la gestione dei dati personali; i servizi di reclutamento e inserimento lavorativo.

⁶ Ovviamente l'autore concentra la propria analisi su regimi capitalisti o comunque basati su un'ampia libertà di iniziativa economica, ignorando quindi i regimi comunisti del Novecento.

⁷ A. Saravalle, C. Stagnaro, *Contro il sovranismo economico. Storia e guasti di statalismo, nazionalismo, dirigismo, protezionismo, unilateralismo, antiglobalismo (e qualche rimedio)*, Rizzoli, 2020, pp. 89-107

nelle telecomunicazioni, nell'*automotive*, nella siderurgia. Il settore automobilistico rappresenta l'eccezione nel sistema italiano: il campione nazionale fu un soggetto privato (FIAT), importante partner dello Stato.⁸

Questa dottrina collideva tuttavia con i primi sviluppi delle Comunità europee concentratisi sul libero scambio interno agli Stati membri e di conseguenza privo di ostacoli nazionalisti. Tuttavia, siccome la dottrina dei campioni nazionali risultava particolarmente diffusa, la collaborazione pubblica alla crescita di una singola impresa per settore veniva quasi forzatamente giustificata ai fini di una successiva concorrenza al livello europeo. Un'altra lettura di questa contraddizione era la dottrina dei cd. campioni europei⁹: vi sono stati infatti tentativi di *joint ventures* tra campioni nazionali con l'aspettativa di creare soggetti imprenditoriali capaci di competere sul mercato globale. Ad esempio, il consorzio Unidata del 1972 e il progetto ESA Ariane del 1973.

Tuttavia, il sistema dei campioni nazionali presenta due enormi difetti che porteranno ad un drastico e rapido crollo dell'architettura tra gli anni 1980-90: le inefficienze di mercato e l'incapacità di investire efficientemente in ricerca e innovazione (cd. R&D).

I mercati rilevanti erano appannaggio del campione: anche dove non fosse previsto il monopolio legale, era comunque impossibile per un soggetto terzo superare le barriere all'ingresso e presentarsi come concorrente del campione sovvenzionato e incosciente dei propri bilanci. Di conseguenza, mercati che non avrebbero generato monopoli naturali soffrivano delle stesse inefficienze: nella qualità dei prodotti e dei servizi, nella competitività dei salari, nell'efficienza del personale.

In merito alla R&D, le allocazioni di risorse, spesso previste al livello ministeriale¹⁰ e non societario, erano dettate da esigenze non prettamente economiche, alle volte volutamente *antieconomiche* e incuranti delle tendenze del mercato e delle novità tecnologiche.

A lungo andare le inefficienze accumulate si hanno comportato l'inefficienza per i bilanci pubblici della dottrina dei campioni nazionali e la progressiva transizione alla privatizzazione e al libero mercato, condotta tra gli anni 1980 e 2000.

Il primo Paese a conseguire privatizzazioni fu il Regno Unito dal quale provengono anche le principali soluzioni operative, in gran parte riprese dagli altri Stati nei decenni successivi. La cd. "rivoluzione thatcheriana" degli anni 1980 ha previsto la dismissione di circa il 70% del settore

⁸ La dottrina dei campioni nazionali vale anche per soggetti privati per il quale lo Stato difendeva la quota privilegiata presente nel mercato nazionale. Utile rilevare i dati relativi alla quota di mercato di FIAT che nel 1967 ammontava al 73% per poi crollare drasticamente al 25% con l'apertura dell'Italia al mercato europeo. Sul punto v. A. Saravalle, C. Stagnaro, op. cit. nota 7, p. 91

⁹ C. Georgiou, 'British Capitalism and European Unification, from Ottawa to the Brexit Referendum', *Historical Materialism*, 2017, Vol. 25, No. 1, pp. 90-129

¹⁰ Sul punto si consiglia la lettura del saggio autobiografico di F. Bernabè in cui sono evidenti le dinamiche ENI-Governo-Ministero delle partecipazioni pubbliche a ridosso delle chiusure di esercizio della società. F. Bernabè, *A conti fatti. Quarant'anni di capitalismo italiano.*, Feltrinelli, 2020

pubblico, lasciando allo Stato solo carbone, ferrovie, poste ed energia nucleare. Le prime privatizzazioni, precedenti alle elezioni generali del 1983, riguardarono solo imprese pubbliche di piccole e medie dimensioni operanti in mercati già concorrenziali.¹¹ Sarà poi con il secondo esecutivo che il Primo Ministro procederà alle più importanti privatizzazioni con emissioni di azioni mai viste prima in Gran Bretagna.¹²

La transizione britannica rappresenta un antefatto storico universale per la disciplina del golden power perché, essendo il primo Paese ad affrontare la fase di passaggio verso il mercato libero, è il Regno Unito a dettare i principali strumenti giuridici che permettano allo Stato di mantenere comunque una posizione rilevante all'interno dei settori strategici. Al di là dei diversi incentivi previsti ai fini del successo delle dismissioni - ad esempio la clausola *claw-back*, l'*employment shared ownership*, le azioni bonus, i *bill vouchers* - l'invenzione più significativa delle privatizzazioni britanniche fu la *golden share*.

La *golden share* è un'azione, solitamente dal valore nominale di £1, che prevedeva diversi poteri speciali a favore dello Stato al fine di un perdurante controllo sulle decisioni fondamentali dell'impresa privatizzata. La principale differenza con le successive *golden shares* francesi ed italiane risiede nella natura dello strumento giuridico. Infatti, il Regno Unito non promulga alcuna legislazione in merito bensì si tratta di privilegi concessi dagli statuti delle società privatizzate all'azione detenuta dallo Stato la quale ottiene appunto uno status *dorato*. Inoltre, queste erano state previste come strumento di accompagnamento delle imprese verso il mercato libero e pertanto con una limitata durata nel tempo di circa 5-10 anni.¹³

Attorno alle *golden shares* si svilupparono due schemi di corporate governance: la *built-in majority* e il modello delle *relevant persons*. Nella prima, si assicurava sempre una maggioranza di voti riservata allo Stato; nella seconda, vi era un meccanismo di notifica per le partecipazioni private eccedenti il 5% e il 15% e un meccanismo che poteva culminare con la cessione coattiva nel caso di superamento della seconda soglia.

I principali poteri previsti erano la nomina di amministratori, il potere di veto su modifiche statutarie, il potere di richiedere la cittadinanza britannica degli amministratori, l'obbligo di notifica

¹¹ In particolare, *Cable & Wireless* nel 1981 e *Amersham International* nel 1982.

¹² «[...] l'enorme entità delle emissioni di azioni crea serie tensioni sulla borsa valori. Persino la Borsa di Londra, che è più grande di tante altre, è stata sommersa da così tante operazioni che si era anche pensato di chiuderla per un breve periodo di tempo, proprio per permetterle di mettersi alla pari con le operazioni ancora da trattare.» D. J. Harris, "Il programma di privatizzazione realizzato nel Regno Unito", *Economia e politica industriale*, 1987, Vol. 55, p.109

¹³ Casi peculiari sono stati la privatizzazione di Rolls Royce, Jaguar, British Telecom e British Aerospace in cui la durata prevista negli statuti era pressoché illimitata. In Jaguar e in British Telecom, le *golden shares* sono state poi volontariamente soppresse nel 1995 e nel 1997. Ad oggi la presenza di *golden shares* in Regno Unito è particolarmente limitata. Cfr. G. Scarchillo, *Privatizzazioni e settori strategici. L'equilibrio tra interessi statali e investimenti stranieri nel diritto comparato.*, Giappichelli, 2018, p. 21

del raggiungimento di partecipazioni rilevanti da parte di soggetti privati, l'imposizione di limiti alle partecipazioni private.

Per ritornare al modello di interventismo statale sviluppato da Biersteker, nelle *golden shares* britanniche sono rinvenibili gli interventi di programmazione, mediazione e influenza.

Il più evidente è la programmazione in senso lato: lo Stato, grazie a questa speciale partecipazione azionaria, è in grado di determinare le decisioni strategiche delle società privatizzate, come avrebbe fatto anche in precedenza sebbene con un'intensità più moderata e limitata alle scelte di maggiore interesse.

In secondo luogo, le *golden shares* sono state anche utilizzate per fini ulteriori e come uno strumento per rimanere rilevante nelle decisioni dei nuovi proprietari privati. Il ruolo di mediatore è stato *tentato* nell'ambito della scalata di Britoil da parte British Petroleum in cui il Governo negoziò una sua rinuncia all'esercizio del potere di veto con la garanzia da parte di British Petroleum di astenersi da licenziamenti e da cessioni di rami d'azienda.¹⁴ Il ruolo di influenzatore dello Stato inglese è stato invece teorizzato dagli economisti che hanno appoggiato lo strumento societario in virtù di una garantita stabilità delle imprese la quale ha assicurato una maggiore vendibilità delle azioni.¹⁵

L'esperienza britannica è tuttavia simbolica degli ordinamenti di *common law*: l'operato dello Stato è avvenuto con una serie di atti ripetuti nel tempo per situazioni simili senza alcun intervento legislativo che andasse a definire regole e principi di azione. D'altra parte, la stessa transizione in Francia è stata affrontata con modalità diverse: complice la centralità dell'atto normativo negli ordinamenti di *civil law*, la "tradizione colbertiana di interventismo statale"¹⁶ e l'alternarsi di colori politici opposti – alle volte anche in regime di coabitazione. L'esperienza francese è perimetrata da leggi e decreti legislativi che introdussero nuovi strumenti finanziari e nuovi strumenti di intervento dello Stato nelle società privatizzate, fino a giungere ad un embrionale *golden power*.

Gli storici individuano tre fasi di nazionalizzazioni in Francia tra il 1936 e il 1982. In questa metà di secolo, sono diversi gli scopi perseguiti dai Governi: il risanamento del settore secondario, il

¹⁴ Il risultato fu poi disatteso come descritto in C. Graham, T. Prosser, "Golden share: industrial policy by stealth?", *Public Law*, 1988, pp. 413 ss.

¹⁵ «sembra possibile che in alcuni casi, le special shares abbiano rassicurato gli acquirenti circa l'indipendenza della società e, così, indirettamente, hanno costituito un'ulteriore attrattiva verso le azioni della società da privatizzare» E. Del Casale, "Uno strumento diretto di controllo governativo sulle privatizzazioni: le golden shares", *Politica del Diritto*, 1988, No. 1, pp. 149 ss.; «se è vero che la golden share può frenare la rivalutazione di un titolo perché la società è a prova di scalata, è anche vero che grandi gruppi non scalabili hanno continuato a valutarsi grazie a nuovi prodotti, generosi dividendi e riuscite strategie internazionali. In mancanza di golden share, British Telecom avrebbe rischiato di essere spazzata via sul nascere dagli americani, senza riuscire in parallelo a espandersi in Europa a causa della chiusura dei vari mercati nazionali» M. Niada, "A Londra l'azione d'oro ha funzionato", *Sole24Ore*, 5 febbraio 1997, 3

¹⁶ G. Scarchillo, op. cit. nota 13, p. 30

rafforzamento dei campioni nazionali, una reazione alla scarsità dell'azionariato privato¹⁷, il mantenimento dei livelli occupazionali. Con approccio paternalistico, lo Stato è in questo mercato visto come un soggetto responsabile che assicuri con rigore l'efficienza delle imprese attraverso una classe dirigente che si affermerà poi nel tempo tanto da sopravvivere alle successive privatizzazioni. Le nazionalizzazioni francesi si intromettono pesantemente anche nel gioco della concorrenza: quelle condotte nel 1982 dal Governo Mauroy con L. 82-115 si concentrano principalmente su gruppi di imprese in settori strategici di tipo concorrenziale. Sul punto furono diverse le critiche contemporanee.¹⁸

Tuttavia, anche la Francia nel lungo periodo cade nelle inefficienze affrontate prima, in particolare per le forti e continue esigenze di iniezioni di capitale. Avvia pertanto una prima fase di sviluppo degli investimenti con il proposito di creare una larga base di azionariato privato diffuso. Con L. 83-1, il legislatore introduce nuovi strumenti finanziari di natura ibrida: i *titres participatifs* (assimilabili alle odierne obbligazioni indicizzate ai bilanci di esercizio) e i *certificats d'investissement* (assimilabili alle italiane azioni di risparmio). Il mercato accolse positivamente entrambi gli strumenti finanziari raccogliendo circa 50 miliardi di franchi nel periodo 1983-1986.¹⁹

Nello stesso periodo si procederà anche a privatizzazioni "occulte": definite tali in quanto aggiravano l'obbligo di autorizzazione parlamentare previsto dall'art. 34 della Costituzione francese. Il Governo eluse tale obbligo privatizzando le filiali e non le imprese *per se*. Sarà poi con il successivo Governo Chirac (1986-1988) che verranno sanate le privatizzazioni già avvenute e si procederà regolarmente ad ulteriori nei settori creditizio e assicurativo, nei mezzi di comunicazione e nella televisione. Lo strumento di azione è la L. 86-793 che nel suo allegato identificava 65 imprese da privatizzare entro marzo 1991. Le modalità tecniche e finanziarie per la dismissione erano invece contenute nella L.86-912.

¹⁷ «[...] mentre gli azionisti privati avevano fornito solo 1,5 milioni di franchi di fondi propri tra il 1975 e il 1982, lo Stato aveva versato 35 miliardi di franchi di capitale all'insieme delle imprese di sua proprietà, dei quali 30 miliardi circa sono andati alle sole imprese nazionalizzate nel 1982. La scarsità dell'azionariato privato ha quindi offerto la principale giustificazione per la nazionalizzazione». Cartelier, 'Finta privatizzazione in Francia', *Politica ed Economia*, 1986, n. 12, pp. 11 ss.

¹⁸ «[...] l'averne, nei fatti, abbandonato la tradizionale concezione che legava la nazionalizzazione all'assunzione di un servizio pubblico nazionale o ad un'attività gestita in regime di monopolio ha richiamato sullo Stato le pesanti critiche di quanti lo hanno accusato di volere distorcere il libero gioco della concorrenza con i continui rifinanziamenti dei fondi propri delle imprese nazionalizzate. Delle due cose l'una: o le imprese nazionalizzate esercitano un monopolio, un servizio pubblico per natura, nel qual caso il problema è diverso, oppure esse intervengono in settori di attività in concorrenza con imprese private ed allora non possono essere favorite.» Rapp, 'Le secteur publique français entre nationalisations et privatisations.', *L'Actualité juridique – droit administratif (AJDA)*, 1987, n. 5, pp. 303 ss.

¹⁹ G. Scarchillo, op. cit. nota 13, p. 33

È con questa seconda legge che nasce la *Commission des privatisations*:²⁰ un'Autorità amministrativa indipendente composta da sette membri di nomina governativa. L'Autorità è una novità nei processi di privatizzazione, del tutto assente in Regno Unito. L'istituzione della Commissione fu proprio atta ad evitare critiche dell'opposizione e dell'opinione pubblica in merito alla scelta del prezzo di vendita per il quale il Governo Thatcher fu spesso criticato. Tuttavia, lo scopo fu spesso temperato dalle frequenti astensioni della Commissione o dalla determinazione di prezzi base di vendita piuttosto bassi e concilianti con i *desideranda* del Ministero dell'Economia.

Anche i successivi governi di Sinistra e di Centro procederanno con programmi di privatizzazione rispettivamente con d. lgs. 91-332 e con L. 93-923. Il secondo atto normativo riformò considerevolmente la L. 86-912 introducendo e rafforzando gli strumenti di controllo dello Stato sulle imprese privatizzate.

Il controllo statale persiste attraverso le *actions spécifiques* e la dottrina dei *noyaux durs*.

L'*action spécifique* ricalca la *golden share* britannica in quanto comporta poteri di gradimento, di nomina e di veto riservati allo Stato per il tramite di una singola azione. Vi è tuttavia una rilevante differenza nella fonte della natura speciale e derogatoria dello strumento finanziario: il testo originale dell'art. 10 L. 86-912 prevedeva l'*arrêté* del Ministero dell'Economia che vagliava la necessità di un *action spécifique* alla luce dell'esigenza di protezione degli interessi nazionali. L'art. 10 c. 3 in seguito – e pleonasticamente²¹ – aggiungeva che gli statuti delle società interessate si sarebbero dovuti conformare alla trasformazione dell'azione prevista dal provvedimento ministeriale.

La dottrina dei *noyaux durs* prevedeva la selezione dei principali investitori privati che avrebbero in qualche modo assicurato una continuità nelle scelte strategiche in sintonia con lo Stato. A differenza delle *actions spécifiques*, i cd. 'noccioli duri' si formavano nella prassi, per tramite di condizioni apposte alla cessione delle quote. Il primo caso fu la privatizzazione di Paribas nel 1987. Questo *modus operandi* del Governo fu criticato su più fronti. In primo luogo, la scelta degli acquirenti era lasciata alla discrezionalità del Ministero dell'Economia. In secondo luogo, la stabilità del gruppo di acquirenti non assicurava necessariamente la stabilità ed univocità delle loro posizioni: paradossalmente, il *noyau* era previsto in funzione anti-scalata ma nulla escludeva che le società componenti il nocciolo potessero subire un cambio di controllo e che di conseguenza il potere di decisione del blocco si diluisse. Infine, le condizioni alle cessioni generalmente duravano solo 5 anni, limitando l'effettivo raggiungimento dello scopo anti-scalata delle imprese strategiche francesi. Sarà in seguito alla crisi del mercato mobiliare del 1987, che inizierà il processo di cd. *dénoyautage* con

²⁰ L. 86-912, art. 3

²¹ Il riferimento risulta pleonastico in quanto, nello stesso comma, il periodo precedente prevedeva un'efficacia della trasformazione "*de plein droit*" e pertanto una mancata conformazione dello statuto della società non avrebbe impedito il godimento dei diritti speciali introdotti dal provvedimento ministeriale.

la L. 89-465, eliminando il principio di inalienabilità temporanea delle quote trasferite al nocciolo e istituendo funzioni di controlli in capo al Consiglio di Stato e all'Assemblea Nazionale sulle decisioni del Ministero dell'Economia. Sarà poi con L. 93-923 che i *noyaux durs* assumeranno lo status formale di *groupes d'actionnaires stables* (cd. GAS). Il legislatore del 1993 ha reso più trasparente il processo di selezione degli investitori privati e assicurato la pubblicità del procedimento.²²

La disciplina delle privatizzazioni francesi presenta un occhio di riguardo per le partecipazioni straniere che invece non risalta con modalità così preminenti nell'analogo processo inglese. Nonostante le esitazioni della Presidenza all'emanazione dell'*ordonnance* del 1986 per via degli interessi nazionali, la L. 86-912 e successive modifiche mantengono nell'ambito del controllo pubblico l'ipotesi di acquisizione di partecipazioni rilevanti private e/o straniere. Inoltre, costruisce un sistema sanzionatorio simile a quello tuttora vigente.

L'art. 9 L. 86-912 prevede che il Ministero dell'Economia può con decisione limitare la partecipazione del singolo azionista al 5%, mentre il successivo art. 10 c. 1 limita al 20% l'ammontare massimo di partecipazione detenuta da capitale straniero. Il c. 6 prevede infine che il limite previsto all'art. 9 sia comunque superabile con gradimento del Ministero.

Le condotte sanzionate sono le prese di partecipazione superiori alla soglia e prive di gradimento e le acquisizioni da parte di soggetti stranieri senza autorizzazione.²³ Gli oggetti di sanzione sono gli stessi che oggi rinveniamo nella normativa *golden power* italiana: i diritti di voto e le azioni eccedenti. Per i primi, la legge francese prevedeva la totale esclusione; per le seconde l'obbligo di cessione delle eccedenze entro tre mesi e diversamente la vendita forzata per decreto.²⁴

1.1.2. Il caso italiano

Regno Unito e Francia sono due utili esempi in quanto rappresentano i due principali approcci nel contesto occidentale e di conseguenza sono rappresentative di due visioni di Stato di diritto: uno strumentale al capitale privato, l'altro protagonista delle dinamiche macro-economiche.

In questa gamma, l'Italia è senza dubbio più vicina alla tradizione legislativa francese, innanzitutto per la produzione legislativa come base per l'attuazione di qualsiasi processo di privatizzazione. Nel caso italiano, si è reso quasi un passaggio obbligato nelle circostanze in cui l'ente da privatizzare non fosse una società bensì un ente pubblico economico costituito con legge.

²² Il principio di pubblicità è in realtà garantito dal decreto di applicazione n. 93-1041, art. 1.

²³ Questa sistematica delle condotte è stata introdotta dall'art. 7 L. 93-923 il quale ha emendato l'art. 10 par. III L. 86-912.

²⁴ I dettagli sulle modalità tecniche di irrogazione della sanzione sono previsti dal decreto n. 86-1141.

Sul ruolo dello Stato italiano esistono diverse tesi storico-giuridiche atte ad inquadrare le tendenze e le diverse fasi di uno Stato-organo che ha vissuto molteplici vicende politiche e presenta un'accentuata predisposizione alla conservazione. La trattazione contemporanea più celebre tra i giuristi è sicuramente “La nuova Costituzione economica” del Professor Sabino Cassese²⁵ che riconosce dal 1861 ad oggi cinque fasi: (i) lo Stato liberista; (ii) la prima industrializzazione; (iii) lo Stato imprenditore e pianificatore; (iv) lo Stato del benessere; (v) la nuova costituzione economica.

Sul punto è importante evidenziare come anche nella prima fase liberista, in cui fu egemone la dottrina dell'autosufficienza dell'attività economica²⁶, i Governi italiani attuavano spesso politiche protezionistiche²⁷ e già prima dell'Unità veniva istituita la Cassa Piemontese (L. 1097/1850), oggi Cassa Depositi e Prestiti.

Tuttavia, sarà con gli anni Venti del XX secolo che si inaugurerà la tradizione dirigista delle istituzioni italiane. Sempre con un primario scopo protezionistico, nascono i sistemi di autorizzazione degli impianti industriali (L. 141/1933): in tal modo, lo Stato protegge gli oligopoli e monopoli dalla concorrenza in quelle attività economiche fino a quel momento libere.

L'infiltrazione statale si desume da tre ulteriori aspetti: le riserve originarie, le pianificazioni e gli enti pubblici di privilegio.

Con le riserve originarie, lo Stato esclude l'attività di impresa privata e gestisce in via diretta o indiretta per tramite di concessioni. Interventi di questo tipo sono avvenuti per la telefonia e il trasporto marittimo (1922), il trasporto aereo (1923), miniere e radiodiffusione (1927), acque (1933).²⁸ La dottrina della riserva originaria, che per gli economisti è qualificabile come un monopolio legale, verrà poi trasposta nell'art 43 della Costituzione: a testimonianza della tendenza alla conservazione e di una reticenza verso le dinamiche di mercato aperto: comune sia al ventennio fascista che al quarantennio democristiano.

Con le pianificazioni, il legislatore entra nei rapporti tra privati, li disciplina nel dettaglio e di conseguenza restringe gli spazi dell'autonomia privata. Esempi del periodo sono la legge sulla pianificazione urbanistica, l'ordinamento sezionale del credito e la legge sulla tutela delle cose d'interesse artistico o storico.²⁹

I cd. “enti pubblici di privilegio”³⁰ sono infine enti pubblici impegnati in attività economiche al quale il legislatore italiano del secolo scorso ha concesso regimi derogatori e sul quale sono state

²⁵ S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Editori Laterza, 2021, Sesta ed.

²⁶ S. Cassese, op. cit. nota 25, p. 20

²⁷ Un utile esempio sono le tariffe doganali del 1878 e del 1887 come menzionate da S. Cassese, op. cit. nota 25, p. 18

²⁸ S. Cassese, op. cit. nota 25, p. 24

²⁹ Rispettivamente: legge 17 agosto 1942, n. 1150 (tuttora in vigore); R. D. L. 12 marzo 1936, n. 375; legge 1 giugno 1939, n. 1089.

³⁰ S. Cassese, op. cit. nota 25, p. 25

innestate ulteriori missioni, in particolare l'attività regolatoria nel settore economico di appartenenza. Situazioni simili erano ravvisabili anche in Francia dove si arrivò alla decisione della Commissione europea in merito alle competenze del Ministero delle Poste.³¹

Un ultimo passaggio necessario del ventennio fascista è l'istituzione dell'Istituto per la Ricostruzione Industriale (cd. IRI), il quale nasce come strumento statale provvisorio con R.D.L. 5/1933 per divenire definitivo con R.D.L. 905/1937, inaugurando il sistema delle partecipazioni statali in Italia. Fino al 1933, le banche italiane avevano natura mista³² e la crisi del 1929 comportò una situazione di grave difficoltà per gli istituti di credito che si ritrovavano a dover rispondere alla domanda di capitale delle medio-grandi imprese del Paese sia in qualità di creditori che di azionisti. L'IRI entrò in questo contesto di criticità acquisendo le partecipazioni delle banche nelle imprese e in questo modo diventando la più grande *holding* italiana con partecipazioni rilevanti in tutti i settori economici, in particolare in quelli di interesse nazionale.

A differenza di altre eredità del periodo intra-bellico, come ad esempio il CNEL, l'IRI, non solo è stata conservata, ma potenziata nella prima fase repubblicana e inserita nel sistema di partecipazioni statali che vedeva un'influenza pubblica - e politica - in qualsiasi settore economico del Paese.

Il secondo dopoguerra (1950-1970) è inquadrato dal professor Cassese come la fase del cd. Stato del benessere: i Governi si fanno carico di tutelare il benessere del cittadino e l'avanzamento della collettività, guardando con disapprovazione al mercato aperto.³³ L'economia italiana resta di fatto ostacolata dagli interessi dei partiti di Governo almeno fino alla fine della cd. Prima Repubblica e cambierà rotta a cavallo del nuovo millennio su impulso dei Trattati istitutivi dell'Unione europea degli anni Novanta e Duemila, dell'azione della Commissione europea e della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Negli Anni Ottanta il settore pubblico raggiunge quote di mercato notevolmente più alte rispetto agli altri Paesi del G7: il 33% italiano³⁴ contro il 20% francese.³⁵ Il Ministero delle Partecipazioni statali, istituito con legge 22 dicembre 1956, n. 1589, fungeva da fulcro di un sistema tripartito tra: Ministero, *holdings* delle partecipazioni e società partecipate. A questo si aggiungevano i comitati interministeriali CIPE e CIPI per gli atti di indirizzo. Nel mosaico di soggetti, di fatto, andrebbe inserito anche il Consiglio dei Ministri che era sintesi di diverse correnti politiche e di conseguenza il luogo adibito al raggiungimento dei compromessi tra gruppi di influenza sui temi principali.

³¹ Decisione 2002/344/CE del 23 ottobre 2001

³² Problema simile aveva colpito il sistema bancario statunitense il quale poi ridusse il livello di speculazione finanziaria con il *Glass-Steagall Act* del 1933, sancendo la separazione tra banche commerciali e banche di investimento.

³³ Sull'ambiguità dei Padri costituenti nei confronti del mercato libero, cfr. M. Olivetti, *Diritti fondamentali*, Giappichelli, 2018, p. 398, §637; G. Amato, "Il mercato nella Costituzione", *Quaderni costituzionali*, 1992, 1, pp. 7-19; G. Dossetti, *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, 1951.

³⁴ S. Cassese, op. cit. nota 25, p. 322

³⁵ G. Scarchillo, op. cit. nota 13, p. 31

Il sistema delle partecipazioni pubbliche viene dismesso con notevole ritardo rispetto a Regno Unito e Francia. Di conseguenza, gran parte degli strumenti legislativi italiani sono ispirati agli omologhi inglesi e francesi. Si rinvengono infatti le *golden shares*, ma anche le *actions spécifiques* e infine i *noyaux durs*. In un momento di revisione della disciplina, il legislatore italiano si avvicinerà anche al modello belga di privatizzazione che aveva ricevuto il *placet* della Corte di Giustizia.³⁶

La privatizzazione in Italia ha necessitato di una prima fase di transito, che il professor Clarich definisce “privatizzazione a freddo”³⁷, in quanto coesistevano nel nostro ordinamento più tipologie di enti, non tutte inquadrabili nel modello delle società per azioni: l’impresa-organo e l’impresa-ente pubblico, come definiti dal professor Cassese.³⁸ Pertanto, in una prima fase, il legislatore ha dovuto riportare gli enti pubblici economici nell’ambito delle società di diritto comune e l’intervento definitivo fu il d.L. 5 dicembre 1991, 386.³⁹

La trasformazione in S.p.A. non fu tuttavia completa: diversamente da quanto enunciato all’art. 1 c.5,⁴⁰ le società trasformande presentavano diverse deroghe al regime ordinario. In particolare, l’ottavo comma della stessa disposizione prevedeva che il diritto di voto fosse subordinato ad una procedura di approvazione presso il Ministero del bilancio e della programmazione economica; un opaco settimo comma invece faceva salvi dalle abrogazioni gli “indirizzi di carattere generale” senza esplicitare nulla al riguardo.⁴¹ La disciplina prevista tanto si allontana dallo scopo iniziale che le critiche contemporanee riconoscono che «Se la disciplina fosse rimasta in questi termini, sarebbero mancati i presupposti essenziali per attribuire alle società derivate dagli enti pubblici economici un grado di autonomia sufficiente a farle riconoscere come vere e proprie società per azioni, rette dalla normativa generale del tipo societario».⁴²

Nello stesso anno, infatti, sopraggiunge il decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 con il quale il Governo chiarisce diversi punti del precedente decreto⁴³ e avvia la seconda fase, anche detta

³⁶ Causa C-503/99, 04-06-2002, Commissione c. Belgio

³⁷ Cfr. M. Clarich, op. cit. nota 4, p. 40

³⁸ Cfr. S. Cassese, op. cit. nota 25, pp. 317-318

³⁹ L’iter legislativo fu particolarmente ostico: inizialmente fu intrapresa la strada del disegno di legge, poi lo stesso testo fu riproposto nel d.L. 3 ottobre 1991, n. 309, successivamente decaduto. La disciplina fu reiterata con d.L. 386/1991, poi convertito in legge 29 gennaio 1992, n. 35.

⁴⁰ Art. 1, comma 5, d.L. 386/91: “Le società di cui al comma 1 sono sottoposte alla normativa generale vigente per le società per azioni; è fatta salva la disposizione di cui all’articolo 14 della legge 12 agosto 1977, n. 675, in materia di revisione dei bilanci d’esercizio.”

⁴¹ Come anche criticato in P. Schlesinger, “La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici”, *Le Società*, 1992, p. 129 ss. «[...] non si saprebbe dire se sia più difficile capire a quali (e dettati da chi) indirizzi intenda riferirsi il legislatore, ovvero quale rilevanza effettivamente vincolante possano avere, in ordine a concreti atti di gestione di società private, semplici indirizzi di carattere generale, dettati da autorità governative.»

⁴² Jaeger, “Privatizzazioni, profili generali”, *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1993, 3.

⁴³ Risulta problematica l’abrogazione attuata dall’art. 20 del decreto per il quale “Sono abrogate tutte le disposizioni di legge contrarie od incompatibili con quanto stabilito nel presente capo.” Scarchillo ritiene che in tal modo anche le norme derogatorie previste dal d.L. 386/91 sono state così abrogate in quanto incompatibili con la nuova normativa. Cfr. Scarchillo, op. cit. nota 13, p. 117

“privatizzazione a caldo”. In particolare, il d.L. 333/92 rende obbligatoria⁴⁴ la privatizzazione delle *holdings* (IRI, ENI, INA ed ENEL) dove invece l’art. 1 del d.L. 386/91 prevedeva solo una facoltà. I quattro enti, quando privatizzati, hanno assunto statuti pressappoco identici i quali predispongono inusuali poteri in capo al socio unico, il Ministero del Tesoro. Infatti, quest’ultimo aveva competenze in materia di operazioni straordinarie.⁴⁵

Per l’attuazione della seconda fase sono risultati necessari ulteriori atti: l’art. 16 d.L. 333/92⁴⁶ predisponne un programma di riordino redatto dal Ministero del Tesoro e presentato dalla Presidenza del Consiglio alle Commissioni parlamentari competenti. Al primo programma, generale e contenente solo linee guida, seguirono ulteriori programmi più specifici.⁴⁷ Si ricordano anche la delibera CIPE del 30 dicembre 1992⁴⁸ e il Comitato permanente di consulenza globale e di garanzia. La delibera CIPE ha previsto le modalità di dismissione - offerta pubblica di vendita, asta pubblica con preselezione e trattativa privata - e sancito un principio, tuttavia rimasto su carta, «di diffusione del capitale azionario [la quale] dovrà essere in particolare favorita nel settore delle imprese erogatrici di servizi di pubblica utilità». In secondo luogo, il Comitato permanente è frutto di una direttiva del Presidente del Consiglio del 30 giugno 1993 sulla falsa riga della *Commission des privatisations* francese: ad ogni modo «il ruolo da esso svolto è stato decisamente limitato».⁴⁹

Un ulteriore intervento normativo dello stesso periodo è il decreto-legge 27 settembre 1993, n. 389⁵⁰ che introduce una normativa specifica per la privatizzazione dei pubblici servizi (cd. *public utilities*) e per la prima volta si parla espressamente di poteri speciali. L’art. 2 del decreto-legge tuttavia non presta una definizione di pubblici servizi⁵¹ bensì lascia un elenco aperto di settori economici facilmente ampliabili con decreto del Presidente del Consiglio.

I poteri speciali andavano inseriti negli statuti delle società individuate con dPCM, attribuiti al Ministero del Tesoro (formalmente l’ente pubblico detentore delle partecipazioni statali) ed esercitati d’intesa con il Ministero del bilancio e dell’industria. L’art. 2 lett. a-d definisce tre macrogruppi di poteri speciali: (i) potere di gradimento sulle partecipazioni rilevanti ovvero su sindacati di voto o blocco; (ii) potere di veto all’adozione di delibere di scioglimento e altre operazioni straordinarie;

⁴⁴ Art. 15 d.L. 333/92. «L’Istituto nazionale per la ricostruzione industriale - IRI, l’Ente nazionale idrocarburi - ENI, l’Istituto nazionale assicurazioni - INA e l’Ente nazionale energia elettrica - ENEL sono trasformati in società per azioni con effetto dalla data di entrata in vigore del presente decreto.»

⁴⁵ I poteri del Ministero erano previsti all’art. 16 di ciascuno statuto. Cfr. Scarchillo, op. cit. nota 13, p. 117

⁴⁶ L’originario art. 16 trattava tutt’altra materia (disposizioni operative riguardanti la privatizzazione del settore bancario) ed è stato così sostituito in sede di conversione dall’art. 1, legge 8 agosto 1992, n. 359.

⁴⁷ Cfr. Scarchillo, op. cit. nota 13, p. 118

⁴⁸ La delibera è consultabile in G.U., 4 febbraio 1993, n. 28.

⁴⁹ Cfr. Scarchillo, op. cit. nota 13, p. 120

⁵⁰ Si noti che anche in questo caso l’iter legislativo fu travagliato con tre decreti decaduti e reiterati nel quarto, poi convertito con L. 30 luglio 1994, n. 474.

⁵¹ Art. 2 d.L. 389/93: “[...] settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e degli altri pubblici servizi”.

(iii) potere di nomina di un amministratore o amministratori non superiore ad un quarto dei membri e un sindaco.

L'art. 2 d.L. 389/93 prevedeva un primo procedimento amministrativo nell'ambito dell'esercizio dei poteri speciali nelle società privatizzate ma era ancora precoce nel nostro ordinamento la sensibilità sui principi formali che devono accompagnare un procedimento. Con lettera di costituzione in mora del 3 febbraio 1998, la Commissione delle Comunità europee evidenziò questo deficit della normativa italiana, in contrasto con il punto 9 della Comunicazione della Commissione del 19 luglio 1997, la quale prevedeva le quattro condizioni di validità dei poteri speciali: “provvedimenti non discriminatori sono ammessi se si fondano su una serie di criteri obiettivi, stabili e resi pubblici e possono essere giustificati da motivi imperiosi di interesse generale. Va comunque rispettato il principio di proporzionalità.” I parametri per valutare l'infrazione del legislatore italiano si ripeteranno negli anni e nella casistica della Corte: l'art. 52 Trattato CEE (oggi art. 49 TFUE) sulla libertà di stabilimento e l'art. 73-b TCE (oggi art. 63 TFUE) sulla libertà di circolazione di capitali e pagamenti. Il legislatore italiano adempì - sebbene con un ritardo di due mesi che le causò il pagamento delle spese giudiziali⁵² - con l'art. 66 comma 3 della legge finanziaria per il 2000 (legge 23 dicembre 1999, n. 488). Con questa disposizione, il legislatore limitò l'ambito di azione dei decreti ministeriali seguendo i precetti richiesti dalla Commissione.⁵³

Nello stesso periodo e per lo stesso punto della Comunicazione del 1997, la Commissione avvia una procedura per infrazione anche nei confronti del Regno del Belgio che culminerà nella sentenza C-503/99.⁵⁴ Per la prima volta la Corte di Giustizia approva il modello di *golden share* previsto dal Belgio⁵⁵ e il suo modello sarà infatti oggetto di ispirazione per la riforma italiana delle *golden shares*, contenuta nell'art. 4 commi 227-231 della legge finanziaria per il 2004 (L. 24 dicembre 2003, n. 350). Con la novella, il legislatore italiano convertì il potere di gradimento in un diritto di opposizione, da esercitarsi in termini ristretti e secondo parametri di esercizio. Ulteriori modifiche significative sono state la ricorribilità giurisdizionale del provvedimento ministeriale e il comma 227 prevede tra i poteri speciali l'inserimento di amministratori senza diritto di voto.

La Commissione successivamente non riterrà sufficiente il contributo riformatore del 2003 e si giungerà a sentenza C-326/07 in materia dei poteri di veto del Governo italiano sulle acquisizioni e

⁵² Si veda §21 della sentenza C-58/99, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica d'Italia*, [2000]

⁵³ Art. 66 comma 3, L. 488/99: “I poteri speciali [...] possono essere introdotti esclusivamente per 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 per quanto riguarda i limiti temporali; detti poteri sono posti nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, e tra questi in primo luogo del principio di non discriminazione, e in coerenza con gli obiettivi, in materia di privatizzazioni e di tutela della concorrenza e del mercato.”

⁵⁴ C-503/99, *Commissione delle Comunità Europee c. Regno del Belgio*, [2002]

⁵⁵ v. infra §1.1.3.

patti parasociali che superassero il 5%. Infine per evitare un ennesimo deferimento alla Corte di Giustizia, il Governo italiano, alla luce del procedimento per infrazione 2009/2255, emanò il decreto-legge 15 marzo 2012, n.21.⁵⁶

1.1.3. Il diritto sovranazionale: l'impulso dell'Unione europea, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle *golden shares*, il diritto internazionale degli investimenti

a) L'impulso dell'Unione europea

Finora la trattazione ha quasi ignorato un'entità che nell'ultimo secolo si è gradualmente consolidata ed è diventata un nuovo protagonista della legislazione per l'Italia e per la maggior parte del continente. L'impulso dell'Unione europea è innanzitutto culturale: l'Italia, come altri Stati europei, mancava di una cultura di mercato e anzi si aggrappava all'idea del controllo pubblico delle attività economiche strategiche come unico modo per far crescere il sistema Paese e distribuire benessere. La creazione di un mercato unico europeo ha reso necessario l'abbattimento di queste convinzioni e le Comunità europee hanno svolto il compito di traghettare gli Stati membri verso un'economia libera, di mercato e concorrenziale. La graduale apertura dei mercati nazionali ha ampliato le opportunità delle imprese, abbattuto alcuni costi strutturali di espansione e aumentato la generale qualità dei prodotti. Interagire con più attori nello stesso mercato ha portato però notevoli conseguenze nell'ambito delle politiche legislative e di conseguenza la necessità di normative antitrust, regolamentazioni di settore e così via. L'Unione europea contribuisce a trovare soluzioni condivise attraverso una legislazione comune e tramite la giurisdizione della Corte di Giustizia dell'Unione europea (cd. "CGUE").

Nell'ambito delle privatizzazioni e degli IED, i punti principali che testimoniano l'impulso UE sono sicuramente: (i) la libertà di circolazione dei capitali; (ii) l'unificazione dei mercati di capitale; (iii) la normativa antitrust e il divieto di aiuti di Stato; (iv) il principio di proporzionalità; (v) il principio di neutralità del regime di proprietà.

“L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su [...] un'economia sociale *di mercato fortemente competitiva*”. Le intenzioni codificate all'art. 3 c.3 TUE sono in particolare attuate per tramite delle quattro libertà fondamentali di circolazione: delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali. L'ultima è oggi prevista dall'art. 63 TFUE che addirittura prevede, non solo il divieto di restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, bensì addirittura tra Stati membri e paesi terzi: con le dovute eccezioni previste dagli artt. 64-66 TFUE. Nel contesto della libertà di circolazione dei capitali, gli investimenti diretti sono tra le ipotesi di eccezione al

⁵⁶ Successivamente convertito con modifiche dalla legge 11 maggio 2012, n. 56.

divieto di restrizioni. Infatti, con procedura legislativa ordinaria è possibile adottare le misure concernenti i movimenti di capitali provenienti da paesi terzi o ad essi diretti in relazione ad investimenti diretti. Da notarsi la differenza con il più ampio regime di esenzione dell'art. 52 TFUE, in materia di diritto di stabilimento, il quale lascia impregiudicate le disposizioni che prevedono “un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica”.

Permettere una libera circolazione di capitali ha reso necessario avvicinare i corrispondenti mercati. Ad oggi il mercato dei capitali è probabilmente tra i mercati più integrati nello Spazio economico europeo. L'armonizzazione è stata raggiunta con la dir. 2001/34/EC in materia di ammissione alle quotazioni; la direttiva 2004/25/CE in materia di opa; le due direttive MiFID (dir. 2004/39/EC e dir. 2014/65/EU) in materia di strumenti finanziari; la MAR (Reg. (UE) 596/2014) in materia di abuso di mercato; il Regolamento Prospetto (Reg (UE) 2017/1129). L'aumento delle transazioni *cross-border* e la significativa vicinanza delle normative di riferimento hanno reso possibile una razionalizzazione del mercato europeo che oggi consta di molti meno soggetti per quanto riguarda la categoria dei mercati regolamentati: principalmente, Euronext N.V. e Deutsche Börse.

Un altro settore che senza gli impulsi europei non si sarebbe originato in Italia è la normativa antitrust. Per un lungo periodo l'unica normativa a tutela della concorrenza sono stati appunto i Trattati istitutivi delle Comunità europee (oggi gli artt. 101 e 102 TFUE). In via complementare è anche utile rammentare l'art. 107 TFUE che vieta “gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.” La norma prosegue con un lungo elenco di cause di esenzioni. L'art. 108 prevede infine lo scrutinio della Commissione europea sui singoli aiuti e sui regimi nazionali in materia. Dopo una prima fase di rigorismo nell'applicazione del diritto della concorrenza, a causa della crisi innescata dalla pandemia e delle proteste sollevate da Stati membri e soggetti privati⁵⁷, oggi anche l'Unione europea sta rivalutando le forme pubbliche di sostegno alle imprese: in particolare con la Comunicazione della Commissione del 20 maggio 2020 e del 29 aprile 2021. Con la prima, la Commissione ha introdotto un quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato, prorogato poi per sei volte fino al 30 giugno 2022⁵⁸. La seconda invece ha introdotto un sistema di

⁵⁷ Cfr. *Competing at Scale: EU Competition Policy fit for the Global Scale*, European Round Table for Industry, 7 ottobre 2019

⁵⁸ L'ultima proroga prevista con Comunicazione 24 novembre 2021, 2021/C 473/01. Consultabile su [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021XC1124\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021XC1124(01)&from=EN)

esenzione per gli aiuti di Stato con finalità regionali fino al 2027 nell'ambito dell'attuazione del cd. PNRR.⁵⁹

Infine, un merito generale delle istituzioni europee è quello di aver armonizzato alcuni principi del diritto che prima sussistevano nella maggior parte delle culture giuridiche europee sebbene con diverse sfumature. Il caso più celebre è il principio di proporzionalità, la cui paternità si concede alla Corte costituzionale tedesca. La proporzionalità è entrata dapprima nel diritto UE come principio generale del diritto comune agli ordinamenti degli Stati membri ed implica che “gli interventi della pubblica autorità limitativi della libertà o dei diritti dei singoli, per essere legittimi, (a) devono essere idonei a raggiungere l’obiettivo di interesse pubblico perseguito e (b) devono essere necessari a questo stesso fine, evitando di imporre ai privati sacrifici superflui.”⁶⁰ Secondo la Corte, l’accertamento consta di tre parametri: l’idoneità della misura rispetto allo scopo perseguito, la sua necessità e la proporzionalità cd. “in senso stretto”, intendendo che il sacrificio imposto al privato non deve comunque essere eccessivo.⁶¹ L’ingerenza statale nelle privatizzate è stato un tema su cui la CGUE ha potuto precisare i criteri di verifica della proporzionalità. In occasione di una condanna dell’Italia, la sentenza C-326/07, i giudici di Lussemburgo hanno chiarito come la proporzionalità dei provvedimenti debba anche essere verificabile *ex post* dal giudice altrimenti risulterebbero “sproporzionati già in sé”.⁶² Pertanto i presupposti per l’esercizio del potere pubblico devono essere sufficientemente predeterminati ed oggettivi.

Un secondo principio utile a leggere la questione delle privatizzazioni è la neutralità dell’Unione europea nei confronti del regime di proprietà negli Stati membri, oggi codificato all’art. 345 TFUE. Il principio è un compromesso tra le culture economiche degli Stati membri e consapevole della lunga tradizione europea di presenza dello Stato nelle principali imprese.

⁵⁹ La Commissione europea ha approvato il piano italiano di aiuti di Stato con finalità regionali in data 2 dicembre 2021. Consultabile su https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_21_6467

⁶⁰ L. Daniele, *Diritto dell’Unione europea*, Giuffrè Editore, Sesta ed., 2018, p. 191

⁶¹ Cfr. sul punto Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 1998, pp. 93 ss.

⁶² F. Bianconi, “I golden powers nella legislazione d’emergenza: riflessioni a margine dell’estensione dei poteri speciali governativi”, *Contratto e impresa*, 2021, 1, p. 208

b) *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle golden shares*

Tutti questi principi e norme sono state coinvolte nelle diverse sentenze della CGUE in merito alle *golden shares*: contro il Portogallo (C-367/98, C-171/08), contro la Francia (C-483/99), contro il Belgio (C-503/99), contro l'Italia (C-58/99, C-174/04, cause riunite C-463/04 e C-464/04, C-326/07), contro la Spagna (C-463/00, C-274/06, C-207/07), contro il Regno Unito (C-98/01) e contro la Germania (C-112/05).

Nell'ambito delle prime sentenze sono emerse tre interpretazioni della stessa fattispecie. La già citata comunicazione della Commissione del 19 luglio 1997 basava la validità delle *golden shares* sul diritto di stabilimento che, come ricordato *supra*, prevede maggiori eccezioni che lo Stato membro può opporre al soggetto privato comunitario che intende stabilirsi. Inoltre, l'unico obbligo dello Stato membro è garantire le stesse condizioni previste per un proprio cittadino. Di conseguenza le accuse della Commissione in sede giurisdizionale si basavano sempre sul diritto di stabilimento *ex art. 49* TFUE. Le difese degli Stati membri sono di facile intuizione: i poteri speciali si applicano tanto ai cittadini nazionali quanto comunitari; pertanto, non sussiste la disparità di trattamento che il diritto di stabilimento intende eliminare. L'accusa della Commissione sulla base dell'art. 49 TFUE è stata rigettata dalla Corte di Giustizia né fu condivisa dall'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer.

L'interpretazione inizialmente consolidatasi presso i giudici di Lussemburgo si basava sulla libertà di circolazione dei capitali. Il fondamento giuridico della Corte non permetteva di eccepire l'eccezione che i poteri speciali si applicassero parimenti a investitori cittadini e non. Infatti "è probabile che una valutazione delle *action spécifiques* e delle *golden shares* sotto l'angolo della libertà di stabilimento avrebbe portato a legittimarle, consistendo questa libertà essenzialmente nel divieto delle misure suscettibili di porre i cittadini degli altri Stati membri in una situazione di diritto o di fatto sfavorevole rispetto a quello dei cittadini dello Stato dello stabilimento".⁶³

Per giustificare gli argomenti della Commissione, la Corte liquidava il concorso tra libertà di circolazione e diritto di stabilimento con un veloce accenno: "A tal proposito occorre rilevare che, in quanto la disciplina controversa comporti restrizioni alla libertà di stabilimento, tali restrizioni costituiscono la conseguenza diretta degli ostacoli alla libera circolazione dei capitali precedentemente esaminati, da cui esse sono inscindibili".⁶⁴

Una terza lettura, *contra* le argomentazioni della Commissione, era offerta dall'Avvocato Generale Colomer, intervenuto in tutti i casi giudicati nel biennio 2002-03. L'Avvocato Generale

⁶³ T. Ballarino, L. Bellodi, "La *Golden Share* nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria", *Rivista delle società*, 2004, 1, p. 28

⁶⁴ C-367/98, *Commissione delle Comunità Europee c. Portogallo*, [2002], §56. Allo stesso modo la formula viene ripetuta nelle altre sentenze dello stesso periodo (2002/03).

basava la propria interpretazione sulla neutralità delle Comunità europee dinanzi ai regimi di proprietà *ex art. 295 TCE* (oggi art. 345 TFUE). Il ragionamento dell'Avv. Colomer partiva da un presupposto oggi discutibile: le prerogative speciali che lo Stato si riservava rientrano nell'ambito del regime di proprietà e pertanto beneficiano di una sorta di "immunità comunitaria"⁶⁵. "L'espressione 'regime di proprietà' di cui all'art. 295 CE non rinvia all'ordinamento civilistico dei rapporti patrimoniali [...] bensì all'insieme ideale di norme di ogni genere, tanto di origine giuridico-privatistica, quanto afferenti al diritto pubblico, atte ad attribuire la titolarità, in senso economico, di un'impresa".⁶⁶ L'esposizione proseguiva spiegando in conclusione il meccanismo di presunzione di compatibilità della clausola di neutralità. Secondo l'Avvocato (§67), erano "ammissibili soltanto quei provvedimenti che lo Stato avrebbe potuto adottare se avesse mantenuto il regime della proprietà pubblica", quindi le prerogative speciali. La Corte ha sempre rigettato questa interpretazione alternativa.

La situazione di concorrenza tra libera circolazione di capitali e diritto di stabilimento viene poi approfondita in una condanna contro l'Italia: la C-326/07 in merito al dPCM 10 giugno 2004 recante definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali. In questa sentenza la Corte ha smesso di ritenere i due diritti inscindibili e ha applicato il criterio cd. "Baars": le misure restrittive del diritto di stabilimento sono "le disposizioni nazionali che si applicano alla detenzione da parte di un cittadino di uno Stato membro [...] di una partecipazione tale da conferirgli una *sicura influenza sulle decisioni*"⁶⁷. Al §35 invece definisce le misure restrittive alla libera circolazione dei capitali "gli investimenti diretti [...] aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l'impresa cui tali fondi sono destinati".

Anche in questo caso, si insinua il principio di proporzionalità: la misura restrittiva censurata, il potere di opposizione all'acquisizione del 5% dei diritti di voto, riguarda il diritto di stabilimento - e quindi maggior spazio di azione degli Stati membri - quando una partecipazione di tale entità sia capace di influenzare effettivamente sulle decisioni della società. Pertanto, solo nel caso di società con azionariato particolarmente diffuso.

È utile soffermarsi anche sull'analisi delle esigenze di pubblica sicurezza, come affrontate dalla Corte in due casi: la C- 483/99 contro la Francia e la C-503/99 contro il Belgio. Entrambi gli Stati membri avevano previsto delle *golden shares* nelle rispettive privatizzate operanti nel settore energetico. La Francia giustificò i poteri speciali su Elf-Aquitaine come una garanzia di approvvigionamento dei prodotti petroliferi in caso di crisi. "Un'interruzione delle forniture [...] potrebbe pertanto compromettere gravemente la pubblica sicurezza, a maggior ragione in quanto la

⁶⁵ Termine coniato in T. Ballarino, L. Bellodi, op. cit. nota 63, p. 22

⁶⁶ Sent. cit. nota 64, §54

⁶⁷ C-326/07, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, [2009], §34

Francia, in questo settore, dipende ampiamente dalle importazioni”.⁶⁸ Nel giudicare l’interesse alla pubblica sicurezza dello Stato membro, la Corte ha scelto una lettura restrittiva: “La pubblica sicurezza può essere invocata solamente in caso di minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività” (§48). Il decreto 93-1298 prevedeva il potere di gradimento del Ministro dell’Economia per ogni superamento di partecipazioni rilevanti. E’ condivisibile l’argomento della Corte in quanto non sarà una partecipazione del 10% detenuta da un privato a mettere in pericolo le forniture di petrolio in Francia.

Il caso belga, unico *placet* della Corte di Giustizia nei confronti di poteri speciali, parte dallo stesso fondamento: il legittimo interesse pubblico ad assicurare approvvigionamenti di energia in caso di crisi. Tuttavia, le prerogative riservate dal Belgio nella SNTC riguardavano condizioni effettive che potessero minacciare una fornitura minima costante di prodotti petroliferi: le cessioni di grandi infrastrutture di trasporto interno di prodotti energetici e decisioni del CdA che possano contrastare con gli orientamenti della politica energetica nazionale.

Di recente, la Corte di Giustizia è tornata sul punto e per la prima volta il Reg. (UE) 2019/452 è stato oggetto di discussione. La controversia, arrivata in sede europea per via di rinvio pregiudiziale della Corte Suprema di Budapest, ha per oggetto un provvedimento di veto del Ministero dell’innovazione ungherese contro l’acquisizione della società “Janes és Társa” Szállítmányozó, Kereskedelmi és Vendéglátó Kft. (la “Janes és Társa”) da parte della Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. (la “Xella”). Xella è società di diritto ungherese e si occupa principalmente della fabbricazione di prodotti in calcestruzzo per l’edilizia. Il 29 ottobre 2020 conclude un accordo di acquisizione del 100% della partecipazione nella società Janes és Társa, a sua volta società di diritto ungherese che estrae ghiaia, sabbia e argilla in una cava nell’Ungheria occidentale. La catena di controllo di Xella non rientra apparentemente nell’ambito di applicazione della legge FDI ungherese,⁶⁹ tuttavia la sua peculiarità⁷⁰ ha comportato che la società *buyer* ha preferito comunque

⁶⁸ C-483/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, [2002], §30

⁶⁹ Art. 276 c. 2 lett. a, Magyar Közlöny 2020/144 (cd. “Vmtv”). La norma definisce l’investitore estero come “qualsiasi persona giuridica o altra entità registrata in Ungheria, in un altro Stato membro dell’Unione europea, in un altro Stato facente parte dello Spazio economico europeo o nella Confederazione svizzera che acquisisca una partecipazione o un’influenza qualificata in una società commerciale con sede in Ungheria e che svolga un’attività determinata ai sensi dell’articolo 277, paragrafo 2, a condizione che il soggetto che dispone di un’“influenza maggioritaria”, ai sensi [del codice civile ungherese del 2013], su tale persona giuridica o altra entità, sia una persona fisica cittadina di uno Stato non facente parte dell’Unione europea o dello Spazio economico europeo o diverso dalla Confederazione svizzera, oppure una persona giuridica o altra entità registrata in uno Stato non facente parte dell’Unione europea o dello Spazio economico europeo o diverso dalla Confederazione svizzera.” Cfr. C-106/22, *Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. c. Innovációs és Technológiai Miniszter*, [2023], §10

⁷⁰ Nella catena di controllo di Xella figura la LSF10 XL Investments Ltd, società registrata alle Bermuda, la quale, tuttavia, è a sua volta controllata in ultima istanza da un cittadino irlandese.

comunicare l'acquisizione al Ministero competente. Il Ministero rispose il 30 dicembre 2020 esercitando il proprio potere di veto invocando come motivazione l'interesse nazionale.

Con una prima istanza, Xella riuscì ad ottenere la ripetizione del procedimento amministrativo con una sentenza della Corte Suprema di Budapest.⁷¹ Il Ministero rispose con provvedimento del 20 luglio 2021 esercitando nuovamente il potere di veto e adducendo le stesse argomentazioni di interesse nazionale. In particolare, il Ministero riconosceva in tale acquisizione un'ulteriore diminuzione della quota di mercato degli aggregati in mano a società ungheresi non soggette ad un controllo estero e il pericolo di gravi perturbazioni nella catena di approvvigionamento.⁷²

Xella decide di ricorrere nuovamente alla tutela giurisdizionale argomentando che il nuovo provvedimento rappresenti una discriminazione arbitraria o una restrizione della libera circolazione dei capitali. In questa circostanza la Corte Suprema di Budapest decide di sottoporre due quesiti interpretativi alla Corte di Giustizia. Il primo, di maggiore rilevanza, chiede se l'art. 65 par. 1 lett. b TFUE debba essere interpretato nel senso che include la possibilità di adottare una disciplina come quella ai sensi della *Vmtv*. La Corte ha subito cercato di precisare la domanda del giudice *a quo*: alla luce dell'art. 65 TFUE, è possibile “vietare l'acquisizione della proprietà di una società residente considerata come strategica da parte di un'altra società residente facente parte di un gruppo di società stabilite in più Stati membri, in cui una società di un paese terzo dispone di un'influenza maggioritaria, con la motivazione che tale acquisizione pregiudica o rischia di pregiudicare l'interesse nazionale consistente nel garantire la sicurezza dell'approvvigionamento a vantaggio del settore edile, in particolare a livello locale, per quanto riguarda materie prime di base, quali la ghiaia, la sabbia e l'argilla”?⁷³ In breve, la Corte risponde negativamente a questo quesito.⁷⁴

In primo luogo, la Corte ricorda la propria lunga giurisprudenza che non questi scenari nel paradigma della libera circolazione dei capitali bensì nella libertà di stabilimento. Il §59 della sentenza ricorda in particolar modo il criterio Baars applicato anche contro l'Italia nella sentenza C-326/07 ricordata *supra*: “la normativa nazionale di cui trattasi, come applicata nella decisione controversa nel procedimento principale, nella misura in cui consente alle autorità di uno Stato membro di vietare a una società dell'Unione, per motivi di sicurezza e di ordine pubblico, *l'acquisizione di una partecipazione* in una società residente «strategica» *che le consente di esercitare una sicura influenza* sulla gestione e il controllo di quest'ultima società, costituisce, manifestamente, *una restrizione alla libertà di stabilimento* di tale società dell'Unione, nel caso di specie una restrizione particolarmente grave.” La Corte – seppur trattando altre materie attigue – è rimasta

⁷¹ Sent. cit. nota 69, §21

⁷² Sent. cit. nota 69, §23

⁷³ Sent. cit. nota 69, §27

⁷⁴ Sent. cit. nota 69, §74

costante su questa posizione nel decennio tra la C-326/07 e la C-106/22. A scopo esemplificativo, la sentenza C-686/13 in ambito di diritto tributario europeo⁷⁵ e la sentenza C-563/17 in ambito di riprivatizzazione.⁷⁶

Sulla base di tale argomentazione, la Corte ha esaminato se sussistesse una restrizione della libertà di stabilimento e, in caso affermativo, se questa fosse giustificabile ai sensi del diritto dei Trattati. I giudici di Lussemburgo non hanno dubbio che il provvedimento del Ministero ungherese sia una manifesta restrizione della libertà di stabilimento (§59). Per sindacare se la restrizione fosse nel caso concreto giustificabile, la Corte riprende un proprio precedente: la sentenza C-244/11 che in realtà sul punto rinviava alle sopra citate sentenze contro l'Italia (C-326/07) e contro la Spagna (C-207/07). In questi tre precedenti, la Corte ha giustificato un ostacolo alla libera circolazione dei capitali – si noti come, tuttavia, qui anche la Corte torna a non essere del tutto chiara sulla rilevanza della circolazione di capitali – quando l'interesse dello Stato membro è la sicurezza dell'approvvigionamento di petrolio o la fornitura di servizi di trasporto e telecomunicazioni in caso di crisi, nel territorio dello Stato membro. Partendo da questo presupposto, la Corte argomenta che la preoccupazione dichiarata dal Ministero ungherese nel provvedimento del luglio 2021 non rappresenta una minaccia genuina e sufficientemente seria agli interessi fondamentali della collettività.⁷⁷ A sostegno della propria argomentazione sul caso concreto, la Corte si è anche spinta ad interpretare gli elementi di fatto della controversia dinanzi al giudice di Budapest: al §73 rappresenta come il mercato degli aggregati difficilmente può subire una drastica perturbazione come prospettata dal Ministero in quanto ha un basso valore di mercato se comparato ai costi di trasporto e ai rischi di un approvvigionamento troppo lontano.

Ulteriori questioni emerse in questa sentenza sono: il tema della nazionalità dei soci e il rapporto tra *screening* antitrust e FDI. Riprendendo un caso del 2014,⁷⁸ il §46 dichiara irrilevante l'origine dei soci delle società residenti nell'Unione incida sul diritto di tali società ad esercitare la libertà di stabilimento. Per i profili di antitrust, invece, il giudice *a quo* aveva sottoposto alla Corte anche una seconda domanda: “la mera circostanza che la Commissione abbia svolto una procedura di controllo delle concentrazioni [...] e abbia autorizzato una concentrazione relativa alla catena di proprietà di un investitore estero indiretto ost[a] all'esercizio del potere decisionale ai sensi del diritto dello Stato membro applicabile”?⁷⁹ Essendo la domanda condizionata alla risposta positiva del primo quesito, la Corte non ha dovuto rispondere in merito (§75). Tuttavia, si può presumere in una risposta negativa

⁷⁵ C-686/13, *X AB c. Skatteverket*, [2015], §18

⁷⁶ C-563/17, *Associação Peço a Palavra e a. c. Conselho de Ministros*, [2019], §43

⁷⁷ Sent. cit. nota 69, §67

⁷⁸ C-80/12, *Felixstone Dock and Railway Company and Others c. The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, [2014], §40

⁷⁹ Sent. cit. nota 69, §26

anche in questo caso: il controllo sulle concentrazioni avviene per motivi di stampo economico, a beneficio della concorrenza all'interno di un mercato rilevante. Pertanto, l'autorità di volta in volta competente controlla l'operazione con parametri completamente diversi rispetto alle tematiche di sicurezza nazionale contemplate nelle normative FDI. Il diverso scopo dei due procedimenti esclude che l'uno possa limitare l'altro.

Parallelamente al caso Xella di cui *supra*, anche dinanzi ad un giudice italiano si è tentata recentemente la via del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia con gli stessi parametri: la libera circolazione di capitali (art. 63 TFUE) e la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE). Trattasi del penultimo episodio della saga TIM-Vivendi⁸⁰ in cui Vivendi ricorre al TAR Lazio e, tra le varie censure, ha proposto anche rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE “al fine di richiedere alla Corte di Giustizia se la disciplina dei poteri speciali così come stabilita dall'art. 1 del D.L. 15 marzo 2012, n. 21 nonché dal D.P.C.M. 6 giugno 2014, n. 108 sia in linea con i requisiti di specificità, restrittività e proporzionalità richiesti dalla giurisprudenza della Corte per assicurare la conformità delle discipline nazionali relative ai c.d. poteri speciali alle libertà fondamentali previste dal TFUE e, in particolare, agli artt. 49 e 63 dello stesso.”⁸¹ Il giudice amministrativo italiano ha ritenuto di disattendere alla richiesta alla luce della comunicazione della Commissione europea, in seguito all’emanazione del d.L. 21/2012, con il quale “ha chiarito che l'esercizio di tali poteri deve comunque essere attuato senza discriminazioni ed è ammesso se si fonda su criteri obiettivi, stabili e resi pubblici e se è giustificato da motivi imperiosi di interesse generale. Riguardo agli specifici settori di intervento, la Commissione ha ammesso un regime particolare per gli investitori di un altro Stato membro, qualora esso sia giustificato da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica purché, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, sia esclusa qualsiasi interpretazione che poggi su considerazioni di ordine economico.”⁸² Questa argomentazione offre un utile riparo al legislatore italiano per quanto riguarda i profili fondamentali della normativa e, in particolare, per l'ipotesi di controllo sugli investimenti intraeuropei.

c) Il diritto internazionale degli investimenti

In conclusione, al di fuori della sfera europea, il ramo del diritto internazionale degli investimenti offre diversi spunti per comprendere la fitta trama di relazioni commerciali *cross-border* che hanno

⁸⁰ TAR Lazio, sez. I, sentenza 6 settembre 2022, n. 11508. È la penultima vicenda giudiziaria relativa al procedimento golden power in merito all'assunzione del controllo di fatto da parte di Vivendi S.A. su Telecom Italia S.p.A. in quanto si è nel frattempo espressa anche la Cassazione in seguito ad un ricorso della Consob ai sensi dell'art. 111 c. 8 Cost. e art. 110 cpa. Cfr. Cass. Civ., SS. UU., 24 gennaio 2023, n. 2196, ord.

⁸¹ Sent. cit. nota 80, §3

⁸² Sent. cit. nota 80, p. 8

un impatto nell'applicazione pratica della normativa di *screening* degli IED (cd. "FDIS"). Lo scopo principale del diritto internazionale degli investimenti consiste nell'esternalizzare il contenzioso degli investimenti esteri, evitando corti nazionali e in favore di arbitrati internazionali.

Nell'ambito del diritto sovranazionale, emerge il contrasto tra i Trattati bilaterali di investimento (cd. BITs) e gli FDIS. Con i primi, gli Stati si aprono a iniezioni di capitale nei propri sistemi macroeconomici; con i secondi, gli stessi "rivendicano con forza il diritto di sottoporre a norme esclusivamente domestiche la fase dell'ammissione e dello stabilimento dell'investimento straniero".⁸³ Tuttavia, i BITs prevedono a loro volta clausole di tutela dello Stato ospitante in caso di minaccia alla sicurezza nazionale.

I Trattati bilaterali firmati dall'Italia⁸⁴ seguono l'esempio del modello USA del 2012 il quale all'art. 4.1 introduce la clausola cd. "della nazione più preferita" per cui lo Stato ospitante si impegna a riconoscere all'investitore dello Stato contraente un trattamento non meno favorevole di quanto stabilito per investitori di Stati terzi. Questo diritto all'ammissione, modulato dalle opportune condizioni e limiti che variano in base al caso concreto, incontra spesso un limite nella sicurezza nazionale. Anche nel caso della sicurezza nazionale, tuttavia, occorre differenziare tra le eccezioni *self-judging* e non. Il nuovo modello statunitense, ad esempio, ha introdotto la prima, avocando allo Stato ospitante il potere discrezionale di qualificare le minacce alla sicurezza nazionale. In tal caso, il tribunale arbitrale internazionale avrà giurisdizione unicamente nell'accertamento della buona fede dello Stato ospitante e non sulla reale sussistenza della minaccia.

I recenti eventi internazionali pongono in questione il BIT italo-russo, in vigore dal 7 luglio 1997, alla luce delle sanzioni economiche irrogate dall'Italia nel contesto UE e delle contromisure russe nei confronti degli Stati cd. *unfriendly*.

Prima questione è l'efficacia del BIT dal 24 febbraio 2022 fino al ritiro dell'esercito russo. Ferma restando la particolarmente discussa dottrina *rebus sic stantibus*⁸⁵, sarebbe ravvisabile una sospensione del trattato in vista del "mutamento fondamentale delle circostanze" ex art. 62 Convenzione di Vienna. Di conseguenza, vi è un'implicita violazione della *sunset clause* presente nel BIT (art. 14 par. 2) che garantirebbe un periodo di 10 anni di parità di trattamento per gli investimenti effettuati prima dell'evento sospensivo.

⁸³ G. R. Elgueta, "Il rapporto fra discipline nazionali in materia di 'foreign direct investment screening' e diritto internazionale degli investimenti", *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 2, 2020, p. 327

⁸⁴ I trattati sono consultabili al seguente link: <https://www.finanze.gov.it/it/Fiscalita-dellUnione-europea-e-internazionale/convenzioni-e-accordi/accordi-per-la-promozione-e-la-protezione-degli-investimenti/>

⁸⁵ La dottrina dispone che un trattato sia valido fintanto che le circostanze presenti non cambino in maniera significativa. Per sentenze contrarie all'applicazione di tale dottrina v. *Islanda v. UK*, [1973], ICJ; *Ungheria v. Slovacchia*, [1997], ICJ. Per un caso deciso in applicazione di una clausola *rebus sic stantibus* a favore dell'Unione europea, v. C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz*, [1997]. Cfr. J. Klabbers, *International Law*, 2018, 2nd Ed., pp. 56 ss.

Sono diversi i profili giuridici conseguenti alla applicazione o sospensione del BIT: il risarcimento per danni a causa di guerra o altri conflitti armati (art. 4 BIT); obblighi risarcitori a carico del governo russo per eventuali nazionalizzazioni; risarcimento da violazione della clausola di libero trasferimento di fondi connessi agli investimenti (art. 6 BIT). Infine, le conseguenze sul diritto di surrogazione degli istituti assicurativi nei diritti degli investitori in virtù delle clausole di rischio politico presenti nelle coperture assicurative.⁸⁶

1.1.4. Lo Stato nell'ultimo decennio: il *golden power*, la pandemia, il conflitto in Ucraina. I più recenti dibattiti dottrinali.

Senza attendere un'ennesima condanna dalle istituzioni dell'Unione europea, il Governo Monti decise di anticipare i tempi emanando un decreto-legge di riforma dell'intera normativa. E' con il decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21 che ufficialmente si passa dalle cd. "azioni d'oro" ai poteri speciali, comunemente definiti *golden power*.

Il decreto, poi convertito con modifiche dalla legge 11 maggio 2012, n. 56, ha apportato un taglio netto con il precedente assetto. La disciplina in vigore da ormai un decennio si ispira all'epoca delle privatizzazioni nelle modalità con le quali lo Stato entra nelle questioni di diritto societario, tuttavia stravolge l'ambito di applicazione. Tanto che oggi sono quasi 500 i soggetti privati che ogni anno notificano proprie operazioni e vengono coinvolti nell'ambito dei poteri speciali della Presidenza del Consiglio.⁸⁷

A differenza delle *golden shares*, il *golden power* si applica a qualsiasi società operante in determinati settori e non si preoccupa più dell'origine dell'ente preso in considerazione. Tale passaggio sarebbe probabilmente avvenuto anche in assenza di privatizzazioni in quanto nel nuovo millennio molto più facilmente *asset* strategici vengono sviluppati da società non partecipate e, a seguito della globalizzazione, il mercato di capitali difficilmente può essere ristretto ai confini nazionali. Tale ipotesi sarebbe una inefficienza di sistema fin troppo onerosa. A testimonianza di come tale passaggio fosse in qualche modo obbligato, si segnala l'ordinamento norvegese che non ha

⁸⁶ Per un ulteriore approfondimento, cfr. A. Leandro, "I rapporti internazionali d'impresa al vaglio delle misure restrittive adottate dall'Unione europea in occasione del conflitto russo-ucraino", *Diritto del Commercio Internazionale*, 2022, fasc. 2, pp. 243 ss.

⁸⁷ La relazione annuale 2021 conta "un totale di 496 informative pervenute, per 29 di esse sono stati esercitati con d.P.C.M. i poteri speciali (nello specifico: per 26 notifiche sono state imposte alcune prescrizioni o condizioni; per 3 notifiche è stato esercitato il potere di veto/ opposizione all'acquisto)." (Relazione al Parlamento in materia di esercizio dei poteri speciali, anno 2021, p. 28, consultabile al seguente link: <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/docnonleg/44970.htm>)

vissuto alcuna fase di privatizzazione ma ha pur sempre varato atti legislativi di controllo degli investimenti esteri diretti.⁸⁸ Allo stesso modo il diritto cinese.⁸⁹

Il testo originale del d.L. 21/12 impostava due ambiti di esercizio dei poteri speciali: la difesa e sicurezza nazionale (art. 1); energia, trasporti e comunicazioni (art. 2). Sono stati emanati inoltre nel 2014 una serie di dPR e dPCM atti a concretizzare la normativa di rango primario, in particolare: il dPCM 108/2014 e il dPR 85/2014 per individuare gli attivi di rilevanza strategica ai sensi degli artt. 1 e 2; i dPR 35/2014 e 86/2014 per le corrispondenti procedure di attivazione dei poteri speciali; infine, il dPCM 6 agosto 2014 di individuazione delle modalità organizzative e procedurali per lo svolgimento delle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali.

Nel tempo, l'art. 2 ha subito ampliamenti. Dapprima l'art. 14 c.1 lett. b n. 2 del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148 ha introdotto il comma 1-ter e delegato al Consiglio dei Ministri la definizione con regolamento dei cd. "settori ad alta intensità tecnologica".⁹⁰ I settori sono stati individuati tre anni più tardi con dPCM 179/2020, tenendo anche in considerazione il Reg. (UE) 2019/452 che era nel frattempo stata approvata.

Gli accadimenti degli ultimi tre anni hanno intersecato le volontà del legislatore italiano, del legislatore comunitario e il senso di urgenza percepito nei mesi più duri della pandemia di COVID-19. Il d.L. 148/2017 aveva già introdotto la maggior parte dei settori poi previsti dall'art. 4 del Reg. UE 2019/452. Tuttavia, si attendeva il decreto attuativo che avrebbe specificato i beni e le attività dei settori ad alta intensità tecnologica. In occasione dei decreti di contrasto agli effetti negativi della pandemia, il Governo italiano ha adeguato il quadro normativo accelerando sull'ampliamento dei settori *ex art. 2* che sarebbe dovuto avvenire entro ottobre 2020, con l'entrata in vigore del Reg (UE) 2019/452.

Oggi l'art. 2 d.L. 21/2012 accoglie una vasta gamma di settori economici e di conseguenza tutela diversi interessi pubblici: acqua, salute, accesso e controllo di dati e di informazioni sensibili, infrastrutture elettorali, settore finanziario, le cd. "tecnologie critiche", infrastrutture e tecnologie aerospaziali non militari, approvvigionamento di fattori produttivi e nel settore agroalimentare, prodotti a duplice uso, libertà e pluralismo dei media.

⁸⁸ *Lov om nasjonal sikkerhet*, LOV-2018-06-01-24

⁸⁹ *Foreign Investment Law of the People's Republic of China* (中华人民共和国外商投资法), promulgata dal Congresso Nazionale del Popolo, 15 marzo 2019, in vigore dal 1 gennaio 2020.

⁹⁰ Tra questi la norma includeva: le infrastrutture critiche o sensibili, tra cui immagazzinamento e gestione dati, infrastrutture finanziarie; 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; sicurezza dell'approvvigionamento di input critici; accesso a informazioni sensibili o capacità di controllare le informazioni sensibili.

Nel 2019, il Governo ha ritenuto opportuno introdurre un terzo pilastro alla normativa *golden power* inserendo l'art. 1-bis. Sebbene la disposizione sia stata inserita con d.L. 22/2019⁹¹, è di interesse anche il decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105.⁹²

L'art. 1-bis d.L. 21/12 costituisce nuovi poteri speciali in capo alla Presidenza del Consiglio in merito alle reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con rete 5G. Ragionevolmente, il legislatore ha inserito il terzo pilastro subito dopo l'art. 1 in quanto gli interessi tutelati sono anche qui della difesa e sicurezza nazionale. Tre anni fa il legislatore italiano ha maturato la consapevolezza che la sicurezza nazionale passi anche per le reti di telecomunicazione a banda larga soprattutto alla luce delle tensioni geopolitiche tra le due superpotenze nonché *player* del mercato delle tecnologie 5G.

Pertanto, la nuova disposizione, ha previsto un nuovo obbligo di notifica per i contratti aventi ad oggetto l'acquisto di beni o servizi relativi alle reti inerenti alla comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G.

L'avvento della pandemia COVID-19 ha allarmato gli Stati membri e l'Unione europea. Dopo che per alcuni decenni il terrore della scalabilità delle imprese strategiche era stato in qualche modo archiviato dalla giurisprudenza della CGUE, il timore ritorna alla luce del crollo momentaneo dei valori mobiliari in seguito alle chiusure improvvise e forzate che hanno bloccato e ostacolato i settori produttivi per almeno un anno e mezzo. Il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (cd. "Decreto Liquidità") ha previsto misure di sostegno alla liquidità delle imprese e di copertura di rischi di mercato particolarmente significativi davanti agli effetti negativi del primo semestre del 2020. Nel contesto emergenziale anche lo *screening* degli IED è stato revisionato in parte in via permanente, in parte in via provvisoria. Gli artt. 15 e 16 sono di interesse e hanno modificato rispettivamente il d.L. 105/2019, il d.L. 21/12 e il TUF.

L'art. 15 ha riformato l'art. 4-bis cc. 3 ss. d.L. 105/19. In primo luogo, ha previsto il rinvio ai settori strategici come definiti dall'art. 4 par. 1 Reg UE 2019/452 con ulteriori specificazioni. Infatti, nel settore finanziario è stata precisata l'inclusione dei settori bancario e assicurativo e nel settore sanitario, il legislatore emergenziale ha voluto specificare come fossero incluse anche tutte le attività economiche aventi ad oggetto i dispositivi di protezione individuale.⁹³ Il nuovo comma 3-bis della norma citata ha previsto un regime provvisorio che estende gli obblighi di notifica per qualsiasi

⁹¹ Dubbia è la scelta del legislatore del d.L. 22/2019 il quale stava provvedendo a introdurre norme d'urgenza relative all'imminente recesso del Regno Unito dall'Unione europea, concentrandosi sulle possibili conseguenze in ambito bancario e finanziario.

⁹² Convertito con modificazioni dalla legge 18 novembre 2019, n. 133.

⁹³ Quest'ultima specificazione è figlia della situazione contemporanea. Il legislatore di un anno prima, ignaro della pandemia, probabilmente non avrebbe usato la stessa formulazione.

soggetto senza differenza di qualifica: la lett. a prevede l'obbligo di notifica in capo alla società deliberante; la lett. b estende l'obbligo di notifica anche ai *buyers* appartenenti all'Unione europea; la lett. c allo stesso modo in relazione agli acquisti da parte di soggetti esteri di partecipazioni che comportassero il controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. o ai sensi del TUF delle società che detengono attivi strategici.⁹⁴ Inoltre, il legislatore ha aggiunto un nuovo obbligo di notifica alla lett. b per gli acquisti di soggetti esteri extra-UE che acquisissero in tal modo una quota dei diritti di voto o di capitale almeno pari al 10% e ulteriori obblighi al raggiungimento di soglie di partecipazione successiva.

L'art. 16 è invece intervenuto sul d.L. 21/12 introducendo i procedimenti *ex officio* e ampliando le capacità del gruppo di coordinamento inserendo due nuovi commi all'art. 2-bis d.L. 21/12. Ha esplicitato il potere del gruppo di richiedere informazioni e di esibire documenti a PA, enti, imprese o altri soggetti terzi e inoltre la Presidenza può stipulare convenzioni o protocolli di intesa con istituti o enti di ricerca. È apprezzabile la consapevolezza che un approfondimento sufficiente della materia oggetto di esercizio dei poteri speciali non può avvenire nel termine di 45 giorni, in particolare per raccogliere dati e interpretazioni più possibilmente diversificate. Rapporti strutturati con istituti ed enti di ricerca possono offrire ulteriori strumenti ad integrazione delle concrete istruttorie.

Al volgersi dell'emergenza sanitaria, è sorta una ulteriore crisi in seguito al conflitto in Ucraina la quale, essendo di stampo geopolitico, ravviva maggiori timori in merito alle dinamiche degli investimenti esteri diretti e avrà probabilmente significative ricadute nel lungo termine sull'approccio agli *screening* degli IED provenienti da Oriente. La crisi ucraina ha avuto un impatto sulla normativa con le previsioni del decreto-legge 21 marzo 2022, n. 21⁹⁵ (cd. "Decreto Ucraina-bis").

Il Capo I del Titolo IV del Decreto Ucraina-bis ha riformato il d.L. 21/12 con alcuni ampliamenti dell'oggetto dell'obbligo di notifica, con la sostituzione integrale dell'art. 1-bis e infine con diverse integrazioni di tipo formale.

Sempre nel timore di movimenti di capitali impreveduti da parte di operatori sospetti del mercato, il legislatore ha voluto esplicitare due operazioni oggetto di notifica sia ai sensi dell'art.1 sia dell'art. 2: le assegnazioni a titolo di garanzia e le operazioni riguardanti beni e attività strategici oggetto di concessioni.⁹⁶ L'ampliamento ha i rapporti di concessione ha comportato la necessità di un raccordo tra procedimento *golden power* e procedure di gara. In sede di conversione del Decreto Ucraina-bis, la L. 51/2022 ha previsto l'art. 2-quater c. 2-bis, delegante la Presidenza del Consiglio di individuare meccanismi di raccordo. Il Governo ha adempiuto tale delega con dPCM 189/2022 che prevede *inter*

⁹⁴ Cfr. art. 2 cc. 5-6 d.L. 21/2012.

⁹⁵ Convertito con modificazioni da legge 20 maggio 2022, n. 51.

⁹⁶ Espressioni inserite rispettivamente dall'art. 24 c.1 lett. a d.L. 21/22 e dall'art. 25 c.1 lett. 0a-0b

alia meccanismi di raccordo con la stazione appaltante anche antecedenti la pubblicazione del bando di gara (art. 2); la notifica anticipata, precedente alla proposta di aggiudicazione (art. 3 c. 1) e il dimezzamento dei termini dei procedimenti del d.L. 21/2012 (art. 3 c. 3).⁹⁷

Dal 22 marzo 2022 è stato introdotto un ulteriore obbligo di notifica che solo potenzialmente entrerebbe nella categoria degli IED: la costituzione di nuove imprese. L'art. 1 c. 5-bis prevede infatti "l'obbligo di notifica della costituzione di imprese il cui oggetto sociale ricomprende lo svolgimento di attività di rilevanza strategica ovvero che detengono attivi di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale".⁹⁸ All'art. 2 è stato introdotto un obbligo di notifica analogo al comma 7-bis.⁹⁹

Il Decreto Ucraina-bis ha inoltre sostituito l'art. 1-bis divergendo dall'approccio del legislatore del 2019 e dalle tradizionali dinamiche di monitoraggio della Presidenza del Consiglio. Mentre per gli oggetti di notifica ai sensi degli artt. 1 e 2, il soggetto obbligato notifica la singola operazione, la Presidenza del Consiglio interviene ai sensi dell'art. 1-bis sulla programmazione annuale della società in merito ai beni o servizi che intende acquisire relativi alla progettazione, realizzazione, manutenzione e gestione dei servizi di comunicazione a banda larga basati sulla tecnologia 5G e ulteriori servizi definiti con dPCM. Il procedimento previsto dal nuovo art. 1-bis comporta un monitoraggio più invasivo e a lungo termine in quanto non controlla le singole operazioni che avverrebbero a qualche mese dalla notifica bensì l'insieme delle potenziali operazioni che il soggetto intende compiere nell'anno.

Infine, sono molteplici le novità per l'insieme dei procedimenti amministrativi contenuti nel d.L. 21/12. In primo luogo, la notifica diventa congiunta di acquirente e cedente. I privati hanno ora diritto a depositare memorie e osservazioni entro quindici giorni dalla notifica. L'art. 26 ha introdotto l'art. 2-quater che delega alla Presidenza del Consiglio la definizione con dPCM di misure di semplificazione dei procedimenti e di una nuova fase di prenotifica. L'art. 27 ha istituito il "nucleo di valutazione e analisi strategica" composto da dieci componenti con "specifica ed elevata competenza in materia giuridica, economica e nelle relazioni internazionali" con lo scopo "di potenziare l'attività di coordinamento della Presidenza".¹⁰⁰ Infine all'art. 2-bis, in materia di collaborazione con le autorità amministrative di settore, è stato previsto il coinvolgimento della Guardia di Finanza nell'espletamento delle attività istruttorie.¹⁰¹

⁹⁷ Su quest'ultimo punto, l'art. 2-quater c. 2-bis d.L. 21/2012 è chiaro nell'autorizzare la fonte di rango secondario a derogare la propria fonte di rango primario: "Con decreto [...] sono individuati [...] le misure di semplificazione [...] dei termini".

⁹⁸ Comma inserito dall'art. 24 c.1 lett. c-bis d.L. 21/22.

⁹⁹ Comma inserito dall'art. 25 c.1 lett. d-bis d.L. 21/22.

¹⁰⁰ Cfr. art. 27 c. 1 d.L. 21/22

¹⁰¹ Comma inserito dall'art. 27 c.2 lett. b d.L. 21/22.

A conclusione di questo *iter* che va dalle privatizzazioni inglesi fino alle preoccupazioni contemporanee per le tensioni tra Occidente e Oriente, è utile tenere traccia dei più recenti dibattiti dottrinali in merito al ruolo dello Stato nell'economia.

Gli anni Novanta e Duemila avevano consolidato nell'Europa occidentale come fosse ormai il momento di dismettere lo Stato imprenditore e convertire il soggetto pubblico in un arbitro, regolatore equidistante dalle attività tra soggetti privati.¹⁰² La crisi finanziaria del 2007-2008 ha infranto il sogno della cd. "Third Way". La crisi del 2012, la pandemia di COVID-19 e le crescenti tensioni geopolitiche hanno definitivamente riaperto il dibattito dottrinale davanti all'esigenza di Stati che si preoccupino del mantenimento dei livelli essenziali di benessere e di libertà dei propri cittadini. Due nuove rivisitazioni del ruolo dello Stato sembrano emergere nel panorama italiano e non solo: lo Stato doganiere e lo Stato innovatore.

Lo Stato doganiere non è un concetto nuovo in quanto conseguenza naturale delle ideologie protezionistiche: un controllo pubblico delle attività in entrata e in uscita dai propri confini nazionali. Con la normativa *golden power*, lo Stato si riappropria di strumenti normativi che gli permettono di infiltrarsi negli affari dei propri cittadini con soggetti esteri. "Il Governo è tornato a essere un interlocutore imprescindibile per gli investitori esteri [...]".¹⁰³ Il Prof. Napolitano, scrivendo nel 2019, ignorava i molteplici interventi fin qui descritti e giudica positivamente "questo uso relativamente 'moderato' del *golden power* [che] è stato favorito [...] dall'estrema brevità del termine procedimentale." Da quando l'autore scrive, i termini di adempimento della Presidenza del Consiglio sono passati da 15 a 45 giorni, senza tenere conto della eventuale sospensione in caso di richiesta di informazioni da parte della Commissione europea che, a differenza delle sospensioni "nazionali", non ha un termine espresso.

Senza dubbio, le tensioni internazionali che vedono il pianeta diviso in due fronti - NATO, Cina e Russia - comportano la necessità di maggiori controlli da parte degli Stati e un regime di sorveglianza per gli attivi strategici. Tuttavia, i procedimenti previsti dal d.L. 21/12 continuano a moltiplicarsi rendendo la Presidenza una sorta di nuovo Registro delle imprese che detiene le informazioni sulla vita societaria di determinati enti privati e d'altra parte il perimetro degli attivi strategici viene progressivamente esteso e disegnato sulla base delle emergenze del momento: si pensi ai dispositivi di emergenza personali o al settore agroalimentare.

¹⁰² Cfr. T. Philippon, *The Great Reverseal. How America Gave Up on Free Markets*, Belknap Press, 2019; J. Tirole, *Economia del bene comune*, Mondadori, 2017; D. Helm, *Energy, the State and the Market*, Oxford University Press, 2003; M. Moran, *The British Regulatory State*, Oxford University Press, 2003.

¹⁰³ G. Napolitano, "L'irresistibile ascesa del *golden power* e la rinascita dello Stato doganiere", *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, n. 5, p. 550

Di opinione opposta è la prof.ssa Mazzuccato, teorica di una nuova fase di imprenditoria pubblica con il cd. “Stato innovatore”.¹⁰⁴ Nelle sue analisi, l’economista approfondisce il valore dell’R&D e del rischio “collettivo” dell’innovazione. Arriva alla conclusione che quest’ultima necessita di essere accompagnata dallo Stato e il Governo Conte II (2019-2021) pare aver seguito il suo consiglio nelle ore più buie dell’emergenza pandemica: con l’art. 27 d.L. 34/2020, il legislatore ha autorizzato Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. a istituire il cd. “Patrimonio Rilancio”, da utilizzarsi “per il sostegno e il rilancio del sistema economico produttivo italiano”.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Per un maggior approfondimento, v. M. Mazzuccato, *Lo Stato innovatore*, Laterza, Seconda ed., 2018

¹⁰⁵ Cfr. V. Minervini, “L’improvvisa ‘accelerazione’ (post COVID) dell’azionariato dello Stato. Il patrimonio destinato di cui all’art. 27 D.L. Rilancio”, *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, fasc. 2, pp. 230 ss.

1.2. GLI INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI: OPPORTUNITA' E RISCHI. GLI AMPLIAMENTI DEI POTERI SPECIALI DEL PERIODO 2019-2022

Le opportunità degli investimenti esteri diretti sono riconosciute dall'Unione europea nel Considerando 1 del Reg (UE) 2019/452: creazione di nuovi posti di lavoro e di economie di scala, nuovi apporti di capitale, tecnologie, innovazione e competenze; infine, l'apertura di nuovi mercati per le esportazioni dell'Unione.

Le opportunità sono particolarmente allettanti e inseriscono gli IED in quelle politiche economiche atte a diminuire le inefficienze di mercato che spesso hanno reso l'economia italiana stagnante come *supra* ricordato.

Sono diversi gli studi che nel tempo hanno confermato nessi causali tra gli investimenti esteri diretti e la creazione di nuovi posti di lavoro e di economie di scala.¹⁰⁶ In particolare, gli Stati industrializzati godono di un aumento della domanda di servizi professionali sia in caso di IED dall'estero sia per l'estero.¹⁰⁷

Gli apporti di tecnologie, innovazione e competenze sono un vantaggio tanto vitale quanto sottovalutato: banalmente anche la cultura organizzativa di un'azienda è un *know-how* facilmente replicabile e sorprendentemente utile per l'efficienza delle imprese. Uno scambio continuo di conoscenze e di applicazione delle tecnologie facilita la standardizzazione spontanea nei settori altamente tecnici e migliora trasversalmente beni e servizi prodotti. Di facile comprensione è anche l'arricchimento dei professionisti che hanno, attraverso rapporti di investimento delle imprese datrici di lavoro, la possibilità di interfacciarsi con diverse abilità e acquisirle.

Lo stesso Governo italiano si esprime in senso favorevole all'ingresso di capitale estero nel mercato italiano: registrando come gli IED abbiano una propagazione successiva che triplica la crescita complessiva. Le imprese estere in Italia producono attualmente il 18,6% del fatturato nazionale ma soprattutto coprono il 23,6% della spesa nazionale in R&D.¹⁰⁸

Dando rapidamente uno sguardo agli Stati cd. "falliti", gli investimenti esteri diretti rappresentano anche un'occasione per stabilizzare territori e spingere verso la crescita economica e

¹⁰⁶ Cfr. Koi Nyen Wong, "Foreign direct investment and employment in manufacturing and services", *Journal of Economic Studies*, 2011, Vol. 38, No. 3, pp. 313-330; T. Bilevičiūtė, *Practice and research in private and public sector*, 1st International Scientific Conference of Vilnius, 2011, pp. 232-238; N. Hakkala et al., "Multinational firms, acquisitions and job tasks", *European Economic Review*, 2014, Vol. 66, pp. 248-265.

¹⁰⁷ Cfr. E. Kazlauskienė et al., "Foreign Direct Investment for the Fostering of Employment and New Job Creation", *KSI Transactions*, Knowledge Society, 2014, Vol. 7, No. 4, p. 6

¹⁰⁸ Cfr. *Grandi Imprese Estere in Italia*, Confindustria/ABIE, 20 luglio 2020. La posizione del Governo sugli IED è consultabile al seguente link: <https://www.esteri.it/it/diplomazia-economica-e-politica-commerciale/diplomazia-economica/l-attrazione-degli-investimenti/perche-attrarre-investimenti/>; si veda anche il report Deloitte del 2022 sull'attrattività dell'Italia, consultabile al seguente link: <https://www2.deloitte.com/it/it/pages/about-deloitte/articles/con-pnrr-imprese-italiane-piu-attrattive-per-investimenti-esteri.html>

di capitale umano.¹⁰⁹ Come registrato da autori locali, le autorità e gli operatori somali hanno accolto con particolare apprezzamento gli IED turchi per via dell'aggiunto *moral motive*. L'Islam è un valore fondante e legante dei Paesi OIC e relazioni economiche sono quindi favorite nel contesto di Stati di cultura islamica. Il movente morale (o meglio culturale) non va sottovalutato. Alla luce delle contemporanee dinamiche internazionali non sarebbe improbabile assistere ad un passaggio dalla globalizzazione estrema degli ultimi decenni ad un ritorno a molteplici sfere di influenza: IED orientati da valori comuni tra Stati possono diventare lo strumento per raggiungere tale obiettivo.

D'altra parte, i rischi sono ravvisabili nelle disposizioni del d.L. 21/12: minaccia alla difesa, alla sicurezza nazionale e alla sicurezza degli approvvigionamenti. Questi restano aderenti ai rischi ravvisati dai legislatori europei al tempo delle *golden shares* e, alla luce della giurisprudenza comunitaria già discussa, è utile approfondirli restando nell'ambito della ragionevolezza.

Nulla quaestio per quanto riguarda le tecnologie informatiche militari sottoposti al controllo pubblico ex art. 1 d.L. 21/12: un investitore, il quale scopo è l'ottenimento del controllo della società produttrice di tali tecnologie, avrebbe un accesso privilegiato a informazioni sensibili riguardanti la gestione della sicurezza nazionale. Di conseguenza, sorgono rischi sulla affidabilità di tali soggetti nei rapporti contrattuali come nella diffusione di informazioni (ad esempio le politiche e la fornitura dello Stato o le sue scelte strategiche e commerciali nel settore). Tale pericolo è senza dubbio degno di tutela da parte dello Stato, in particolare da parte della Presidenza del Consiglio e del Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza (cd. "DIS"). Gli investitori di più particolare preoccupazione possono essere fondi sovrani, società indirettamente controllate da altri Stati come infine soggetti privati che, per le più svariate circostanze, possono allertare gli organi pubblici posti alla tutela della sicurezza nazionale.

Allo stesso modo è comprensibile la scelta del legislatore del 2022 nell'ambito dell'art. 1-bis il quale ha rivoluzionato l'approccio in materia di tecnologie 5G con lo scopo di tutelare le forniture e i rapporti commerciali italiani con gli operatori del mercato globale. Una premiabile attenzione rispetto ad altri settori economici viste le dinamiche geopolitiche contemporanee: la corsa al 5G, il conflitto ucraino e la questione taiwanese.

Più perplessità può sollevare il testo dell'art. 2 d.L. 21/12 che comporta l'inevitabile sistema di multipla notifica creatosi spontaneamente. I settori economici presi in considerazione sono particolarmente eterogenei e per la maggior parte di questi già è previsto un sistema di notifica presso le autorità regolatorie di settore. La vigilanza settoriale già svolge un controllo delle operazioni che,

¹⁰⁹ Cfr. M. Nor, T. Masron, "Turkish Foreign Direct Investment and Peace in Somalia: a New Political Stabilization Policy", *International Journal of Social Economics*, pp. 419-436

seppur per scopi diversi, questi sono pur sempre attigui al tema della sicurezza degli approvvigionamenti. Infatti, i poteri speciali del Governo *ex art. 2 c. 2* sono esercitabili solo su situazioni eccezionali non disciplinate dalle normative di settore (*c. 3*). Se a questo si somma l'intervento dell'Agcm per i profili antitrust, le grandi operazioni *cross-border* odierne sono in balia di tre procedimenti amministrativi paralleli e indipendenti, ognuno con un proprio destino. Sul punto sarebbe forse ravvisabile una riflessione sulle dinamiche inter-istituzionali e prospettare una qualche coordinazione dei molteplici procedimenti.

Le vicende degli ultimi anni e l'impulso dell'Unione europea hanno aumentato il senso di rischio percepito dal Governo nei confronti degli investimenti esteri diretti e la conseguenza naturale è stato un progressivo ampliamento tematico e soggettivo del già citato *art. 2 d.L. 21/12*.

L'ampliamento tematico della disposizione è iniziato con il *d.L. 148/2017* il quale ha aggiunto il *c. 1-ter* in merito ai settori ad alta intensità tecnologica. Il precetto non ha però trovato attuazione prima dell'intervento del *d.L. 23/2020* di recepimento del Reg (UE) 2019/452. Il secondo intervento ha ampliato ulteriormente i settori rispetto a quanto pensato dal legislatore nazionale tre anni prima.¹¹⁰

Nel contesto della pandemia COVID-19 è emersa un'ulteriore direzione di espansione: i soggetti obbligati alla notifica. La base di tale espansione è l'*art. 4-bis c. 3-bis d.L. 105/2019*, come modificato dall'*art. 15 d.L. 23/2020* (cd. "Decreto Liquidità"). Al fine di contrastare l'emergenza epidemiologica, sono soggetti all'obbligo di notifica di cui all'*art. 2 cc. 5-6 d.L. 21/12* "gli acquisti a qualsiasi titolo di partecipazioni, da parte di soggetti esteri, anche appartenenti all'Unione europea". Il Decreto Liquidità, simbolico della prima fase pandemica, aveva posto un termine ragionevole per tale disposizione al 31 dicembre 2020. Successivi interventi hanno prorogato il termine fino al 31 dicembre 2022.¹¹¹ Questo prorogato regime provvisorio ha portato ad un regime definitivo con l'*art. 25 c.1 lett. b Decreto Ucraina-bis*: dal 1° gennaio 2023, resteranno notificabili gli acquisti da parte di investitori UE solo per specifici settori.¹¹²

In periodo pandemico, la decisione era stata giustificata dalla situazione finanziaria altamente speculativa che poteva danneggiare settori e imprese virtuose a causa di un momento di particolare ribasso dei valori azionari rispetto all'ordinario. Da quel momento però le transazioni finanziarie sono ritornate a valori plausibili e le continue proroghe hanno solidificato questo nuovo controllo intra-europeo prima previsto solo per le notifiche *ex art.1*.

¹¹⁰ V. *infra* §1.3

¹¹¹ Gli interventi sono stati: *art. 10-ter d.L. 137/2020* (fino al 30 giugno 2021); *art. 4 d.L. 56/2021* (fino al 31 dicembre 2021); *art. 11-quinquies d.L. 52/2021* (fino al 31 dicembre 2021); *art. 17 d.L. 228/2021* (fino al 31 dicembre 2022).

¹¹² Cfr. *Art. 2 c. 5, 2° periodo d.L. 21/12*: comunicazione, energia, trasporti, salute, agroalimentare e finanziario.

La scelta legislativa rischia di porsi in contrasto con il quadro comune del Reg (UE) 2019/452 il quale qualifica gli investimenti come esteri in base alla nazionalità extra-UE dell'investitore. L'Unione europea, per il momento, tace sull'ipotesi di IED intra-UE, tuttavia, sorge il “paradosso che l'UE può andare verso una compattezza nelle scelte geo-economiche e geo-politiche indirizzate all'esterno, ma trascura la difesa di alcune delle proprie libertà fondamentali: la libertà di circolazione dei capitali e di stabilimento”.¹¹³ Alla luce della giurisprudenza comunitaria in materia di *golden shares* (v. *supra* §1.1.3), è legittimo l'attuale sistema ai fini del diritto europeo? L'instabilità politica ed economica del presente difficilmente porteranno la Commissione a compiere la stessa battaglia sul diritto di stabilimento compiuta venti anni prima contro le *golden shares*; tuttavia, non sono da escludersi denunce di altri Stati membri *ex art. 259* TFUE.

¹¹³ Cfr. G. Della Cananea, *I “poteri speciali” del Governo nei settori strategici*, Editoriale Scientifica, novembre 2020, p. 318

1.3. LA NORMATIVA UE ED ITALIANA

Nel presente paragrafo verranno illustrate le fonti normative in materia di esercizio dei poteri speciali. Innanzitutto, il decreto-legge 21/2012 (§1.3.1); segue l'innovazione a livello europeo del Reg (UE) 2019/452 (§1.3.2) e infine le fonti di secondo livello che concretizzano il procedimento amministrativo (§1.3.3).

1.3.1. Il decreto-legge 21/2012. I presupposti per l'esercizio in concreto dei poteri speciali.

Il d.L. 21/12 consta ad oggi di dieci articoli, di cui la metà aggiunti successivamente in sede di conversione del decreto e di successive riforme. Oltre alle già rammentate tre macroaree di intervento previste agli artt. 1, 1-bis e 2, il decreto presenta ulteriori norme accessorie degne di nota: gli artt. 2-bis, 2-ter¹¹⁴, 3 e 3-bis.

L'art. 2-bis, rubricato "Collaborazione con autorità amministrative di settore", sancisce la collaborazione tra il gruppo di coordinamento¹¹⁵ e le Autorità indipendenti. Inoltre, prevede che le Autorità non possano, esclusivamente per agevolare le funzioni del gruppo di coordinamento, opporre al gruppo il segreto d'ufficio. In via complementare, il c. 2 prevede il potere del gruppo di coordinamento di richiedere a PA, enti pubblici o privati, imprese o altri soggetti terzi di fornire informazioni o esibire documenti. Come precedentemente illustrato, il Decreto Liquidità ha inserito i commi 2-bis e 3 prevedendo il coinvolgimento della Guardia di Finanza nell'esercizio delle funzioni di cui al d.L. 21/12 e la possibilità di stipulare convenzioni o protocolli di intesa con istituti o enti di ricerca, nonché con amministrazioni diverse dalle Autorità indipendenti menzionate dalla disposizione.

L'art. 3 chiude formalmente la stagione delle *golden shares*: i suoi commi 2, 3 e 4 abrogano rispettivamente (i) l'art. 2 d.L. 332/1994 e il dPCM 10 giugno 2004 alla data di entrata in vigore dei decreti attuativi degli artt. 1 e 2 primi commi d.L. 21/12; (ii) i dPCM e i decreti del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica che stabilivano i poteri speciali nelle singole società privatizzate e allo stesso modo anche le clausole statutarie incompatibili con la disciplina stabilita in materia di poteri speciali. Il primo comma dell'art. 3 prevede invece una clausola di reciprocità: "l'acquisto [...] da parte di un soggetto esterno all'Unione europea [...] di partecipazioni in società che detengono uno o più degli attivi individuati come strategici [...] è consentito a condizione di reciprocità, nel rispetto degli accordi internazionali sottoscritti dall'Italia o dall'Unione europea".

¹¹⁴ Per una trattazione completa dell'art. 2-ter d.L. 21/12 si rimanda al §1.6.

¹¹⁵ v. *infra* §1.1.3

I cc. 6-8 hanno invece riformato il codice del processo amministrativo (cd. cpa): per i provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica è previsto il rito abbreviato (art. 119 lett. c-bis cpa); la giurisdizione è esclusiva del giudice amministrativo (art. 133 lett. z-quinquies cpa) mentre la competenza funzionale è riservata al TAR Lazio, sede di Roma (l'art. 135 c.1 lett. h cpa).

Il c. 8-bis, aggiunto successivamente con d.L. 148/2017, introduce un rinvio residuale alla legge sulle sanzioni pecuniarie amministrative: la L. 689/1981. Il secondo periodo, tuttavia, esclude l'applicabilità del pagamento in forma ridotta *ex art. 16 L. 689/81*, ragionevolmente alla luce della funzione altamente deterrente che le sanzioni previste dal d.L. 21/12 intendono assolvere.

L'art. 3-bis, inserito in sede di conversione, ha previsto la redazione di una relazione annuale alle Camere da parte del Presidente del Consiglio a partire dal 2013. La prima relazione fu trasmessa nel dicembre 2016 e riguardante le attività svolte dal 2014 in poi, anno di emanazione dei primi decreti attuativi. La relazione al Parlamento è l'unico strumento pubblico di trasparenza amministrativa che rende nota ai commentatori la prassi amministrativa e parte delle condizioni richieste dalla Presidenza. La materia si presta a particolari tecnicismi e i dPCM sono oggetto di segreto d'ufficio, se non di Stato nell'ambito della tutela della sicurezza nazionale. Sebbene la notevole importanza di queste relazioni annuali, gli uffici difficilmente riescono ad adempiere alla scadenza del 30 giugno prevista dall'art. 3-bis, a maggior ragione visto l'aumento esponenziale di notifiche registrato a partire dal 2019.

D'altra parte, occorre analizzare i presupposti all'esercizio in concreto dei poteri speciali del Governo da individuarsi negli artt. 1, 1-bis e 2 del decreto. In particolare, alla definizione del "grave pregiudizio".

a) I presupposti per i poteri speciali ex art. 1

Nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, il Governo può in concreto esercitare i poteri definiti al primo comma alle lett. a-c: imposizione di specifiche condizioni alle imprese notificanti; veto all'adozione di delibere, atti o operazioni; opposizione all'acquisto di partecipazioni.

I poteri alle lett. a e c del primo comma si basano su un primo nucleo di presupposti, previsti al c. 3, che il legislatore impone alla Presidenza del Consiglio in sede di accertamento della "minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale". Innanzitutto, la norma prescrive il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. Il riferimento è frutto di una grammatica legislativa che oggi preferisce esplicitare principi che le pubbliche amministrazioni dovrebbero comunque seguire in qualsiasi propria azione pubblica. Il principio di

proporzionalità, oltre ad essere consolidato nella giurisprudenza comunitaria,¹¹⁶ ha ricevuto anche l'attenzione della giurisprudenza amministrativa italiana: in particolare, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la natura generale del principio di proporzionalità il quale “implica che la Pubblica Amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti”.¹¹⁷ Allo stesso modo, la Corte costituzionale ha evinto il principio di ragionevolezza dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento ai sensi dell'art. 97 Cost. e dalla legge sul procedimento amministrativo (L. 241/90).¹¹⁸

Il c. 3 prosegue prevedendo due presupposti: l'adeguatezza dell'acquirente e l'esistenza di cd. “legami sospetti”. L'acquirente, trasmettendo le informazioni necessarie ex c. 5, dimostra di essere un soggetto adeguato ai fini della “regolare prosecuzione delle attività, al mantenimento del patrimonio tecnologico, anche con riferimento alle attività strategiche chiave, alla sicurezza e alla continuità degli approvvigionamenti, oltre alla corretta e puntuale esecuzione degli obblighi contrattuali assunti nei confronti di pubbliche amministrazioni”.¹¹⁹

I legami sospetti sono invece individuati alla lett. b dello stesso comma tra l'acquirente e paesi terzi che: (i) non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto; (ii) non rispettano le norme del diritto internazionale; (iii) hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale; (iv) hanno rapporti con organizzazioni criminali o terroristiche. Sul punto, la mente volge istintivamente lo sguardo verso la Federazione russa, alla luce del conflitto in Ucraina. Sebbene la violazione delle norme del diritto internazionale sia in qualche modo discutibile,¹²⁰ IED di investitori collegati all'apparato statale russo potrebbero subire il terzo parametro: l'assunzione di comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale. Gli eventi ucraini vi rientrano sicuramente per via delle minacce alla sicurezza europea e per le crisi umanitaria, alimentare ed energetica. La lett. b tiene conto delle posizioni ufficiali dell'Unione europea: si rammenti la Comunicazione della Commissione europea del 6 aprile 2022 per la quale “il rischio che gli [IED] da parte di investitori russi e bielorusi possano costituire una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico si è notevolmente ampliato”. Si ricordano anche l'art. 2 del Regolamento (UE) 2014/833: ad oggi è vietato “vendere, fornire, trasferire o esportare, direttamente o indirettamente, i beni e le tecnologie a duplice uso a qualsiasi persona fisica o giuridica, entità od organismo in Russia, o per

¹¹⁶ Cfr. *supra* §1.1.3.

¹¹⁷ Cons. St., sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, §1

¹¹⁸ Sul punto Corte cost., 4 marzo 1997, n. 59 e nello stesso senso le precedenti sentt. 1/1989, 10/1980, 123/1968.

¹¹⁹ La dubbia sintassi dell'art. 1 c. 3 lett. a ha portato a interpretazioni alternative dell'inciso sull'adeguatezza dell'acquirente; tuttavia, gli autori non ne riconoscono conseguenze concrete nella scelta esegetica della norma. Per un maggior approfondimento, si consiglia la lettura di V. Donativi, *Golden powers. Profili di diritto societario*, Giappichelli, 2019, pp. 18 ss.

¹²⁰ Sul punto si veda il carattere sibillino dell'art. 51 Carta delle Nazioni Unite in merito alla notifica al Consiglio di Sicurezza dell'uso della forza per legittima difesa. Argomento utilizzato dalla Federazione russa per giustificare le proprie attività militari.

un uso in Russia”. In ottica di esclusione degli operatori russi dal mercato europeo, l’art. 5-duodecies del regolamento citato prevede inoltre che “È vietato aggiudicare o proseguire l’esecuzione di qualsiasi contratto di appalto pubblico o di concessione rientrante nell’ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici”.

Si tenga conto che sul punto alcuni commentatori si sono interrogati sull’opportunità di aver escluso – sia nella normativa italiana che europea – qualsiasi riferimento a particolari enti privati, come ad esempio le *big data companies* le quali “capitalizzano oltre mille miliardi di dollari [e] rappresentano un potere (se non un pericolo) maggiore di quello che possono avere gran parte degli Stati sovrani”.¹²¹

Per i soggetti esterni all’Unione europea valgono ulteriori presupposti inseriti al c. 3-bis dal d.L. 105/2019 secondo il quale il Governo può considerare altresì ulteriori circostanze relative al controllo pubblico del soggetto acquirente o il coinvolgimento di quest’ultimo in attività che incidono sulla sicurezza, sull’ordine pubblico o infine di carattere illegale o criminale.

L’art. 1 c.1 lett. b prevede il potere di veto della Presidenza sulle delibere, atti o operazioni che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi di rilevanza strategica. Ai fini dell’esercizio del potere di veto, il c.2 inserisce un ulteriore nucleo di presupposti: la rilevanza strategica dei beni o delle imprese, l’idoneità dell’assetto risultante, la sicurezza delle informazioni relative alla difesa militare, gli interessi internazionali dello Stato e la sua protezione territoriale.

b) I presupposti per i poteri speciali ex art. 1-bis

L’art. 1-bis è stato di recente sostituito e il Governo con il Decreto Ucraina-bis ha cambiato approccio in materia di tecnologie 5G e sicurezza cibernetica. L’originale art. 1-bis differiva dagli altri due pilastri del decreto-legge solo per le attività ritenute strategiche: i poteri speciali erano invece simili. Il nuovo testo invece ha introdotto un nuovo potere di veto. Infatti, le imprese che intendano acquisire, a qualsiasi titolo, beni o servizi relativi ai settori *ex art. 1-bis* devono presentare un piano annuale dei suddetti titoli: principalmente si tratterà di contratti di fornitura e manutenzione.¹²² Qui l’oggetto dell’approvazione governativa sono le strategie commerciali delle imprese italiane, in sostanza, i piani preventivi di spesa per rami, anche rilevanti, delle aziende interessate nelle tecnologie 5G e nella sicurezza cibernetica.

I presupposti per l’esercizio del veto sono rinvenibili ai commi 4 e 7. Nel primo, si riconosce il riferimento alla difesa e alla sicurezza nazionale come per l’art. 1. Sul punto, si potrebbe ravvisare

¹²¹ Cfr. M. Rescigno, “Il nuovo Regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti: integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell’Europa”, *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, fasc. 5, p. 853

¹²² Cfr. art. 1-bis c. 2 d.L. 21/2012

come le forme più sviluppate di tecnologia rappresentino ormai una nuova frontiera della difesa nazionale, tale da meritare la medesima attenzione delle attività prettamente militari.

Il comma 7, VI periodo prescrive invece i possibili fattori di vulnerabilità che giustificherebbero le ispezioni e le verifiche tecniche in una fase successiva all'approvazione del piano annuale: l'integrità e la sicurezza delle reti, dei dati che vi transitano o dei sistemi oggetto del provvedimento di esercizio dei poteri speciali. Questi ultimi possono leggersi anche come presupposti per l'esercizio successivo del potere di revoca o modifica del dPCM di convalida emesso.¹²³ Al fine di supportare le attività di monitoraggio della Pubblica Amministrazione, è richiesto all'impresa di notificare ogni attività esecutiva posta in essere e una relazione periodica semestrale sulle attività in corso.¹²⁴

c) I presupposti per i poteri speciali ex art. 2

L'art. 2 è la macroarea più estesa e la base giuridica su cui il legislatore a più riprese amplia l'ambito di azione del *golden power*. Gli ambiti sono divisi tra c. 1 (energia, trasporti e comunicazioni) e c. 1-ter che oggi rinvia all'art. 4 par. 1 Reg (UE) 2019/452.

I commi 2 e 2-bis riconoscono alla Presidenza del Consiglio il potere di veto sul trasferimento degli attivi strategici rispettivamente come definiti dai commi 1 e 1-ter. Il presupposto per l'esercizio dei poteri speciali è la sussistenza di situazioni eccezionali, non disciplinate dalla normativa nazionale ed europea di settore di minaccia di grave pregiudizio. La minaccia, a differenza dell'art. 1, è in questo caso relativa alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti. Sul punto il prof. Donativi evidenzia la differenza di interessi tutelati dall'art. 2 e dalle diverse dinamiche Stato-mercato. Gli attivi strategici *ex art. 1* sono strettamente connessi alla sicurezza e all'integrità nazionale; d'altra parte, i settori *ex art. 2* hanno sì un'importanza strategica per il sistema Paese, tuttavia, non sostengono la sensibilità di informazioni che potrebbero avere tecnologie o imprese che collaborano strettamente con l'Esercito italiano.¹²⁵ La discussione, tuttavia, rimane soltanto teorica e probabilmente anche archiviata: l'estensione avvenuta nel c. 1-ter del decreto, ha ricompreso anche alcune tecnologie sensibili ai fini della sicurezza nazionale che per loro natura rimangono (per il momento) fuori dalla sfera militare: ad es., l'intelligenza artificiale, le tecnologie con potenziali applicazioni a doppio uso, la tecnologia spaziale o nucleare.

L'art. 2 c.5 introduce invece un potere di veto all'acquisto di partecipazioni "di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società [...] ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile e dell'[articolo 120 TUF]". L'obbligo di notifica sussiste in capo ai soggetti esterni all'Unione europea e, a partire dal 2023, anche soggetti

¹²³ Sul punto cfr. art. 1-bis c. 7, 5° periodo d.L. 21/2012

¹²⁴ Art. 1-bis, c. 7, IV-V periodo

¹²⁵ Cfr. V. Donativi, op. cit. nota 104, p. 24

appartenenti all'Unione europea in specifici settori: comunicazioni, energia, trasporti, salute, agroalimentare e finanziario. I presupposti dell'esercizio del *golden power* sono invece prescritti nel successivo c. 6: una minaccia di grave pregiudizio agli interessi essenziali dello Stato (con rinvio al comma 3) ovvero un pericolo per la sicurezza o per l'ordine pubblico. La disposizione prosegue all'11° periodo dove vengono previste alcune circostanze di cui la Presidenza deve tener conto per determinare se uno IED possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico. I parametri sono speculari al già rappresentato art. 1 c. 3-bis.

In conclusione, come rammentato precedentemente, l'art. 25 Decreto Ucraina-bis ha introdotto un nuovo obbligo di notifica all'art. 1 c. 5-bis e all'art. 2 c. 7-bis per gli investimenti '*greenfield*', ovvero investimenti che comportano la costituzione di nuove imprese. L'obbligo di notifica sorge se la nuova impresa opera nelle attività strategiche individuate dalle due disposizioni. Vi è tuttavia una notevole differenza: anche questa dovuta alla minore cautela del d.L. 21/12 nei settori *ex art. 2*. L'unico presupposto della notifica per i settori della difesa e della sicurezza nazionale è la costituzione di nuove imprese il cui oggetto sociale ricomprenda lo svolgimento di attività di rilevanza strategica. L'omologo c.7-bis, invece, prevede l'obbligo di notifica solo "qualora, uno o più soci, esterni all'Unione europea [...] detengano una quota dei diritti di voto o del capitale almeno pari al 10 per cento". Risulta ragionevole la prescrizione dell'art. 2: limita il nuovo obbligo di notifica a quelle imprese che nascono già sotto l'influenza di un soggetto extra-UE.¹²⁶ L'art. 1 c. 7-bis invece, oltre a non specificare i poteri in concreto esercitabili, si scontra con il Registro Nazionale Imprese (cd. "RNI") tenuto presso il Ministero della Difesa ed istituito con L. 185/90.¹²⁷ A maggior ragione se si considera che lo scrutinio della notifica *golden power* sarebbe nella maggior parte dei casi competenza dello stesso Ministero che procede alla registrazione nel RNI. Dalla relazione annuale 2022 si evince che il legislatore ha ritenuto necessario integrare la disciplina "a fronte della crescente importanza di tali tipologie di investimenti"¹²⁸ con quindi l'intenzione di esercitare il controllo governativo in quegli scenari in cui l'attivo strategico non circola bensì viene 'creato' per la prima volta. Sebbene l'intento del legislatore di colmare qualsiasi possibile lacuna della disciplina sia condivisibile, come analizzato *supra* per le grandi operazioni *cross border*,¹²⁹ sarebbe forse

¹²⁶ Si pensi anche ai casi di *joint ventures*. Un soggetto italiano che rimane formalmente tale, si accorda con un soggetto extra-UE nell'ambito di un *joined development agreement*, e opera con quest'ultimo sul mercato italiano per tramite di una società terza.

¹²⁷ Per un maggior approfondimento, cfr. D.M. 29 settembre 2021 il quale illustra le categorie di materiali militari che originano l'obbligo di iscrizione al RNI: tra queste si rinvengono anche le tecnologie individuate con dPCM 108/2014.

¹²⁸ Relazione al Parlamento in materia di esercizio dei poteri speciali, anno 2022, p. 9, consultabile al seguente link: <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/docnonleg/47144.htm>

¹²⁹ Cfr. *supra* §1.2

ravvisabile una riflessione sulle dinamiche inter-istituzionali e prospettare una qualche coordinazione dei molteplici procedimenti.

1.3.2. Il Regolamento (UE) 2019/452

Il Reg (UE) 2019/452 (di seguito il “Regolamento”) nasce da uno specifico mandato del Consiglio europeo del 22 marzo 2019. I leader europei hanno delegato alle istituzioni competenti l’emanazione di un quadro comunitario in materia di meccanismi di controllo degli IED nell’ambito di una generale rivalutazione delle politiche commerciali europee che investe anche gli appalti pubblici, il mercato digitale, l’intelligenza artificiale e le reti di quinta generazione.¹³⁰

Come per le scelte legislative nazionali, anche il legislatore europeo si trova ad un bivio: stimolare gli investimenti provenienti dall’estero per una serie di motivi (vedi *supra* §1.2); tutelare la sicurezza dell’Unione. Un’attenzione maggiore si può notare di primo impatto in riferimento ai diritti fondamentali che non vengono invece citati dal legislatore italiano e comportano, almeno per il momento, sensibilità parzialmente diverse: si veda ad esempio il caso del pluralismo dei media, settore economico introdotto nella legislazione nazionale solo in sede di recepimento del Regolamento.

Il Considerando 2 è particolarmente chiaro: “l’Unione e gli Stati membri presentano un contesto aperto agli investimenti, sancito dal [TFUE] e incluso negli impegni internazionali dell’Unione e dai suoi Stati membri in relazione agli investimenti esteri diretti”. Tuttavia, l’apertura agli IED non può escludere la tutela degli interessi essenziali di sicurezza degli Stati membri. Il Regolamento si offre di predisporre una posizione di equilibrio tra gli interessi confliggenti. Come testimoniato dal professor Rescigno, “la materia è alla ricerca di un punto di equilibrio tra ragioni della politica [...] e ragioni dell’economia [...]. Un equilibrio che comunque necessariamente richiede regole trasparenti, ragionevoli e proporzionate di fronte a una economia inevitabilmente globale.”¹³¹

Il Regolamento detta quindi dei principi base comuni a tutte le normative nazionali: la certezza del diritto, la predeterminazione dei presupposti all’esercizio in concreto dei poteri speciali, la reclamabilità del provvedimento governativo, la trasparenza del procedimento amministrativo, il principio di non discriminazione. Resta salva, comunque, l’autonomia decisionale degli Stati membri nella definizione dei meccanismi di controllo: in particolare, nel contenuto dei poteri speciali.¹³²

¹³⁰ Le Conclusioni del Consiglio europeo del 22-23 marzo 2019 sono consultabili in inglese al seguente link:

<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/03/22/european-council-conclusions-22-march-2019/>

¹³¹ Cfr. M. Rescigno, op. cit. nota 106, p. 850

¹³² Cfr. Considerando 8, Reg UE 2019/452

Il Regolamento ha sicuramente avuto un impatto decisivo nell'armonizzare alcuni caratteri fondamentali della disciplina, come ad esempio la definizione di investimento estero diretto, prevista all'art. 2 n. 1: "un investimento di qualsiasi tipo da parte di un investitore estero inteso a stabilire o a mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore estero o l'impresa cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato membro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un'attività economica".

La definizione coniata dal legislatore si allinea a quella prestata dalla Corte di Giustizia in un parere del 2015 dove compare per la prima volta il concetto di 'legame durevole e diretto'.¹³³ La difficoltà interpretativa di questa nozione incorre per il caso degli investimenti di portafoglio: speculazioni finanziarie di breve termine con scopo di lucro predominante rispetto allo scopo di controllare la società *target*. Il Considerando 9 esprime la posizione, seppur non proprio netta, delle istituzioni europee: "Il presente Regolamento non dovrebbe tuttavia riguardare gli investimenti di portafoglio". L'esclusione non convince del tutto: anche strategie di *portfolio management* possono celare intenzioni a lungo termine e diventare mezzi di elusione delle norme a vigilanza degli IED. Si pensi ad esempio alle acquisizioni annuali di partecipazioni al di sotto della soglia opa; o peggio alle dinamiche di contratti *derivative* che condizionano le reali intenzioni di alcuni soci speculatori al momento delle assemblee.¹³⁴

Un ulteriore aspetto lasciato alla discrezione degli Stati membri è l'ipotesi di controllo "potenziale". Nell'ambito italiano, l'aspetto è ragionevolmente chiaro in quanto il d.L. 21/12 fa espresso riferimento all'art. 2358 c.c. e agli artt. 120 ss. TUF per definire l'acquisizione di controllo sulla società. La nozione prevista in sede UE lascerebbe invece margine per situazioni di controllo peculiari e indirette. Si pensi, per un'analisi più vicina ai canoni del diritto societario italiano, all'ipotesi della dichiarazione di attività di direzione e coordinamento *ex art. 2497-bis c.c.* in cui inavvertitamente finiscono tutte quelle situazioni, offerte dalla realtà economica, in cui una società ne controlla un'altra, anche al di fuori della definizione *ex art. 2358 c.c.* Mentre appunto queste fattispecie sono escluse dalla vigente normativa di *golden power*, il prof. Rescigno propone una soluzione alternativa: una mera notifica alla Presidenza senza possibilità di esercizio dei poteri speciali.¹³⁵ La proposta potrebbe completare quella funzione di controllo pubblico che assume il

¹³³ CGUE, Parere n. 2/2015, 16 maggio 2017, §80

¹³⁴ Per un maggior approfondimento sulle strategie di *hidden ownership* v. H. Hu, B. Black, "The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (morphable) Ownership", *Southern California Law Review*, 2006, Vol. 79, No. 4; per i risvolti *golden power* v. G. Napolitano, "Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale", *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2019, Fasc. 1, p.8; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 2017, pp. 232 ss, 368 ss.

¹³⁵ Cfr. M. Rescigno, *op. cit.* nota 106, p. 856.

Governo dinanzi a investimenti in settori strategici e potrebbe anche qualificarsi come strumento giuridico contro elusioni del meccanismo di controllo degli IED, come richiesto dall'UE nel Considerando 10. Si può però argomentare come una disposizione del genere aumenterebbe potenzialmente il numero di notifiche presso la Presidenza con maggiore *compliance* per le società e d'altra parte un maggior carico di lavoro – probabilmente spesso inutile - per gli uffici pubblici. Un prevedibile aumento delle notifiche rischierebbe di rendere meramente formale il controllo della Presidenza, viste le risorse a disposizione.

Il Regolamento presenta due ulteriori pregi: l'individuazione di criteri oggettivi e l'istituzionalizzazione dei meccanismi di controllo degli Stati UE.

Sul primo fronte, è particolarmente apprezzabile l'art. 4 par. 1 che introduce cinque macro-aree di controllo pubblico: le infrastrutture critiche, le tecnologie critiche, i sistemi di approvvigionamento, le informazioni sensibili, i media. Fatta salva la possibilità per gli Stati membri di ampliare i settori economici di interesse,¹³⁶ la sistematica offerta dal Regolamento appare completa e sufficiente. Se si pensa al legislatore del d.L. 21/12, l'UE, quasi un decennio dopo, ha preferito utilizzare una nozione di "sicurezza e ordine pubblico" più estensiva, non limitata alle tecnologie militari e alle infrastrutture. Come ricordato precedentemente, il legislatore europeo ha dato maggiore attenzione ai diritti fondamentali come giustificazione dell'intervento pubblico: il diritto alla salute, il diritto ad un'informazione plurale e trasparente, il diritto di voto.

L'art. 4 par. 2 prevede invece criteri oggettivi in sede di accertamento dei rischi di un investitore estero. Parametri simili erano già previsti nella legislazione italiana, per i quali si rinvia al precedente subparagrafo.

Fino all'entrata in vigore del Regolamento, come noto, esistevano già meccanismi di controllo in 14 Stati membri, compresa l'Italia. Indubbiamente le cancellerie avranno avuto modo di interfacciarsi per alcuni IED particolarmente critici e le tematiche affrontate in sede di controllo sono comunque oggetto di discussioni abituali in sede PESC e in altre sedi competenti europee. Il Regolamento invece ha inteso istituzionalizzare i rapporti orizzontali tra Stati membri e verticali con la Commissione europea. Oltre agli aspetti organizzativi dei meccanismi di cooperazione (v. *infra* §1.5), ulteriore enfasi a queste dinamiche inter-istituzionali proviene dalla Comunicazione pubblicata il 23 marzo 2020 in cui si ricorda l'art. 7 par. 8 del Regolamento secondo il quale gli altri Stati membri possono inviare osservazioni allo Stato destinatario dello IED entro 15 mesi dalla realizzazione dello stesso. Sul punto la Commissione segnala agli investitori come questo nuovo meccanismo di cooperazione potrebbe comportare decisioni dello Stato destinatario anche successive all'attuazione

¹³⁶ Cfr. Commissione europea, Comunicazione, 26 marzo 2020, 2020/C 99 I/01, p. 3

dell'investimento.¹³⁷ Almeno nell'ambito italiano, questa ipotesi di intervento *post*-investimento era particolarmente residuale nell'eventualità di un procedimento d'ufficio della Presidenza.

Emanato a marzo 2019, il Regolamento ha in qualche modo anticipato le esigenze che sarebbero sorte con le sfide internazionali dei primi anni Venti del nuovo millennio. La pandemia COVID-19, prima, e la crisi energetica, dopo, hanno comportato un nuovo approccio dell'UE nei confronti dei mercati e degli Stati. Prima dell'entrata in vigore del testo, la Commissione UE ha riconosciuto la necessità di maggiori delucidazioni con la già citata Comunicazione di marzo 2020. La chiave di lettura offerta sembra quasi invogliare gli Stati membri a rendere il proprio controllo pubblico il più ampio possibile: sollecita gli Stati membri ad utilizzare e a dotarsi di meccanismi di controllo; cita esplicitamente l'inclusione delle start-up nell'ambito di applicazione; infine, propone l'emissione di nuove *golden shares* come ulteriore strumento oltre al *golden power*. Una Commissione europea ben diversa dai primi anni Duemila in cui furono poste al setaccio le azioni dorate di quasi tutti gli Stati membri.

In conclusione, il Regolamento è sicuramente apprezzabile nei suoi termini generali in quanto è il primo sforzo europeo concreto verso un'armonizzazione della materia che non passi solo per uno scrutinio giurisdizionale di singoli casi ma per scelte legislative attente che vanno inevitabilmente anche a condizionare gli approcci nazionali. È condivisibile, purtroppo, il timore del prof. Scarchillo che intravede in questo movimento internazionale “il pericolo di una “guerra” internazionale economica tra ordinamenti nazionali impegnati a difendersi dalle reciproche legislazioni protezionistiche”.¹³⁸ Come da buona prassi europea, l'art. 15 Regolamento prevede una valutazione quinquennale, a partire da ottobre 2023, sul funzionamento e l'efficacia dell'atto legislativo. Il par. 2 incoraggia una modifica periodica del testo.

1.3.3. Le fonti secondarie

Nonostante le ormai rilevanti dimensioni del d.L. 21/12, grande spazio è lasciato alla normativa secondaria. Si contano un totale di undici deleghe tra dPCM e regolamenti. Talvolta è anche prevista la deroga all'art. 17 l. 400/1988, disciplinante l'emanazione di regolamenti.¹³⁹ In particolare, a differenza dell'art. 17 c.2, il legislatore *golden power* puntualizza che il parere delle Commissioni parlamentari competenti sugli schemi di decreto sia meramente debole. Infatti “il parere [...] è reso entro trenta giorni dalla data di trasmissione degli schemi di decreto, decorsi i quali i decreti sono

¹³⁷ Cfr. Comunicazione cit. nota 115, p. 4

¹³⁸ Cfr. G. Scarchillo, “Golden powers e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei. Un primo commento al Regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti”, *Diritto del Commercio Internazionale*, 2020, fasc. 2, p. 584

¹³⁹ Cfr. art. 1-bis c. 2, c. 9; art. 2 c. 1, c. 1-ter; art. 2-quater c.1, c. 2-bis d.L. 21/12.

adottati anche in mancanza di parere.”¹⁴⁰Il tema non è di poca importanza ai fini delle procedure legislative: la volontà di rendere più rapida l’emanazione di alcuni regolamenti rispetto ad altri è marcata da ulteriori formule presenti nel decreto-legge. In particolare, la delega per l’individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale prevede solo una “previa comunicazione alle Commissioni parlamentari competenti”;¹⁴¹d’altra parte l’art. 2 c.9 specifica come l’adozione del regolamento per le modalità organizzative debba avvenire ai sensi dell’art. 17 c.1 l. 400/88. Infine, il d.L. 105/2019 ha previsto addirittura una modifica alla procedura di emanazione dei regolamenti attuativi di individuazione delle reti, degli impianti, dei beni e dei rapporti di rilevanza strategica *ex art. 2*: il testo originale richiedeva l’attuazione per mezzo di “uno o più regolamenti, adottati ai sensi dell’articolo 17”; dal 2019 “con uno o più [dPCM] [...] anche in deroga all’articolo 17”.

Le fonti secondarie emanate possono suddividersi in due categorie: sostanziale e formale. I decreti cd. “sostanziali” si occupano dell’individuazione delle attività strategiche che comportano l’obbligo di notifica in capo agli investitori esteri, nonché le ipotesi di esclusione. I decreti “formali” disciplinano le procedure amministrative e l’organizzazione interna alla Presidenza del Consiglio per le attività propedeutiche all’esercizio dei poteri speciali.

I decreti sostanziali in vigore sono: (i) il dPCM 6 giugno 2014, n. 108; (ii) il dPCM 23 dicembre 2020, n. 180; (iii) il dPCM 18 dicembre 2020, n. 179. Il decreto-legge prevede l’aggiornamento almeno triennale dei suddetti regolamenti,¹⁴² tuttavia questo è avvenuto solo due volte. E’ ragionevole concludere che difficilmente gli attivi strategici possano variare in misura rilevante nel termine limitato di tre anni e forse il decreto-legge dovrebbe prevedere un obbligo di revisione per la Presidenza da documentare e pubblicare nell’ambito della relazione annuale al Parlamento, anziché l’attuale obbligo di aggiornamento.

Il dPCM 108/2014 sostituisce il dPCM 253/2012 nell’individuare le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale. Il nuovo decreto è innovativo rispetto al precedente in quanto include anche le attività di rilevanza strategica di competenza del Ministero dell’interno. L’atto, deliberato dal Consiglio dei Ministri su proposta congiunta di Ministero della difesa e dell’interno, circoscrive innanzitutto il perimetro dei sistemi e materiali che secondo il Ministero della difesa possono comportare attività di rilevanza strategica. L’art. 1 conferisce particolare attenzione ai sistemi Comando, Controllo, Computer e Informazioni (cd. “C4I”): l’insieme

¹⁴⁰ La formula è prevista nelle deleghe a decreti di individuazione delle attività strategiche. Cfr. art. 1-bis c.1; art. 2 c. 1, c. 1-ter d.L. 21/12.

¹⁴¹ Cfr. art. 1 c.1 d.L. 21/12.

¹⁴² Cfr. art. 1 c. 7; art. 2 c.1 ultimo periodo, c.1-ter ultimo periodo d.L. 21/12.

delle tecnologie informatiche che fungono da moltiplicatore di forza nelle operazioni militari assicurando il transito e l'elaborazione di informazioni tattiche. Sono inoltre incluse anche le tecnologie di riduzione della segnatura radar ('*stealthness*') e i Materiali Radar Assorbenti (RAM).

Gli attivi strategici individuati con dPCM 108/2014 sono stati oggetto di impugnazione 'indiretta' nel già citato caso dinanzi al TAR Lazio (sent. 11508/2022). La società ricorrente Vivendi S.A. infatti aveva proposto un rinvio pregiudiziale mettendo in questione se l'individuazione del dPCM rispettasse i requisiti di specificità, restrittività e proporzionalità richiesti dalla giurisprudenza della Corte. Inoltre, lamentava l'insufficienza della motivazione del provvedimento sanzionatorio per mancata notifica afferendo che non avrebbe potuto notificare prima dell'accesso agli atti in quanto non aveva altro modo per conoscere della sussistenza delle dell'obbligo. A ragione, la Presidenza ha resistito questa censura argomentando che "la tesi della ricorrente secondo cui [l'investitore] non potrebbe avere consapevolezza di tali dati prima che le Amministrazioni interessate esprimano una qualificazione in tale senso, implicherebbe l' inapplicabilità, in assoluto, degli obblighi di notifica di cui all'art. 1 del decreto citato che, al contrario, devono essere ancorati ad un elemento formale (l'acquisto della partecipazione) proprio in quanto preordinati, in via prudenziale, a consentire alle Amministrazioni di esprimersi al riguardo."¹⁴³ La Presidenza rafforza la propria difesa ricordando che l'acquirente effettua 'fisiologicamente' adeguati accertamenti sulla società target "al fine di valutare la bontà dell'investimento e poterne rendere conto ai propri azionisti".¹⁴⁴ Tra l'altro, questa attenzione degli investitori si è tradotta nella prassi commerciale di elaborare condizioni sospensive in merito a qualsiasi autorizzazione amministrativa o governativa necessaria ai fini dell'attuazione dell'operazione concordata con la società target. Se tradizionalmente queste condizioni erano immaginate ai fini antitrust e magari in caso di regolamentazione per settori specifici, è ormai prassi invalsa citare esplicitamente nelle previsioni contrattuali anche l'autorizzazione governativa ai sensi del d.L. 21/2012 e qualsiasi altra autorizzazione omologa richiesta dalle normative di altri Stati.¹⁴⁵

Il dPCM 180/2020 sostituisce il DPR 85/2014 nella individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. I due atti sono pressoché identici: il legislatore del 2020 ha solo aggiunto tra gli attivi strategici nel settore trasporti (art. 2) anche gli interporti di rilievo nazionale e le reti stradali e autostradali di interesse nazionale. Una

¹⁴³ Sent. cit. nota 80, p.7

¹⁴⁴ Id.

¹⁴⁵ La prassi è confermata da A. Busani, 'Divieti e limitazioni per le operazioni societarie derivanti dalla normativa "golden powers"', *Le Società*, 1/2023, p. 9. Cfr. anche V. Donativi, op. cit. nota 118, p. 219; *contra* A. Triscornia, 'Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario', *Rivista delle Società*, 4/2019, p. 733 ss., p. 773.

scelta ragionevole che completa il ciclo dei trasporti commerciali insieme a porti, aeroporti e rete ferroviaria.

La fonte secondaria necessiterebbe di aggiornamento alla luce delle modifiche apportate all'art. 2 c.1 d.L. 21/12 dai d.L. 21/2022 e d.L. 50/2022 che hanno inserito anche le “concessioni di grande derivazione idroelettrica e di coltivazione di risorse geotermiche”. Al momento i decreti attuativi, in materia di energia elettrica, individuano solo le infrastrutture di approvvigionamento da altri Stati (art. 1 c. 2 lett. b dPCM 180/2020) e la rete nazionale di trasmissione (lett. c). Con una lettura estensiva, le integrazioni previste nella fonte primaria potrebbero essere riconducibili alle “attività economiche di rilevanza strategica svolte nel settore” (art. 3 lett. e, dPCM 179/2020). Tuttavia, il legislatore non si è espresso in particolare sulle fonti energetiche e sarebbe auspicabile maggiore chiarezza sul punto.

Con il dPCM 179/2020 si è data attuazione all'art. 2 c. 1-ter d.L. 21/12 individuando “beni e rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale, ulteriori rispetto a quelli indicati nei decreti di cui [all'art. 1 c.1 e art. 2 c.1] nei settori¹⁴⁶ di cui all'art. 4 par. 1 del regolamento (UE) n. 2019/452”. Rispetto ai precedenti decreti attuativi, il dPCM 179/2020 ha il pregio di offrire maggiore chiarezza. Innanzitutto, il suo art. 2 definisce i parametri con il quale la Presidenza ha perimetrato gli ulteriori attivi strategici: le infrastrutture, le tecnologie, i fattori produttivi e le informazioni critici; infine, le attività economiche di rilevanza strategica. Nelle disposizioni successive, infatti, i beni e rapporti sono individuati nei vari settori in base a questa classificazione. Il decreto si riserva comunque un requisito-soglia: sono ritenute di rilevanza strategica le attività economiche svolte nel settore di riferimento da imprese che realizzano “un fatturato annuo netto non inferiore a 300 milioni di euro e aventi un numero medio annuale di dipendenti non inferiore a duecentocinquanta unità”. Tale locuzione è presente agli artt. 3 (*Beni e rapporti nel settore dell'energia*), 4 (*Beni e rapporti nel settore dell'acqua*), 5 (*Beni e rapporti nel settore della salute*), 8 (*Beni e rapporti nel settore finanziario, ivi compreso quello creditizio e assicurativo, e delle infrastrutture dei mercati finanziari*) e 12 (*Prodotti a duplice uso*).

Tutti i decreti citati prescrivono due esclusioni all'esercizio dei poteri speciali del Governo: la presenza di specifica regolamentazione di settore e le operazioni infragruppo.

“Fermo restando gli obblighi di notifica, [...] i poteri speciali si applicano nella misura in cui la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico [...] non sia adeguatamente garantita dalla sussistenza di una specifica regolamentazione [...] connessa a uno specifico rapporto concessorio”¹⁴⁷. Questa prima

¹⁴⁶ Si rinvia al §1.1.4 per la specificazione dei settori.

¹⁴⁷ Cfr. art. 14 c.1 dPCM 179/2020; art. 4 c.1 dPCM 180/2020.

limitazione del *golden power* corre il rischio di rimanere solo un buon proposito. “[La r]egolamentazione di settore [...] mira *in primis* ad altri obiettivi se si vuole limitofri ma non sovrapponibili a quelli perseguiti dalla disciplina in tema di *golden powers*, con conseguente rischio di un’applicazione in ogni caso estremamente diffusa (in quanto anche solo precauzionale) delle notifiche in esame.”¹⁴⁸ Inoltre, i decreti ignorano la recente riforma che ha introdotto un ulteriore obbligo di notifica alla costituzione di nuove imprese nei settori strategici. Sono diverse le Autorità indipendenti e di vigilanza che tengono registri di settore: paradossalmente il neonato obbligo di notifica, non ancora incluso nell’esclusione delle norme attuative citate, potrebbe essere l’unico caso in cui la clausola di specifica regolamentazione di settore avrebbe una concreta applicazione.

Non si applicano invece i poteri speciali *ex art. 2 cc. 2-bis e 5 d.L. 21/12* ogniqualvolta gli atti e le operazioni sono posti in essere all’interno del medesimo gruppo, si tratti di alcune operazioni straordinarie¹⁴⁹ e queste non comportino determinate conseguenze: ad esempio, il trasferimento della sede sociale al di fuori dell’Unione europea o il mutamento dell’oggetto sociale. La previsione è sempre accompagnata da una clausola di disapplicazione in presenza di elementi informativi circa la minaccia di un “grave” pregiudizio per gli interessi pubblici. Questa ‘eccezione dell’eccezione’ è particolarmente opaca in quanto non vi è alcuna definizione di gravità e questa dovrà essere valutata in autonomia dai soggetti privati. Per giunta, l’introduzione del procedimento *ex officio* a partire dal 2020, comporta il rischio di sanzioni per la mancata notifica del privato. Di conseguenza, la prudenza dei privati tenderà ad ignorare l’eccezione delle operazioni infragruppo e accettare i costi aggiuntivi di *compliance* e di tempo.

Infine, le procedure per l’attivazione dei poteri speciali sono disciplinate dal (i) dPR 19 febbraio 2014, n. 35; (ii) dPR 25 marzo 2014, n. 86; (iv) dPCM 1 agosto 2022, n. 133.

I due decreti del Presidente della Repubblica, rispettivamente attuativi dell’art. 1 e dell’art. 2 d.L. 21/12, sono speculari nella disciplina e differiscono solo nelle competenze ministeriali.

Entrambi i decreti delegano poi alla Presidenza del Consiglio dei Ministri l’emanazione di un dPCM per individuare le modalità organizzative e procedurali per lo svolgimento delle attività propedeutiche. Il dPCM 6 agosto 2014 è stato di recente abrogato e sostituito dal dPCM 133/2022.¹⁵⁰ L’art. 3 dPCM 6 agosto 2014 istituisce il gruppo di coordinamento. Il gruppo è centrale per l’organizzazione dei procedimenti amministrativi di *golden power*. È presieduto dal Segretario generale della Presidenza del Consiglio e ne fanno parte: i responsabili degli Uffici dei Ministeri

¹⁴⁸ F. Riganti, “I golden powers italiani tra ‘vecchie’ privatizzazioni e ‘nuova’ disciplina emergenziale”, *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2020, n. 4, p. 887

¹⁴⁹ Fusioni, scissioni, incorporazioni ovvero cessioni, anche di quote di partecipazione.

¹⁵⁰ Art. 15 dPCM 133/2022

assegnati alla gestione dei procedimenti amministrativi del d.L. 21/12, il Consigliere militare del Presidente del Consiglio, il Consigliere diplomatico, il Capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo, il Capo del Dipartimento per le politiche europee, il Capo del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica.

1.4. IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO PER L'ESERCIZIO DEI POTERI SPECIALI

Il procedimento amministrativo relativo al *golden power* è simile per tutti gli obblighi di notifica, eccezion fatta per il nuovo testo dell'art. 1-bis in merito alla presentazione dei piani annuali il quale verrà approfondito nel prossimo capitolo. Il d.L. 21/12 dispone gli obblighi di notifica, i termini dei procedimenti, le sanzioni che la Presidenza del Consiglio dei Ministri può irrogare e, dal 2020, l'ipotesi di procedimento *ex officio* per le notifiche ex art. 1 commi 4 e 5 e ex art. 2 commi 2, 2-bis e 5.¹⁵¹ Entrambe le disposizioni 'cardine' del decreto-legge delegano poi a "regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1998, n. 400" la definizione delle modalità organizzative: i DPR 35/2014 e 86/2014. A loro volta, i DPR delegano ad un dPCM la definizione degli uffici ministeriali responsabili del procedimento e ulteriori precisazioni in merito alle attività da svolgere prima e dopo la deliberazione del Consiglio dei Ministri in merito all'esercizio dei poteri speciali. In breve, l'attività propedeutica e l'attività di monitoraggio.

Salvo il caso di procedimento *ex officio*, il primo atto è la notifica da parte del soggetto individuato di volta in volta nel d.L. 21/12. L'obbligo di notifica alla Presidenza del Consiglio dei Ministri non presenta sempre un termine. L'art. 1 c. 4, ad esempio, prevede la notifica dell'"informativa completa sulla delibera, sull'atto o sull'operazione da adottare". Si presume quindi che non sussista un termine preciso, bensì un onere della società *target* a notificare affinché possa procedere il più rapidamente possibile alla deliberazione, all'atto o alla conclusione dei contratti dell'operazione. L'impossibilità materiale di procedere agli atti prima del decorso dei termini del procedimento di *golden power* è esplicitato successivamente all'ottavo periodo del comma: "Decorso i predetti termini l'operazione può essere effettuata". Infine, decimo e undicesimo periodo dispongono le conseguenze di delibere o atti adottati in violazione dell'obbligo di notifica: nullità delle delibere e degli atti, potere sanzionatorio del Governo di ingiungere alle parti di "ripristinare a proprie spese la situazione anteriore".¹⁵² L'art. 2 sembrerebbe in prima battuta meno cautelativo in quanto prevede l'obbligo di notifica entro dieci giorni dalle delibere, atti o operazioni ex art. 2 commi 2 e 2-bis; entro dieci giorni dall'acquisto di partecipazioni ex art. 2 comma 5. Sebbene la notifica sarà successiva, l'oggetto di notifica ai sensi dei commi 2 e 2-bis andrà notificato "comunque prima che vi sia data attuazione". Il comma 4 precisa poi che "Fino alla notifica e comunque fino al decorso dei termini previsti dal presente comma è sospesa l'efficacia della delibera, dell'atto o dell'operazione rilevante."¹⁵³ Analoga sospensione colpisce i diritti di voto o comunque quelli aventi contenuto

¹⁵¹ Art. 1 c. 8-bis; art. 2 c. 8-bis, d.L. 21/2012. I commi sono stati aggiunti dall'art. 16 c. 1 lett. d, d.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla Legge 5 giugno 2020, n. 40.

¹⁵² Art. 1 c. 4, XI periodo, d.L. 21/2012

¹⁵³ Art. 2 c. 4, VIII periodo, d.L. 21/2012

diverso da quello patrimoniale per quanto riguarda gli acquisti di partecipazioni.¹⁵⁴ Si tratta quindi di una finta agevolazione: la legge permette la deliberazione, la conclusione dell'atto o dei contratti tuttavia ne sospende l'esecuzione. L'unica tangibile differenza tra art. 1 e art. 2 è il regime di responsabilità nell'ambito dei progetti di investimento: nei procedimenti *ex art. 1*, le parti avranno una responsabilità di tipo pre-contrattuale nell'ambito del contratto '*master*' da notificare;¹⁵⁵ nei procedimenti *ex art. 2*, le parti avranno già concluso il contratto *master*, molto probabilmente con la condizione sospensiva dell'ottenimento delle autorizzazioni governative, e sussisterà una responsabilità di tipo contrattuale.

La notifica è effettuata secondo la modulistica prescritta dall'art. 12 dPCM 133/2022 e allegata al dSG 17 novembre 2020. Sono predisposti i modelli di notifica "A" per l'art. 1, "B" per l'art. 2.¹⁵⁶ I rispettivi artt. 5 commi 2 dei DPR dispongono ulteriore documentazione da allegare al modello di notifica: la documentazione trasmessa agli organi societari, il progetto industriale, il piano finanziario, il progetto di acquisizione, informazioni dettagliate sull'acquirente e sul suo ambito di operatività, tutte le informazioni idonee a consentire le valutazioni delle pubbliche autorità coinvolte nell'istruttoria.

Il dPCM 133/2022 – e in precedenza il dPCM 6 agosto 2014 – dispone in dettaglio tutti i passaggi del procedimento amministrativo all'art. 5. A seguito della notifica, il Dipartimento per il coordinamento amministrativo trasmette la documentazione ai membri del gruppo di coordinamento e in una sua prima riunione si individua il Ministero responsabile dell'istruttoria e della proposta (lett. b). In tale sede, i componenti del gruppo di coordinamento possono già avanzare il parere di competenza sull'eventuale esercizio dei poteri speciali. In questa prima fase, il Dipartimento per il coordinamento amministrativo comunica alle parti il Ministero competente ovvero che l'operazione non ricade nell'ambito applicativo della normativa (lett. c). Il Ministero competente trasmette poi al gruppo di coordinamento la motivazione della delibera di esercizio dei poteri speciali (lett. d).¹⁵⁷ Il Dipartimento per il coordinamento amministrativo sottopone al Consiglio dei Ministri lo schema di dPCM per la deliberazione dell'esercizio di poteri speciali (lett. e) ovvero la motivazione della

¹⁵⁴ Art. 2 c. 6, VIII periodo, d.L. 21/2012

¹⁵⁵ Nella prassi commerciale, viene comunque firmato un contratto preliminare (*termsheet*, lettera di intenti, offerta vincolante) per cui le parti, per alcuni profili, saranno già sottoposte ad un certo livello di responsabilità contrattuale. Per quanto riguarda la responsabilità pre-contrattuale, si rammenta l'obbligo di informazione e cooperazione delle parti (cfr. Cass. sentt. n. 14865/2000; n. 10014/1994; n. 5920/1985) che potrebbe realizzarsi anche in un obbligo a cooperare ai fini del raggiungimento dell'autorizzazione governativa. Inoltre, la dottrina ritiene esercitabile anche il recesso per giusta causa della controparte (cfr. F. Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu e Messineo, Milano, Giuffrè, 1987, p. 703)

¹⁵⁶ La modulistica è consultabile al seguente link: <https://www.governo.it/it/dipartimenti/dip-il-coordinamento-amministrativo/dica-att-goldenpower-moduli/9297>

¹⁵⁷ La disposizione prevede due termini per la comunicazione: "entro quattro giorni dalla riunione del gruppo [di coordinamento] e comunque almeno quindici giorni prima della scadenza del termine per la conclusione del procedimento". Il secondo termine è stato innovativo rispetto al testo del 6 agosto 2014, a maggiore tutela dei tempi operativi del gruppo di coordinamento e del Consiglio dei Ministri.

delibera di non esercizio, qualora le parti o le Amministrazioni componenti il gruppo di coordinamento abbiano fatto richiesta che la questione venga rimessa al Consiglio dei Ministri (lett. i).

Il dPCM 133/2022 ha introdotto una nuova misura non prevista dalle norme di fonte primaria: le raccomandazioni. L'art. 5 lett. i prevede infatti che “[i]l Consiglio dei Ministri [...] adotta la deliberazione di non esercizio dei poteri speciali, con eventuali raccomandazioni all’impresa”. Pertanto, la raccomandazione assomiglia alle condizioni, qualificate dal legislatore come un potere speciale, tuttavia difettano della natura vincolante. Trattasi di *soft law* dai dubbi effetti pratici: l’inosservanza delle raccomandazioni legittima il Governo a irrogare sanzioni amministrative pecuniarie? La risposta è necessariamente negativa vista l’assenza del principio di legalità. Probabilmente, a seguito del monitoraggio, la Presidenza del Consiglio dei Ministri potrebbe aprire un nuovo procedimento *ex officio* sulla base dell’inosservanza delle raccomandazioni. Questo ulteriore meccanismo aggiunge incertezza alla vita degli investimenti in diversi settori economici.

Il nuovo decreto ha inoltre introdotto tre procedimenti semplificati per accelerare i tempi della maggior parte delle notifiche: in caso di non esercizio dei poteri speciali (art. 6), la prenotifica (art. 7) e in caso di operazioni infragruppo (art. 11). Si rammenta che solo il 5,85% dei procedimenti nell’anno 2021 si sono conclusi con l’esercizio di poteri speciali.¹⁵⁸

In particolare, in caso di non esercizio di poteri speciali, l’art. 6 comma 4 prevede che, salvo le parti o le Amministrazioni componenti il gruppo di coordinamento abbiano fatto richiesta che la questione venga rimessa al Consiglio dei Ministri, sia direttamente il gruppo di coordinamento a deliberare sulla proposta di non esercizio e trasmetterla alle parti. Siccome il decreto prevede che il Ministero competente debba trasmettere la sua proposta almeno quindici giorni prima della scadenza del termine per la conclusione del procedimento, in linea di massima questa procedura semplificata dovrebbe ridurre i tempi di attesa da 45 a 30 giorni dalla notifica.

L’art. 7 del dPCM introduce la prenotifica. L’impresa interessata trasmette al Dipartimento per il coordinamento amministrativo una informativa sul progetto in corso. Il Dipartimento, a sua volta, entro 30 giorni dall’informativa, comunica all’impresa se l’operazione oggetto di notifica non rientra nell’ambito applicativo (comma 2 lett. a); è suscettibile di rientrare nell’ambito applicativo (lett. b); rientra nell’ambito applicativo ma sono manifestamente insussistenti i presupposti per l’esercizio dei poteri speciali (lett. c). Vista l’ampiezza dei settori economici ormai coinvolti e l’approccio cautelare delle imprese che è ormai diventato prassi commerciale, la maggior parte delle prenotifiche ricadrebbe probabilmente nel terzo scenario. Lo strumento potrebbe comunque essere di dubbia utilità

¹⁵⁸ Relazione al Parlamento in materia di esercizio dei poteri speciali, anno 2021, pp. 24 ss., consultabile al seguente link: <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/docnonleg/44970.htm>

visto il comma 5: “Nel caso in cui, nel termine di trenta giorni dall’informativa di cui al comma 1, non sia adottata alcuna decisione dal gruppo, l’impresa è tenuta a eseguire la notifica”. Quest’ultima disposizione tradisce le premesse in cui il legislatore dichiara di ritenere “necessario individuare misure di semplificazione dei procedimenti”. Se il gruppo di coordinamento, oberato dalle ormai 600 notifiche l’anno, non riesce a deliberare sulle prenotifiche, i termini delle parti private sono potenzialmente più che raddoppiati: 30 giorni di prenotifica e 45 giorni di notifica. Il successo dello strumento si baserà su quale proporzione si andrà a sviluppare tra notifiche e prenotifiche. I dati dei primi mesi di applicazione del nuovo dPCM dimostrano che lo strumento è per il momento riuscito nella sua missione semplificatoria: “Dai dati statistici, emerge un utilizzo significativo dell’istituto [...] Il procedimento amministrativo in sede di prenotifica nel 93[%] dei casi non ha richiesto la formale notifica dell’operazione”.¹⁵⁹

La normativa prescrive diversi poteri sanzionatori in capo al Governo che colpiscono diversi profili dell’operazione: (i) i diritti non patrimoniali della partecipazione acquisita; (ii) le delibere, gli atti o i contratti; (iii) la situazione antecedente all’investimento; (iv) la titolarità della partecipazione. Infine, sono previsti casi in cui il Governo può comminare sanzioni amministrative pecuniarie.

Per quanto riguarda i diritti non patrimoniali, risulta utile fare un passo indietro nell’*iter* del procedimento. Il d.L. 21/12 stabilisce “fino al decorso del termine per l’imposizione di condizioni o per l’esercizio del potere di opposizione”¹⁶⁰ la sospensione dei diritti di voto e “comunque [di] quelli aventi contenuto diverso da quello non patrimoniale”. La lettera della norma sospende sicuramente i diritti cd. “di natura amministrativa” (ad esempio, diritto di intervento in assemblea, diritto di impugnare le delibere assembleari invalide, diritto di esaminare i libri sociali) mentre permetterebbe l’esercizio dei diritti dal contenuto cd. “complesso amministrativo e patrimoniale” (ad esempio, diritto di opzione, diritto all’assegnazione di azioni gratuite, diritto di recesso)¹⁶¹ in cui prevarrebbe l’elemento patrimoniale del diritto. A una simile conclusione giunge anche il Prof. Donativi, salvo nel caso del diritto di opzione e di prelazione. “Del pari dubbia è la collocazione del diritto d’opzione, che ugualmente presenta connotazioni sia patrimoniali che non. Per alcuni aspetti, difatti, il diritto d’opzione mira a conservare la “percentuale” di partecipazione e quindi il “peso” del socio nel governo della società. Per altri aspetti, il profilo patrimoniale si manifesta nel conferimento che il socio è chiamato ad effettuare e nell’investimento (oltre che nella protezione dell’investimento pregresso) sotteso alla sottoscrizione delle nuove partecipazioni. Simile, e con connotazioni analoghe

¹⁵⁹ Relazione al Parlamento in materia di esercizio dei poteri speciali, anno 2022, p. 28, consultabile al seguente link: <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/docnonleg/47144.htm>

¹⁶⁰ Art. 1 c. 5, IX periodo; art. 2 c. 6, VIII periodo, d.L. 21/2012. Nella seconda ipotesi è prevista anche l’ipotesi di “imposizione di impegni”.

¹⁶¹ G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, Vol. 2, Nona ed., UTET Giuridica, 2015, pp. 198-199

e del pari ambivalenti sul piano funzionale, è il diritto di prelazione”.¹⁶² Occorre dissentire in quanto la *ratio* della sanzione e della normativa è di sindacare sull’ingerenza di un soggetto economico straniero in attività strategiche italiane, non di ostacolare le sue prospettive di guadagno. Pertanto, la locuzione “contenuto diverso da quello patrimoniale” va letta in chiave ‘garantista’ degli interessi patrimoniali del soggetto: qualora il diritto a contenuto complesso spetti ai soci a tutela dei loro interessi economici, questo dovrà essere garantito anche al socio soggetto alla normativa commentata. Tale lettura è a maggior ragione auspicabile nei casi in cui i diritti del socio straniero sono sospesi fino al decorso dei termini del procedimento: situazione in cui non è stata accertata alcuna violazione o inosservanza.¹⁶³

La sospensione dei diritti di voto e non patrimoniali si qualifica invece come sanzione nei casi di inadempimento o violazione delle condizioni imposte con l’esercizio dei poteri speciali.¹⁶⁴ Tale sospensione, tuttavia, perdura per tutto il periodo dell’inadempimento o violazione, “[s]icché la sospensione cessa automaticamente con l’esatto adempimento delle condizioni imposte.”¹⁶⁵

Infine, il Governo può imporre il divieto di esercizio dei diritti non patrimoniali nel caso in cui abbia esercitato il diritto di opposizione. Gli effetti giuridici sui diritti del socio straniero non cambiano alla sospensione. Si tratta semplicemente di una diversa scelta linguistica dovuto al fatto che le ipotesi di sospensione sono misure provvisorie con un termine (*i.e.*, la decorrenza del termine del procedimento, la cessazione dell’inadempimento o della violazione delle condizioni e degli impegni); quando invece il Governo esercita il potere di opposizione, gli effetti negativi imposti sulle partecipazioni hanno carattere permanente,¹⁶⁶ o meglio, fintanto che il soggetto notificante ne è titolare.

Dove non è prevista l’acquisizione di partecipazioni, oggetto di sospensione sono le delibere, gli atti e i contratti dell’operazione notificata. Questi non potranno essere conclusi nel caso dell’art. 1, eseguiti nel caso dell’art. 2. Inoltre, è prevista la loro nullità qualora “adottati in violazione del [l’art. 1 c.4 / art. 2 c. 4]”.¹⁶⁷ Nel caso di imposizione di condizioni (art. 1 e 2) o impegni (art. 2), “il Governo può altresì ingiungere alla società e all’eventuale controparte di ripristinare a proprie spese la situazione anteriore”.¹⁶⁸

Nei casi di acquisizione di partecipazioni, il potere di opposizione prevede l’obbligo dell’acquirente di cedere le partecipazioni oggetto di opposizione entro l’anno. “In caso di mancata

¹⁶² Donativi, op. cit. nt. 104, pp. 160-161

¹⁶³ Art. 1 c.5, IX periodo; art. 2 c.6, IX periodo, d.L. 21/2012

¹⁶⁴ Art. 1 c. 5, X periodo; art. 2 c. 6, X periodo, d.L. 21/2012

¹⁶⁵ Donativi, op. cit. nt. 104, p. 156

¹⁶⁶ Cfr. Donativi, op. cit. nt. 104, p. 168

¹⁶⁷ Art. 1 c. 4, X periodo; art. 2 c. 4, XI periodo, d.L. 21/2012

¹⁶⁸ Art. 1 c. 4, XI periodo; art. 2 c. 4, XII periodo, d.L. 21/2012

ottemperanza, il Tribunale, su richiesta della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ordina la vendita [...] delle suddette azioni o quote secondo le procedure di cui all'art. 2359-ter del codice civile".¹⁶⁹ A sua volta l'art. 2359-ter c.c. rinvia all'art. 2446 c. 2 c.c. per il quale il tribunale, sentito il pubblico ministero, provvede alla riduzione del capitale sociale. A tal punto si presume che gli amministratori, su indicazione del decreto del giudice, dispongano la cancellazione delle azioni dell'acquirente e la liquidazione del rimborso.¹⁷⁰

Infine, il d.L. 21/2012 prevede come disposizione di chiusura il potere del Governo di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie. Il decreto-legge prevede la cornice edittale: fino al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'uno per cento del fatturato cumulato realizzato dalle imprese coinvolte nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio.¹⁷¹ Solleva alcuni dubbi la locuzione dell'art. 1 c. 5, XII periodo per il quale la sanzione non è 'fino al doppio del valore', bensì 'pari al doppio del valore'. La letteratura cita la disposizione ma non si interroga sul punto:¹⁷² è ragionevole che la sanzione sia automaticamente pari al doppio del valore dell'operazione in caso di inosservanza delle condizioni imposte? Sicuramente un automatismo della legge non può superare la prova di proporzionalità tipica del nostro ordinamento. Inoltre, risulta incoerente rispetto agli altri periodi presenti nel decreto-legge e all'art. 9 dPCM 133/2022 che dispone il procedimento per l'irrogazione delle sanzioni amministrative. Il comma 3 della disposizione prevede infatti diverse tutele del privato: il diritto a conoscere del procedimento sanzionatorio, il diritto a depositare scritti difensivi, documenti e ad essere sentiti, il diritto di accesso agli atti. Il comma 5, infine, rinvia all'art. 11 L. 689/1981 per il quale la sanzione pecuniaria andrà determinata tenendo conto di determinati parametri (ad esempio, l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione).

¹⁶⁹ Art. 1 c. 5, XIV periodo; art. 2 c. 6, XIV periodo, d.L. 21/2012

¹⁷⁰ Si segnala la contraddizione del coinvolgimento del giudice: "Per vero il meccanismo congegnato dalla norma non appare del tutto razionale e comprensibile. In particolare, pare privo di senso prevedere che il tribunale ordini la vendita, considerato che l'obbligo di procedere alla vendita trova già la sua fonte nella legge e che la norma stessa presuppone che detto obbligo sia rimasto inosservato, per essere trascorso l'anno senza che la vendita sia avvenuta. In altri termini, non occorre un ordine del giudice per l'insorgere dell'obbligo di vendita, che invero preesiste e il cui inadempimento costituisce proprio il presupposto applicativo della previsione normativa in commento." Cfr. Donativi, op. cit. nt. 104, p. 170

¹⁷¹ Art. 1 c. 4, XII periodo; art. 1 c. 8-bis; art. 2 c. 4, XIII periodo; art. 2 c. 5, IV periodo, d.L. 21/2012

¹⁷² Cfr. Donativi, op. cit. nt. 119, p. 165; Scarchillo, op. cit. nt. 13, p. 268.

1.5. I MECCANISMI DI COOPERAZIONE IN RELAZIONE AGLI INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI

Il Reg. (UE) 2019/452 ha introdotto quattro meccanismi di cooperazione in relazione agli investimenti esteri diretti. In particolare, il meccanismo per gli IED oggetto di un controllo in corso (art. 6); non oggetto di un controllo in corso (art. 7); che possono incidere su progetti o programmi di interesse per l'Unione (art. 8) e infine apre la possibilità di cooperazione degli Stati membri e della Commissione con Stati terzi (art.13).

Il legislatore eurounitario ha ritenuto “opportuno”¹⁷³ introdurre meccanismi di cooperazione per la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico. La *ratio* è indubbiamente condivisibile vista la natura di un tipico soggetto notificante: spesso configurabile come una multinazionale dedita a diverse acquisizioni in più Stati in ravvicinati periodi di tempo - se non simultaneamente. Pertanto, vi è un'alta probabilità che un *buyer* rientri nelle fattispecie del d.L. 21/2012 e anche nelle fattispecie delle disposizioni analoghe di altri Stati membri. Si pensi, ad esempio, a cessioni di brevetti di tecnologie a duplice uso quando uno Stato si sia già opposto nei confronti del soggetto notificante per questioni di sicurezza e scopra più tardi che lo stesso soggetto stia tentando un'operazione simile in un altro Stato membro, rischiando di comportare nuovamente la stessa minaccia sventata poco prima.

I meccanismi di cooperazione sono appunto pensati per un'assistenza reciproca tra gli Stati membri: l'accertamento compiuto da uno Stato probabilmente sarà molto simile a quello di un secondo Stato, o lo supporterà nelle proprie conclusioni, o accelererà il secondo procedimento. Il meccanismo di cooperazione, in breve, potenzia le capacità e i risultati del singolo procedimento nazionale.

Ulteriore funzione ha la posizione della Commissione europea, la quale agisce nelle occasioni in cui l'investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico *in più di uno Stato membro* ovvero “se dispone di informazioni pertinenti in relazione a tale investimento estero diretto”¹⁷⁴. Rispetto a questo ruolo di supporto nei confronti degli Stati membri, il regolamento emancipa la Commissione all'art. 8 dove introduce un terzo meccanismo di cooperazione in relazione agli IED che possono incidere su progetti o programmi di interesse per l'Unione.

Questi primi tre meccanismi prevedono procedure simili e pertanto è opportuno trattarli congiuntamente.

I Considerando 16-17 del Reg. (UE) 2019/452 sono molto chiari sulle dinamiche di cooperazione: (i) gli Stati membri formulano osservazioni; (ii) la Commissione emette pareri *ex art.*

¹⁷³ Considerando n. 16, Reg. UE 2019/452

¹⁷⁴ Artt. 6-7 par. 3, Reg. UE 2019/452

288 TFUE; (iii) la decisione finale in merito allo *screening* dello IED spetta esclusivamente allo Stato membro in cui l'investimento è in programma o è stato realizzato.

E' evidente la differenza di forma tra gli Stati membri e la Commissione: la prima si esprime per mezzo di osservazioni non meglio specificate; la seconda per mezzo di pareri rientranti negli atti tipici del diritto UE. Il parere, insieme alla raccomandazione, forma il *genus* degli atti non vincolanti dell'Unione europea i quali “non possono essere considerat[i] priv[i] di effetto giuridico e che, pertanto, i giudici nazionali devono tenerne conto ai fini dell'interpretazione di norme nazionali o di altri atti vincolanti dell'Unione.”¹⁷⁵

Sebbene la giurisprudenza non abbia mai affrontato il punto, si potrebbe quindi dedurre che mentre i pareri sono un atto non vincolante tuttavia con effetti giuridici apprezzabili - e cristallizzati dai precedenti della Corte di Giustizia - le osservazioni degli Stati membri sono invece comunicazioni informali di uno Stato ad un altro senza un obbligo interpretativo in capo a soggetti diversi dal loro destinatario.

Le osservazioni, infatti, influenzano lo Stato membro che le riceve: l'art 6 par. 9 precisa che lo “Stato membro che effettua il controllo tiene in debita considerazione le osservazioni degli altri Stati membri di cui al paragrafo 2 [...]”¹⁷⁶. Il fondamento giuridico si rinviene nel generale principio di leale collaborazione tra Stati membri *ex art. 4 par. 3 TUE* e il Considerando 17 del Reg UE 2019/452 precisa le modalità in cui lo Stato dimostra di aver tenuto conto delle osservazioni: mediante misure previste dalla legislazione nazionale o nel processo più ampio di elaborazione delle politiche.

Nel caso concreto, parere e osservazione non presentano particolari divergenze. Per il primo potrebbe ipotizzarsi una qualche tutela dei privati che, in presenza di un parere della Commissione, possono eccepire un'interpretazione alternativa alla luce dell'atto non vincolante. D'altra parte, invece, l'osservazione dello Stato membro è un atto con un mero valore inter-istituzionale, la quale valutazione è solo espressione di una leale cooperazione tra Stati membri. Resta il fatto che, in entrambi i casi, la decisione finale resta nella competenza esclusiva dello Stato membro in cui si realizza lo IED e facilmente lo Stato può allegare di aver tenuto in considerazione i riscontri ricevuti nel processo decisionale e aver comunque optato per la soluzione opposta da quella suggeritagli.

Come denunciato dalla prof.ssa Magliano, “il ruolo ed i poteri della Commissione appaiono indeboliti dalla circostanza che i meccanismi di cooperazione le riservano un ruolo non decisivo rispetto alle decisioni finali dei singoli Stati”.¹⁷⁷ Tuttavia questo aspetto rappresenta un'inevitabile conseguenza della sovranità nazionale che si esplica pienamente negli *screening* degli IED. Fintanto

¹⁷⁵ Sentenza C-322/88, Grimaldi, [1989], punto 18; per ulteriori approfondimenti sul punto cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, CEDAM, 2010, Sesta ed., pp. 155 ss.

¹⁷⁶ Allo stesso modo l'art. 7 par. 7 Reg UE 2019/452.

¹⁷⁷ R. MAGLIANO, “La ricerca di equilibrio tra investimenti esteri diretti e interventi emergenziali a tutela dell'interesse strategico nazionale: una sfida per l'Unione europea”, *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 4, 2021, p. 1057

che l'esercizio dei poteri speciali rimarrà una competenza dello Stato, non si potrà che accontentarsi di uno spazio di mera consultazione per la Commissione europea. Più ottimisticamente, si possono leggere i meccanismi di cooperazione e il Reg. (UE) 2019/452 in chiave propedeutica all'individuazione di *asset* strategici europei e non più solo nazionali. Il prossimo sviluppo potrebbe differire di poco dall'attuale sistema binario sussistente nel diritto della concorrenza, dove la Commissione ha propri procedimenti amministrativi e norme di raccordo assegnano il procedimento all'Autorità europea o nazionale.

Una previsione di questo tipo si inserisce nell'immagine di cd. "cantiere aperto" rappresentativo delle istituzioni e delle fonti normative dell'Unione europea: uno *screening* di IED al livello comunitario comporterebbe il raggiungimento di una sovranità europea, passerebbe per servizi condivisi di informazione per la sicurezza e un abbandono perentorio della dottrina dei campioni nazionali - o una sua evoluzione nella dottrina dei campioni europei. Vista l'esistenza solo parziale¹⁷⁸ di procedimenti di *screening* nelle legislazioni nazionali, il processo di unificazione in questo ambito è solo agli albori.

In conclusione, l'art 13 del regolamento prevede anche la possibilità di Stati membri e Commissione di ideare meccanismi di cooperazione anche con Stati terzi. Sul punto, la Commissione europea è impegnata principalmente su un fronte multilaterale nell'ambito dell'OCSE e su un fronte bilaterale con gli Stati Uniti.

Entrambi gli impegni internazionali non sono veri e propri meccanismi di cooperazione strutturati come quelli intra-UE, tuttavia, sono forieri di scambi di informazioni e incentivano l'elaborazione di standard e principi comuni per le attività di *screening*.

A maggior dimostrazione dei presupposti comuni nel controllo degli investimenti esteri diretti, è utile ricordare la Section 2 della Dichiarazione congiunta di Pittsburgh con la quale è stato inaugurato lo U.S.-EU Trade and Technology Council: "*We believe that our openness to foreign investment is essential for economic growth and innovation. We also face common challenges in addressing related risks. We intend to maintain investment screening in order to address risks to national security and, within the European Union, public order. We recognize that our investment screening regimes should be accompanied by the appropriate enforcement mechanisms. Furthermore, investment screening regimes should be guided by the principles of nondiscrimination, transparency, predictability,*

¹⁷⁸ Al 28 giugno 2023, Bulgaria, Cipro, Croazia, Estonia, Lussemburgo, Grecia, Irlanda e Svezia sono sprovvisti di meccanismi di controllo degli IED. Ai sensi dell'art. 3 par. 8 Reg UE 2019/452, la Commissione europea tiene un elenco pubblico degli atti legislativi nazionali in materia. Consultabile al seguente link: <https://circabc.europa.eu/rest/download/7e72cdb4-65d4-4eb1-910b-bed119c45d47>

*proportionality, and accountability, as set forth in relevant OECD guidelines. We also intend to engage with partner countries and stakeholders on investment screening.”*¹⁷⁹

¹⁷⁹ Section 2, U.S.-EU Trade and Technology Council Inaugural Joint Statement, 29 settembre 2021. Consultabile in inglese al seguente link: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/09/29/u-s-eu-trade-and-technology-council-inaugural-joint-statement/>

1.6. IL PROCEDIMENTO ALLA PROVA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO. OSTACOLI FISIOLGICI DEL *GOLDEN POWER* ALLA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA

Il legislatore italiano ha preferito la strada del procedimento amministrativo per l'esercizio dei poteri speciali, ormai scelta irreversibile, quantomeno per gli IED, alla luce del quadro unionale previsto con il Reg. (UE) 2019/452. Tuttavia, non si tratta di un comune procedimento amministrativo principalmente per due ordini di motivi: i soggetti pubblici preposti alla decisione finale e i concetti giuridici di "difesa e sicurezza nazionale".

La Presidenza del Consiglio, il Consiglio e i Ministeri sono al centro di ogni momento cruciale nella materia: tutti gli atti legislativi sono stati decreti-legge, le norme di individuazione degli attivi strategici sono regolamenti, la scelta dei corpi amministrativi competenti per il procedimento è contenuta in dPCM e decreti ministeriali, gli organi competenti delle istruttorie sono Ministeri, la decisione finale si esplica in un dPCM adottato dopo delibera del Consiglio dei ministri. Il Governo, in poche parole, assume contemporaneamente le vesti di legislatore, attuatore e applicatore della stessa norma. Questa anomalia, insieme all'alto livello di discrezionalità dei presupposti dei procedimenti, allontana i procedimenti *golden power* dai canoni della teoria del procedimento amministrativo.

L'ordinamento italiano richiede una serie di principi generali per qualsiasi procedimento amministrativo, in particolare: la legalità sostanziale, l'efficacia, la pubblicità e trasparenza, il contraddittorio.

La legalità sostanziale "esige che la legge ponga, sia pur in termini generali, una disciplina materiale del potere amministrativo, definendone i presupposti per l'esercizio, le modalità procedurali e le altre sue caratteristiche essenziali".¹⁸⁰ Il principio è stato anche sancito dalla Corte costituzionale per il quale "non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa".¹⁸¹ Di recente, un'impresa target, vittima di veto ai sensi dell'art. 2, ha messo in discussione il rispetto del principio di legalità sostanziale del dPCM 179/2020, in particolare l'art. 11 lett. c che 'individua' come attivo strategico qualsiasi "attività economic[a] di rilevanza strategica e l'approvvigionamento di fattori produttivi critici della filiera agroalimentare".¹⁸² Inoltre, la società

¹⁸⁰ Clarich, op. cit. nota 4, p. 73

¹⁸¹ Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115, p. 11. In senso conforme anche Corte cost., 24 luglio 2019, n. 195; Cons. St., sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182.

¹⁸² Cons. St., sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289. L'appello è stato presentato da PSP Verisem Luxembourg Holding S.à r.l., controllante la società Verisem B.V. La società svizzera Syngenta Crop Protection Ag., controllata in via indiretta dal Governo cinese, aveva notificato l'acquisizione di Verisem B.V. ai sensi dell'art. 2 c. 1-ter d.L. 21/2012 e ricevuto

denunciava di aver ricevuto veto anche ai fini degli attivi strategici *ex artt.* 6 (raccolta dati critici) e 9 (tecnologie critiche), senza che l'impresa effettivamente svolgesse attività di raccolta dati critici né si occupava di tecnologie critiche. Il Consiglio di Stato, avendo già trattato gli altri motivi, ha ritenuto superfluo trattare quest'ulteriore passaggio (§19) tuttavia sarebbe stato più opportuno sindacare anche in questo caso l'azione della Presidenza.¹⁸³

Per quanto attiene alla legalità sostanziale dell'art. 11 lett. c, non sfugge la particolare elasticità della disposizione che potenzialmente potrebbe accogliere al suo interno qualsiasi operazione *cross-border* nel settore agroalimentare – e forse è proprio questa l'intenzione del legislatore che ha scritto la norma in un clima di elevata emergenza. Il TAR prima, e il Consiglio di Stato in sede di appello, escludono la sussistenza di una lesione del principio in quanto “la tecnica redazionale adoperata per individuare gli asset nel settore agroalimentare rappresenta un adeguato compromesso tra la tutela della libertà di impresa e la garanzia della sicurezza nazionale e tiene conto dell'impossibilità di una catalogazione puntuale e minuta degli attivi strategici”.¹⁸⁴ Nello stesso paragrafo il Consiglio di Stato fa anche luce sulla natura del provvedimento di esercizio dei poteri speciali qualificandolo quale atto di alta amministrazione e quindi espressione di “amplissima discrezionalità” e “sindacabile dal giudice amministrativo nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità”. Il combinato disposto di questi incisi traghetta alla conclusione che (i) l'elasticità delle tecniche redazionali in sede di individuazione degli attivi strategici è giustificata; (ii) in quanto atto di alta amministrazione, la Presidenza ha la possibilità di utilizzare la propria discrezionalità per specificare queste norme di individuazione così vaghe. Sul secondo punto, si anticipa un tema trattato *infra*:¹⁸⁵ l'art. R151-3 c. II, no. 9 del Code monétaire e financier francese rinvia a specifiche liste di prodotti agricoli e di pesca: l'esperienza francese illustra come il tema della sicurezza agro-alimentare è facilmente prevenibile dal legislatore e in realtà non necessiterebbe dell'ampia discrezionalità immaginata dal Consiglio di Stato.

Un'alternativa di tutela residuale è rinvenibile da una lettura evolutiva del principio di legalità sostanziale che si addice alla pluralità di fonti e all'emersione dei principi in ogni ramo dell'ordinamento giuridico. Davanti a norme attributive di poteri amministrativi aperti, la PA deve garantire al privato il rispetto di tutti quei “principi costituzionali ed euro-unitari – anche non

veto dalla Presidenza del Consiglio con dPCM 21 ottobre 2021. Il primo grado ha visto due ricorsi paralleli: TAR Lazio, Roma, sez. I, sentenza 13 aprile 2022, n. 4486 e 4488. La sentenza di appello in commento riforma solo il primo ricorso di primo grado.

¹⁸³ Sul punto concordi anche M. Clarich, G. Marra, ‘Golden Power: il Giudice conferma il potere dello Stato’, *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 1/2022, p. 13.

¹⁸⁴ Sent. Cons. St. cit. nota 182, §3.1 (a-b)

¹⁸⁵ Cfr. *infra* §3.4-a.

codificati – che orientano e contengono nell’alveo della legittima discrezionalità l’azione amministrativa.”¹⁸⁶

In secondo luogo, l’efficacia “misura i risultati effettivamente ottenuti rispetto agli obiettivi prefissati”.¹⁸⁷ La formazione organica degli uffici competenti e le modifiche normative fanno dubitare del rispetto di tale principio. Dalle relazioni annuali, non si evince se i Ministeri competenti tengano presente del carico relativo ai procedimenti di *golden power* nella redazione dei piani di performance ai sensi del d.lgs. 150/2009.¹⁸⁸ Pertanto come misurare la loro efficacia se sprovvisti di obiettivi? Sarebbe anche giustificata una difficoltà organizzativa visto il carattere meramente additivo della competenza ex d.L. 21/12 rispetto alle competenze già in capo agli uffici individuati per mezzo di decreto ministeriale. Un fanale di allarme per imprese e investitori è stato inoltre lo spostamento dei termini per la conclusione dei procedimenti: da 15 a 45 giorni, avvenuto con d.L. 105/2019. Le risorse competenti, le quali svolgono già altre attività, e la struttura mobile del gruppo di coordinamento pongono le attività istruttorie in secondo piano; pertanto, sarà stato ritenuto necessario un ulteriore mese per l’assolvimento del procedimento. A maggior ragione, visto l’esponentiale aumento di notifiche.

Un ulteriore aspetto problematico originato dalle medesime circostanze è la presenza di un “apparato burocratico che rimane su posizioni possibiliste ed ambivalenti”.¹⁸⁹ Istruttorie con questioni aperte o con più risposte plausibili inevitabilmente lasciano margine alla decisione di carattere politico emergente in sede di Consiglio dei Ministri. In tali dinamiche istituzionali, che peso possono avere le valutazioni tecniche ai fini dell’esercizio della discrezionalità in astratto? Il merito amministrativo – particolarmente alterato da moventi politici – anziché marginale, diventa il principale elemento del potere discrezionale del Governo. Soprattutto, nella definizione del *quomodo*, vista l’assenza di limiti alle prescrizioni e condizioni che possono apporsi sulle operazioni.

In terzo luogo, i principi di pubblicità e trasparenza si scontrano nel *golden power* con gli essenziali interessi dello Stato alla difesa e alla sicurezza nazionale. I rispettivi artt. 9 del dPR 35/2014 e del dPR 86/2014 limitano il diritto di accesso ai soli fini previsti all’art. 24 c.7 L. 241/90: la cura e la difesa dei propri interessi giuridici. Il più ampio diritto di accesso agli atti amministrativi è stato

¹⁸⁶ A. Paccione, ‘Il Golden Power e il principio di legalità’, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5/2022, pp. 655 ss., p. 659. Cfr. anche S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in *Id.* (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, 2000, p. 222.

¹⁸⁷ Clarich, op. cit. nota 4, p. 157

¹⁸⁸ L’ipotesi è probabilmente escludibile. Si veda il piano di performance 2022-2024 del MISE, Ministero che si occupa del maggior numero di notifiche. Il documento è consultabile al seguente link: https://www.mise.gov.it/images/stories/trasparenza/2022/Piano_Performance_2022-24.pdf

¹⁸⁹ G. Della Cananea, op. cit. nota 113, p. 316

escluso ai sensi del precedente c. 6 lett. a per motivi di sicurezza e difesa nazionale. La scelta legislativa sarebbe censurabile nel suo profilo formale: la legge sul procedimento amministrativo richiede un regolamento di delegificazione per escludere il diritto di accesso, mentre il Governo ha utilizzato per il medesimo scopo due regolamenti di attuazione.

Mentre la delicatezza dei temi trattati in ambito militare consente di accogliere la regola del segreto sui procedimenti *golden power*, l'eterogeneo ambito di applicazione dell'art. 2 pone qualche dubbio sulla necessità di un così stringente regime. Un approccio più casistico, che renda accessibili quelle decisioni non strettamente inficianti la sicurezza nazionale, risponderebbe alla necessità di maggiori informazioni degli operatori economici. Oggi, l'unico strumento per imprese, investitori e operatori del diritto sono le relazioni annuali aventi carattere particolarmente vago – sebbene sia da apprezzare il lavoro di miglioramento che in anno in anno si riscontra nel format delle relazioni. Ad esempio, non si conosce per via di fonti pubbliche lo spettro delle prescrizioni e condizioni finora apposte dal Governo. Una parziale apertura al pubblico dei provvedimenti, soprattutto sulle innumerevoli decisioni di non esercizio dei poteri speciali, renderebbe l'attesa del procedimento meno probabilistica e gli organi pubblici più *accountable* in tema di parità di trattamento.

Sempre in tema di trasparenza, è utile analizzare la sopracitata sentenza del gennaio 2023 (cd. “caso Verisem”) in cui un peculiare climax era avvenuto nel corso del procedimento: il Ministero dell'Agricoltura, competente dell'istruttoria, proponeva di non esercitare i poteri speciali e *al più* imporre raccomandazioni; in sede di gruppo di coordinamento, il DIS preme per l'imposizione di prescrizioni; nel gruppo di coordinamento prevale la posizione del Ministero dell'Agricoltura; nel corso del Consiglio dei Ministri, lo stesso Ministero manifesta “disponibilità al confronto in merito all'opzione tra prescrizioni o veto”.¹⁹⁰ Ragionevolmente le imprese coinvolte si stupiscono di un climax tale che da mere raccomandazioni arriva addirittura ad un veto. Il Consiglio di Stato argomenta a ragione che il Consiglio dei Ministri non è vincolato dalle proposte deliberative del gruppo di coordinamento bensì quest'ultimo è meramente strumentale nella raccolta delle informazioni sufficienti a raggiungere una decisione.¹⁹¹ Nella pratica si cela tuttavia un'ulteriore motivazione a cui in parte il Consiglio di Stato accenna: il “Consiglio dei Ministri [svolge] 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*

¹⁹⁰ Sent. Cons. St. cit. nota 182, §10.6

¹⁹¹ La sentenza ignora, non a torto, il procedimento di recente introdotto della pre-notifica ex art. 6 dPCM 133/2022. In sede di prenotifica, il gruppo di coordinamento svolge anche la funzione decisoria. Visto il continuo incremento di notifiche e l'ampiezza delle materie trattate, non sarebbe insolito assistere ad ulteriori espansioni delle competenze del gruppo di coordinamento nei prossimi anni.

profili di problematicità”.¹⁹² Come verrà analizzato *infra* nel successivo capitolo, l’Unione europea e i suoi Stati membri tendono ad evitare la posizione marcata degli Stati Uniti nei confronti della Cina: procedono ugualmente alla sua esclusione dai mercati ma in maniera meno netta e sempre all’interno di canoni oggettivi. La Presidenza ha stabilito che le prescrizioni nel caso concreto non fossero sufficienti *a priori* perché di difficile *enforcement* essendo l’entità ultima controllante uno “Stato terzo estraneo all’Unione europea e con il quale non intercorrono formali e cogenti legami di alleanza”.¹⁹³ L’excursus logico della Presidenza non è obiettabile anche alla luce della disciplina specifica in merito ai legami sospetti,¹⁹⁴ tuttavia poteva essere anche argomentato che il nostro Stato di diritto prevede anche la tutela penale del reato di inosservanza dei provvedimenti dell’Autorità (art. 650 cp). Tale contravvenzione potrebbe essere configurabile anche nelle ipotesi di amministratori che non assolvono alle prescrizioni imposte alla società con dPCM.

Infine, un principio chiave codificato dalla L. 241/90 è il contraddittorio nel procedimento amministrativo. Per i fini del *golden power*, il tema è stato affrontato di recente sempre nel caso Verisem. La società ricorrente aveva eccepito la mancanza del preavviso di rigetto ai sensi dell’art. 10-bis L. 241/1990. Sebbene l’argomentazione giuridica del Consiglio di Stato sia largamente condivisibile,¹⁹⁵ il giudice aggiunge un’ulteriore motivazione di difficile fondamento giuridico: “la disciplina del preavviso di rigetto non è compatibile con la natura giuridico-costituzionale dell’organo decisorio [...] (non è, invero, ipotizzabile un contraddittorio, sia pur cartolare, fra le imprese interessate all’operazione ed il Consiglio dei Ministri)”.¹⁹⁶ L’inciso appare come una sudditanza delle imprese notificanti al Governo in virtù del carattere autoritario della decisione finale. Sorge spontaneo però chiedersi: i provvedimenti amministrativi emanati dalle altre PA non hanno carattere autoritario? Non a caso anche alcuni autori hanno riconosciuto un carattere di deferenza nei confronti della Presidenza in questi passaggi della sentenza.¹⁹⁷ Il Consiglio di Stato nella stessa sede allude a generici profili di riservatezza che non permetterebbero una discussione “pari a pari” con il soggetto privato. Il timore di questo approccio si allinea con quanto *supra* in materia di diritto di accesso: ad oggi, l’esclusione del diretto interessato (e della collettività in caso di provvedimenti finali) è *a priori* esclusa, mentre un meccanismo rispettoso della proporzionalità dovrebbe essere più aperto e chiudersi

¹⁹² Sent. Cons. St. cit. nota 182, §15.3

¹⁹³ Sent. Cons. St. cit. nota 182, §18.5

¹⁹⁴ Artt. 1 c. 3 lett. b; art. 2 c. 6, XVI periodo; art. 2 c.7 d.L. 21/2012

¹⁹⁵ Il Consiglio di Stato fa notare alla ricorrente che l’art. 10-bis prevede un obbligo di comunicare al privato i motivi ostativi all’accoglimento delle istanze di parte. La notifica ai sensi del d.L. 21/2012 non è qualificale come istanza di parte e quindi la disposizione sicuramente non vi si applica.

¹⁹⁶ Sent. Cons. St. cit. nota 182, §23.3

¹⁹⁷ Cfr. M. Clarich, G. Marra, op. cit. nota 183, p. 13; A. Paccione, op. cit. nota 186, p. 659; L. Masotto, ‘Il golden power alla prova del procedimento e del processo amministrativo’, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5/2022, pp. 662 ss., p. 670.

solo in presenza di motivate ragioni del caso concreto. L'approccio avallato dal Consiglio di Stato va nella direzione opposta.

In via generale, il giudice precisa anche al §23.2 che “la particolare specificità della materia lascia propendere per il carattere (implicitamente) completo ed autosufficiente della relativa disciplina, recata dal [dPR 86/2014], la cui oggettiva specialità lo rende insuscettibile di integrazione *ab externo*”. Una tale precisazione, di portata generale potrebbe in futuro contare come precedente per disapplicare anche l'art. 10 lett. b L. 241/1990 ai sensi del quale la PA “ha l'obbligo di valutare ove [le memorie scritte e documenti] siano pertinenti all'oggetto del procedimento”. Non conoscendo i contenuti dei provvedimenti di esercizio dei poteri speciali, non è al momento possibile circoscrivere l'entità di questa ulteriore tematica.

In sintesi, i procedimenti *golden power* non passano a pieni voti la prova del diritto amministrativo. Tuttavia, i valori e gli interessi primari tutelati rendono difficile, se non impossibile, una completa adesione del d.L. 21/12 ai canoni della L. 241/90. Al fine di giustificare questa circostanza occorre rinvenire la causa nei concetti giuridici indeterminati. Sono molteplici le norme contenenti concetti che necessariamente dovranno essere affidati all'interpretazione di una PA e che pertanto sono passibili di più letture. È sulla base dei cd. “concetti giuridici indeterminati” che si esplica il potere discrezionale delle Pubbliche Amministrazioni: ferma restando la vincolatezza in concreto, il giudice amministrativo potrà censurare la scelta del soggetto pubblico solo per i vizi riguardanti la formazione della propria volontà, ma non la scelta presa nei limiti del merito amministrativo. La dottrina distingue due famiglie di concetti: empirici e normativi. I primi si risolvono sulla base di risultanze scientifiche o comunque oggettive; i secondi sono “giudizi di valore” e comportano una discrezionalità politico-amministrativa¹⁹⁸ particolarmente determinante su questioni di alto valore come possono essere le questioni oggetto di controllo antitrust, vigilanza bancaria e assicurativa, vigilanza sui mercati di capitale e, dall'ultimo decennio, i procedimenti *golden power*.

Difficilmente però gli studiosi delle materie appena elencate mettono in dubbio le strutture formali che definiscono i concetti giuridici indeterminati di tipo normativo. Questo perché sono oggi affidate ad Autorità indipendenti: sganciate dagli indirizzi politici del Governo e inserite nelle reti europea ed internazionale di *Authorities*. Tutte tranne le ipotesi *ex d.L. 21/12*: quale soggetto stabilisce la sussistenza delle minacce di grave pregiudizio alla sicurezza? Poco cambia se trattasi del gruppo di coordinamento, del Ministero competente o del Consiglio dei Ministri in sede di deliberazione: in tutti i casi sono organi particolarmente vicini all'indirizzo politico se non rappresentanti di esso.

¹⁹⁸ Cfr. G. Della Cananea, op. cit. nota 113, p. 299; M. Clarich, op. cit. nota 4, p. 120

Mentre per la maggior parte degli ambiti si è ormai accolto il principio di separazione tra politica ed alta amministrazione, le materie di *golden power* rappresentano un'ultima matassa.

È possibile delegare la definizione degli interessi essenziali dello Stato ad un organo non politico? L'unica risposta ragionevole può essere solo negativa: la difesa e sicurezza nazionale sono tra i compiti preminenti del potere esecutivo e lo stesso valore di sicurezza peserà diversamente in base agli indirizzi politici che si susseguono. Per ricollegarsi all'incipit del presente capitolo, il *golden power* è una manifestazione di uno Stato che “tenta” di influenzare: un'autorità indipendente che influenza il mercato perde la sua stessa natura di indipendenza e allora tanto vale che lo scrutinio della sicurezza nazionale sia affidato a chiare responsabilità politiche del Governo.

Questo non esula tuttavia il legislatore dal pretendere strutture organizzative più precise che abbiano le risorse tali da poter assolvere la funzione pubblica assegnata: il caso TIM-Vivendi, ad esempio, offre alcuni spunti su cui riflettere. In primo luogo, le istruttorie dei Ministeri non facevano chiarezza sul concetto di controllo prescelto: se quello civilistico *ex art. 2359 c.c.* (favorevole alla tesi dell'investitore) o quello ai fini antitrust, già definito dalla Commissione europea in un proprio procedimento, tuttavia per scopi diversi. In secondo luogo, si evince un vizio formale, particolarmente grave per la sua futilità: il parere richiesto all'Agcom risultava firmato dal Segretario generale anziché dal collegio di commissari: un “sintomo del cattivo funzionamento di un importante organismo pubblico”.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Cfr. TAR Lazio, sez. I, sentenza 20 luglio 2020, n. 8742; G. Della Cananea, op. cit. nota 113, p. 332

II

TECNOLOGIA 5G E GOLDEN POWER

SOMMARIO: **2.1** La rete mobile di quinta generazione – **2.2.** La cd. “Corsa al 5G” e le posizioni strategiche nella comunità internazionale | 2.2.1. La Cina e il contesto asiatico | 2.2.2. Gli Stati Uniti: il mercato, l’esclusione dei fornitori cinesi, la promozione di politiche di cybersecurity comuni | 2.2.3. L’Unione europea: il mercato e l’azione strategica comune | 2.2.4. Possibili soluzioni a tutela della sicurezza nazionale occidentale – **2.3.** La realizzazione dell’infrastruttura 5G in Italia. Il Polo Strategico Nazionale (“PSN”) – **2.4.** L’architettura italiana di cybersecurity | 2.4.1 La Presidenza del Consiglio e l’Agenzia per la Cybersecurity Nazionale (“ACN”) | 2.4.2. Il CSIRT Italia | 2.4.3. Il perimetro nazionale di sicurezza cibernetica e il CVCN – **2.5.** Il primo articolo 1-bis. L’esercizio dei poteri speciali nel triennio 2019-2022 – **2.6.** La riforma del decreto-legge 21/2022. Ulteriori attività di rilevanza strategica

2.1. LA RETE MOBILE DI QUINTA GENERAZIONE

La rete mobile permette la telecomunicazione tra dispositivi mobili in porzioni di spazio definite “celle”. Ne esistono diverse generazioni: la prima, sviluppata nel 1971 e commercializzata a partire dal 1981, utilizzava ancora tecnologie analogiche. Dagli anni Ottanta del XX secolo, diversi standard e generazioni vengono sviluppati, ampliando la gamma di applicazioni della rete. Si pensi all’introduzione della messaggistica (“SMS”) avvenuta solo con l’avvento della seconda generazione (2G).¹

L’evoluzione in corso consiste nell’implementazione della quinta generazione di rete mobile (cd. “5G”). La raccomandazione (UE) 2019/453 offre una definizione delle reti 5G all’art. 2 lett. a: “un insieme di tutti gli elementi pertinenti delle infrastrutture di rete per le tecnologie delle comunicazioni mobili e senza fili utilizzati per la connettività e per servizi a valore aggiunto con caratteristiche di prestazione avanzate, quali capacità e velocità di trasmissione dei dati molto elevate, comunicazioni a bassa latenza,² affidabilità ultra-elevata o capacità di supportare un numero elevato di dispositivi connessi”.³ Le caratteristiche prospettate dalla raccomandazione rispondono alle tre principali necessità moderne: assicurare stabilità degli ecosistemi digitali; permettere il flusso continuo di un’elevata quantità di dati; garantire elevata velocità nelle comunicazioni.⁴

¹ Per approfondire lo sviluppo della rete mobile, si consiglia la lettura di A. Osseiran et al., “Mobile communications generations: from 1G to 4G”, in M. Dohler, T. Nakamura, *5G Mobile and Wireless Communications Technology*, Cambridge University Press, 2016, pp. 3 ss.

² “In informatica, il tempo impiegato da un’informazione per andare da un’unità all’altra di un sistema, in partic[olare] da un sensore al relativo elaboratore”, v. ‘Latenza’, Vocabolario Treccani, <https://www.treccani.it/vocabolario/latenza/> consultato in data 14 luglio 2023.

³ Racc. (UE) 2019/453 della Commissione europea, 26 marzo 2019, Cibernsicurezza delle reti 5G. Consultabile al seguente link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?toc=OJ%3AL%3A2019%3A088%3ATOC&uri=uriserv%3AOJ.L_.2019.088.01.0042.01.ITA

⁴ L. Mariani, M. Bertolini, “The US-China 5G Contest: Options for Europe”, IAI Papers, Settembre 2019, p. 2

La rete 5G viaggia sulle onde millimetriche⁵ di frequenza compresa tra 20 e 96 GHz permettendo una velocità di *download* fino a cento volte superiore all'attuale 4G: dagli attuali 100 Mbps ai futuri 10 Gbps.

Una rete così rapida consentirebbe una comunicazione in tempo reale tra umani e tra macchine e un considerevole incremento nel volume di dati trasportati. A differenza delle precedenti generazioni, che si limitavano ad incrementare le connessioni possibili, il 5G è un requisito essenziale per lo sviluppo di nuove tecnologie oggi considerabili al limite della fantascienza: veicoli a guida completamente autonoma, interventi chirurgici ad alta precisione condotti da remoto e innumerevoli applicazioni nelle *supply chains*.⁶ Il volume di dati trasmessi invece permette la realizzazione di nuove realtà virtuali come il metaverso e la realtà aumentata (cd. "AR").

Inoltre, la rete 5G è la prima rete di telecomunicazione in cui il *core network* – l'insieme di tecnologie che provvede ad eseguire i servizi per gli utenti – non è più definito in termini di nodi bensì di funzioni. Questo salto di qualità permette di 'softwarizzare' i servizi per gli utenti. Questo rende più facile in futuro sviluppare nuovi servizi per i quali l'infrastruttura non è stata concepita.⁷

Tuttavia, vi sono diverse criticità in merito alle reti 5G: di carattere tecnico e di sicurezza nazionale. La principale criticità tecnica è la necessità di un numero maggiore di celle rispetto alle precedenti generazioni di rete mobile. Idealmente i dispositivi mobili, nel muoversi nello spazio, dovrebbero 'sganciarsi' e 'agganciarsi' a più celle rispetto all'attuale rete 4G. Questo comporta inevitabilmente un maggiore onere economico nella costruzione dell'intera rete e ulteriori problemi tecnici per i *device* compatibili che - almeno ad oggi - non sono ancora in grado di sostenere il continuo passaggio di cella, con problemi di usura delle batterie e di surriscaldamento. La mera invenzione di una quinta generazione funzionante non è sufficiente per la sua completa attuazione. Sul punto, il report congiunto di Commissione europea e BEI, sulla base delle risultanze della *engineering firm* Axon Consulting, prevede una fase finale di cd. "Realizzazione del 5G". Solo in quest'ultima fase sarà possibile apprezzare le applicazioni più pionieristiche come gli ologrammi o le telecomunicazioni tridimensionali.⁸

I rischi alla sicurezza nazionale sono invece dovuti alla conseguente dipendenza delle economie digitalizzate dalla rete 5G. La Commissione europea riconosce una serie di ambiti nel Considerando

⁵ Nell'ambito delle telecomunicazioni, tali onde sono anche denominate *extremely high frequencies* ("EHF") per via della loro frequenza estremamente alta.

⁶ Qualcomm, "The 5G Economy: How 5G will Impact Global Industries, the Economy, and You", in *MIT Technology Review*, 1 March 2017 <https://www.technologyreview.com/2017/03/01/153487/the-5g-economy-how-5g-will-impact-global-industries-the-economy-and-you/>

⁷ Per un maggior approfondimento, si consiglia la lettura di A. Detti, 'Functional Architecture', *5G Italy White Book: From Research to Market*, CNIT, pp. 59 ss.

⁸ Commissione europea, *Accelerating the 5G transition in Europe. How to boost investments in transformative 5G solutions*, Febbraio 2021, pp. 9 ss. Il report è consultabile al seguente link: https://www.eib.org/attachments/thematic/accelerating_the_5g_transition_in_europe_en.pdf

2 della già ricordata Racc. (UE) 2019/453: servizi essenziali, energia, trasporti, servizi bancari e sanitari e sistemi di controllo industriale, processi democratici. Inevitabilmente il novero di settori risulta sovrapponibile agli ambiti previsti dall' art. 4 par. 2 Reg. (UE) 2019/452 previsti per gli *screening* degli IED. In parallelo, si sviluppa infatti la necessità di controlli cibernetici e di standard condivisi di cybersicurezza per evitare che il danno all'infrastruttura di uno Stato membro abbia effetti collaterali transfrontalieri e di portata continentale.

2.2. LA CD. “CORSA AL 5G” E LE POSIZIONI STRATEGICHE NELLA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Alla luce delle conseguenze materiali di una compiuta rete 5G, lo sviluppo delle tecnologie e l’adozione degli standard internazionali coinvolge ora più che mai gli Stati. Trattasi di un interesse composito con due profili: sicurezza nazionale e geopolitica. In primo luogo, l’implementazione della rete 5G condiziona la competitività del sistema Paese: diversi settori - come, ad esempio, la logistica o le tecnologie critiche - rischierebbero di rimanere arenati rispetto a *competitor* che possono beneficiare di una rete mobile più efficiente. Si pensi inoltre allo sviluppo delle tecnologie della fase di realizzazione ricordate nel precedente paragrafo: uno Stato privo di una stabile infrastruttura perderebbe l’opportunità di investimenti e non valorizzerebbe il proprio capitale umano. Da un punto di vista geopolitico, è aperta invece la cd. “Corsa al 5G”.⁹

Ogni qualvolta una nuova infrastruttura tecnologica viene sviluppata, si crea una competizione tra aziende e tra Stati per arrivare alla realizzazione delle tecnologie necessarie ai fini dell’implementazione. La corsa è dettata principalmente da un fattore commerciale: l’azienda che sviluppa il maggior numero di *hardware* e *software* avrà maggiore influenza sull’adozione di standard internazionali e di conseguenza avrà un primato nella successiva commercializzazione dei prodotti tecnici. Lo Stato ne beneficia per l’evidente espansione di mercato che un affare del genere può comportare.

Le ultime corse nell’ambito delle telecomunicazioni - 3G e 4G - sono state meno rilevanti per i commentatori in quanto il livello di novità rispetto alle generazioni precedenti era limitato e gli Stati che concorrevano tra di loro erano alleati storici: Stati Uniti, Giappone, Unione europea e Corea del Sud.

La Corsa al 5G è maggiormente sentita per due fattori: il volume di invenzioni e brevetti; il protagonismo cinese. Il volume di dati e la velocità con il quale questi viaggeranno impone il ripensamento delle reti di telecomunicazione e prevede la realizzazione di tre aree applicative: (i) la

⁹ Si segnala tuttavia come alcuni commentatori internazionali non siano d’accordo con la metafora della ‘corsa’ (*race*). Cfr. J. Lewis, ‘Can Telephones Race? 5G and the Evolution of Telecom. Part I’, Center for Strategic and International Studies – CSIS, 2020, p. 3: “5G must be accompanied by “complementary investments”. These include the invention of new products and services that make use of 5G networks and the development of new business models and processes. The United States is strong here, but so is China. The need for complementary investments and business innovations put the race metaphor in context because what companies and countries do with 5G is more important than how quickly or how “much” 5G they have.” Cfr. anche S. W. Harold et al., ‘Winning the 5G Race with China: A U.S.-Japan Strategy to Trip the Competition, Run Faster, and Put the Fix In’, *Asia Policy*, Vol. 16, No. 3, 2021, p. 82: “there is not one single race but in fact many races that can be disaggregated across component technology type, country, or other metrics of assessment and field of competition, it may be more useful to focus less on “winning” a single race and more on avoiding self-destructive steps.”

telefonia mobile avanzata a banda larga (eMBB); (ii) le comunicazioni ultra-affidabili a bassa latenza (URLLC); (iii) le comunicazioni macchina-macchina massive (mMTC).¹⁰

2.2.1. La Cina e il contesto asiatico

Nei primi anni Duemila, la Cina ha sofferto della propria assenza nella corsa al 3G e implementò l'infrastruttura solo 8 anni dopo rispetto alle altre potenze economiche. Il ritardo tecnologico non era quindi più sostenibile in vista delle successive generazioni e il Governo cinese ha iniziato un progetto ambizioso attraverso il Gruppo di promozione IMT-2020 nel 2013 e il piano strategico “Made in China 2025”.¹¹

Il suddetto piano - anche detto “MIC25” – dimostra l’ambizione protezionistica che la Cina intende solidificare a partire da questo decennio: un rafforzamento dell’industria cinese di prodotti e servizi ad alta tecnologia (tra cui le telecomunicazioni) e una drastica riduzione della dipendenza da fornitori esteri per materiali robotici e per circuiti integrati per telefoni.¹²

Nello specifico per il settore 5G, la Repubblica popolare sostiene in misura rilevante le aziende con garanzie sui prestiti contratti con la China Development Bank e sgravi fiscali in seguito alla riforma del 2007.¹³ Il programma di sviluppo scientifico nazionale alloca il 2.5% del PIL annuale alle attività di R&D e, in sede di esecuzione del MIC25, sono stati costituiti due nuovi fondi di investimento dal valore totale di circa \$31,9 miliardi.¹⁴ Nella sua globalità, gli investimenti statali nelle tecnologie di quinta generazione hanno superato i \$400 miliardi. I commentatori del settore notano anche che, mentre le imprese di telecomunicazioni di altri Stati devono bilanciare diverse necessità di concorrenza, le omologhe società cinesi ‘azzardano’ maggiori investimenti nel settore 5G in esecuzione di politiche governative.¹⁵ Inoltre si registra un incremento di acquisizioni dal 2013 in

¹⁰La pratica è denominata in linguaggio tecnico *network slicing*. Per un maggiore approfondimento si consigliano le raccomandazioni dell’International Telecommunication Union (ITU), in particolare ITU-T, Y.3102 (05/2018): *Framework of the IMT-2020 network*, pp. 5 ss., <https://www.itu.int/rec/T-REC-Y.3102-201805-I>

¹¹ L. Mariani, M. Bertolini, op. cit. nota 4, pp. 8 ss.

¹² Cfr. E. B. Kania, “Made in China 2025, Explained”, *The Diplomat*, 1 febbraio 2019, <https://thediplomat.com/2019/02/made-in-china-2025-explained/>; J. Wübbeke et al., “Made in China 2025. The Making of a High-Tech Superpower and Consequences for Industrial Countries”, *MERICs Papers on China*, 2/2016, pp. 7 ss., <https://merics.org/en/report/made-china-2025>

¹³ *Enterprise Income Tax Law of the People’s Republic of China* (中华人民共和国企业所得税法), promulgata dal Congresso Nazionale del Popolo il 16 marzo 2007, in vigore dal 1 gennaio 2008.

¹⁴ Advanced Manufacturing Fund (al 2016, aveva raccolto un totale di €2,7 miliardi); National Integrated Circuit Industry Fund (\$19 miliardi – con stime di circa \$28 miliardi al 2019 - https://www.crunchbase.com/organization/china-integrated-circuit-industry-investment-fund-cicf/investor_financials). Cfr. J. Wübbeke et al., op. cit. nt. 12, p. 7.

¹⁵ E. Woyke, ‘China is racing ahead in 5G. Here’s what that means.’, in *MIT Technology Review*, 18 dicembre 2018, <https://www.technologyreview.com/2018/12/18/66300/china-is-racing-ahead-in-5g-heres-what-it-means/>

poi – principalmente in Stati Uniti, Germania e Italia¹⁶ - con lo scopo di ottenere proficui trasferimenti di tecnologie e risorse umane per ricerca e sviluppo.¹⁷ I settori maggiormente di interesse per l’agenda cinese sono la robotica e i semiconduttori. Questi ultimi, in particolare, sono forse l’anello veramente debole del MIC25. Il mercato globale di *chip design* è coperto all’80% da solo tre società statunitensi: Synopsis, Cadence e Siemens Digital Industries Software¹⁸. Il più grande produttore cinese – SMIC – non è in grado di sopperire alla fornitura americana di chip venuta meno con i divieti imposti a Huawei nel maggio 2020.¹⁹ Di recente, il Ministero del Commercio cinese ha inoltre emanato un provvedimento ai sensi della legge sulle esportazioni introducendo un sistema autorizzatorio per l’esportazione di gallio e germanio a decorrere dal 1 agosto 2023.²⁰ È su queste basi che l’istituto di ricerca tedesco MERICS prevede che il piano MIC25 fallirà nei suoi ambiziosi obiettivi temporali: l’efficacia del piano soffre dell’eccessiva distanza tra l’ambizione politica e le reali necessità industriali, dell’inefficiente allocazione di risorse – con l’eccessivo investimento in progetti troppo prematuri – e la mancanza di iniziative ‘dal basso’ che non siano dirette e sponsorizzate dal vertice statale.²¹

Tra le principali aziende cinesi attive nel settore si segnalano Huawei e ZTE. Entrambe presentano i loro maggiori proventi proprio nel settore delle reti di comunicazioni con il ‘duopolio’ sul mercato cinese e un’importante presenza nel resto del mondo.²² Altre aziende rilevanti sono le partecipate pubbliche China Unicom, China Tower e China Mobile: coinvolte a diversi livelli nello sviluppo della tecnologia e dell’infrastruttura.

Sono molteplici le applicazioni che le città e le aziende cinesi stanno già sperimentando. In particolar modo, nel contesto urbano (*smart city*), manifatturiero (*smart manufacturing*) e nelle attività estrattive (*smart mining*).²³ È il caso di Nanshan, quartiere della città finanziaria Shenzhen,

¹⁶ Cfr. J. Wübbecke et al., op. cit. nt. 12, p. 52.

¹⁷ Cfr. J. Wübbecke et al., op. cit. nt. 12, p. 41. Si registra inoltre, in tema di sicurezza internazionale, la letteratura in merito alla strategia cd. ‘*picking flowers, making honey*’ per la quale ricercatori cinesi provenienti da istituti di ricerca militari collegati alla People’s Liberation Army (“PLA”) conducono ricerca scientifica presso università occidentali per sfruttare risorse e probabilmente carpire informazioni sensibili degli altri Stati, anche sotto mentite spoglie in qualità di ricercatori presso istituti cinesi civili inesistenti o comunque controllati dalla PLA. Per un maggior approfondimento cfr. A. Joske, ‘Picking Flowers, Making Honey: The Chinese Military’s Collaboration with Foreign Universities’, Australian Strategic Policy Institute, 2018, pp. 6 ss.

¹⁸ Il ramo di specializzazione è Siemens EDA, fino al 2021 con il nome Mentor Graphics. La società statunitense era stata acquisita dal gruppo Siemens nel 2017.

¹⁹ S. W. Harold, ‘China’s Semiconductor Industry: Autonomy Through Design?’, Institut Montaigne, 25 settembre 2020, <https://www.institutmontaigne.org/en/expressions/chinas-semiconductor-industry-autonomy-through-design>

²⁰ Ufficio di Sicurezza e Controlli, Provvedimento n. 23/2023 del Ministero del Commercio, 3 luglio 2023. Testo consultabile al seguente link: <http://www.mofcom.gov.cn/article/zcfb/zcblgg/202307/20230703419666.shtml>

²¹ Cfr. J. Wübbecke et al., op. cit. nt. 12, pp. 50 ss.

²² Huawei dichiara un introito di \$49 mld nel settore ‘ICT Infrastructure Business’ secondo il suo bilancio di esercizio 2022, pp. 115 ss. Consultabile al seguente link: <https://www.huawei.com/en/annual-report>. ZTE dichiara un introito di \$5 mld nel settore ‘Carriers’ network’ secondo il suo bilancio di esercizio 2022, pp. 250 ss. Consultabile al seguente link: <https://www.zte.com.cn/global/about/investorrelations.html>

²³ GSMA, *5G in Verticals in China*, 2022. Consultabile al seguente link: <https://www.gsma.com/iot/resources/greater-china-5g-vertical-2022/>

ha implementato da aprile 2021 una rete 5G sul quale sviluppare tecnologie IoT e di intelligenza artificiale (“AI”)²⁴ che permettono di migliorare la performance dei servizi pubblici, la gestione di dati della comunità (*in primis* le statistiche COVID), i flussi di traffico, l’introduzione di robot.

Per quanto riguarda il resto dell’Asia, il continente è diviso tra Stati più vicini alla sfera di influenza cinese e Stati che collaborano con gli Stati Uniti nell’implementare la politica di contenimento della Cina. I primi sono raccolti nell’Organizzazione per la Cooperazione di Shanghai, fondata a seguito della Dichiarazione di Shanghai del 15 giugno 2001. Gli Stati membri sono: Cina, Russia, Kazakistan, Kirghizistan, Tagikistan, Uzbekistan, India, Pakistan e Iran. Si aggiungono anche una serie di Stati osservatori e Partner dialoganti dell’Asia centrale e del Medio Oriente.

In secondo luogo, tra i partner degli Stati Uniti, hanno un ruolo primario il Giappone, la Corea del Sud e Taiwan. A partire dal 2020, il Giappone ha iniziato a riformare la legislazione in materia di visti con lo scopo di tutelare le proprie imprese dai casi di furti di proprietà intellettuale e in materia di screening degli investimenti diretti.²⁵ Corea del Sud e Taiwan sono invece coinvolti nella guerra commerciale sui processori: con regolamenti emanati dal Dipartimento del Commercio degli Stati Uniti, sono state bloccate le esportazioni di qualsiasi processore prodotto a Taiwan contenente proprietà intellettuale statunitense. Le società sudcoreane hanno seguito lo stesso approccio cautelare delle omologhe americane (come verrà spiegato *infra*) e da settembre 2020 hanno interrotto la vendita di chip di memoria a Huawei.²⁶ Infine, Giappone e Stati Uniti collaborano su più tavoli diplomatici bilaterali e multilaterali per una condivisione di tutte le strategie in ambito tecnologico. In particolare, lo U.S.-Japan Policy Cooperation Dialogue on the Internet Economy e il Dialogo quadrilaterale di sicurezza (cd. “Quad”). D’intesa con gli Stati Uniti, il Giappone è anche particolarmente attivo nella promozione di finanza di progetti e catene di approvvigionamento degli Stati membri dell’ASEAN con l’obiettivo di distogliere il Sud-Est asiatico dalla sfera di influenza cinese.²⁷

2.2.2. Gli Stati Uniti: il mercato, l’esclusione dei fornitori cinesi, la promozione di politiche di cybersecurity comuni

²⁴ Sul punto, sono interessanti gli sviluppi in materia di tecnologie di ‘face recognition’ ormai particolarmente avanzate grazie a software AI. L’Unione europea è in procinto di vietarle con l’art. 5 par. 1 lett. d, ‘AI Act’, attualmente in discussione (COM/2021/206 final). D’altra parte, la Cina ha già dispiegato tecnologie di riconoscimento facciale nei progetti di smart city come la stessa Nanshan. Si veda GSMA, op. cit. nt. 23, p. 8.

²⁵ Cfr. S. W. Harold et al., op. cit. nt. 9, pp. 90 ss.

²⁶ C. Mu-hyun, “Samsung and SK Hynix to Halt Memory Supply to Huawei”, ZDNet, 8 settembre 2020. Consultabile al seguente link: <https://www.zdnet.com/article/samsung-and-sk-hynix-to-halt-memory-supply-to-huawei/>

²⁷ ASEAN, ‘ASEAN - Japan Economic Ministers’ Joint Statement on Initiatives on Economic Resilience in Response to the Corona Virus Disease (COVID-19) Outbreak’, 22 aprile 2020. Consultabile al seguente link: <https://asean.org/asean-japan-economic-ministers-joint-statement-on-initiatives-on-economic-resilience-in-response-to-the-corona-virus-disease-covid-19-outbreak/>

Il mercato statunitense consiste in tre principali aziende che coprono la rete 5G dell'intero Paese: T-Mobile U.S.,²⁸ AT&T e Verizon Communications Inc. In aggregato le tre società coprono circa 2.7 milioni di miglia quadrate di copertura di rete 5G.²⁹

La rivalità USA-Cina è oggetto di ampia letteratura nelle scienze politiche e delle relazioni internazionali. In particolare, i commentatori che sposano dottrine realiste sono concordi nel riconoscere un graduale declino degli Stati Uniti, a favore di una graduale ascesa della Repubblica popolare cinese. Tuttavia, questa narrativa appare ostacolata da diverse situazioni di fatto che rendono l'ascesa cinese più problematica del previsto: (i) la superiorità militare degli Stati Uniti; (ii) la diffidenza delle altre grandi economie nei confronti della Cina; (iii) la politica di contenimento statunitense nell'Oceano Pacifico.³⁰ Se si sposano le teorie di realismo offensivo,³¹ l'attuale strategia cinese in ambito tecnologico avrebbe lo scopo di superare questi ostacoli per emergere come prima potenza globale. Le azioni principali e degne di nota sono infatti le politiche protezionistiche per rafforzare e rendere autonomo il mercato cinese, l'apertura a nuove relazioni economiche internazionali alternative al predominante modello BITS³² e, in particolar modo, la promozione di ricerca e lo sviluppo di nuove tecnologie. Quest'ultimo aspetto passa obbligatoriamente per la rete 5G: l'unica rete di telecomunicazioni in grado di sostenere il maggior numero di servizi richiesti - con il conseguente incremento dei dati trasmessi - e l'ampliamento delle tipologie di servizi supportati.

La rete 5G è inoltre un ottimo pretesto per diffondere la tecnologia cinese in altri Stati con tutte le implicazioni di sicurezza nazionale del caso. Le tecnologie 5G trasporteranno un elevata quantità di dati che – anche quando non sensibili – permetteranno di rappresentare attività economiche e non di un intero mercato. L'affidabilità che l'infrastruttura non sfrutti a proprio vantaggio il passaggio di questi dati rappresenta un interesse essenziale di qualsiasi Stato.

²⁸ La società è quotata su NASDAQ e controllata dalla tedesca Deutsche Telekom AG.

²⁹ T-Mobile US. (March 11, 2021). Leading telecommunication carriers' 5G coverage in the United States as of March 2021 (in million square miles) [Graph]. In Statista. Retrieved July 25, 2023, from <https://www.statista.com/statistics/1221824/us-telecom-carriers-5g-coverage-in-sq miles/>

³⁰ Per un maggior approfondimento di queste tematiche, si consiglia la lettura di H. A. Siddique, 'Understanding the US and China Rivalry through Modelski's Model and Offensive Realism Theory (The Past, Present and Future)', *International Journal of Politics and Security (IJPS)*, Vol. 4, No. 3, 2022, pp. 271-298.

³¹ Il realismo offensivo è stato riassunto dal professore Mearsheimer come la teoria secondo la quale gli Stati tendono sempre a massimizzare la propria sfera di egemonia e il proprio potere relativo a seguito della struttura anarchica delle relazioni internazionali. Cfr. J. Mearsheimer, *The Tragedy of Great Powers Politics*, New York, Norton, 2001, p. 22.

³² Per un rapido accenno al sistema dei BITS, si rinvia *supra* al §1.1.3 e si consiglia la lettura di P. T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford International Law Library, Terza ed., 2021, pp. 651-706.

Su queste premesse, il Presidente Trump ha emanato l'ordine esecutivo del 15 maggio 2019³³ con il quale ha: (i) introdotto un nuovo potere di veto in capo al Dipartimento del Commercio (s. 1 (a)) sulle operazioni di acquisizione, importo, trasferimento, installazione, trattamento o uso di qualsiasi informazione e tecnologia o servizio di comunicazione; (ii) incaricato il Dipartimento del Commercio di stilare la lista dei cd. “avversari stranieri” (*foreign adversaries*)³⁴ e delle entità controllate o comunque soggette alla giurisdizione degli avversari stranieri, la cd. “Entity List” (s. 2 (b)). Il provvedimento è asceso agli onori della cronaca come ‘Huawei ban’, in quanto la società principalmente colpita è stata proprio la telco cinese. In particolare, il provvedimento ha avuto effetti ancora più severi a causa della reazione preventiva delle società americane che fornivano a Huawei prodotti (processori) e servizi (software) indispensabili per la telefonia mobile.³⁵ Huawei ha tentato il ricorso all'ordine esecutivo per difetto di legittimità costituzionale³⁶ tuttavia fallendo. A luglio 2023, i commentatori internazionali ritengono che Huawei – dopo circa 3 anni dall'entrata in vigore del divieto – sia pronta a ritornare nel mercato statunitense con processori 5G sviluppati completamente in Cina con la già menzionata SMIC.³⁷

Oltre alla gestione ‘domestica’ di Huawei e di altre società cinesi, gli Stati Uniti premono affinché i propri alleati limitino allo stesso modo la presenza di entità cinesi nell'infrastruttura digitale. Un primo passo è stato la istituzionalizzazione della strategia comune di cybersicurezza, inaugurata preliminarmente con la Convenzione di Budapest del 2001,³⁸ il quale testo è stato ideato dal Consiglio d'Europa con la partecipazione attiva di alcuni Stati osservatori – tra cui gli Stati Uniti. Il trattato ha avuto lo scopo di armonizzare le legislazioni in materia di cybersicurezza (artt. 2 ss.) e garantire sistemi di cooperazione internazionale nel settore (artt. 23 ss.). Negli ultimi anni la collaborazione è

³³ Executive Order on Securing the Information and Communications Technology and Services Supply Chain, Executive order no. 13873, 15 maggio 2019. Consultabile al seguente link: <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/executive-order-securing-information-communications-technology-services-supply-chain/>

³⁴ La s. 3 (b) definisce gli avversari stranieri come qualsiasi governo straniero o persona straniera non governativa impegnata in un modello a lungo termine o in gravi istanze di condotta significativamente avversi alla sicurezza nazionale degli Stati Uniti o alla sicurezza e alla protezione dei cittadini degli Stati Uniti.

³⁵ Alphabet Inc., holding del Gruppo Google, è stata la prima società statunitense a sospendere le forniture a Huawei prima di un qualsiasi veto ai sensi dell'ordine esecutivo n. 13873. La decisione non è stata annunciata con documentazione ufficiale bensì in conferenza stampa in data 19 maggio 2019. Consultabile al seguente link: <https://www.reuters.com/article/us-huawei-tech-alphabet-exclusive/exclusive-google-suspends-some-business-with-huawei-after-trump-blacklist-source-idUKKCN1SP0NB> Allo stesso modo nei mesi successivi è avvenuto con Qualcomm e Intel, fornitori di semiconduttori e processori.

³⁶ Huawei Technologies USA Inc.; Huawei Technologies Company Ltd v. Federal Communications Commission; United States of America, United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, No. 19-60896 (2021). Consultabile al seguente link: <https://www.fcc.gov/document/fifth-circuit-decision-huawei-technologies-v-fcc>

³⁷ D. Kirton, ‘China's Huawei poised to overcome US ban with return of 5G phones, research firms say’, Reuters, 12 luglio 2023. Consultabile al seguente link: <https://www.reuters.com/technology/chinas-huawei-poised-overcome-us-ban-with-return-5g-phones-research-firms-2023-07-12/>

³⁸ Convenzione sulla criminalità informatica (STE n. 185), firmato il 23 novembre 2001, entrato in vigore il 1 luglio 2004. Consultabile al seguente link: <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=185>

stata rafforzata con la realizzazione di un Gruppo di lavoro sulla Cybersicurezza e sul Cybercrimine tra Unione europea e Stati Uniti nel 2010 e le “Proposte di Praga” (*Prague Proposals*) con la Conferenza di Praga sulla Sicurezza del 5G, di novembre 2021. Le Proposte di Praga seguono due filoni: la diversificazione dei fornitori³⁹ e i criteri di cybersicurezza per le tecnologie emergenti e rivoluzionarie (cd. ‘EDT’).⁴⁰ La scelta della diversificazione delle catene di fornitura è stata dettata dallo scetticismo di non pochi Stati membri UE al totale divieto delle società cinesi nello sviluppo dell’infrastruttura digitale. Tuttavia, a seguito della crisi ucraina e il conseguente rischio di sicurezza nazionale dovuto alla dipendenza dalle risorse naturali russe, l’Unione europea e gli Stati membri più reticenti – come, ad esempio, la Germania nel caso di Deutsche Telekom – stanno ripensando la loro posizione ufficiale sul tema.⁴¹ Inoltre, le Proposte di Praga identificano le EDTs di particolare interesse: AI, infrastrutture di comunicazione quantistica, tecnologie di analisi avanzata di dati, sistemi autonomi, Internet delle Cose (cd. ‘IoT’). Tutte queste tecnologie necessitano del 5G – se non del 6G in futuro – per poter operare e creare l’economia digitale dei prossimi decenni. Di conseguenza, le Proposte di Praga raccomandano un approccio comune basato su fattori di rischio e su principi-guida: sia per creare l’infrastruttura, sia per sviluppare le EDTs. Di nostro particolare interesse sono le proposte in merito alla sicurezza della catena di fornitura e l’attenzione dei regolatori sui trasferimenti di tecnologia. La raccomandazione cita ad esempio i rischi di *backdoor*⁴², di estrazioni, alterazioni o ‘avvelenamenti’ delle reti. Si consiglia inoltre ai governi di adottare meccanismi di valutazione dei rischi dei fornitori e delle catene di fornitura. Per quanto riguarda i trasferimenti di tecnologia, le Proposte di Praga raccomandano controlli sull’esportazione e in particolare l’adozione di meccanismi di *screening* degli investimenti – senza, tra l’altro, esplicitare un limite dei controlli ai soli investimenti diretti (come invece si evince dal Reg. (UE) 2019/452).

I Governi europei più decisi nell’escludere Huawei dalla rete 5G sono il Regno Unito e le repubbliche baltiche. Nel 2021 il Regno Unito ha emendato il Communications Act 2003, in particolare aggiungendo la s. 105Z1⁴³ che introduce il potere del Segretario di Stato di imporre indirizzi a fornitori di comunicazioni pubbliche quando considera che l’indirizzo sia nell’interesse della sicurezza nazionale (s. 105Z1 (2) (a)). Il 12 ottobre 2022, il Segretario di Stato per il Digitale ha emesso gli indirizzi per i fornitori di comunicazioni elettroniche per quanto riguarda le forniture

³⁹ The Prague Proposals, ‘The Chairman Statement on Telecommunications Supplier Diversity’, 30 novembre 2021. Consultabile al seguente link: <https://www.nukib.cz/en/infoservis-en/news/1775-5g-security-conference-2021/>

⁴⁰ The Prague Proposals, ‘The Chairman Statement on Cyber Security of Emerging and Disruptive Technologies’, 30 novembre 2021. Consultabile al seguente link: <https://www.nukib.cz/en/infoservis-en/news/1775-5g-security-conference-2021/>

⁴¹ Financial Times, ‘EU considers mandatory ban on using Huawei to build 5G’, 7 giugno 2023. Consultabile al seguente link: <https://www.ft.com/content/a6900b0f-08d5-433d-bfb0-f57b6041e381>

⁴² Trattasi di vulnerabilità all’interno di una rete che permettono accessi non autorizzati.

⁴³ s. 15 (2), Telecommunications (Security) Act 2021

di Huawei.⁴⁴ in breve, divieto di utilizzare qualsiasi attrezzatura prodotta dalla società cinese dopo il 31 dicembre 2020 in reti 5G e una serie di caps al 35% per una serie di componenti di accesso alla rete 5G. A decorrere dal 31 dicembre 2027, l'indirizzo vieta alle società destinatarie di utilizzare qualsiasi attrezzatura Huawei. A differenza degli Stati Uniti che non hanno mai riportato evidenza di *backdoor* nei prodotti cinesi, il Regno Unito è l'unico Paese ad aver pubblicato risultati tecnici relativi ai rischi cibernetici. Huawei ha costituito Cyber Security Evaluations Ltd nel 2010 in accordo con il Governo inglese per il costante monitoraggio della sicurezza dei prodotti e servizi nel territorio inglese.⁴⁵

D'altra parte, l'Estonia ha promulgato la cd. 'Huawei Law' il 12 maggio 2020 introducendo un sistema autorizzatorio per qualsiasi organizzazione che intenda usare hardware o software di rete in caso questo possa incidere sulla sicurezza nazionale. La Lituania ha espresso l'intenzione di escludere le società cinesi dalla costruzione della propria rete 5G sia con comunicazioni governative sia parlamentari.⁴⁶

Nell'ambito del divieto nei confronti di Huawei e altre società cinesi nel settore tecnologico, gli Stati Uniti hanno portato avanti l'iniziativa 'Clean Network', inaugurata con la dichiarazione governativa del 5 agosto 2020.⁴⁷ L'iniziativa ha sei filoni principali sul quale il Governo USA intende agire per la 'salute' degli operatori telefonici, delle applicazioni e relativi *store*, del *cloud*, dei cavi e dell'intera infrastruttura 5G nelle strutture della diplomazia statunitense nel mondo. Il Clean Network è esplicitamente pensato contro Huawei, ZTE e in generale le entità collegate all'apparato statale cinese che viene definito un '*malign actor*' nella documentazione ufficiale della Presidenza Trump. Gli Stati Uniti – come confermato dal Presidente Biden – riconoscono nella presenza delle società cinesi nell'infrastruttura digitale di quinta generazione il rischio di facilitare per la Cina le attività di

⁴⁴ Secretary of State for Digital, Culture, Media and Sport, 'Designated Vendor Direction under section 105Z1 of the Communications Act 2003, given to [a Public Communications Provider]', 12 ottobre 2022. La copia pubblica è consultabile al seguente link:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1110248/Final_Huawei_Designated_Vendor_Direction.pdf

⁴⁵ "[S]hortcomings in Huawei's engineering processes have exposed new risks in the UK telecommunication networks and long-term challenges in mitigation and management" e "Through 2017, HCSEC has continued to find issues in Huawei products, demonstrating their continued ability to discover weaknesses in the Huawei product set. Through 2017, HCSEC has continued to find issues in Huawei products, demonstrating their continued ability to discover weaknesses in the Huawei product set." HCSEC, Annual report, 2018, pp. 4; 17. Consultabile al seguente link:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/727415/20180717_HCSEC_Oversight_Board_Report_2018_-_FINAL.pdf "HCSEC continues to uncover issues that indicate there has been no overall improvement over the course of 2020 to meet the product software engineering and cyber security quality expected by the NCSC." HCSEC, Annual report, 2021, p. 27. Consultabile al seguente link:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1004291/2021_HCS_EC_OB_REPORT_FINAL_1.pdf

⁴⁶ A. Rakšytė, 'How Can the Baltic States Support 5G Security through Transatlantic Cooperation?', Center for European Policy Analysis - CEPA, 26 agosto 2021. Consultabile al seguente link: <https://cepa.org/comprehensive-reports/how-can-the-baltic-states-support-5g-security-through-transatlantic-cooperation/>

⁴⁷ U.S. Department of State, 'The Clean Network', 2020. Consultabile al seguente link: <https://2017-2021.state.gov/the-clean-network/>

oppressione politica, di interventismo militare, di boicottaggio commerciale ed economico e coercizione diplomatica attraverso le rinnovate capacità digitali.⁴⁸

2.2.3. L'Unione europea: il mercato e l'azione strategica comune

Il mercato europeo presenta due principali aziende nella fornitura di tecnologie di quinta generazione: la finlandese Nokia e la svedese Ericsson. Nella realizzazione dell'infrastruttura digitale sono poi attive tutte le principali telco: Deutsche Telekom, Orange, Telefonica, Telecom Italia (TIM), Vodafone, Wind Tre, Fastweb. La Corte dei conti europea riporta tuttavia che l'Unione europea è al momento lontana dal raggiungere il proprio ambizioso piano di implementare la tecnologia 5G in tutte le aree urbane entro il 2025 e nel resto del continente entro il 2030.⁴⁹ Al 2023, la European Telecommunications Network Operators' Association (cd. "ETNO") rappresenta che, sebbene la rete 5G copra circa il 73% del territorio, solo il 6.4% delle connessioni mobili avviene sulla nuova rete, a fronte del 13.4% negli Stati Uniti e del 29.3% in Corea del Sud già registrati negli anni precedenti.⁵⁰ In Europa si sta registrando anche il fenomeno delle reti private: grandi imprese che decidono di realizzare reti di quinta generazione per i propri ecosistemi aziendali. Oltre al pregiudizio alla concorrenza che un fenomeno inevitabilmente comporta, questa scelta di investimento rappresenta un compromesso nelle more della realizzazione delle reti pubbliche. Infatti, queste reti private sono sì di quinta generazione ma pur dovendosi comunque collegare al resto dell'infrastruttura digitale circostante, in realtà dovranno accontentarsi della tecnologia 4G/LTE, senza poter quindi ancora sfruttare a pieno l'espansione di servizi della quinta generazione.⁵¹

Sebbene sotto l'impulso dell'alleato nordamericano, anche l'Unione europea ha provveduto a formulare una strategia di cybersecurity che avesse la 'minaccia cinese' tra le proprie *rationes* principali. La principale differenza è il rispetto formale con il quale l'Unione europea intende continuare a trattare la Repubblica Popolare Cinese. In questo modo, l'approccio europeo - che è pur sempre *summa* di 27 posizioni politiche e culturali - intende negoziare con la Cina un approccio meno

⁴⁸ Cfr. D. P. Fidler, 'The Clean Network Program: Digital Age Echoes of the "Long Telegram"??', Council on Foreign Relations – CFR, 5 ottobre 2020. Consultabile al seguente link: <https://www.cfr.org/blog/clean-network-program-digital-age-echoes-long-telegram>

⁴⁹ Corte europea dei conti, Relazione speciale 3/2022, "L'introduzione del 5G nell'UE: vi sono ritardi nel dispiegamento delle reti e le questioni di sicurezza rimangono irrisolte", 24 gennaio 2022, p. 17. Consultabile al seguente link: <https://www.eca.europa.eu/en/publications?did=60614>

⁵⁰ Cfr. European Telecommunications Network Operators' Association - ETNO, 'The State of Digital Communications', 2023, p. 40. Consultabile al seguente link: <https://etno.eu/library/reports/112-the-state-of-digital-communications-2023.html> ETNO, 'The State of Digital Communications', 2022, p. 45. Consultabile al seguente link: <https://etno.eu/library/reports/104-state-of-digi-2022.html>

⁵¹ Le tedesche Siemens e Bosch hanno già ottenuto l'assegnazione di frequenze dello spettro dalle Autorità competenti tedesche. Altri Stati europei stanno seguendo lo stesso trend: Francia, Regno Unito, Svezia, Finlandia e Croazia. Cfr. S. Kechche, '5G in Europe: Reflecting on the Progress So Far and Mapping the Future', OOKLA, 23 febbraio 2022. Consultabile al seguente link: <https://www.ookla.com/articles/5g-europe-mapping-the-future-q1-2022>

invasivo e più ‘rispettoso’ dei propri partner commerciali. Le istituzioni UE, infatti, non negano la situazione di conflittualità con la Cina, tuttavia, preferiscono perimetrarla in un dialogo diplomatico. Si veda la comunicazione dell’Alto Rappresentante del 12 marzo 2019 a seguito dell’ultimo summit UE-Cina: si riconosce che “[a] seconda dei settori, la Cina è un partner di cooperazione con obiettivi largamente allineati a quelli dell’UE, [...] un concorrente economico che ambisce alla leadership tecnologica e un rivale sistemico che promuove modelli di governance alternativi.”⁵² Il linguaggio risulta molto soppesato e ben distante dall’attributo ‘maligno’ utilizzato dalla Presidenza Trump e mai veramente rinnegato dal successivo esecutivo. Per gli argomenti di nostro interesse, la comunicazione congiunta invita la Commissione europea a sviluppare un approccio comune unionale sulla sicurezza delle reti 5G (Azione 9) e gli Stati membri ad attuare quanto prima il Reg. (UE) 2019/452 (Azione 10).

Nello stesso giorno della comunicazione congiunta, il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione non legislativa⁵³ che più esplicitamente affronta le tematiche di cybersicurezza relative alla Cina. Il Considerando E si rivolge direttamente alla legislazione cinese che prevede pesanti obblighi di cooperazione delle imprese in difesa della sicurezza nazionale.⁵⁴ In particolare, il timore principale è legato all’ampia definizione di ‘sicurezza nazionale’: l’assenza relativa di minacce internazionali o interne al potere dello Stato di governare, alla sovranità, all’unità e integrità territoriale, al benessere del popolo, allo sviluppo economico e sociale sostenibile e ad altri importanti interessi nazionali, e alla capacità di garantire uno stato continuo di sicurezza.⁵⁵ Una definizione così estesa della ‘sicurezza nazionale’ comporta un potere *de facto* privo di vincoli delle autorità governative a visionare qualsiasi tipo di dato in nome della sicurezza nazionale. Si pensi al raffronto con l’impostazione italiana che – sebbene difetti di una definizione di sicurezza nazionale – la racchiude comunque in specifici ambiti (v. art. 1, 1-bis, 2 d.L. 21/2012 e art. 4 Reg. (UE) 2019/452)

⁵² Par. I, JOIN(2019) 5 final

⁵³ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2019 sulle minacce per la sicurezza connesse all'aumento della presenza tecnologica cinese nell'Unione e sulla possibile azione a livello di Unione per ridurre tali minacce (2019/2575(RSP))

⁵⁴ “[C]onsiderando che sono state espresse preoccupazioni in merito ai fornitori di apparecchiature di paesi terzi che potrebbero presentare un rischio per la sicurezza dell'Unione a causa della legislazione del loro paese di origine, in particolare dopo l'entrata in vigore delle leggi cinesi sulla sicurezza dello Stato, che prevedono l'obbligo per tutti i cittadini, le imprese e altri soggetti di cooperare con lo Stato per la salvaguardia della sicurezza dello Stato, in relazione a una nozione estremamente ampia di sicurezza nazionale; che nulla garantisce che tali obblighi non abbiano un'applicazione extraterritoriale e che le reazioni degli altri paesi alle leggi cinesi sono state variegata e vanno da valutazioni della sicurezza a un divieto assoluto;” Considerando E, Risoluzione Parlamento europeo 2019/2575(RSP).

⁵⁵ Art. 2, *National Security Law of the People's Republic of China* (中华人民共和国国家安全法), promulgata dal Congresso Nazionale del Popolo il 1 luglio 2015, in vigore dal 1 luglio 2015. Testo in inglese consultabile al seguente link: https://www.chinalawtranslate.com/en/2015nsl/#_Toc423592317

e con specifici criteri oggettivi: proporzionalità, ragionevolezza, adeguatezza delle risorse finanziarie, rispetto dei principi di democrazia, di Stato di diritto e dell'ordine internazionale.⁵⁶

Negli ultimi anni l'Unione europea ha emanato una raccomandazione di cybersecurity per la rete 5G (cd. "5G toolkit"),⁵⁷ un regolamento sulla certificazione di cybersecurity,⁵⁸ due direttive sulle misure comuni ed elevate di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi,⁵⁹ ed è in corso di approvazione un ulteriore regolamento.⁶⁰ Il 5G toolkit prevede un sistema comune di monitoraggio e controllo dei rischi. In particolare, definisce gli scenari di rischio R1-R9, tra i quali si segnala la scarsa qualità dei prodotti nella catena di approvvigionamento del 5G (R3) e la dipendenza da singoli fornitori all'interno di singole reti o mancanza di diversificazione su base nazionale (R4). Come accennato *supra*, l'Unione europea era inizialmente scettica dall'esclusione totale delle società cinesi nello sviluppo della rete di quinta generazione; tuttavia, già il 5G toolkit presenta la misura strategica MS03 che prevede l'ipotesi di necessarie esclusioni di fornitori volte ad attenuare efficacemente i rischi. La proposta di regolamento attualmente in discussione (cd. "EU Cyber Resilience Act") introdurrà requisiti orizzontali comuni per tutti i prodotti con elementi digitali, con requisiti minimi di qualsiasi prodotto (Allegato I) e una procedura di autorizzazione ai sensi dell'art. 24 per i prodotti critici elencati nell'Allegato III.

2.2.4. Possibili soluzioni a tutela della sicurezza nazionale occidentale

Alla luce delle dinamiche e dei rischi di cui *supra*, la comunità giuridica e scientifica si interrogano sulle possibili soluzioni a tutela della sicurezza nazionale dell'Occidente ed emergono tre principali filoni: le soluzioni politiche, finanziarie e tecniche.

Le soluzioni politiche si basano su comportamenti consapevoli che gli Stati occidentali dovrebbero attuare nei confronti dei rischi alla cybersicurezza: meccanismi di screening dei fornitori e l'ottenimento di maggiori standard tecnici.

In merito allo screening, il Governo federale USA ha sviluppato, in collaborazione con i principali esponenti del settore, un *fact sheet* da sottoporre a tutti i propri fornitori per evidenziare le caratteristiche dell'entità e i suoi eventuali rischi.⁶¹ Nello stesso ambito possono rientrare anche le

⁵⁶ Per un maggior approfondimento sulla nozione di sicurezza nazionale nel nostro ordinamento, si consiglia la lettura di S. De Nitto, 'Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio', *Diritto Amministrativo*, fasc. 2, 2022, pp. 553 ss.

⁵⁷ COM(2020) 50 final

⁵⁸ Reg. (UE) 2019/881

⁵⁹ Dir. (UE) 2016/1148 e dir. (UE) 2022/2555

⁶⁰ COM(2022) 454 final

⁶¹ Cybersecurity and Infrastructure Security Agency - CISA, 'Vendor Supply Chain Risk Management (SCRM) Template', aprile 2021. Consultabile al seguente link: https://www.cisa.gov/sites/default/files/publications/ICTSCRM_Template_Vendor-SCRM-Template_508.pdf

attività di monitoraggio *ex art.* 1-bis d.L. 21/2012 che inevitabilmente conducono i Ministeri competenti all'istruttoria per i procedimenti. Lo screening delle catene di approvvigionamento è strumentale a raggiungere le decisioni politiche delle autorità governative: l'alternativa è tra la totale esclusione di alcuni fornitori dal mercato e il loro ridimensionamento in applicazione del principio di diversificazione dei fornitori. Le Proposte di Praga del 2019 hanno optato per una raccomandazione 'aperta' nelle modalità di esecuzione. Visto l'incremento degli Stati europei scettici nei confronti di Huawei e altri produttori cinesi, è incerto se l'Unione europea proseguirà con la diversificazione anche nei prossimi anni.

D'altra parte, la competizione sugli standard rappresenta uno strumento di 'guerriglia commerciale' delle diplomazie occidentali che permetterà di rallentare il progresso cinese. Senza l'approvazione di sufficienti standard internazionali, i massicci investimenti in ricerca risulterebbero vani in quanto le società cinesi si troverebbero comunque costrette a sviluppare e commercializzare secondo standard alternativi. Sul punto, la Cina appare molto più attiva: al 2018, Huawei e la propria controllata HiSilicon avevano presentato circa 18.000 contributi.⁶² Inoltre, i rappresentanti delle società cinesi sono ormai la maggioranza nei gruppi tecnici che deliberano sugli standard.⁶³ Sul punto, è auspicabile un maggiore coordinamento tra partner strategici occidentali e tra gli Stati e le aziende di riferimento.

Le soluzioni finanziarie sono tutte quelle combinazioni di finanza che possono meglio sostenere lo sforzo di realizzare la rete 5G in Occidente ed evitare che Stati neutrali vengano adottati agli investimenti cinesi. In primo luogo, è oggetto di grande discussione il principio di *fair share*: le telco europee e statunitensi lamentano l'onere economico di dover sviluppare una rete per il quale non sono più i principali beneficiari - come invece avveniva prima dell'avvento di Internet. Sul punto, l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche ("BEREC") si è pronunciato nell'ottobre 2022⁶⁴ riprendendo la posizione già assunta nel 2012 in occasione della simile proposta: il regime tariffario di *'sending party network pays'* avanzato da membri ETNO in occasione della World Conference on International Telecommunications 2012. Il BEREC continua a ritenere che un meccanismo in cui i più grandi fornitori di contenuti e applicazioni (cd. "CAPs") siano costretti a contribuire al finanziamento della rete sarebbe distorsivo sia del mercato a valle sia a monte. Il

⁶² E. B. Kania, 'Securing Our 5G Future: The Competitive Challenge and Considerations for U.S. Policy', Center for a New American Security, 7 novembre 2019, p. 9. Consultabile al seguente link: <https://www.cnas.org/publications/reports/securing-our-5g-future>

⁶³ Cfr. P. Sharma, '5G Ecosystem: Huawei's Growing Role in 5G Technology Standardization', Counterpoint Research, 20 agosto 2018. Consultabile al seguente link: <https://www.counterpointresearch.com/huaweis-role-5g-standardization/>

⁶⁴ BEREC, 'BEREC preliminary assessment of the underlying assumptions of payments from large CAPs to ISPs', 7 ottobre 2022. Consultabile al seguente link: <https://www.berec.europa.eu/en/document-categories/berec/opinions/berec-preliminary-assessment-of-the-underlying-assumptions-of-payments-from-large-caps-to-isps>

mercato a valle (*i.e.*, i servizi Internet in generale) sarebbe sotto il ricatto del monopolio terminale dei fornitori di servizi internet (cd. “ISPs”). Gli utenti finali difficilmente sarebbero consapevoli delle condizioni economiche che intercorrono tra CAPs e ISPs: siccome è fisiologicamente più facile sostituire CAPs anziché ISPs, questi ultimi potrebbero abusare a proprio vantaggio di questa posizione *più che* dominante. A valle invece anche i piccoli-medi ISPs lamentano un sistema di *fair share* in cui i loro competitor più grandi riceverebbero maggiori benefici, cristallizzando le proprie quote di mercato.

Il secondo scopo delle soluzioni finanziarie è il contenimento della sfera di influenza cinese negli Stati in via di sviluppo non allineati con l’Occidente. Sul punto sono principalmente attivi gli Stati Uniti con la United States International Development Finance Corporation (DFC), istituita con il 2018 BUILD Act.⁶⁵ Trattasi di un’istituzione finanziaria di sviluppo che agevola la circolazione di investimenti di capitale privato con un focus verso gli Stati meno sviluppati (§9612 (c)). Tra gli scopi della DFC, rientra anche la finanza di progetto dedicata alla realizzazione di reti 5G che sono inserite nell’ampia dichiarazione di principio (§9611).

Le soluzioni tecniche si concentrano invece sullo sviluppo della componente RAN in modalità *open source* (cd. “O-RAN”). L’O-RAN consiste nel neutralizzare gli standard dell’hardware al fine di permettere un modello di sviluppo della rete che non sia vincolato ad un solo fornitore.⁶⁶ Il sistema è particolarmente logico anche alla luce della softwarizzazione del sistema di quinta generazione: a differenza delle tecnologie precedenti, i servizi della rete sono ‘caricati’ nelle celle per tramite di *cloud computing* e non aggiunti fisicamente con nuovi hardware. Al livello internazionale, lo sforzo principale è apportato dalla O-RAN Alliance, un’associazione internazionale fondata da cinque società telco sia occidentali sia cinesi⁶⁷ e che oggi conta più di 300 operatori coinvolti in tutto il mondo. Di recente, il Congresso degli Stati Uniti ha anche approvato lo Utilizing Strategic Allied (USA) Telecommunications Act assegnando fondi per \$750 milioni per accelerare lo sviluppo e il dispiegamento dell’O-RAN nei prossimi dieci anni.⁶⁸

⁶⁵ 22 USC Ch. 103: Better Utilization of Investment Leading to Development (BUILD) Act. Testo consultabile al seguente link: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title22/chapter103&edition=prelim>

⁶⁶ Cfr. S. W. Harold et al., op. cit. nt. 9, p. 95

⁶⁷ AT&T, China Mobile, Deutsche Telekom, NTT DOCOMO e Orange. <https://www.o-ran.org/blog/open-and-transparent-way-towards-open-ran-by-the-o-ran-alliance#:~:text=O%2DRAN%20ALLIANCE%20was%20founded,Telekom%2C%20NTT%20DOCOMO%20and%20Orange>. Consultato in data 25 luglio 2023

⁶⁸ I fondi saranno disponibili fino all’anno fiscale 2031. S. 2 (d), Utilizing Strategic Allied (USA) Telecommunications Act

2.3. LA REALIZZAZIONE DELL'INFRASTRUTTURA IN ITALIA. IL POLO STRATEGICO NAZIONALE

L'Unione europea ha dettato l'agenda degli Stati membri per la realizzazione della rete 5G attraverso il continente e per l'individuazione dei rischi che gli Stati membri devono contenere. Con la comunicazione del 14 settembre 2016,⁶⁹ la Commissione europea ha esposto l'importanza di reti ad altissima capacità ai fini della cd. 'società dei Gigabit'.⁷⁰ Gli obiettivi strategici della Commissione europea per il 2025 sono la connettività internet per i principali motori socioeconomici e per le imprese ad alta intensità digitale⁷¹ e una copertura 5G ininterrotta in tutte le aree urbane e su tutti i principali assi di trasporto terrestre.⁷² La comunicazione infine definiva alcuni principi della proposta di nuovo codice UE delle comunicazioni elettroniche (poi dir. (UE) 2018/1972): (i) l'accesso e l'utilizzo di connettività ad altissima capacità diventa un obiettivo normativo supplementare ulteriore agli obiettivi già previsti (promozione della concorrenza, contributo al mercato unico, promozione degli interessi dei cittadini);⁷³ (ii) le autorità competenti dovranno promuovere misure correttive di accesso alla rete che sostengono direttamente il dispiegamento di infrastrutture competitive⁷⁴ e il coinvestimento⁷⁵; (iii) una serie di principi fondamentali per l'assegnazione dello spettro nell'Unione e per la coerenza delle prassi amministrative di assegnazione.⁷⁶

La successiva comunicazione della Commissione europea⁷⁷ introduce un piano di azione per le altre istituzioni unionali e per gli Stati membri per la realizzazione di una rete 5G in tempi ragionevoli affinché l'Unione europea rimanga un mercato competitivo e innovativo al pari degli altri grandi *player* su scala globale (il "Piano"). Infatti, la comunicazione rappresenta ai propri destinatari il rischio di un approccio non coordinato nella realizzazione della nuova infrastruttura: "un rischio significativo di frammentazione in termini di disponibilità dello spettro, di continuità del servizio [...] e di applicazione delle norme."⁷⁸ Il tema principale della frammentazione dell'infrastruttura è il

⁶⁹ COM (2016) 587 final

⁷⁰ "Per connettività Gigabit si intende una connettività internet simmetrica e conveniente in grado di offrire un downlink e un uplink di almeno 1 Gbps." COM (2016) 587 final, par. 3.1, nt. 19

⁷¹ COM (2016) 587 final, par. 3.1

⁷² COM (2016) 587 final, par. 3.2

⁷³ COM (2016) 587 final, par. 4.1. Il principio è stato realizzato con l'art. 3 par. 2 lett.a, dir. (UE) 2018/1972.

⁷⁴ COM(2016) 587 final, par. 4.1. Il principio è stato realizzato con l'art. 32 ss., dir. (UE) 2018/1972.

⁷⁵ COM(2016) 587 final, par. 4.2. Il principio è stato realizzato con l'art. 76, dir. (UE) 2018/1972.

⁷⁶ COM(2016) 587 final, par. 4.2. Il principio è stato realizzato con l'art. 3 par. 4 dir. (UE) 2018/1972. Trattasi di prevedibilità regolamentare (lett. a); parità di trattamento tra fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica (lett. b); neutralità tecnologica (lett. c); promozione di investimenti efficienti (lett. d); tutela della concorrenza e dell'utente finale (lett. e); proporzionalità degli obblighi regolamentari imposti *ex ante* (lett. f).

⁷⁷ COM(2016) 588 final

⁷⁸ COM(2016) 588 final, par. 2

mancato raggiungimento di una massa critica di utenti (sia imprese che consumatori) il quale vanifica qualsiasi sforzo di realizzare la rete stessa.⁷⁹

Le azioni principali previste dal Piano sono: (i) il calendario programmatico degli Stati membri dalle sperimentazioni preliminari (dal 2017) fino al dispiegamento di una copertura ininterrotta 5G delle aree urbane e dei principali assi di trasporto terrestre entro il 2025 (Azione 1); (ii) la definizione di un elenco di bande spettro ‘pioniere’⁸⁰ entro il 2016 (Azione 2); (iii) individuazione delle migliori prassi immediatamente realizzabili per migliorare la coerenza delle condizioni amministrative e delle tempistiche per facilitare un più denso dispiegamento delle celle (Azione 4); (iv) collaborazione tra Commissione europea, l’industria del settore e il gruppo BEI per la possibile configurazione di uno strumento di finanziamento basato su capitale di rischio, possibilmente collegato ad altre azioni indirizzate alle start-up digitali (Azione 8).⁸¹

Altre norme del nuovo codice UE delle comunicazioni elettroniche da rammentare in materia di tecnologie 5G sono gli artt. 54 (*Tempistica coordinata delle assegnazioni per specifiche bande 5G*), 57 (*Installazione e funzionamento dei punti di accesso senza fili di portata limitata*) e 61 (*Poteri e competenze delle autorità nazionali di regolamentazione e di altre autorità competenti in materia di accesso e di interconnessione*). La prima disposizione prevedeva il termine del 31 dicembre 2020 affinché gli Stati membri adottassero le opportune misure per riorganizzare e consentire l’uso di determinate bande per l’effettiva realizzazione delle prime reti 5G ai sensi del Piano. La seconda si occupa della tematica segnalata *supra* riguardante la necessità di maggiori celle per la realizzazione dell’infrastruttura. L’art. 57 prevede infatti che gli Stati membri garantiscano una normativa locale coerente in materia di installazione dei punti di accesso e “[i]n particolare, le autorità competenti non subordinano l’installazione dei punti di accesso senza fili di portata limitata che soddisfano le caratteristiche di cui al paragrafo 2 a permessi urbanistici individuali o ad altri permessi individuali preventivi.”⁸² Infine, l’art. 61 par. 3 disciplina i casi in cui le Autorità nazionali competenti possano imporre obblighi di accesso al cablaggio enunciando: i casi specifici in cui tale obbligo possa essere

⁷⁹ “Il risultato sarebbe un ritardo nella creazione di una massa critica per l’innovazione basata sul 5G nel mercato unico digitale. Tale panorama è dimostrato in particolare dall’iniziale ritardo nel dispiegamento del 4G in Europa: nel 2015, oltre il 75% della popolazione degli USA aveva accesso a 4G/LTE, a fronte di un 28% della popolazione dell’UE”. COM(2016) 588 final, par. 2.

⁸⁰ Trattasi di bande di una combinazione di spettro con differenti caratteristiche che fungono da prima ‘prova’ della rete 5G in modo da sviluppare prassi e comprendere gli sviluppi pratici a diverse frequenze d’onda: al di sotto di 1 GHz, tra 1 GHz e 6 GHz e al di sopra dei 6 GHz. COM(2016) 588 final, par. 3.2.

⁸¹ Per gli aspetti finanziari, si consiglia la lettura di BEI, *Accelerating the 5G transition in Europe. How to boost investments in transformative 5G solutions*, 23 febbraio 2021. Consultabile al seguente link: <https://www.eib.org/en/publications/accelerating-the-5g-transition-in-europe>. La BEI ha di recente concluso un accordo di finanziamento con TIM S.p.A. (e SACE S.p.A., in qualità di garante per il 60% del capitale) per un valore di Euro 360 milioni. <https://www.eib.org/en/press/all/2023-190-italy-tim-receives-eur360-million-in-eib-financing-with-sace-guarantee-for-5g-network-development>. Consultato in data 17 luglio 2023.

⁸² Art. 57 par. 1 c. 2, dir. (UE) 2018/1972.

imposto e in quali forme (cc. 1-2); le eccezioni dovute alle caratteristiche del fornitore⁸³ o all'antieconomicità dell'eventuale imposizione dell'obbligo (c. 3).

Per quanto riguarda gli aspetti operativi, la dec. (UE) 2017/899 del Parlamento UE e del Consiglio ha individuato il 30 giugno 2020 quale termine entro il quale gli Stati membri avrebbero dovuto autorizzare l'uso della banda di frequenza 694-790 MHz per i sistemi terrestri in grado di fornire servizi di comunicazione elettronica a banda larga senza fili (art. 1) e una serie di principi e condizioni da garantire ai partecipanti alle procedure amministrative attinenti.

Gli adempimenti richiesti dal legislatore unionale sono stati recepiti in Italia con legge 27 dicembre 2017, n. 205 (la "Legge di bilancio 2018") all'art. 1 cc. 1026 ss. La norma delega poi all'AGCOM la definizione "[del]le procedure per l'assegnazione dei diritti d'uso di frequenze radioelettriche da destinare a servizi di comunicazione elettronica in larga banda mobili terrestri bidirezionali". L'Autorità ha adempiuto con delibera dell'8 maggio 2018.⁸⁴ Si segnala che in tale atto si concretizza davvero il principio di concorrenza generato in una comunicazione della Commissione europea - il sopraccitato Piano - e trasmesso di atto in atto fino all'Autorità garante delle comunicazioni. In particolare, con l'art. 3 (*Riserve, cap, limitazioni, durata*).⁸⁵ Con determina direttoriale del 9 ottobre 2018,⁸⁶ il MISE ha reso pubbliche le offerte vincenti: Telecom Italia S.p.A., Iliad Italia S.p.A.,⁸⁷ Fastweb S.p.A., Wind Tre S.p.A., Vodafone Italia S.p.A. Per garantire l'effettivo dispiegamento della rete 5G, l'art. 11 della delibera AGCOM prevede l'obbligo di utilizzo delle bande di frequenza entro 24 mesi "dal rilascio del diritto d'uso, o dalla disponibilità nominale delle frequenze qualora successiva". Il comma 2 prevede le specifiche tecniche qualificanti l'utilizzo e il comma 3 impone un obbligo di comunicazione con frequenza annuale al MISE e all'AGCOM "[sul]lo stato di avanzamento concernente la realizzazione della rete radio a banda larga o ultra-larga impiegante le frequenze aggiudicate e [sul]la fornitura del relativo servizio".

In conclusione, il mercato di riferimento assisterà a breve ad una serie di operazioni straordinarie che coinvolgeranno il gruppo Tim al fine *inter alia* di adempiere ai principi unionali della concorrenza. Essendo un gruppo verticalmente integrato tra mercato all'ingrosso e al dettaglio,

⁸³ La disposizione rinvia alle caratteristiche elencate all'art. 80, par. 1 (*Imprese attive esclusivamente sul mercato all'ingrosso*).

⁸⁴ Del. (AGCOM) 231/18/CONS. Consultabile al seguente link: <https://www.agcom.it/documents/10179/10517165/Delibera+231-18-CONS/ce5f9340-2b1f-49ba-9cd0-8984d9c56d85?version=1.0>

⁸⁵ L'art. 3 prevede: la divisione in lotti delle frequenze d'onda con un lotto riservato per nuovi entranti (c. 1); limiti al numero di lotti aggiudicabili da un singolo partecipante (cc. 2-3); scadenza dei diritti d'uso al 31 dicembre 2037 (c. 4).

⁸⁶ La determina direttoriale è consultabile al seguente link: https://www.mimit.gov.it/images/stories/documenti/Determina_Direttoriale_aggiudicazione-FIRMATA.pdf

⁸⁷ Iliad Italia S.p.A. è risultata inoltre vincitrice del lotto riservato (700_R) ex art. 1 c.1 lett. a, del. (AGCOM) 231/18/CONS.

l'AGCOM aveva già esercitato il potere di separazione contabile sulla società.⁸⁸ Ai sensi dell'art. 89 d. lgs. 259/2003 (all'epoca art. 50-ter), Tim aveva preferito invece procedere alla separazione volontaria costituendo una NetCo: FiberCop S.p.A.⁸⁹ Ad oggi Tim ha firmato un accordo con Open Fiber S.p.A. (controllata da CdP Equity S.p.A.) per “il riutilizzo delle infrastrutture di rete nelle cosiddette aree bianche, in cui è stata finanziata con fondi pubblici la realizzazione in regime di concessione di una infrastruttura di TLC”.⁹⁰ Fino ad aprile 2022, Tim S.p.A. era destinataria di due offerte per la dismissione della rete di accesso fisso: da parte di CdP - poi accettata in data 13 maggio 2022 - e da parte del fondo statunitense KKR. In seguito all'accordo preliminare siglato con Open Fiber, TIM ha poi firmato un MoU con CdP Equity, KKR, Macquarie e Open Fiber per sviluppare un ulteriore processo di integrazione delle due reti.⁹¹ Trattasi di una lunga trattativa che ha visto nel tempo avanzare diverse proposte di esecuzione. Già nel dicembre 2020, il professore Foà commentava la trattativa come edulcorata da un “recupero dell'indirizzo politico su scelte economiche, con importanti riflessi sull'attività amministrativa e sulla regolazione di un settore dove il mercato si atteggia in modo variabile sul territorio”.⁹²

Parallelamente alla realizzazione della rete di quinta generazione, è fondamentale volgere uno sguardo alla realizzazione del Polo Strategico Nazionale (cd. “PSN”): un'infrastruttura cloud per la gestione e archiviazione dei dati delle maggiori Pubbliche Amministrazioni italiane. L'idea di un'infrastruttura unica nazionale nasce nel contesto del processo di digitalizzazione portato avanti con il PNRR. Prima del 2020, l'ordinamento italiano prevedeva solo una politica di armonizzazione dei livelli minimi dei Centri per l'elaborazione delle informazioni ai quali le PA si affidavano.⁹³ Il d.L. 76/2020 ha invece attuato la Missione 1 del PNRR sostituendo la disposizione dell'art. 33-septies: “la Presidenza del Consiglio dei ministri promuove lo sviluppo di un'infrastruttura ad alta affidabilità localizzata sul territorio nazionale per la razionalizzazione e il consolidamento dei Centri per l'elaborazione delle informazioni (CED) definiti al comma 2, destinata a tutte le pubbliche

⁸⁸ Art. 12 del. (AGCOM) 623/15/CONS. La delibera è consultabile al seguente link:

https://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_FnOw5IVOIXoE&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_FnOw5IVOIXoE_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_FnOw5IVOIXoE_assetEntryId=3524760&_101_INSTANCE_FnOw5IVOIXoE_type=document

⁸⁹ La società ha “l'obiettivo di accelerare lo sviluppo delle infrastrutture di fibra in Italia e la migrazione dei clienti dalle reti in rame alle reti di nuova generazione, contribuendo alla digitalizzazione del Paese.” <https://www.fibercop.it/chisiamo/lazienda/>. Consultato in data 17 luglio 2023.

⁹⁰ TIM S.p.A., comunicato stampa del 13 maggio 2022. Consultabile al seguente link: <https://www.gruppotim.it/it/archivio-stampa/corporate/2022/CS-Accordo-TIM-OF.html>

⁹¹ TIM S.p.A., comunicato stampa del 29 maggio 2022. Consultabile al seguente link: <https://www.gruppotim.it/it/archivio-stampa/corporate/2022/CS-MoU.html>

⁹² S. Foà, ‘Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato’, *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, 2020, p. 779

⁹³ Art. 33-septies c.1, d.L. 179/2012. Testo vigente fino al 17 luglio 2020.

amministrazioni. Le amministrazioni centrali [...] migrano i loro [CED] e i relativi sistemi informatici [...] verso l'infrastruttura di cui al primo periodo". Ulteriore impulso per la realizzazione del PSN è stato dato dall'art. 7 d.L. 152/2021 il quale ha assegnato alla società in-house Difesa Servizi S.p.A. il compito di espletare le procedure di gara in qualità di centrale di committenza per conto del Ministero per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale (nel frattempo divenuto Dipartimento per la Trasformazione Digitale - DTD).

La gara - conclusasi in data 8 luglio 2022 - era finalizzata "all'individuazione di un operatore economico con cui stipulare un contratto di partenariato pubblico-privato per la realizzazione e gestione del Polo Strategico Nazionale".⁹⁴ La gara si basava sul progetto elaborato da TIM S.p.A., mandataria di una costituenda ATI con CDP Equity S.p.A., Leonardo S.p.A., Sogei S.p.A. Secondo il disciplinare di gara, la gestione dell'infrastruttura è affidata per un massimo di 13 anni, si escludono rinnovi e rimangono solo limitate ipotesi di proroga della convenzione di partenariato.⁹⁵ I servizi cloud da offrire alle PA sono definiti in tre categorie: (i) sistemi infrastrutturali (IaaS); (ii) piattaforme computazionali (PaaS); (iii) applicativi (SaaS). Questi servizi saranno pagati dalle PA partecipanti secondo il listino prezzi definito dalla stazione appaltante⁹⁶ o la sua versione scontata. La stazione appaltante stima un investimento complessivo di circa €720 milioni e richiede che i servizi cloud siano disponibili entro 180 giorni dalla sottoscrizione della convenzione.

La gara era stata inizialmente aggiudicata a favore del raggruppamento costituito da Aruba S.p.A. e Fastweb S.p.A.,⁹⁷ tuttavia, il bando prevedeva il diritto di prelazione in capo al soggetto promotore ai sensi dell'art. 183 c. 15, XI periodo d. lgs. 50/2016 e l'ATI rappresentata da TIM S.p.A. lo ha esercitato accettando di offrire gli stessi termini economici dell'originale aggiudicatario.⁹⁸

Il 21 dicembre 2022, il DTD ha comunicato l'operatività del PSN con quattro data center in Lazio e in Lombardia. Nell'arco del 2023 le Pubbliche Amministrazioni selezionate (cd. "Amministrazioni Utenti") inizieranno il processo di migrazione dei propri dati e servizi. In particolare, le Amministrazioni Utenti sono tenute a migrare obbligatoriamente nel PSN i dati e servizi qualificati come strategici o critici. La qualificazione è data in base ai rischi di una loro compromissione: sono strategici quei dati e servizi che, se compromessi, possono determinare un pregiudizio alla sicurezza

⁹⁴ Difesa Servizi S.p.A., "Disciplinare di Gara Europea, a Procedura Aperta, per l'affidamento, mediante un contratto di Partenariato Pubblico-Privato, della realizzazione e gestione del Polo Strategico Nazionale. CIG: 9066973ecce. CUP: J51b21005710007", 28 gennaio 2022, p. 1. Consultabile al seguente link: <https://innovazione.gov.it/dipartimento/focus/polo-strategico-nazionale/>

⁹⁵ Artt. 4.1-4.2, Disciplinare di gara europea citato nt. 93

⁹⁶ Cfr. Allegato 3 - sub 5, Disciplinare di gara europea citato nt. 93

⁹⁷ Comunicazione del DTD e Difesa Servizi S.p.A. del 22 giugno 2022. Consultabile al seguente link:

<https://innovazione.gov.it/notizie/articoli/digitale-aggiudicata-la-gara-per-il-polo-strategico-nazionale/>

⁹⁸ Comunicazione del DTD e Difesa Servizi S.p.A. del 8 luglio 2022. Consultabile al seguente link:

<https://innovazione.gov.it/notizie/comunicati-stampa/aggiornamenti-sulla-gara-europea-per-il-polo-strategico-nazionale/>

nazionale;⁹⁹ sono invece critici se possono “determinare un pregiudizio al mantenimento di funzioni rilevanti per la società, la salute, la sicurezza pubblica e il benessere economico e sociale del Paese”.¹⁰⁰ La categoria residuale dei dati ordinari può anche essere migrata su infrastrutture cloud alternative all’interno dell’Unione europea.¹⁰¹

⁹⁹ Cfr. art. 3 c. 3 lett. a, determinazione (AgID) 628/2021

¹⁰⁰ Art. 3 c. 3 lett. b, determinazione (AgID) 628/2021

¹⁰¹ Cfr. DTD-ACN, ‘Strategia Cloud Italia. Documento sintetico di indirizzo strategico per l’implementazione e il controllo del Cloud della PA’, 6 settembre 2021, p. 14. Consultabile al seguente link: <https://innovazione.gov.it/dipartimento/focus/strategia-cloud-italia/>

2.4. L'ARCHITETTURA ITALIANA DI CYBERSICUREZZA

La normativa *golden power* in tema di tecnologie di quinta generazione si inserisce in un ulteriore quadro normativo con il quale deve necessariamente coordinarsi. Il sistema di cybersicurezza italiano aveva fino a qualche anno fa un'impostazione meno dettagliata con l'attribuzione di competenze all'organo del Ministero dell'interno per la sicurezza e per la regolarità dei servizi di telecomunicazione¹⁰² e ai Servizi informativi e di sicurezza.¹⁰³ Ulteriori enti sono stati istituiti a seguito del recepimento della direttiva NIS (d. lgs. 65/2018), dell'introduzione del perimetro di sicurezza nazionale cibernetica (d. L. 105/2019), dell'istituzione dell'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (d. L. 82/2021). I sottoparagrafi che seguono presentano l'apparato pubblico attualmente in vigore e i principali procedimenti amministrativi, rilevanti ai fini della trattazione dell'art. 1-bis d. L. 21/2012. Infine, si segnala che è stata di recente approvata la dir. (UE) 2022/2555 (cd. "Direttiva NIS 2") che comporterà un recepimento nell'ordinamento italiano entro il 17 ottobre 2024.¹⁰⁴

2.4.1. La Presidenza del Consiglio e l'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale ("ACN")

Alla Presidenza del Consiglio spetta il ruolo di vertice nella direzione e responsabilità generale delle politiche di cybersicurezza. In maniera analoga a quanto discusso in precedenza,¹⁰⁵ la cybersicurezza è un tema che si poggia sullo spartiacque tra la natura politica e amministrativa della Presidenza: la gestione ordinaria della salute delle infrastrutture digitali è un'attività amministrativa basata sui principi del diritto amministrativo; tuttavia, il carattere estremamente delicato delle questioni comporta un'alta valutazione politica nelle decisioni programmatiche – di stampo geopolitico – e in caso di crisi di cybersicurezza. Alla luce di questo secondo scenario, l'art. 5 d.L. 105/2019 prevede che il "Presidente del Consiglio dei ministri, in presenza di un rischio grave e imminente per la sicurezza nazionale connesso alla vulnerabilità di reti, sistemi informativi e servizi informatici, su deliberazione del Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica, può comunque disporre [...] in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e secondo un criterio di proporzionalità, la disattivazione [...] di uno o più apparati o prodotti impiegati nelle reti, nei sistemi o per l'espletamento dei servizi interessati."

Ulteriori competenze del Presidente del Consiglio sono l'adozione della strategia nazionale di cybersicurezza (art. 2 c. 1 lett. b d. L. 82/2021) e la nomina e revoca del direttore generale e del vice direttore generale dell'ACN (lett. c). Ai sensi del primo capoverso della norma citata, in capo al

¹⁰² Art. 7-bis, d.L. 144/2005

¹⁰³ Artt. 4 e 6, L. 801/1977

¹⁰⁴ Art. 41, Direttiva NIS 2

¹⁰⁵ Cfr. *supra* §1.6

Presidente sussiste anche un potere generale di impartire direttive per la cybersicurezza. Le competenze di cui al primo comma sono qualificate come ‘esclusive’ del Presidente: l’art. 3 poi precisa come il Presidente possa delegare le proprie funzioni ad un Ministro senza portafoglio o ad un Sottosegretario di Stato,¹⁰⁶ salvo che queste non siano attribuitegli(le) in via esclusiva.

In supporto della Presidenza e per l’elaborazione della maggior parte degli atti, l’art. 4 d.L. 82/2021 istituisce il Comitato interministeriale per la cybersicurezza (“CIC”). Il Comitato nasce come ‘costola’ del Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica (“CISR”) che fino al 2021 copriva anche le competenze in materia di cybersicurezza. Il CIC ha un ruolo propositivo degli indirizzi generali da perseguire (art. 4 c.2 lett. a), esercita alta sorveglianza sull’attuazione della strategia nazionale di cybersicurezza (lett. b), promuove l’adozione di iniziative per favorire l’efficace collaborazione tra soggetti istituzionali e privati (lett. d), esprime parere sui bilanci dell’ACN (lett. e).

L’ACN viene istituita ai sensi dell’art. 5 d.L. 82/2021, “ha personalità giuridica di diritto pubblico ed è dotata di autonomia regolamentare, amministrativa, patrimoniale, organizzativa, contabile e finanziaria.”¹⁰⁷ A capo dell’agenzia è prevista la carica di direttore generale quale diretto referente del Presidente del Consiglio e dell’Autorità delegata. L’incarico ha una durata massima di quattro anni, rinnovabile per un massimo di ulteriori quattro. L’organizzazione interna dell’ACN è disciplinata dal dPCM 223/2021 il quale, nel rispetto dei limiti logistici imposti dall’art. 6 d.L. 82/2021, ha previsto sette strutture di livello dirigenziale generale e trenta articolazioni di livello dirigenziale non generale. Le strutture di livello dirigenziale generale (“Servizi”) sono poste “a presidio di ambiti di notevole ampiezza e complessità, che sono direttamente correlati alle funzioni e alle politiche generali dell’Agenzia.”¹⁰⁸ Le articolazioni (“Divisioni”) “sono istituite per la gestione di un insieme omogeneo di tematiche e macro-processi e operano, di norma, all’interno dei Servizi”.¹⁰⁹ Potranno essere istituite un massimo di 24 Divisioni nei primi anni, fino alla rideterminazione della dotazione organica per dPCM a seguito dell’ampliamento della dotazione nei prossimi anni.

Come esposto nelle premesse al d.L. 82/2021, l’intento del legislatore con l’istituzione dell’ACN è di “razionalizzare le competenze in materia, di assicurare un più efficace coordinamento, di attuare

¹⁰⁶ L’ art. 3 d.L. 82/2021 riprende il ruolo di ‘Autorità delegata’ introdotto nel nostro ordinamento con la riforma dell’intelligence del 2007 (art. 3 L. 124/2007). Ai sensi dell’art. 2 dPCM 12 novembre 2022, l’attuale Presidente del Consiglio si è avvalsa della facoltà di istituire la carica delegando le funzioni in materia di cybersicurezza al Segretario del Consiglio dei ministri.

¹⁰⁷ Ai sensi dell’art. 18 d.L. 82/2021, l’ACN ha ricevuto una dotazione di Euro 70 milioni per l’anno 2023. La dotazione aumenterà progressivamente fino al 2027 raggiungendo Euro 122 milioni.

¹⁰⁸ Art. 4 c. 3, dPCM 223/2021

¹⁰⁹ Art. 4 c. 4, dPCM 223/2021

misure tese a rendere il Paese più sicuro e resiliente anche nel dominio digitale”.¹¹⁰ La razionalizzazione avviene attraverso il raccoglimento di tutte le competenze sparse in molteplici enti: la Presidenza del Consiglio (art. 7 c.1 lett. d); il MISE (lett. e); il Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (lett. i); l’Agenzia per l’Italia digitale (lett. m). Assorbe inoltre il CSIRT Italia dal DIS e il CVCN dal MISE (art. 7 cc. 3-4). La prima architettura di cybersicurezza era stata immaginata con al proprio vertice la Presidenza¹¹¹ e una serie di competenze principalmente divise tra materie strettamente riservate, di competenza dei DIS, e materie affidate a vari Ministeri e all’Agenzia per l’Italia digitale – quest’ultima in realtà istituita con il diverso obiettivo di promuovere la digitalizzazione della PA e delle imprese. Il legislatore del 2021 ha invece inteso il limite organizzativo della Presidenza - organo centrale e generico – che necessita di un ulteriore ente altamente specializzato e in grado di supervisionare sulle competenze specifiche che rimangono in capo alle altre Pubbliche Amministrazioni.

Presso l’ACN, è anche costituito il Nucleo per la cybersicurezza che si interessa della “prevenzione e preparazione ad eventuali crisi e per l’attivazione delle procedure di allertamento.”¹¹² È presieduto dal direttore generale e composto dal Consigliere militare del Presidente del Consiglio, un rappresentante del DIS, dell’AISE, dell’AISI, di ciascun Ministero presente nel CIC, del Dipartimento della protezione civile della Presidenza. Oltre al ruolo propositivo, il Nucleo coordina le esercitazioni interministeriali e internazionali (art. 9 c.1 lett. c) e valuta se la gravità degli incidenti riportati dal CSIRT o da altri organi sia talmente elevata da non rendere sufficiente la risposta della singola amministrazione competente (lett. g).

Ai sensi dell’art. 14 d.L. 82/2021, l’ACN deve produrre una relazione annuale sull’attività svolta (c. 1). La relazione è pubblica e viene trasmessa al Parlamento dalla Presidenza. Quest’ultima, entro il 30 giugno di ogni anno, deve anche trasmettere un’ulteriore relazione al COPASIR sulle attività svolte a tutela della sicurezza nazionale nello spazio cibernetico (c. 2).

2.4.2. Il CSIRT Italia

I gruppi di intervento per la sicurezza informatica in caso di incidente (“CSIRT”) sono un concetto introdotto nell’ordinamento europeo con la direttiva NIS, tuttavia, era già diffuso in Italia e in Europa con il nome di squadre di pronto intervento informatico (“CERT”). Nell’ordinamento italiano erano state istituite due squadre: il CERT nazionale, istituito nel 2014, e il CERT-PA per le

¹¹⁰ Considerando 4, d.L. 82/2021

¹¹¹ Cfr. art. 7 d.lgs. 65/2018 che, in recepimento della direttiva NIS, aveva scelto la Presidenza quale Autorità nazionale competente. La disposizione è stata poi modificata a favore dell’ACN con art. 15 c.1 lett. g, d.L. 82/2021.

¹¹² Art. 8 c.1, d.L. 82/2021

Pubbliche Amministrazioni. Con l'art. 8 d. lgs. 65/2018, il nuovo CSIRT Italia ha sostituito entrambi i CERT.¹¹³ Inizialmente era stato costituito presso il DIS (art. 3 dPCM 8 agosto 2019) e successivamente trasferito presso l'ACN. L'Allegato I del d.lgs. 65/2018 prevede le funzioni del CSIRT: principalmente monitoraggio degli incidenti a livello nazionale; emissione di preallarmi, allerte e annunci; intervento in caso di incidente. Il d.L. 82/2021 ha inoltre integrato¹¹⁴ l'allegato inserendo anche la funzione di promozione di prassi comuni e standardizzate.

CERT e CSIRT sono gruppi di tecnici con le capacità e competenze per supportare un soggetto vittima di cyber-attacchi. Anche i grandi gruppi aziendali stanno costituendo propri CERT a difesa delle reti interne.¹¹⁵ Nel contesto dei servizi finanziari, Banca d'Italia e ABI hanno anche sviluppato CERTFin ad assistenza dei servizi finanziari, completando la tutela già prevista a livello nazionale con il perimetro nazionale di sicurezza cibernetica.¹¹⁶

Il CSIRT Italia è richiesto dalla normativa UE e rappresenta una tutela che lo Stato garantisce nello spazio cibernetico a tutti gli operatori di servizi essenziali.¹¹⁷ Il d.lgs. 65/2018 prevede notifiche di incidenti di carattere obbligatorio e volontario. L'art. 12 c. 5 prevede l'obbligo di notifica in capo agli operatori di servizi essenziali "[de]gli incidenti aventi un impatto rilevante sulla continuità dei servizi essenziali forniti". L'art. 14 c. 4 prevede il medesimo obbligo anche per i fornitori di servizi digitali.¹¹⁸ Gli incidenti possono anche essere notificati al CSIRT su base volontaria ai sensi dell'art. 18.

2.4.3. Il perimetro nazionale di sicurezza cibernetica e il CVCN

Il perimetro nazionale di sicurezza cibernetica è stato introdotto con il d.L. 105/2019 e rappresenta l'insieme dei soggetti pubblici o privati soggetti al controllo delle autorità competenti in materia di cybersicurezza. Trattasi dell'adozione e rispetto di misure di sicurezza, del monitoraggio dell'integrità delle reti e dei sistemi informativi e della gestione operativa e del personale. Sono inoltre previste procedure di segnalazione al CSIRT grazie al quale il soggetto rientrante nel perimetro viene

¹¹³ È ancora attivo invece il CERT-DIFESA presso il Comando Interforze per le Operazioni Cibernetiche dello Stato Maggiore della Difesa. https://www.difesa.it/SMD/_COR/Pagine/CERT_Difesa.aspx

¹¹⁴ Art. 15 c.1 lett. 1 lett. q, d.L. 82/2021

¹¹⁵ Si veda a scopo esemplificativo, Intesa Sanpaolo (<https://group.intesasanpaolo.com/it/pagine-footer/cert-e-cyber-security>), Terna (<https://www.terna.it/it/chi-siamo/trasparenza-integrita/cert>), Ferrovie dello Stato (<https://www.fsitaliane.it/content/fsitaliane/en/fs-group/governance/computer-emergency-response-team.html>). Consultati in data 28 luglio 2023.

¹¹⁶ CERTFin, 'Chi siamo', <https://www.certfin.it/chi-siamo/> Consultato in data 28 luglio 2023.

¹¹⁷ Gli operatori di servizi essenziali sono soggetti pubblici e privati che svolgono attività come definite all'Allegato II d.lgs. 65/2018 nei settori dell'energia, dei trasporti, bancario, infrastrutture dei mercati finanziari, sanitario, di fornitura e distribuzione di acqua potabile, infrastrutture digitali. Le autorità competenti NIS individuano gli operatori di servizi essenziali alla luce dei criteri previsti all'art. 4 d.lgs. 65/2018 e il MISE ne tiene l'elenco completo.

¹¹⁸ Trattasi dei fornitori di servizi di mercato online, motori di ricerca e servizi di cloud computing. Cfr. Allegato III d.lgs. 65/2018.

assistito durante il cyber-attacco e allo stesso tempo l'architettura nazionale di cybersicurezza viene avvertita in modo da contenere il danno dell'attacco che potrebbe espandersi ad altri soggetti.

Nel perimetro rientrano “amministrazioni pubbliche, enti e operatori pubblici e privati aventi una sede nel territorio nazionale, da cui dipende l'esercizio di una funzione essenziale dello Stato, ovvero la prestazione di un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato e dal cui malfunzionamento, interruzione, anche parziali, ovvero utilizzo improprio, possa derivare un pregiudizio per la sicurezza nazionale.”¹¹⁹ L'individuazione dei soggetti è disciplinata dal dPCM 131/2020 che attribuisce competenza per materia alla Presidenza e ai Ministeri per i vari settori (art. 3 c. 2). L'elenco dei soggetti appartenenti al perimetro nazionale di sicurezza cibernetica è contenuto in un atto amministrativo, adottato dal Presidente del Consiglio. Ne è escluso il diritto d'accesso (art. 1 c. 2-bis dL 105/2019).

Di particolare interesse ai fini del golden power sono l'art. 1 c.2 lett. b e l'art. 3. La prima disposizione ricorda il testo originario dell'art. 1-bis d.L. 21/2012. La norma infatti prevede un obbligo di notifica in capo ai soggetti appartenenti al perimetro degli “affidamenti di forniture di beni, sistemi e servizi ICT destinati a essere impiegati sulle reti, sui sistemi informativi e per l'espletamento dei servizi informatici.” I contratti vanno comunicati al CVCN insieme ad una valutazione del rischio associato all'oggetto della fornitura ed una relazione all'ambito di impiego. A seguito della notifica il CVCN può procedere ad ispezioni, sottoporre le tecnologie a stress test e infine imporre condizioni. Questo procedimento è parallelo all'art. 1-bis e strumentale a quest'ultimo. Infatti, il già citato art. 3 d.L. 205/2019 esplicita l'obbligatorietà della comunicazione al CVCN per “i soggetti che intendono procedere all'acquisizione di beni, servizi e componenti di cui all'articolo 1-bis, comma 2, del [d.L. 21/2012]”. La valutazione del CVCN è tecnica e mirata esclusivamente alla verifica del rispetto degli obblighi *ex* d.L. 105/2019 e delle misure di sicurezza ivi previste.¹²⁰ Questa valutazione è poi strumentale allo scrutinio dei rischi di sicurezza nazionale a cui provvederà la Presidenza del Consiglio in sede di istruttoria dell'esercizio dei poteri speciali.

¹¹⁹ Art. 1 d.L. 105/2019

¹²⁰ Art. 14 dPR 54/2021

2.5. IL PRIMO ARTICOLO 1-BIS. L'ESERCIZIO DEI POTERI SPECIALI NEL TRIENNIO 2019-2022

Il presente paragrafo descrive la prima formulazione dell'art. 1-bis per l'esercizio di poteri speciali inerenti alle reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G. Si precisa che il testo analizzato è la versione vigente dal 5 agosto 2021 al 21 marzo 2022, ovverosia dall'intervento del dL 82/2021 fino all'entrata in vigore del Decreto Ucraina-bis (come già definito *supra* al §1.6).

L'art. 1-bis fu introdotto con l'art. 1 d.L. 22/2019 (cd. "Decreto Brexit"). Il contesto appare alquanto insolito: il decreto in questione si prefiggeva di "assicurare sicurezza, stabilità finanziaria e integrità dei mercati, nonché tutela della salute e della libertà di soggiorno dei cittadini italiani e di quelli del Regno Unito, in caso di recesso di quest'ultimo dall'Unione europea."¹²¹ La relazione di accompagnamento per la discussione del decreto nella VI Commissione (*Finanze*) si limita a precisare lo scopo del nuovo art. 1-bis: "[s]copo della norma è l'aggiornamento della normativa in materia di poteri speciali, in conseguenza dell'evoluzione tecnologica intercorsa, con particolare riferimento alla tecnologia 5G e ai connessi rischi di un uso improprio dei dati con implicazioni sulla sicurezza nazionale."¹²²

La prima formulazione prevedeva un meccanismo di notifica simile a quello relativo all'acquisto di partecipazioni, presente negli artt. 1 e 2 dello stesso decreto. L'obbligo di notifica sorgeva alla stipula di "contratti o accordi aventi ad oggetto l'acquisizione, a qualsiasi titolo, di beni o servizi relativi alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione delle reti inerenti i servizi [di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G], ovvero l'acquisizione, a qualsiasi titolo, di componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla predetta realizzazione o gestione".¹²³ La notifica era necessaria qualora il contratto o accordo fossero stipulati con soggetti esterni all'Unione europea. Come il termine di notifica per le acquisizioni di partecipazioni decorre a 10 giorni dall'acquisizione stessa, l'art. 1-bis c. 3-bis prevede lo stesso termine decorrente dalla conclusione del contratto o accordo.

A ulteriore evidenza dello stesso legame di questo procedimento con il controllo del CVCN *ex* art. 1 c. 6 d.L. 105/2019, l'art. 1-bis c. 2 precisa che, al fine dell'eventuale esercizio dei poteri speciali, è oggetto di valutazione *anche* la presenza di fattori di vulnerabilità. Qualora il soggetto notificante rientri nel perimetro nazionale di sicurezza cibernetica, i fattori di vulnerabilità sono necessariamente

¹²¹ Rubrica del decreto-legge.

¹²² Servizio Studi della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, 'D.L. 22/2019: sicurezza e stabilità in caso di 'Brexit' senza accordo', A.S. n. 1165, 17 aprile 2019, p. 11. Consultabile al seguente link: https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/dossier/51515_dossier.htm

¹²³ Art. 1-bis c.2, d.L. 21/2012. Testo vigente dal 5 agosto 2021 al 21 marzo 2022.

scrutinati in prima battuta dal CVCN. Sono anche richiamati per completezza i principi e le linee guida elaborati a livello internazionale e dall'Unione europea. Si pensi, ad esempio, alle linee guida formulate dall'ENISA.¹²⁴

La notifica del contratto o accordo deve essere accompagnata da un'informativa completa, contenente anche la comunicazione del CVCN e le sue eventuali prescrizioni. Nel caso in cui il contratto sia stato stipulato prima della conclusione dei test imposti dal CVCN, il termine di notifica (10 giorni) decorre dalla comunicazione dell'esito positivo della valutazione del Centro di valutazione.¹²⁵ La Presidenza aveva 30 giorni per esprimere l'esercizio dei poteri speciali, decorsi i quali i poteri speciali si sarebbero intesi non esercitati. Il c. 3-bis riprendeva le prescrizioni degli altri procedimenti presenti nel decreto per quanto riguarda i termini del procedimento amministrativo e la procedibilità d'ufficio. La sanzione amministrativa per la mancata notifica è ovviamente parametrata al valore del contratto o accordo: la cornice edittale va dal 25% al 150% del valore.

Ai sensi dell'art. 1-bis, la Presidenza del Consiglio poteva esercitare due poteri speciali alternativi: il veto o l'imposizione di prescrizioni o condizioni. Nel triennio dal 2019 al 2022 che ha visto l'applicazione del testo originario dell'art. 1-bis, è stato espresso un veto e tutte le notifiche ricevute regolarmente hanno ricevuto prescrizioni dalla Presidenza, salvo cinque notifiche pervenute nel 2021.¹²⁶ L'unico veto è stato esercitato con il dPCM 23 ottobre 2020 nei confronti del contratto concluso tra Fastweb S.p.A. e Huawei Technologies S.r.l. per l'acquisto di componenti della Core Stand Alone e dei connessi servizi professionali. Dalla relazione annuale si evince che la principale motivazione del veto fosse "l'assenza di un piano di diversificazione dei fornitori, coerente con i principi e le linee guida elaborati a livello internazionale e dell'Unione europea."¹²⁷

Delle 53 notifiche effettuate nel triennio preso in considerazione, escludendo le notifiche ritenute incomplete ed irregolari e il provvedimento di veto, hanno tutte ricevuto prescrizioni dal Governo. L'unico provvedimento disponibile al pubblico al momento è il dPCM 26 giugno 2019 in merito all'accordo tra Fastweb S.p.A. e Samsung Electronics Co. Ltd. per la progettazione, fornitura, configurazione e manutenzione di apparati software relativi alle componenti radio e core network necessari alla realizzazione della rete 5G Fixed Wireless Access nelle città pilota di Bolzano e Biella. Le prescrizioni ai sensi dell'art. 1 dPCM 26 giugno 2019 riguardano aspetti di governance e

¹²⁴ <https://www.enisa.europa.eu/secureme/downloads>

¹²⁵ La precedente formulazione dell'1-bis non prendeva esplicitamente in considerazione l'ipotesi in cui il soggetto notificante non rientrasse nel perimetro nazionale di sicurezza cibernetica.

¹²⁶ Cfr. Relazione al Parlamento in materia di esercizio dei poteri speciali, anno 2021, p. 26, consultabile al seguente link: <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/docnonleg/44970.htm>

¹²⁷ Cfr. Relazione al Parlamento in materia di esercizio dei poteri speciali, anno 2020, Allegato 1, p. 14, consultabile al seguente link: <https://www.governo.it/it/dipartimenti/dip-il-coordinamento-amministrativo/dica-att-goldenpower-reiparlamento/9298>

cybersicurezza. La lett. a impone a Fastweb S.p.A. di coinvolgere la propria sezione aziendale ‘Security’ in tutti i processi decisionali afferenti alle attività strategiche *ex art. 1-bis d.L. 21/12*. Qualora fossero decise estensioni dell’architettura del sistema, la società ha l’obbligo di comunicarlo alla Presidenza (lett. c). Inoltre, si demanda alla società la costituzione di un gruppo di lavoro tecnico interno per definire obiettivi e standard di sicurezza (lett. d). La cybersicurezza viene invece tutelata con prescrizioni di prevenzione e monitoraggio. L’onere di prevenire rischi sulla rete è in capo a Fastweb che deve effettuare test e verifiche di terze parti (lett. e) e comunicarne i risultati alla Presidenza (lett. b); deve inoltre consentire alle autorità competenti di procedere ad azioni di monitoraggio sui componenti oggetto della notifica (lett. g). Visto il carattere sperimentale della rete sviluppata da Fastweb, con la fornitura di alcuni componenti da parte di Samsung, il Governo ha anche imposto che la società notificante prevedesse misure di protezione miranti a garantire l’isolamento delle reti di sperimentazione (lett. f).

Il monitoraggio delle prescrizioni avviene attraverso la trasmissione di una relazione semestrale di Fastweb alla Presidenza. Quest’ultima ha costituito un Comitato di monitoraggio competente ai sensi dell’art. 7 dPR 35/2014. Si evince dalla relazione del 2020 che la Presidenza, con dPCM 30 settembre 2019, ha anche istituito uno specifico Comitato interministeriale di monitoraggio “allo scopo di monitorare tutte le aziende che notificano informative ai sensi dell’articolo 1-bis”.¹²⁸

¹²⁸ Cfr. Relazione al Parlamento in materia di esercizio dei poteri speciali, anno 2020, p. 36

2.6. LA RIFORMA DEL DECRETO-LEGGE 21/2022. ULTERIORI ATTIVITÀ DI RILEVANZA STRATEGICA

Come era avvenuto per il primo testo dell'art. 1-bis, anche la sua riforma è stata agganciata ad un decreto emanato per un evento storico internazionale. Il Decreto Ucraina-bis ha come materia principale le “[m]isure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina”.¹²⁹ A differenza della Brexit, però, c'è sicuramente maggiore legame tra la decisione di riformare la normativa *golden power* e il resto del decreto. Infatti, la crisi ucraina ha segnato un evento storico per gli equilibri geopolitici mondiali e acuito le ‘distanze’ tra Occidente e il blocco Russia-Cina. Il Decreto Ucraina-bis non ha toccato soltanto l'art. 1-bis, bensì anche il resto del dL 21/12 con gli artt. 24-27.¹³⁰

La scelta del legislatore del 2022 diverge dall'approccio del 2019 e dalle tradizionali dinamiche di controllo e monitoraggio della Presidenza del Consiglio. Mentre per gli oggetti di notifica ex artt. 1 e 2 il soggetto obbligato notifica la singola operazione, la Presidenza del Consiglio, ai sensi dell'art. 1-bis, sulla programmazione annuale della società in merito ai beni o servizi che intende acquisire relativi alla progettazione, realizzazione, manutenzione e gestione dei servizi di comunicazione a banda larga basati sulla tecnologia 5G e ulteriori servizi definiti con dPCM. Il procedimento previsto dal nuovo art. 1-bis comporta un monitoraggio più invasivo e a lungo termine in quanto non controlla le singole operazioni che avverrebbero a qualche mese dalla notifica bensì l'insieme delle potenziali operazioni che il soggetto intende compiere nell'anno. La scelta del Governo italiano si allinea all'approccio cautelativo dell'Unione europea: a differenza degli Stati Uniti e del Regno Unito che hanno proceduto ad un divieto assoluto di determinate società cinesi,¹³¹ l'Italia sceglie di attenersi a criteri oggettivi e alla diversificazione dei fornitori.

La principale differenza tra primo e nuovo testo dell'art. 1-bis è il meccanismo di notifica: in precedenza l'impresa notificava il contratto o accordo, oggi l'impresa notifica un piano annuale di acquisti. Sul punto, Roberto Chieppa, Segretario Generale della Presidenza del Consiglio durante la XVIII legislatura, espone come il nuovo regime assolve in maniera più efficace al compito di garantire la sicurezza nazionale nell'ambito dell'infrastruttura digitale di quinta generazione, superando la “logica ‘atomistica’ (con il coinvolgimento del Consiglio dei Ministri) di esame di ogni acquisizione di beni e servizi, anche di valore o importanza irrisorie, garantendo invece un esame complessivo del piano di installazione delle tecnologie”.¹³²

¹²⁹ Rubrica del decreto.

¹³⁰ Per un maggiore approfondimento, cfr. *supra* §1.1.4.

¹³¹ Cfr. §2.2.2.

¹³² 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’, *Federalismi.it*, 2022, p. 23. Consultabile al seguente link: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo->

Ai sensi del nuovo art. 1-bis c.2, il piano deve contenere (i) il programma di acquisti; (ii) i dati identificativi dei fornitori; (iii) descrizioni dei beni e servizi; (iv) un'informativa completa sui contratti in corso e sulle prospettive di sviluppo della rete 5G; (v) un'informativa sulle eventuali comunicazioni effettuate ai sensi dell'art. 1 c. 6 d.L. 105/2019. Il secondo periodo della disposizione delega ad uno o più dPCM la possibilità di individuare ulteriori contenuti e criteri del piano annuale. Sorge un dubbio in merito all'informativa sui contratti in corso: la *ratio* della nuova norma sembra essere un monitoraggio programmatico e preventivo della Presidenza sulla realizzazioni di reti di quinta generazione, può la Presidenza esercitare i poteri speciali anche su contratti già conclusi e magari già in esecuzione? Il comma 4 della norma sembra indicare risposta affermativa quando elenca i criteri dell'approvazione parziale del piano: l'obsolescenza,¹³³ il costo e i tempi di sostituzione degli apparati, l'esigenza di non rallentare lo sviluppo della tecnologia 5G, il rispetto dei principi di proporzionalità e di adeguatezza. L'esercizio mentale di immaginare quali possano essere questi contratti viene resa più difficoltosa dal c.2 ultimo periodo che enuncia: “[i]l piano di cui al presente comma include altresì l'informativa completa sui contratti o sugli accordi relativi ai servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G già autorizzati, in relazione ai quali resta ferma l'efficacia dei provvedimenti autorizzativi già adottati.” L'ambito residuale rimane tuttavia di interesse in quanto il precedente obbligo di notifica si originava solo in presenza di controparte qualificabile quale soggetto esterno all'Unione europea.

Il piano deve essere notificato annualmente “prima di procedere all'attuazione”.¹³⁴ Il termine per l'esercizio dei poteri speciali è di trenta giorni dalla notifica, decorsi i quali il piano si intende approvato (art. 1-bis c. 3 ultimo periodo, dL 21/2012). È prevista inoltre la possibilità per la società di aggiornarlo con cadenza quadrimestrale. L'aggiornamento sarà a sua volta oggetto di scrutinio della Presidenza. Dalla relazione annuale dell'anno 2022 si evince che la maggior parte delle società, a seguito delle prescrizioni della Presidenza, presenta poi un aggiornamento del piano.¹³⁵

I poteri speciali sono stati ampliati rispetto alla precedente formulazione. Il nuovo c. 4 prevede tre ipotesi: approvazione del piano con prescrizioni o condizioni; approvazione parziale; potere di

[documento.cfm?hpsez=Primo Piano&content=La%2Bnuova%2Bdisciplina%2Bdel%2Bgolden%2Bpower%2Bdopo%2Ble%2Bmodifiche%2Bdel%2Bdecreto%2Dlegge%2Bn%2E%2B21%2Bdel%2B2022%2Be%2Bdella%2Blegge%2Bdi%2Bconversione%2B20%2Bmaggio%2B2022%2C%2Bn%2E%2B51%2B&content_auth=%3Cb%3ERoberto%2BChieppa%3C%2Fb%3E&Artid=47347](https://www.senato.it/documento.cfm?hpsez=Primo_Piano&content=La%2Bnuova%2Bdisciplina%2Bdel%2Bgolden%2Bpower%2Bdopo%2Ble%2Bmodifiche%2Bdel%2Bdecreto%2Dlegge%2Bn%2E%2B21%2Bdel%2B2022%2Be%2Bdella%2Blegge%2Bdi%2Bconversione%2B20%2Bmaggio%2B2022%2C%2Bn%2E%2B51%2B&content_auth=%3Cb%3ERoberto%2BChieppa%3C%2Fb%3E&Artid=47347)

¹³³ Qui si presume che il legislatore si riferisca a situazioni contrattuali ancora in corso in cui tuttavia l'oggetto (principalmente forniture) appare ‘obsoleto’ nel contesto della rete 5G.

¹³⁴ Art. 1-bis c. 3 dL 21/2012

¹³⁵ Gli unici piani non succeduti dalla notifica di un aggiornamento sono quelli di Tim S.p.A. e di Zefiro Net S.r.l. (notificante insieme a Iliad Italia S.p.A. e Wind Tre S.p.A.). Il procedimento della seconda società si è concluso con dPCM 23 febbraio 2023 ed è quindi possibile che ulteriori passaggi del procedimento saranno inclusi nella relazione annuale dell'anno solare di competenza, da attendersi entro il 30 giugno 2024. Cfr. Relazione al Parlamento in materia di esercizio dei poteri speciali, anno 2022, Allegato A, pp. 5 ss, consultabile al seguente link: <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/docnonleg/47144.htm>

veto. L'approvazione con prescrizioni è il risultato statisticamente più probabile delle notifiche ai sensi della norma in commento. In coerenza con il trend sviluppatosi nel triennio precedente con la prima formulazione dell'art. 1-bis, delle 18 notifiche presentate nel 2022, 10 sono state approvate con prescrizioni o condizioni. In particolare modo, si evince dalla relazione che la principale prescrizione è l'eliminazione di costruttori extra-europei, a vantaggio di quelli europei, nella parte di accesso radio della rete. La sostituzione dei costruttori è prevista in modalità graduale, al momento del termine del ciclo di vita delle componenti tecnologiche interessate. Di primo impatto, tale prescrizione ricorda l'indirizzo disposto dal Governo britannico a ottobre 2022 in merito alla graduale esclusione di Huawei dalla rete 5G d'oltremarina.¹³⁶ Tuttavia, risalta l'approccio 'negativo' della Presidenza del Consiglio: il Regno Unito esclude la singola società cinese individuandola 'positivamente', l'Italia esclude qualsiasi società esterna all'Unione europea. L'approccio prescelto vanta una maggiore oggettività e di conseguenza minore margine per le società escluse di contestare la scelta su un piano giuridico; tuttavia, esclude dalla rete 5G italiana anche fornitori provenienti da Paesi alleati, si pensi in particolare agli Stati Uniti e alla Corea del Sud. La decisione può destare qualche dubbio alla luce della dichiarata volontà di diversificare la *supply chain*: in tal modo, anziché diversificare, si limita l'accesso alla catena di approvvigionamento alle sole società europee. Tale politica è per il momento limitata alle sole parti radio che, nell'insieme dell'architettura 5G, rappresentano la componente tecnologica di maggiore interesse per la circolazione dei dati e di conseguenza desta le maggiori preoccupazioni in tema di sicurezza nazionale.

Per quanto riguarda il potere di veto, l'art. 1-bis non si esprime sulla conseguenza, tuttavia, si immagina risorga la fattispecie del c.2: "le imprese che, anche attraverso accordi o contratti, intendano acquisire, a qualsiasi titolo, beni o servizi [...]". A questo punto si presume che le società notificheranno un secondo piano annuale se intendono proseguire con la progettazione, realizzazione, manutenzione o gestione di una rete 5G.¹³⁷

Il c. 5 terzo periodo enuncia: "I contratti eventualmente stipulati in violazione delle prescrizioni o delle condizioni contenute nel provvedimento di esercizio dei poteri speciali sono nulli." Sorge spontaneo un dubbio circa l'attualità della nullità del contratto qualora questo sia retto da legge non italiana: mentre è fuori discussione la sovranità dello Stato a perseguire un controllo ed un esercizio dei poteri speciali sui contratti o accordi relativi agli attivi strategici nel territorio italiano, può opporsi la nullità di diritto italiano su un contratto che sceglie una diversa legge applicabile? La risposta è da ricercare nel diritto privato internazionale, in particolare nell'art. 57 L. 218/1995 che rinvia a sua

¹³⁶ Cfr. *supra* §2.2.2.

¹³⁷ Si pensi ai casi tedeschi di gruppi societari che creano reti 5G private (cfr. §2.2.3). Un gruppo italiano che decidesse di procedere allo stesso modo potrebbe desistere dopo un primo veto della Presidenza.

volta al Reg. (CE) 593/2008 (cd. “Roma I”).¹³⁸ In particolare l’art. 3 par. 3 del Roma I dispone che “Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l’applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente.” La Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali faceva un riferimento più esplicito alle ‘disposizioni imperative’,¹³⁹ tuttavia si può ritenere che il c.5 terzo periodo sia una disposizione imperativa e per giunta non derogabile convenzionalmente. Di conseguenza, il contratto oggetto di notifica *ex art. 1-bis* subisce la sanzione della nullità anche qualora la legge applicabile scelta non sia quella italiana.

Al netto del diverso meccanismo di notifica, si segnalano ulteriori differenze tra la prima e la nuova formulazione dell’art. 1-bis: (i) l’ampliamento della notifica anche in presenza di contratti con soggetti nazionali ed UE; (ii) il termine di notifica; (iii) il ruolo di CVCN e ACN; (iv) il regime sanzionatorio.

L’ampliamento ai fornitori nazionali e UE risulta in linea con l’ampliamento registrato nei meccanismi di notifica previsti ai sensi dell’art. 2.¹⁴⁰ Rispetto a questa seconda norma, l’espansione nell’ambito degli attivi *ex art. 1-bis* risulta più ragionevole in quanto oggetto di scrutinio della Presidenza non è un’acquisizione di partecipazione o la cessione di un attivo strategico, bensì la programmazione commerciale della fornitura della società. Per arrivare ad una decisione, il Governo necessariamente deve conoscere l’intera strategia e l’intero quadro della società, includendo quindi anche le controparti nazionali ed europee. Rimangono, tuttavia, le stesse perplessità circa la possibilità che il Governo possa imporre prescrizioni o veti alla società notificante che pregiudichino la posizione di fornitori europei. Sebbene non sembri uno scenario praticabile alla luce della realtà economica attuale, la normativa non dà al momento alcun ‘rifugio’ al fornitore intra-europeo.

Il termine di notifica viene eliminato ma per ovvi motivi: la prima formulazione prevedeva la notifica entro dieci giorni dalla conclusione del contratto o accordo; il nuovo art. 1-bis non considera alcun termine perchè il giudizio della Presidenza sarà di carattere preventivo, sulla pianificazione commerciale della società. La notifica avviene in un generico tempo “prima di procedere alla [...] acquisizione”.¹⁴¹ “[S]e il soggetto notificante inizia l’esecuzione di contratti o accordi [...] compresi nella notifica, prima che sia decorso il termine per l’approvazione del piano, il governo può ingiungere

¹³⁸ In realtà, l’art. 57 L. 218/1995 rinvia ancora alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva con la legge 18 dicembre 1984, n. 975 (cd. “Convenzione di Roma del 1980”). Il trattato è stato nel frattempo succeduto dal Roma I.

¹³⁹ Art. 3 c. 3 Convenzione di Roma del 1980

¹⁴⁰ A seguito del regime definitivo introdotto dall’art. 25 c. 1 lett. b Decreto Ucraina-bis. Cfr. *supra* §1.2.

¹⁴¹ Art. 1-bis c.2 dL 21/2012

all'impresa, stabilendo il relativo termine, di ripristinare a proprie spese la situazione anteriore all'esecuzione del predetto contratto o accordo.”¹⁴²

In terzo luogo, la nuova disposizione esplicita il ruolo del CVCN e dell'ACN nel procedimento golden power. *In primis*, il c. 2 prende in considerazione l'eventualità che il soggetto notificante non sia parte del perimetro nazionale di sicurezza cibernetica e prevede di inserire nel piano annuale un'informativa delle “eventuali comunicazioni effettuate ai sensi dell'[art. 1 c. 6 lett. a del dL 105/2019]”. La prima formulazione presumeva invece che qualsiasi contratto ad oggetto componenti tecnologiche di quinta generazione fosse concluso solo da soggetti appartenenti al perimetro. I cc. 6-7 disciplinano inoltre il gruppo di coordinamento e il comitato di monitoraggio. In entrambi i casi l'ACN membro a tutti gli effetti e il CVCN è coinvolto per le valutazioni tecniche. Era sicuramente già buona prassi del Governo includere entrambi gli enti nelle istruttorie in materia tuttavia l'inserimento nella norma di rango primario comporta un maggiore grado di tutela delle società notificanti in merito alle modalità con le quali la Presidenza giunge alle proprie decisioni.

In ultimo, il regime sanzionatorio ha cambiato parametro: dal valore del contratto *ex art. 1-bis c. 3-bis, XI periodo* (testo vigente fino al 21 marzo 2022), al fatturato del soggetto tenuto alla notifica.¹⁴³ La norma prevede solo il massimo edittale del 3% e differisce dai regimi sanzionatori degli artt. 1 e 2 in cui il parametro è il fatturato “cumulato realizzato dalle imprese coinvolte”. La differenza appare equa e ragionevole visto che oggetto di notifica non è un'operazione societaria bensì un aspetto del *contract management* della società.

La riforma del 2022 ha inoltre espanso l'ambito applicativo dell'art. 1-bis: non più soltanto i servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G bensì anche “ulteriori servizi, beni, rapporti, attività e tecnologie rilevanti ai fini della sicurezza cibernetica, ivi inclusi quelli relativi alla tecnologia cloud”.¹⁴⁴ Queste ulteriori attività di rilevanza strategica non sono meglio definite e possono essere individuate con uno o più dPCM. Il legislatore ha tuttavia già dato un iniziale interesse alle tecnologie di *cloud computing*, riconoscendo come anche queste ultime abbiano una rilevanza strategica al pari della rete 5G. Se la rete di quinta generazione rappresenta la materiale infrastruttura digitale, la tecnologia cloud è la destinazione ultima della società Gigabit: la grande quantità di dati circolante non può che essere ‘immagazzinata’ con le tecniche differite del cloud. A rafforzare questa impostazione, si ricorda come la *softwareizzazione* dell'architettura 5G comporta che i servizi (o meglio le funzionalità) vengono implementati sulla rete attraverso il cloud.¹⁴⁵ Nei

¹⁴² Art. 1-bis c. 5 dL 21/2012

¹⁴³ Art. 1-bis c. 5, II periodo dL 21/2012

¹⁴⁴ Art. 1-bis c.1, II periodo dL 21/2012

¹⁴⁵ Cfr. *supra* § 2.1.

prossimi anni, crescerà probabilmente l'attenzione degli Stati in merito a nuove tecnologie rilevanti ai fini della sicurezza cibernetica come la computazione quantistica e le tecnologie a registro distribuito. Queste presentano nuovi risvolti in ambito di sicurezza informatica, tuttavia, ad oggi, sono allo stato sperimentale oppure non ancora ampiamente commercializzati.

Il discorso sulla tecnologia cloud e sui cd. 'altri attivi'¹⁴⁶ non è completa senza uno sguardo alla disciplina dell'art. 2 c. 1-ter, in particolare, gli obblighi di notifica di “[q]ualsiasi delibera, atto od operazione, adottato da un'impresa che detiene o più degli attivi individuati ai sensi del comma 1-ter, che abbia per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi medesimi”.¹⁴⁷ Per le tecnologie cloud, le società italiane sono obbligate a notificare le cessioni di “dati raccolti tramite l'utilizzo di [...] tecnologie nel campo della distribuzione di servizi su richiesta di calcolo (server), archiviazione (database) e analisi (software), configurabili e disponibili da remoto (Cloud Computing)”.¹⁴⁸ Per quanto riguarda gli altri attivi, di particolare interesse sono le notifiche ex art. 2 riguardanti la cessione di “tecnologie critiche derivanti dagli studi e dalle applicazioni della meccanica quantistica”,¹⁴⁹ “le «tecnologie basate su registri distribuiti»”,¹⁵⁰ “le tecnologie critiche atte a garantire profili di *safety* e di *security* dei sistemi, anche di tipo intelligente, deputati al controllo, alla gestione e all'assistenza alla movimentazione di persone e merci”.¹⁵¹ Quest'ultimo è l'unico degli attivi elencati prettamente nell'ambito della cybersicurezza, tuttavia la sicurezza cibernetica è prevista tra i settori dell'art. 4 par. 1 Reg. (UE) 2019/452, pertanto non si esclude un futuro ampliamento dei beni e rapporti in questo ambito. Ad oggi, il dualismo tra art. 1-bis e art. 2 è prettamente teorico in quanto la prima disposizione non è ancora stata attuata. Qualora fossero emanati i dPCM delegati dalla norma commentata, si assisterebbe ad un sistema abbastanza ambiguo per i settori delle comunicazioni e in secondo piano per tutti gli altri settori elencati all'art. 2 c. 5, II periodo.¹⁵² Paradossalmente, la società che intende acquisire prodotti o servizi di cloud computing¹⁵³ o rilevanti ai fini della sicurezza cibernetica dovrà prima notificarlo alla Presidenza con il piano annuale di acquisti e se la società fornitrice è italiana dovrà a sua volta notificare la cessione entro dieci giorni dalla delibera, atto o operazione. Questo avverrebbe solo per i settori indicati all'art. 2 c.5 tuttavia sono proprio i settori in cui è più rilevante l'attenzione alla cybersicurezza; infatti, la lista dei settori

¹⁴⁶ Così sono qualificati nella rubrica dell'art. 1-bis.

¹⁴⁷ Art. 2 c. 2-bis dL 21/2012

¹⁴⁸ Art. 6 c. 2 lett. c n. 9 dPCM 179/2020

¹⁴⁹ Art. 9 c. 1 lett. e dPCM 179/2020

¹⁵⁰ Art. 9 c. 1 lett. h dPCM 179/2020

¹⁵¹ Art. 9 c. 1 lett. o dPCM 179/2020

¹⁵² Si rammenta che la notifica ex art. 2 è prevista anche qualora il soggetto acquirente sia nazionale o UE nei settori delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario, ivi incluso quello creditizio e assicurativo.

¹⁵³ Sul punto si presume che l'eventuale dPCM restringerebbe l'ambito alle mere tecnologie cloud cd. 'critiche' e non ad un qualsiasi prodotto cloud quotidianamente acquistato da qualsiasi impresa.

coincide quasi del tutto con l'Allegato II d.lgs. 65/2018 in merito agli operatori essenziali che rientrano sotto la cyber-protezione del CSIRT Italia.¹⁵⁴ Si prospetta quindi un ripensamento del rapporto tra art. 1-bis e art. 2 c. 1-ter nell'ambito delle tecnologie critiche.

¹⁵⁴ Cfr. *supra* §2.4.2.

III

ANALISI COMPARATA DELLE NORMATIVE FDI IN MERITO ALLE TECNOLOGIE 5G

SOMMARIO: **3.1** Politiche legislative FDI – **3.2.** Stati Uniti: il CFIUS, il FIRRMA 2018 e il CHIPS and Science Act 2022– **3.3.** Regno Unito: il National Security and Investment Act 2021 – **3.4.** Francia: la loi PACTE (L. 2019-486) e il décret no. 2019-1590 – **3.5.** Cina: la Foreign Investment Law – **3.6.** Conclusione: la normativa italiana alla prova dell’analisi comparata. Dal controllo sugli investimenti al controllo sulle catene di approvvigionamento

3.1. POLITICHE LEGISLATIVE FDI

La trattazione della normativa di *golden power* in generale nel primo capitolo e della normativa in materia di tecnologie 5G e cybersicurezza nel secondo sono strumentali all’analisi del presente capitolo. Quest’ultimo si pone l’obiettivo di affrontare il controllo sugli investimenti esteri diretti in materia di tecnologie 5G in più giurisdizioni, consapevole che trattasi della prima categoria di cd. ‘tecnologie critiche’ ad aver ricevuto una notevole attenzione dai governi. Le politiche legislative e le prassi amministrative che si vanno a sviluppare intorno alla fornitura e agli investimenti in questo settore saranno da esempio per l’approccio che gli Stati avranno per tutte le tecnologie critiche a venire nei prossimi decenni una volta raggiunto uno stadio di commercializzazione ed implementazione. Questo ultimo capitolo affronterà in particolare le giurisdizioni statunitense, inglese, francese e cinese. Ciascuna giurisdizione verrà analizzata sulla base di sei profili: (a) ambito di applicazione della normativa; (b) meccanismi di notifica; (c) procedimento; (d) sanzioni; (e) *accountability*; (d) azione di *screening* in materia di tecnologie 5G e altre tecnologie critiche. Alla luce delle risultanze di questa analisi comparata si ‘tireranno le somme’ sulla salute della normativa italiana a confronto con alleati e *competitor*. Il presente paragrafo introduttivo risulta necessario per la fase particolarmente transitoria che sembra aprirsi per le posizioni geopolitiche – e di conseguenza giuridiche per la normativa FDI – dei principali attori nel contesto mondiale.

L’ultimo triennio è stato segnato da un evidente tramonto della globalizzazione con l’ascesa di un nuovo paradigma di economia globale basata su macro-regioni maggiormente integrate. Un ritorno alle sfere di influenza che la professione legale internazionale teorizza come un nuovo sistema di “*clubs and fences*”.¹ In tale contesto, i *clubs* sarebbero i gruppi di Stati che rafforzano la propria integrazione economica sulla base di valori condivisi e con l’intenzione di intensificare la cooperazione internazionale comune: dal punto di vista giuridico, questo comporta una armonizzazione degli ordinamenti appartenenti ad uno stesso *club*. In secondo luogo, le *fences* sono quelle barriere giuridiche all’ingresso e all’uscita di investimenti da un *club* ad un altro.

¹ White & Case LLP, *A world of clubs and fences. Changing regulation and the remaking of globalization*, marzo 2023

La de-globalizzazione in atto avviene secondo due trend divergenti e complementari: l'indebolimento delle organizzazioni internazionali economiche di carattere globale e la crescita di quelle di carattere regionale. *In primis*, l'Organizzazione Mondiale del Commercio ("OMC") ha perso il carattere innovativo con il quale era stata istituita nel 1995. Sono ormai sette anni che non si registrano sviluppi nei *Doha Rounds*: l'insieme di incontri interministeriali iniziato nel 2001 con lo scopo riformare il sistema di commercio internazionale con una significativa riduzione delle barriere. Nel 2015 le delegazioni non hanno raggiunto nemmeno il quorum per deliberare la prosecuzione dei tavoli di negoziazione.² L'ulteriore stallo presso l'Organo d'appello dell'OMC ha pregiudicato inoltre la funzione para-giurisdizionale dell'organizzazione nelle dispute relative al commercio internazionale³. D'altra parte, continua a crescere il numero di trattati regionali: da 97 trattati in vigore nel 2000, si registra un incremento del 365% con 355 trattati in vigore al giugno 2022.⁴ In particolare, si segnala il trattato del Trans-Pacifico ('CPTPP'), entrato in vigore nel 2018 e particolarmente apprezzato dalla dottrina di diritto degli investimenti per aver affrontato insidiose tematiche rimaste irrisolte nella seconda generazione BITs di stampo occidentale e neo-liberale.⁵

All'integrazione regionale si combina l'azione unilaterale: un potenziamento delle politiche industriali nazionali con sempre più frequenti strumenti governativi a difesa della sicurezza nazionale. Concetto che in una decisione dell'OMC è stato ritenuto nella piena discrezionalità dello Stato, salvo il carattere di necessità della misura stessa⁶ (in breve, un test sulla buona fede⁷).

Come già rammentato *supra*,⁸ l'Europa degli ultimi tre anni è stata scossa da due principali eventi storici e dalle conseguenti sfide collettive: la pandemia COVID-19 e la guerra in Ucraina. I due eventi, principalmente il secondo, hanno scosso il tradizionale equilibrio diplomatico che le istituzioni unionali tendevano ad avere nei confronti del blocco Russia-Cina. Il *revirement* degli organi politici europei è segnato dalla dichiarazione di Versailles del 10 e 11 marzo 2022 con il quale il Consiglio europeo ha condannato l'aggressione russa e ha concluso nuovi obiettivi comuni quali il rafforzamento delle capacità di difesa, la riduzione delle dipendenze energetiche e la costruzione di una base economica più solida. Dalla dichiarazione del marzo 2022, l'azione europea si è gradualmente spostata verso una maggiore ingerenza del soggetto pubblico (sovranaazionale) nei mercati al fine di tutelare la sicurezza nazionale e degli approvvigionamenti. Nel dicembre 2022, è

² Editorial Board, *Global Trade After the Failure of the Doha Round*, The New York Times, 1 gennaio 2016. Consultabile al seguente link: <https://www.nytimes.com/2016/01/01/opinion/global-trade-after-the-failure-of-the-doha-round.html>

³ Per un maggiore approfondimento, cfr. S. Lester, *Ending the WTO Dispute Settlement Crisis: Where to from here?*, International Institute for Sustainable Development – IISD, 2 marzo 2022. Consultabile al seguente link: <https://www.iisd.org/articles/united-states-must-propose-solutions-end-wto-dispute-settlement-crisis>

⁴ White & Case LLP, op. cit. nt. 1, p. 11

⁵ Yosra Abid, 'The Quest for Domestic Regulatory Space in the Investment Chapter of the Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership', *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 2020, Vol. 27, No. 1/2, pp. 28-78

⁶ Organo di conciliazione OMC, Rapporto del *panel*, *Russia – Measures concerning traffic in transit*, WT/DS512/R, 5 aprile 2019, §7.90-91

⁷ White & Case LLP, op. cit. nt. 1, p. 12

⁸ Cfr. *supra* §1.1.4.

stato approvato il Reg. (UE) 2022/2560 introducendo un sistema di controllo dedicato alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno.⁹ Nel giugno 2023, l'Alto Rappresentante dell'Unione ha pubblicato una comunicazione congiunta rivolta a Parlamento europeo, Consiglio europeo e Consiglio esponendo i prossimi obiettivi in materia di sicurezza economica; in particolare, nel settore delle tecnologie critiche e degli investimenti in uscita.¹⁰

La comunicazione è significativa in quanto rappresenta un'importante svolta nell'approccio diplomatico europeo che si avvicina a quello statunitense, pur mantenendo un linguaggio più soppesato e limitandosi a condannare apertamente solo la Russia. Gli obiettivi di maggiore interesse presenti nella comunicazione sono: (i) la redazione di un elenco di tecnologie strategiche; (ii) la conferma di una imminente riforma del Reg. (UE) 2019/452; (iii) l'introduzione di sistemi di controllo sugli investimenti in uscita.

La documentazione si prefigge di finalizzare “un elenco delle tecnologie strategiche critiche per la sicurezza economica”¹¹ introducendo i criteri con il quale verranno selezionate le tecnologie: la natura abilitante e trasformativa, il rischio di fusione militare-civile, il rischio di un uso improprio per violazioni dei diritti umani. Sulla base di questo elenco sarà poi possibile espandere gli strumenti di difesa dell'UE e degli Stati membri già esistenti ed eventualmente introdurne di nuovi. Inoltre, per dare ulteriore impulso finanziario alla ricerca e lo sviluppo europeo delle stesse tecnologie, è già attiva la piattaforma per le tecnologie strategiche per l'Europa (“STEP”).¹²

Per quanto riguarda il Reg. (UE) 2019/452, la comunicazione conferma che la Commissione europea lavora per la presentazione di una revisione del regolamento ai sensi del suo stesso art. 15¹³ e d'altra parte continua ad incoraggiare gli Stati membri che ancora non hanno adottato un meccanismo FDIS ad implementarlo “senza indugio”.¹⁴

La comunicazione apre ad un ulteriore tema tanto sensibile quanto inesplorato finora: il controllo sugli investimenti in uscita. L'Alto Rappresentante argomenta che una strategia comune di sicurezza economica passa anche per la restrizione del movimento dei capitali verso l'esterno nei settori “ritenuti fondamentali per rafforzare le capacità militari e di *intelligence* di attori che possono utilizzarli per minare la pace e la sicurezza internazionali”.¹⁵ In breve, l'Unione europea, fondata sul principio di un'economia aperta e di mercato, riconosce priorità alla sicurezza nazionale davanti a fuoriuscite di capitale che contribuiscono a rafforzare quelle applicazioni tecnologiche che minacciano la società europea. Su questo punto, l'Unione europea si allinea alla posizione degli Stati

⁹ Il regolamento è seguito da atto di implementazione della Commissione europea Reg. es. (UE) 2023/1441 con le procedure di notifica alla Commissione europea.

¹⁰ JOIN(2023) 20 final

¹¹ JOIN(2023) 20 final, §2

¹² https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/eu-budget/strategic-technologies-europe-platform_en

¹³ Cfr. *supra* §1.3.2.

¹⁴ JOIN(2023) 20 final, §3.1

¹⁵ *Ibid.*

Uniti, i quali hanno di recente emanato un provvedimento quadro per lo *screening* degli investimenti in uscita.¹⁶

Tornando invece agli investimenti in entrata, si è registrato un generale incremento dei controlli e dei meccanismi a partire dalla pandemia COVID-19. Gli Stati che già possedevano questi meccanismi hanno iniziato ad estenderli o rafforzarli a partire dal 2018: in particolare, Stati Uniti, Regno Unito, Francia e Italia.

Diversi altri attori vicini al nostro mercato hanno ritenuto di adottare strumenti di *screening*: solo dal 2022, Danimarca, Cechia, Slovacchia, Svezia, Paesi Bassi, Belgio e Lussemburgo. Dalla relazione annuale della Commissione europea sullo stato dei meccanismi FDIS, si evince che solo la Bulgaria è sprovvista di alcun tipo di meccanismo e non è impegnata nell'adottarne uno a breve.¹⁷ Nel contesto transatlantico si rammentano inoltre il FIRRMA 2018, il CHIPS and Science Act of 2022 (cd. "CHIPS Act") e la riforma del 2021 dell'Investment Canada Act. Tenzialmente l'Europa è giunta "in ritardo" ai meccanismi di controllo degli investimenti in entrata rispetto agli altri Stati industrialmente avanzati che ne vantavano da decenni, come gli Stati Uniti, il Canada e l'Australia.¹⁸ Banalmente perché gli Stati europei non ne hanno sentito l'esigenza: tutte le attività strategiche erano in mano pubblica o di campioni nazionali strettamente legati socialmente all'*establishment* politico dell'epoca. Solo con le fasi di privatizzazioni dagli anni Ottanta agli anni Duemila è sorta l'esigenza di introdurre meccanismi di sicurezza nazionale tipici di economie aperte e altamente capitaliste, come gli Stati Uniti. Vi sono tre principali fattori che hanno portato allo sviluppo di meccanismi FDIS in Europa: (i) la tutela della proprietà intellettuale delle imprese europee; (ii) l'ingresso massiccio di investimenti cinesi; (iii) la vicinanza alla Russia. Si registra infatti una più elevata probabilità di screening negli Stati con una superiore spesa in R&D.¹⁹ L'ingresso di investimenti cinesi nel mercato europeo ha generato due fenomeni in cui il *discrimen* sembra essere la posizione debitoria degli Stati membri UE: studi basati sui dati pubblici raccolti nel database PRISM, rilevano un diverso atteggiamento nei confronti degli investimenti cinesi in base alla situazione debitoria pubblica. In caso negativo, lo Stato *borrower* non è particolarmente attivo nell'esercitare poteri speciali in virtù della sicurezza nazionale. In particolare, questa tendenza ha coinvolto la Grecia e altri Stati mediterranei extra-europei (Turchia e Israele). La posizione debitoria si è coniugata con la posizione strategica di questi Paesi nel collegamento tra Europa e Asia Centrale. I maggiori investimenti cinesi si sono concentrati sulle infrastrutture portuali e di interporto nel bacino del Mediterraneo orientale. L'investimento più famoso è sicuramente l'acquisizione di COSCO del controllo della società

¹⁶ Executive Order on Addressing United States Investments in Certain National Security Technologies and Products in Countries of Concern, Executive Order no. 14105, 9 agosto 2023. Consultabile al seguente link: <https://home.treasury.gov/system/files/206/Executive%20Order%2014105%20August%202023.pdf>

¹⁷ COM (2022) 433 final, p. 8

¹⁸ S. B. Danzman, S. Meunier, 'Naïve no more: Foreign direct investment screening in the European Union', *Global Policy*, 2023, 14 (Suppl. 3), pp. 40-53, p. 50.

¹⁹ Z. T. Chan, S. Meunier, 'Behind the screen: understanding National Support of a foreign investment screening mechanism in the European Union', *Review of International Organizations*, 17/2022, pp. 513-541.

portuale de Il Pireo nel 2016. L'intervento cinese provvede anche a forme di assistenza finanziaria quali la conclusione di un *currency swap* di lunga durata tra la Banca centrale turca e l'omologa cinese. In tal modo, la Cina è divenuta la primaria fonte di riserve di moneta estera della Turchia.²⁰ Si presume che tali contesti siano foraggieri di attività di lobbying pro-Cina. D'altra parte, Stati con una posizione debitoria pubblica sana, o quantomeno non grave, preferiscono ribadire il principio di reciprocità: consentire investimenti nel proprio territorio solo quando i propri investitori ricevono pari condizioni di entrata nell'altro Stato, tendenzialmente pretendendo il cd. "*national treatment*".²¹ Infine, si registra come la vicinanza territoriale alla Russia abbia inciso nella legislazione dei Paesi europei post-sovietici, in particolare nei settori dell'energia e delle infrastrutture critiche.²²

Nonostante il primo tentativo di armonizzazione dei meccanismi FDIS con Reg. (UE) 2019/452, resta un'importante tematica aperta nell'ambito europeo: il meccanismo di *screening* deve coinvolgere anche investitori intra-UE? E se sì, vanno previste tutele per bilanciare la necessità di sicurezza nazionale con l'interesse ad integrare sempre più il mercato unico? A queste domande, l'Unione europea decide di non dare risposta in quanto sembra essere nell'interesse degli Stati membri utilizzare la sicurezza nazionale come un *escamotage* per proteggere le proprie economie nazionali anche dai propri alleati europei che spesso risultano dei competitor per certi aspetti. Gli Stati membri reagiscono in maniera diversa: i più estremi sono probabilmente Italia e Paesi Bassi che con le loro attuali normative includono nello screening sia investitori intra-UE che investitori nazionali.²³ Altri ordinamenti si sono invece limitati a recepire la definizione di IED prevista dal Reg. (UE) 2019/452 o addirittura estendendola allo Spazio Economico Europeo e alla Confederazione elvetica: si vedano i regimi lussemburghese e ungherese.

²⁰ Cfr. Jens Bastian, 'The Dragon Reaches the Eastern Mediterranean: Why the Region Matters to China', *Comparative South Eastern European Studies*, 2022, 70 (3), pp. 486-515, pp. 492 ss.

²¹ A. Ufimtseva, 'The rise of foreign direct investment regulation in investment-recipient countries', *Global Policy*, 2022, 11(Suppl. 2), pp. 222-232.

²² S. B. Danzman, S. Meunier, op. cit. nt. 17, p. 47.

²³ Nella legislazione italiana, cfr. art. 1 c. 1 lett. b-c; art. 1-bis; art. 2 c. 5 II periodo d.L. 21/2012. Nella legislazione olandese art. 1 Vifo Act.

3.2. STATI UNITI: IL CFIUS, IL FIRMA 2018 E IL CHIPS AND SCIENCE ACT 2022

Gli Stati Uniti sono la giurisdizione maggiormente attiva nell'ambito dei FDIS, in particolare per la loro maggiore attenzione nei confronti della sicurezza nazionale. Durante la Guerra fredda, gli Stati Uniti non avevano da preoccuparsi visto il modello di economia chiusa dell'Unione sovietica che non comportava politiche di investimento verso gli Stati Uniti. La preoccupazione statunitense si origina verso la fine degli Anni Ottanta quando si sviluppano gruppi multinazionali di origine giapponese e questi ultimi iniziano a lanciare *takeovers* su società statunitensi, anche in settori particolarmente sensibili per la sicurezza nazionale. La risposta politica americana a questo fenomeno è l'Exon-Florio Amendment del 1988, approvato all'interno dell'Omnibus Trade and Competiveness Act of 1988.

La scelta del legislatore americano è stata di integrare una legge già esistente: il Defence Production Act of 1950.²⁴ La legge introduceva poteri del Presidente degli Stati Uniti in merito alla produzione nel settore della difesa nazionale. In particolare, il Presidente ha il potere di allocare risorse, materiali e servizi per sostenere la produzione della difesa durante i periodi di emergenza nazionale (§4511 (a), 50 USC Ch. 55) e di fornire incentivi all'industria per sviluppare, modernizzare o espandere le capacità produttive (§4517).

L'Exon-Florio Amendment aggiunge la s. 721 (§4565) rubricata "*Authority to review certain mergers, acquisitions and takeovers*". Con il primo testo introduttivo di FDIS il potere sorgeva in capo al Presidente degli Stati Uniti con un veloce accenno ad un generico 'designato del Presidente', senza esplicitare l'organo pubblico che sarebbe nei fatti proceduto alla fase istruttoria preliminare alla decisione del Presidente. In realtà, esisteva già un comitato interministeriale dedicato al monitoraggio degli investimenti esteri diretti in entrata: il Committee on Foreign Investment in the US ("CFIUS") con sede presso il Dipartimento del Tesoro. Sarà poi con il Foreign Investment and Security Act (Finsa) of 2007 che il CFIUS verrà codificato. Attualmente il CFIUS è composto da rappresentanti del Dipartimento del Tesoro – che presiede il comitato, dell'Interno, del Commercio, della Difesa, di Stato, il Procuratore Generale, dell'Energia e del Lavoro (s. 721 (k) (2))²⁵. Il CFIUS e la Presidenza funzionano in maniera simile al gruppo di coordinamento e alla Presidenza del Consiglio: la notifica dell'operazione è inviata al CFIUS che provvede alla fase istruttoria e il Presidente ha il potere di imporre sull'operazione tutte quelle misure che ritiene opportune ai sensi della s. 721 (d).

²⁴ 50 USC Ch. 55: Defense Production Act of 1950

²⁵ La s. 721 (k) (2) (J) prevede la possibilità di integrare la composizione del CFIUS con qualsiasi altro Dipartimento, agenzia o ufficio che il Presidente ritiene opportuno coinvolgere nel Comitato. Dal sito ufficiale del Dipartimento del Tesoro si evince che al luglio 2023, ne fanno parte anche il Dipartimento di Giustizia, il Rappresentante per il Commercio degli Stati Uniti e l'Ufficio per le politiche scientifiche e tecnologiche. Al Comitato partecipano come osservatori anche l'Ufficio per la gestione e il bilancio, il Consiglio dei Consulenti Economici, il Consiglio di Sicurezza Nazionale, il Consiglio Economico Nazionale, il Consiglio di sicurezza interna. Cfr. <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-overview>. I rapporti tra le agenzie componenti il CFIUS e i rapporti di quest'ultimo con il Presidente degli Stati Uniti sono disciplinati nell'Executive Order No. 11858 del 23 gennaio 2008, consultabile al seguente link: <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-laws-and-guidance>

Altra legislazione rilevante ai fini della presente analisi sono il Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018 (“FIRRMA 2018”) e il CHIPS Act 2022. Il primo ha riformato in generale l’impianto della s. 721 ampliando l’oggetto di notifica, estendendo i termini del procedimento amministrativo dinanzi al CFIUS e introducendo un ulteriore procedimento di dichiarazione anziché notifica. Il CHIPS Act 2022 interviene invece nello specifico settore dei processori e della loro materia prima, i semiconduttori.

a) *Ambito di applicazione della normativa*

La s. 721 (a) (4) definisce le cd. ‘*covered transactions*’, ovverosia tutte quelle operazioni che fanno sorgere obbligo di notifica. Al sottoparagrafo (B) (i) si trovano i casi classici: fusioni, acquisizioni e *takeovers* proposti o in attesa di approvazioni (interne) dopo il 23 agosto 1988 qualora comportino l’acquisizione di controllo di una persona straniera di un’impresa degli Stati Uniti. I sottoparagrafi (B) (ii-v) sono stati aggiunti dal FIRRMA 2018 e introducono l’obbligo di notifica per quattro nuovi settori espliciti destinatari di investimenti e due categorie residuali. La voce (ii) richiede la notifica di qualsiasi investimento che comporti l’acquisizione di diritti reali su proprietà nel territorio degli Stati Uniti che svolgano una funzione in aeroporti e porti oppure siano nei pressi di strutture di sicurezza nazionale.²⁶ La successiva prevede l’obbligo di notifica per “qualsiasi altro tipo di investimento”²⁷ in aziende che possiedono, operano, fabbricano beni o forniscono servizi alle infrastrutture critiche²⁸ (sottovoce (I)); producono, progettano, testano, fabbricano o sviluppano tecnologie critiche²⁹ (sottovoce (II)); mantengono o raccolgono dati sensibili dei cittadini statunitensi (sottovoce (III)). La voce (iii) consiste nella macro-area ‘*Technology, Infrastructure, Data*’ (“TID”)

²⁶ Installazioni militari o altre strutture o proprietà del Governo degli Stati Uniti sensibili per ragioni di sicurezza nazionale (s. 721 (a) (4) (B) (ii) (II) (bb) (AA)); la proprietà acquisita può ragionevolmente comportare la capacità del soggetto straniero di acquisire *intelligence* su attività condotte presso le strutture o proprietà (BB); l’operazione potrebbe comportare un rischio di sorveglianza estera delle strutture (CC). Sull’argomento è stato di recente proposto un nuovo emendamento (The Protecting U.S. Farmland and Sensitive Sites From Foreign Adversaries Act, depositato presso la Camera dei Rappresentanti in data 12 luglio 2023) che introdurrebbe la definizione di ‘*foreign adversary*’ (Cina, Cuba, Iran, Corea del Nord, Russia, Venezuela durante la presidenza di Nicolás Maduro). Nel caso di investimenti immobiliari ai sensi della *section* citata *supra* da parte di *foreign adversaries*, il CFIUS deve procedere alla fase istruttoria con una presunzione relativa di irrisolvibilità del rischio alla sicurezza nazionale. La presunzione sarebbe superabile solo in presenza di “*clear and convincing evidence*”.

²⁷ La voce è poi definita alla s. 721 (a) (4) (D). Per altri investimenti si intendono tutte le operazioni diverse da fusioni, acquisizioni o *takeovers* con il quale il soggetto straniero ottiene: (I) accesso a informazioni tecniche non materiali; (II) nomina di amministratore o acquisizione di diritti di osservatore nel consiglio di amministrazione della società; (III) coinvolgimento attraverso il voto assembleare in qualsiasi decisione dell’impresa nella gestione di dati sensibili, tecnologie critiche o infrastrutture critiche.

²⁸ Le infrastrutture critiche sono qualificate come i sistemi o gli attivi, fisici o virtuali, così vitali che la loro incapacità o distruzione avrebbe un impatto debilitante sulla sicurezza nazionale (s. 721 (a) (5)).

²⁹ Le tecnologie critiche sono qualificate come gli articoli di difesa e i servizi di difesa elencati nella United States Munitions List redatta ai sensi delle International Traffic in Arms Regulations (s. 721 (a) (6) (A) (i)); le componenti tecnologiche elencate nella Commerce Control List redatta ai sensi delle Export Administration Regulations (ii). Tra le componenti tecnologiche elencate nella Commerce Control List figurano anche la fibra ottica (s. b.3.) e le componenti radio della rete di telecomunicazione (s. f.3.a.). L’elenco è consultabile al seguente link: <https://www.bis.doc.gov/index.php/regulations/export-administration-regulations-ear>. Inoltre, attrezzatura e apparecchiatura nucleare (iii-iv); agenti e tossine (v); qualsiasi tecnologia emergente e fondamentali, come qualificate dalla §4817 50 USC Ch. 58: Export Control Reform.

alla quale il FIRRMA 2018 ha ampliato l'ambito di applicazione rispetto agli altri settori. Infatti, in ambito TID sono previsti controllo "su qualsiasi altro tipo di investimento" che comporti un grado di collaborazione e di condivisione di informazioni e tecnologie.

Il FIRRMA 2018 ha d'altra parte introdotto una serie di ipotesi residuali: la voce (iv) prevede obbligo di notifica per qualsiasi modifica a diritti di cui il soggetto straniero risulta titolare in merito ad investimenti in aziende statunitensi. Similmente a quanto richiesto dall'art. 3 par. 6 Reg. (UE) 2019/452, la sottovoce (v) include negli obblighi di notifica tutte quelle operazioni la cui struttura è intesa ad eludere l'applicazione della s. 721 Defense Production Act.

Come si evince dal sottoparagrafo (4), l'ambito di applicazione del FDIS statunitense non è associato a specifici settori tranne la specifica in merito a tecnologie critiche, infrastrutture critiche e dati sensibili dai quale sicuramente prende ispirazione l'art. 4 par. 1 lett. a, b, d Reg. (UE) 2019/452. Diversamente, l'obbligo di notifica si applica a qualsiasi investimento che coinvolge un soggetto straniero indipendentemente dal settore e comporta l'acquisizione di controllo dell'impresa. Mentre il nostro ordinamento ha preferito in questa circostanza rinviare all'art. 2359 c.c. e all'art. 93 TUF, la s. 721 (a) (3) ha delegato al CFIUS la specificazione della definizione di controllo ai fini dell'obbligo di notifica. Il comitato ha adempiuto in sede di regolamento con 31 CFR §800.208.³⁰ Il controllo è qualificato come il potere di determinare, dirigere o decidere in concerto su temi importanti aventi un effetto sull'impresa. Tale potere può essere diretto o indiretto, esercitato o meno, ed è ottenuto grazie al possesso della maggioranza o di una minoranza dominante sul totale dei diritti di voto in un'impresa, in un suo consiglio di amministrazione, per procura, attraverso azioni di classe, accordi contrattuali, accordi formali o informali ad agire in concerto o qualsiasi altro mezzo. Il regolamento prevede anche degli esempi a supporto degli operatori del diritto che spesso si ritrovano in operazioni *cross-border* la cui natura non sembrerebbe comportare rischi di sicurezza nazionale. È il caso previsto alla s. 721 (a) (4) (D) (iv) per i casi in cui soggetti stranieri entrano nel capitale o nel consiglio di amministrazione di fondi di investimento aventi *general partners* statunitensi. Ad esempio, la s. 800.208 (e) (7) prevede lo scenario in cui la *limited partnership* è composta da due soci accomandanti, ciascuno con il 49% dei diritto di voto, e un *general partner* statunitense che ha il potere di determinare, dirigere e decidere in autonomia su temi importanti aventi un effetto sull'impresa e su come il fondo opera.

b) *Meccanismi di notifica*

La normativa USA prevede l'obbligo di notifica in capo a qualsiasi soggetto coinvolto nell'operazione,³¹ similmente a quanto previsto agli artt. 1-2, rispettivi commi 5, del d.L. 21/12. In

³⁰ <https://www.ecfr.gov/current/title-31/section-800.208>

³¹ "Any party or parties to any covered transaction may initiate a review of the transaction", s. 721 (b) (1) (C) (i) (I) Defense Production Act 1950.

entrambi i casi è ragionevole presumere che nella prassi sia l'investitore a farsi carico della maggior parte delle attività visto che il procedimento si incentra sulla 'pericolosità' di quest'ultimo.

I contenuti della notifica sono previsti dal regolamento (31 CFR §800.502 (c)). Trattasi di tutte le informazioni base relative all'operazione e ai soggetti coinvolti, agli attivi ceduti in caso di *asset purchase*. In particolare, il regolamento richiede di elencare qualsiasi bene o servizio che l'impresa statunitense destinataria dell'investimento o le sue controllanti forniscono ad agenzie federali.³² L'elenco di informazioni richieste è particolarmente lungo e dettagliato: ad esempio la successiva voce (vi) prevede anche di dichiarare tutti i beni o servizi prodotti dall'impresa o dalle sue controllanti che vengono poi rebrandizzate e rivendute con un marchio alternativo.

Con il FIRRMA 2018 è stato aggiunto un nuovo procedimento: la 'dichiarazione'.³³ Questa nuova modalità di avvio del procedimento amministrativo, similmente alla pre-notifica ai sensi del dPCM 133/2022, avrebbe scopo deflattivo del numero di notifiche ricevute dal CFIUS. Infatti, è prevista una dichiarazione volontaria, al posto della notifica, che non ecceda le 5 pagine di testo.³⁴ Gli elementi essenziali della dichiarazione sono previsti dal 31 CFR §800.404. Nel caso di una dichiarazione, i soggetti coinvolti presentano un documento con le principali informazioni atte a identificare l'impresa destinataria dell'investimento e l'investitore stesso. Seguono poi una serie di 'autodichiarazioni' che escludono la qualifica TID dell'investimento e altri rapporti rilevanti tra l'impresa e il Governo federale: a scopo esemplificativo, se l'impresa abbia ricevuto contratti o ordini prioritari ai sensi del Defence Production Act (v. *supra*).³⁵

In caso di dichiarazione, il CFIUS comunica entro 30 giorni dalla ricezione della dichiarazione se è necessario procedere con la notifica (s. 721 (b) (C) (III) (aa) (AA)); informa le parti dichiaranti se sono necessarie integrazioni alla dichiarazione (BB); procede *ex officio* senza attendere che le parti inviino la notifica (CC); notificano alle parti interessate che tutti gli obblighi ai sensi della s. 721 DPA 1950 sono stati adempiuti con la dichiarazione (DD).

Oltre alla dichiarazione volontaria, con intento deflattivo del volume di lavoro del CFIUS, il DPA 1950 prevede anche fattispecie di dichiarazione obbligatoria qualora l'investimento da notificare sia un'operazione in ambito TID e un Governo straniero abbia un 'interesse sostanziale'³⁶ diretto o indiretto sull'investitore straniero.³⁷ La dichiarazione obbligatoria è principalmente pensata per fondi

³² 31 CFR §800.502 (c) (3) (v) (A)

³³ Il testo in inglese parla di "*declaration*". Il FIRRMA 2018 aveva introdotto anche un secondo procedimento sperimentale (cd. "Pilot Program") per le tecnologie critiche, terminato in data 12 febbraio 2020.

³⁴ s. 721 (b) (1) (C) (v) (II) DPA 1950

³⁵ 31 CFR §800.404 (c) (14)

³⁶ L'espressione è definita alla 31 CFR §800.244. L'interesse sostanziale, per questi fini, è la detenzione minima del 49% dei diritti di voto di un governo nazionale o subnazionale straniero nell'investitore straniero.

³⁷ s. 721 (b) (1) (C) (v) (IV) DPA 1950

sovrani e partecipate pubbliche (cd. “SOEs”). La norma sul punto però presenta una contraddittorietà: la sottovoce (ee) prosegue prevedendo comunque che le parti possono presentare la notifica dell’operazione in alternativa alla dichiarazione obbligatoria. Probabilmente questa clausola finale è prevista a favore dell’investitore che intende dimostrare in maniera più completa che il suo coinvolgimento non presenta alcun rischio per la sicurezza nazionale e lo schema più ristretto della dichiarazione non gli permette di argomentare a sufficienza.

Ad ogni modo, il CFIUS consiglia comunque di avere una fase pre-notifica informale con l’autorità per verificare congiuntamente eventuali problemi di interpretazione in merito all’obbligo di notifica o di dichiarazione.³⁸

c) *Il procedimento*

Il DPA 1950 si limita a prevedere i principi e i criteri secondo i quali il Presidente, attraverso il CFIUS, revisiona le operazioni oggetto di notifica (o di dichiarazione). Il paragrafo (f) stabilisce gli undici fattori da tenere in considerazione in fase di scrutinio dell’operazione con investitore estero: (1) la produzione domestica necessaria per la difesa nazionale; (2) la capacità dei settori industriali statunitensi di soddisfare i requisiti di difesa nazionale (inclusa la disponibilità di capitale umano); (3) lo stato di controllo delle imprese americane coinvolte nella difesa nazionale; (4) gli effetti potenziali dell’operazione oggetto di notifica sulla vendita di tecnologie militari ad altri Stati identificati dal Segretario di Stato come Paesi che supportano il terrorismo, di interesse per la proliferazione di missili e di armi chimiche e biologiche,³⁹ rientranti nella ‘*Nuclear Non-Proliferation-Special List*’⁴⁰ o altrimenti identificati dal Segretario della Difesa come di interesse per il potenziale rischio militare per gli Stati Uniti in una regione; (5) gli effetti potenziali dell’operazione oggetto di notifica sulla *leadership* tecnologica degli Stati Uniti nelle aree di interesse per la sicurezza nazionale; (6) gli effetti potenziali relativi alla sicurezza nazionale delle infrastrutture critiche, in particolare i principali attivi del settore energetico; (7) gli effetti potenziali relativi alla sicurezza nazionale delle tecnologie critiche; (8) se l’operazione è qualificabile come operazione controllata da Governo straniero; (9) una revisione della posizione dello Stato di provenienza dell’investitore: se aderisce al regime di controllo di non-proliferazione di armi nucleari, la sua relazione con gli Stati Uniti, in particolare nell’ambito della lotta al terrorismo, il potenziale rischio di diversione di tecnologie con applicazioni militari nel Paese di origine dell’investitore straniero; (10) le previsioni

³⁸ “Parties to a transaction are encouraged to consult with CFIUS in advance of filing a notice and/or to file with CFIUS a draft notice or other appropriate documents describing the transaction.” CFIUS, ‘Voluntary Notice Filing Instructions (Part 800)’. Ultimo accesso in data 7 agosto 2023. Il testo è consultabile al seguente link: <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/voluntary-notice-filing-instructions-part-800>

³⁹ Queste categorie di Stati sono individuate dal Segretario di Stato ai sensi della s. 4605, 50 USC Ch. 56 : Export Administration

⁴⁰ La lista è una fonte di rango secondario: 15 CFR 778, Supplement No. 4.

di fabbisogno energetico e di altre risorse critiche degli Stati Uniti; (11) qualsiasi altro fattore che il Presidente o il CFIUS possano ritenere adeguato tenere in considerazione.

I criteri sono a tratti più dettagliati rispetto alla normativa italiana, tuttavia, il risultato finale non sembra differire. Le maggiori differenze sono dovute al diverso ruolo nella politica internazionale che gli Stati Uniti occupano, in particolare il ruolo di promotore nelle politiche di anti-terrorismo e di non-proliferazione di armi nucleari, chimiche e biologiche. I nuovi fattori introdotti con il FIRMA 2018 in ambito TID non fanno altro che menzionare le tecnologie critiche (voce 7). Una mera allusione alla sicurezza nazionale, per altro nemmeno definita altrove, comporta un potere esteso del Comitato e del Presidente davanti a operazioni nei settori delle tecnologie critiche. Vista l'elevata diffusione di tecnologie di analisi ed elaborazione dati, si rischia di far ricadere qualsiasi operazione nell'ambito TID. Si pensi al caso italiano Verisem in cui l'impresa si è vista eccepire dalla Presidenza di non aver prodotto la notifica anche ai sensi degli artt. 6-9 dPCM 179/2020. Tuttora, dopo la conclusione del procedimento amministrativo e due gradi di giudizio dinanzi a TAR Lazio e Consiglio di Stato, è rimasto un mistero irrisolto come potesse una società che vendeva semi nel settore hobbistico avere un impatto sulle tecnologie critiche.⁴¹

Il procedimento di revisione dell'investimento ha un termine massimo di 45 giorni⁴² similmente alla maggior parte dei termini previsti ai sensi del d.L. 21/12. Tuttavia, questo termine è previsto solo per la fase istruttoria del CFIUS, il Presidente avrà poi 15 ulteriori giorni per esercitare i propri poteri speciali.⁴³ Un altro aspetto discriminante tra normativa statunitense e italiana è la decorrenza del termine del procedimento: mentre il d.L. 21/12 prevede la decorrenza dalla notifica delle parti dell'operazione, il DPA 1950 presenta due decorrenze: la data di accettazione della notifica o la data di inizio della investigazione sulla sicurezza nazionale (il sub-procedimento verrà affrontato *infra*).⁴⁴ Inoltre, il termine di 45 giorni per l'investigazione sulla sicurezza nazionale è prorogabile di ulteriori 15 giorni in presenza di circostanze straordinarie riconosciute da una delle agenzie coinvolte nella fase istruttoria e documentate con richiesta scritta al Presidente del Comitato. Quest'ultimo deve accettare la richiesta e in tal caso comunicare la proroga alle parti interessate.⁴⁵ Il procedimento USA ha pertanto un termine potenzialmente mobile: ai 45 giorni dall'accettazione della notifica, possono aggiungersi 45 giorni di investigazioni, a cui a loro volta se ne potrebbero aggiungere altri 15 di proroga, infine ulteriori 15 per le decisioni del Presidente: il procedimento FDIS rischia di durare un totale di 4 mesi. Vista l'ampiezza dell'ambito di applicazione della normativa,⁴⁶ risulta ragionevole il bilanciamento offerto dalla s. 721 (I) (1): l'operazione notificata non è sospesa *a priori* bensì solo con

⁴¹ Cfr. *supra* §1.6 per maggiori dettagli sul caso Verisem.

⁴² s. 721 (b) (1) (C) (v) (F) DPA 1950

⁴³ s. 721 (d) (2) DPA 1950

⁴⁴ s. 721 (b) (2) (C) (i) DPA 1950

⁴⁵ 31 CFR §800.508 (e)

⁴⁶ Cfr. *supra* §3.2 (a).

determina del CFIUS che può sospendere l'operazione durante la revisione o l'investigazione quando l'investimento potrebbe porre un rischio alla sicurezza nazionale degli Stati Uniti.

Anche il DPA 1950 prevede ipotesi di procedibilità d'ufficio in capo sia al Presidente che al Comitato in autonomia rispetto al vertice esecutivo. La norma italiana⁴⁷ si limita ad introdurre il potere di iniziativa in capo alla Presidenza del Consiglio – e non in capo al gruppo di coordinamento – in caso di violazione degli obblighi di notifica e rinvia ai commi precedenti per quando riguarda i termini e le norme procedurali. La s. 721 (b) (1) (D) (ii-iii) precisa invece ulteriori casi: operazioni ai sensi del sottoparagrafo (E)⁴⁸ quando almeno una delle parti ha presentato informazioni false o ingannevoli ovvero ha violato gli accordi di mitigazione o le condizioni imposte all'investimento. Il meccanismo della procedibilità d'ufficio si applica quindi anche a casi già trattati dall'amministrazione. Sul punto invece il d.L. 21/12 preferisce un impianto sanzionatorio legato alla durata dell'inadempimento e alla titolarità delle partecipazioni. Probabilmente un sistema con entrambi gli strumenti sarebbe più completo e agevole per un governo che intende far rispettare le proprie decisioni di alta amministrazione in materia di sicurezza nazionale. È il caso dell'ordinamento statunitense che, oltre alla procedibilità d'ufficio esposta poc'anzi, prevede anche sanzioni pecuniarie in caso di inadempimento delle obbligazioni da accordo di mitigazione per dolo o colpa grave o di violazione di condizioni (31 CFR §800.901(c)). Inoltre, il DPA 1950 prevede che l'attività istruttoria iniziata d'ufficio non può essere delegata ad organi inferiori di grado al Vice Segretario del dipartimento o agenzia incaricati dell'attività.⁴⁹

Per rendere più efficace il potere di iniziativa, quest'ultimo è accompagnato da attività di monitoraggio delle operazioni non notificate o non dichiarate. A questo proposito, il CFIUS ha un ufficio apposito (*Office of Monitoring and Enforcement*) dedicato a tale attività.⁵⁰

Anche il ritiro della notifica è disciplinato dalla legge: in tal caso, l'impresa deve depositare una richiesta scritta e questa deve essere accettata dal Comitato. Diversamente, il d.L. 21/12 non si esprime al riguardo e dalle relazioni annuali si evince che ogni anno un certo numero di notifiche vengono ritirate ma senza alcun meccanismo di accettazione da parte del gruppo di coordinamento. Si può presumere che in tali circostanze il procedimento possa essere riattivato d'ufficio dalla Presidenza ai sensi degli artt. 1-2, rispettivi commi 8-bis.

⁴⁷ Art. 1 c.8-bis II periodo, art. 2 c. 8-bis d.L. 21/12

⁴⁸ Operazioni per le quali il Comitato ha riconosciuto per iscritto che sono state soddisfatti tutti gli adempimenti richiesti dalla s. 721 DPA 1950 ovvero il Presidente ha comunicato per iscritto il non esercizio dei poteri speciali.

⁴⁹ s. 721 (b) (1) (G) DPA 1950

⁵⁰ <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-monitoring-and-enforcement>

La s. 721 (b) (2) prevede una seconda ipotesi nell'ambito della fase istruttoria: l'investigazione di sicurezza nazionale. Oltre all'ipotesi standard della revisione dell'operazione, l'investigazione è attivata dal CFIUS qualora (I) l'operazione minaccia di pregiudicare la sicurezza nazionale degli Stati Uniti; (II) si tratta di un'operazione controllata da Governo straniero; (III) l'operazione comporta il controllo da parte di un soggetto straniero di una infrastruttura critica, comporta rischio di pregiudizio alla sicurezza nazionale e il Comitato non ritiene sufficienti le rassicurazioni offerte in sede di revisione; infine, qualora l'agenzia competente della revisione e il Comitato ritengano che sia necessaria un'investigazione di sicurezza nazionale (sottovoce (ii)). La formulazione della norma fa presumere che l'investigazione sia un sub-procedimento che subentra nel procedimento principale di revisione verso il termine dei 45 giorni di quest'ultimo, salvo nel caso (II) dove l'esperimento dell'investigazione è già conosciuta dalle parti interessate al tempo della notifica. La tesi è rafforzata dal successivo sottoparagrafo (D) che prevede un'eccezione all'esperimento dell'investigazione qualora il Segretario del Tesoro e l'agenzia competente della revisione congiuntamente ritengano che non vi siano rischi di pregiudizio alla sicurezza nazionale. Difatti, è questa l'interpretazione che si riflette nella fonte di rango secondario: ai sensi della 31 CFR §800.505 (a) la valutazione se procedere con un'investigazione avviene “[a]fter a review of a notified transaction”. Più ragionevolmente, il sistema italiano procede ad una fase istruttoria unica che concilia sia interessi settoriali dei Ministeri sia le esigenze di sicurezza nazionale del DIS.

All'investigazione si aggiunge l'analisi del Direttore dell'Intelligence Nazionale entro 30 giorni dalla accettazione della notifica al CFIUS.⁵¹ L'analisi deve presentare un quadro dei potenziali rischi alla sicurezza nazionale presenti nell'operazione oggetto di notifica. La normativa appare ridondante alla luce delle sviluppate operatività e organizzazione del CFIUS, dedicato esclusivamente al controllo della sicurezza nazionale nell'ambito degli investimenti esteri.

La s. 721 (c) (3) DPA 1950 delega al Comitato di regolare i meccanismi di cooperazione con gli Stati alleati e partner con lo scopo di armonizzare l'azione comune nello *screening* di investimenti, facilitare lo scambio di informazioni tra amministrazioni, includere consultazioni e incontri periodici con le omologhe amministrazioni degli altri Paesi. Sul punto, il regolamento e la prassi amministrativa del CFIUS sono particolarmente restrittivi: la 31 CFR §800.1001 (a) affida al Comitato il potere di emettere determinazioni che classifichino uno Stato “*expected foreign State*”. Una norma equivalente è prevista nel caso di investimenti immobiliari, la 31 CFR §802.1001 (a). Per entrambi i casi il Comitato ha anche pubblicato una determina che elenca a scopo esemplificativo i parametri con il quale vengono scrutinati i meccanismi FDIS degli Stati alleati o partner: principalmente si tratta dell'autorevolezza dei meccanismi e l'effettiva attuazione della normativa

⁵¹ S. 721 (b) (4) DPA 1950

predisposta a controllo degli investimenti esteri.⁵² Ad oggi solo il Regno Unito e la Nuova Zelanda hanno superato lo scrutinio del CFIUS e ricevuto la qualifica di *expected foreign State*;⁵³ per gli investimenti immobiliari invece Canada e Australia.⁵⁴ Tuttavia, tale scelta appare speculativa alla luce della normativa inglese – come analizzata *infra* – che non garantisce un corretto e trasparente bilanciamento delle istanze dei diversi Ministeri che possono essere coinvolti alla luce del settore dell’investimento notificato. Similmente ai meccanismi di cooperazione a livello di Unione europea,⁵⁵ sarebbe auspicabile un simile quadro di armonizzazione e cooperazione nell’ambito NATO.

Infine, la peculiarità del procedimento statunitense si esplica nella biforcazione dei poteri speciali, la cui competenza risiede sia nel CFIUS sia nella Presidenza. Infatti, ai sensi della s. 721 (1) (3), il CFIUS può negoziare accordi di mitigazione o imporre condizioni all’operazione; d’altra parte, ai sensi della s. 721 (d), il Presidente può adottare qualsiasi misura necessaria alla sospensione o divieto di proseguire con l’operazione notificata. Dalla relazione 2022, si evince che il CFIUS nella prassi anticipa il potere di veto della Presidenza disponendo il disinvestimento tra le misure a seguito del procedimento di *screening*.⁵⁶ adotta tra le proprie misure anche il disinvestimento. In breve, al Presidente è affidato il potere estremo del veto. Se il sistema da una parte appare economicamente ragionevole in quanto limita il numero di notifiche che necessitano di arrivare fino alla Presidenza, d’altra parte nasconde un’insidia da non sottovalutare: le influenze esterne al CFIUS non sono così formalmente registrate nel procedimento amministrativo. Basti pensare all’ampio margine di negoziazione del Comitato nell’ambito dell’accordo di mitigazione: è realistico immaginare che non vi sia alcuna interazione tra i Dipartimenti e le agenzie presenti nel CFIUS e la Presidenza su un tema così delicato? Nel sistema italiano, salvo il caso dell’art. 6 c.4 dPCM 133/2022,⁵⁷ la Presidenza del Consiglio entra sempre formalmente nel procedimento attraverso le sedute del Consiglio dei Ministri e il conseguente decreto che decide sulla notifica.

⁵² Dipartimento del Tesoro, ‘Factors for Determinations under §800.1001 (a) / §802.1001 (a)’. Ultimo accesso in data 9 agosto 2023. Il testo della determina è consultabile al seguente link: <https://home.treasury.gov/system/files/206/Excepted-Foreign-State-Factors-for-Determinations.pdf>

⁵³ CFIUS, ‘Determination Regarding Excepted Foreign States’, 88 Fed. Reg 9190, 13 febbraio 2023. La determina è consultabile al seguente link: <https://www.federalregister.gov/documents/2023/02/13/2023-02533/determination-regarding-excepted-foreign-states>

⁵⁴ CFIUS, ‘Determination Regarding Excepted Real Estate Foreign States’, 88 Fed. Reg. 9190, 13 febbraio 2023. La determina è consultabile al seguente link: <https://www.federalregister.gov/documents/2022/01/07/2022-00234/determination-regarding-excepted-real-estate-foreign-states>

⁵⁵ Cfr. *supra* §1.5.

⁵⁶ “*Mitigation measures and conditions negotiated and adopted in 2022 required the businesses involved to take specific and verifiable actions, including, for example: [...] divestiture by the foreign acquirer of all or part of the U.S. business*” Relazione annuale del CFIUS al Congresso degli Stati Uniti, anno 2022, p. 46. La relazione è consultabile al seguente link: <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-reports-and-tables>

⁵⁷ Cfr. *supra* §1.4. Trattasi di ipotesi di non esercizio dei poteri speciali qualora né le parti interessate né le Amministrazioni componenti il gruppo di coordinamento facciano richiesta di deferimento alla Presidenza del Consiglio.

d) Sanzioni

La s. 721 (h) (2) (A) DPA 1950 delega la definizione dell'intero impianto sanzionatorio al CFIUS che lo definisce con regolamento, in particolare la 31 CFR §800.901. La disposizione tratta sia le sanzioni concernenti la notifica sia gli inadempimenti a seguito dell'esercizio dei poteri speciali. Il sottoparagrafo (a) prevede una sanzione amministrativa pecuniaria con massimo edittale di \$250,000 per dichiarazioni mendaci e certificazioni false nelle notifiche e dichiarazioni. Allo stesso modo, qualora le parti coinvolte non adempiano agli obblighi di notifica ai sensi della 31 CFR §800.401 (sottoparagrafo (b)). Se l'inadempimento è relativo agli accordi di mitigazione o alle condizioni imposte dal CFIUS, il massimo edittale è alternativamente \$250,000 o il valore dell'operazione (sottoparagrafo (c)). Il successivo sottoparagrafo prevede inoltre che gli stessi accordi di mitigazione e le determine contenenti condizioni all'operazione debbano contenere clausole penali in caso di inadempimento delle parti interessate, similmente a quanto avviene nei dPCM di esercizio dei poteri speciali in Italia.⁵⁸

L'irrogazione della sanzione avviene con determina del CFIUS tempestivamente comunicata alle parti interessate (sottoparagrafo (e)). Entro 15 giorni dal ricevimento della determina, il soggetto sanzionato può procedere a reclamo (sottoparagrafo (f)). In ogni caso, il sottoparagrafo (g) precisa che la giurisdizione per le controversie relative alle sanzioni è federale e di competenza delle corti distrettuali. Nell'assenza di una netta demarcazione del diritto amministrativo negli ordinamenti di *common law*, le sanzioni amministrative rientrano nella giurisdizione ordinaria civile insieme ai danni contrattuali presenti negli accordi di mitigazione.

e) Accountability

Il sistema statunitense presenta un regime di *accountability* completo, in particolare nei confronti del Congresso: oltre alle relazioni annuali, sono previste anche comunicazioni sulle singole operazioni.

La s. 721 (m) DPA 1950 prevede la relazione annuale del CFIUS al Congresso entro il 31 luglio di ogni anno. I sottoparagrafi (2-3) vincolano il Comitato nei contenuti minimi di tale relazione: a scopo esemplificativo, la relazione deve obbligatoriamente constare di un'analisi del tipo di accordi o condizioni accordate dal CFIUS (sottoparagrafo (2) (E)); un'analisi degli effetti avversi riconosciuti nell'anno di competenza della relazione (voce (F)); statistiche sulla *compliance* delle imprese assoggettate ad accordi o condizioni (voce (G)); descrizione delle ulteriori attività di monitoraggio che il Comitato potrebbe adottare per individuare le operazioni non notificate o non dichiarate (voce (I) (ii)). Sul punto, l'art. 3-bis d.L. 21/12 si limita a richiedere una relazione "con particolare

⁵⁸ Cfr. *supra* §2.5.

riferimento ai casi specifici e agli interessi pubblici che hanno motivato l'esercizio di tali poteri". Nella prassi, le relazioni hanno poi aggiunto progressivamente sempre più riflessioni complessive e organiche, in particolare sugli eventi storici che hanno maggiormente influenzato l'azione governativa. Tuttavia, sarebbe auspicabile una emulazione di quanto richiesto al CFIUS dalla s. 721 (m) DPA 1950.

In secondo luogo, la s. 721 (b) (3) prevede che il CFIUS comunichi a precisi organi del Congresso il completamento della revisione e dell'investigazione di sicurezza nazionale. La comunicazione deve essere inviata a (I) i capigruppo del Senato (di maggioranza e minoranza visto il sistema statunitense di natura bipartitica); (II) al Presidente e a qualsiasi ruolo di vertice della Commissione per le Banche, gli Alloggi e gli Affari Urbani del Senato e di qualsiasi altra Commissione del Senato competente della vigilanza di altre agenzie competenti della fase istruttoria della specifica notifica o dichiarazione; (III) al Presidente della Camera dei Rappresentanti e al Capogruppo di minoranza; (IV) al Presidente e a qualsiasi ruolo di vertice della Commissione per i Servizi Finanziari della Camera dei Rappresentanti e di qualsiasi altra Commissione della Camera dei Rappresentanti competente della vigilanza di altre agenzie competenti della fase istruttoria della specifica notifica o dichiarazione; (V) in caso di operazioni riguardanti infrastrutture critiche, i membri del Senato rappresentanti gli Stati federali in cui si trovano la sede principale dell'impresa e l'infrastruttura critica.

Questa ulteriore forma di comunicazione appare meno rilevante nel caso del Parlamento italiano vista la sua diversa modalità di formazione: come si evince dalle votazioni relative agli emendamenti della normativa in materia FDI, l'argomento è particolarmente sentito nella politica statunitense e la sicurezza nazionale è un tema *bipartisan*. La composizione multipartitica e multipolare del Parlamento italiano, che d'altra parte non condivide la stessa storia e cultura univoca in merito alla sicurezza nazionale, finirebbe per svilire la significatività di uno strumento di *accountability* così incisivo.

f) Azione di screening in materia di tecnologie 5G e altre tecnologie critiche

Nel contesto statunitense, il controllo sugli investimenti in entrata nei settori delle tecnologie di quinta generazione è peculiare in quanto il maggior impatto non è dovuto al controllo ai sensi della s. 721 DPA 1950, bensì al divieto imposto a Huawei, ZTE e altre società cinesi rientranti nella *Entity List* del Dipartimento del Commercio. Si rinvia al paragrafo §2.2.2 per l'analisi della legislazione in merito e le sue conseguenze.

Nell'ambito dello *screening* di investimenti in entrata torna invece utile la più recente relazione annuale prodotta dal CFIUS, relativa all'anno 2022 la quale evidenzia alcuni trend e statistiche. In particolare, si evincono (i) le statistiche in merito ai principali IED scrutinati dal Comitato; (ii) il

rinnovato interesse delle istituzioni USA verso la cybersicurezza; (iii) l'aumento delle misure di mitigazione.

In primo luogo, si rileva come vi sia un rilevante numero di operazioni nei settori attigui alle tecnologie 5G, strumentali alla realizzazione della rete e allo sviluppo degli annessi servizi. Le notifiche nel settore della produzione di computer, prodotti elettronici, apparecchiature elettroniche e componenti rappresentano cumulativamente il 41% delle notifiche del 2022 nel settore manifatturiero. Il dato ha raggiunto un picco del 51% nel 2020.⁵⁹ Nel settore telco sono state depositate 22 notifiche⁶⁰ e 9 dichiarazioni;⁶¹ nel settore dei servizi di ricerca scientifica e sviluppo 26 notifiche⁶² e 15 dichiarazioni.⁶³ per entrambi i settori le statistiche sono in notevole aumento rispetto ai precedenti anni. Infine, sono state presentate 14 notifiche⁶⁴ e 6 dichiarazioni⁶⁵ nel settore dei semiconduttori e altre componenti tecnologiche: le notifiche rappresentano il 45% delle notifiche presentate nel settore manifatturiero.

La tavola I-13 a p. 39 della relazione presenta invece le stesse statistiche per Stato di provenienza dell'investitore: nel 2022 i principali Paesi di provenienza sono stati Singapore (37 notifiche), Cina (36 notifiche) e Regno Unito (18 notifiche). Altri Stati meritevoli di menzione sono Canada (56 notifiche dal 2020) e Giappone (60 notifiche dal 2020). Gli Stati UE con la maggiore presenza FDI negli Stati Uniti sono Francia con 38 notifiche dal 2020 e Germania con 27 notifiche dal 2020.

In secondo luogo, la relazione annuale 2022 testimonia la continuità tra presidenze Trump e Biden nell'ambito della cybersicurezza nazionale, con una particolare attenzione alla salvaguardia della proprietà intellettuale e alla salute delle infrastrutture digitali. Il paragrafo G a p. 47 analizza gli effetti avversi riconosciuti nell'anno di competenza della relazione ai sensi della s. 721 (m) (2) (F) DPA 1950. Per quanto riguarda strettamente la cybersicurezza e le tecnologie critiche, il Comitato riconosce rischi in quelle operazioni su imprese statunitensi che (i) forniscono prodotti o servizi i quali potrebbero esporre a pregiudizi della cybersecurity o i quali potrebbero avere implicazioni sulla sicurezza di infrastrutture critiche; (ii) producono tecnologie avanzate di difesa sia fisica sia cibernetica; (iii) hanno accesso ai sistemi sensibili dell'apparato governativo; (iv) sviluppano o detengono varie tecnologie avanzate che potrebbero essere facilmente trasferite in altri Stati.

Di pari passo con le criticità evidenziate dal CFIUS, il Presidente Biden ha emanato un executive order⁶⁶ introducendo ulteriori fattori ai sensi della s. 721 (f) (11) DPA 1950. La s. 2 dell'executive

⁵⁹ *Ibid.* nt. 56, p. 27

⁶⁰ *Ibid.* nt. 56, p. 26

⁶¹ *Ibid.* nt. 56, p. 11

⁶² *Ibid.* nt. 56, p. 36

⁶³ *Ibid.* nt. 56, p. 13

⁶⁴ *Ibid.* nt. 56, p. 32

⁶⁵ *Ibid.* nt. 56, p. 8

⁶⁶ Executive Order on Ensuring Robust Consideration of Evolving National Security Risks by the Committee on Foreign Investment in the United States, Executive Order no. 14083, 15 settembre 2022. Consultabile al seguente link: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/09/15/executive-order-on-ensuring-robust-consideration-of-evolving-national-security-risks-by-the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states/>

order elabora sui fattori già esistenti mentre la s. 3 ne introduce di ulteriori. Nel primo caso, il provvedimento si interessa della resilienza e sicurezza delle *supply chains*, in maniera attigua al concetto di sicurezza economica di recente espresso dall'Unione europea⁶⁷ (s. 2 (ii)). Il Presidente delega poi all'Ufficio per le politiche scientifiche e tecnologiche la redazione di un elenco di settori tecnologici in cui gli Stati Uniti devono mantenere la propria *leadership* (s. 2 (iv)). La disposizione successiva si concentra invece su nuovi fattori di cui il CFIUS deve tenere conto nella fase istruttoria: la presenza di investimenti incrementali (s. 3 (i)) e il rischio di creazione di nuove vulnerabilità cibernetiche (s. 3 (iii) (b) (i)).

I dati della tavola II-1 presentano i trend di IED nelle tecnologie critiche negli Stati Uniti. I principali Stati di provenienza degli investitori notificanti sono tutti Paesi alleati o partner: Giappone, Francia, Canada, Regno Unito, Corea del Sud, Singapore e Svezia sono gli unici Stati ad avere presentato tra le 16 e le 10 notifiche. La Cina ha notificato solo 8 investimenti nel settore delle tecnologie critiche (sulle 36 notifiche totali del 2022). I dati sembrano dimostrare una compiuta cooperazione con gli Stati partner nello sviluppo e realizzazione delle tecnologie critiche come prospettato dalle azioni strategiche comuni nate sotto l'impulso statunitense.⁶⁸

Le criticità individuate dal CFIUS comportano un'intensificazione delle misure presenti negli accordi di mitigazione. Sebbene le relazioni annuali non pubblichino dettagli sulle singole operazioni, il paragrafo F a p. 45 riassume le principali misure dei 52 *screening* conclusi con accordi di mitigazione nel 2022: (i) divieto o limite alla diffusione di proprietà intellettuale e segreti commerciali; (ii) assicurazione che solo persone autorizzate abbiano accesso a determinate tecnologie critiche; (iii) obbligo di mantenere le strutture e le attività rimangano esclusivamente negli Stati Uniti; (iv) obbligo di notifica con conseguente potere di veto del Governo per qualsiasi ricollocazione dei luoghi di archiviazione dati; (v) restrizioni sul *recruiting*; (vi) sistemi di autorizzazioni per l'accesso ai locali dell'impresa da parte di soggetti stranieri. Infine, alcune misure assomigliano al procedimento di *screening* del piano annuale ai sensi dell'art. 1-bis d.L. 21/2012: incontri periodici con il Governo per discutere i piani aziendali e obbligo di affidarsi solo a fornitori autorizzati per la propria catena di approvvigionamento. Rispetto all'art. 1-bis, queste ultime due misure non sono codificate nell'ordinamento statunitense bensì si sono originate dalla prassi amministrativa. Inoltre, il carattere più ampio e meno settoriale dell'ambito di applicazione della s. 721 DPA 1950 permette al CFIUS di applicare queste politiche di *screening* della supply chain a qualsiasi settore e non limitatamente alle tecnologie 5G come attualmente avviene nel contesto italiano. Si potrebbero ipotizzare condizioni simili anche nel contesto degli artt. 1-2, tuttavia una loro precisazione nella fonte di rango primario sarebbe preferibile.

⁶⁷ Cfr. *supra* §3.1.

⁶⁸ Cfr. *supra* §2.2.2.

Nell'ambito degli accordi di mitigazione si registra un considerevole maggior utilizzo dello strumento rispetto agli anni precedenti. Il 18% delle notifiche del 2022 ha portato ad un accordo di mitigazione; nel precedente triennio, la percentuale media è stata del 10.3%.⁶⁹

A conclusione dell'analisi dell'ordinamento statunitense, è utile ricordare l'impatto di una legge recentemente promulgata: il CHIPS Act 2022, in particolare le *sections* 103 (b) (5) e 10632.

La prima disposizione ha emendato la s. 9902 (a) (6) William M. (Mac) Thornberg National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2021 ("NDAFY2021").⁷⁰ Nell'ambito degli incentivi alle imprese statunitensi che producono processori, il legislatore non intende traghettare fondi pubblici nell'incremento delle capacità tecnologie di altri Stati, in particolare della Cina. Per questo la s. 9902 (a) (6) (C) prevede, per le imprese beneficiarie di incentivi, l'obbligo di contrarre con il Dipartimento del Commercio un accordo secondo il quale l'impresa si impegna per 10 anni a non concludere alcuna operazione significativa che possa comportare l'espansione della capacità tecnologica della Repubblica popolare cinese o di altri Paesi individuati dal Dipartimento stesso. Nonostante il divieto di fonte contrattuale, il successivo sottoparagrafo (D) prevede l'obbligo di notifica di qualsiasi operazione che potrebbe potenzialmente avere l'effetto espansivo vietato contrattualmente. La disposizione introdotta dal CHIPS Act 2022 va nella direzione di uno *screening* degli investimenti in uscita a cui probabilmente gli Stati Uniti arriveranno entro l'anno a seguito del provvedimento quadro, l'*executive order* no. 14105/2023. Per il momento, l'obbligo di notifica sorge solo per quelle imprese che ricevono incentivi statali ma non sembra surreale prevedere una espansione dell'obbligo a qualsiasi investimento in uscita in questo settore nel prossimo futuro.

D'altra parte, la s. 10632 CHIPS Act 2022⁷¹ ha delegato alle agenzie federali di ricerca che elargiscono gli incentivi di redigere entro il 9 agosto 2024 una *policy* in materia di risorse umane per tutte le imprese beneficiarie degli incentivi. In particolare, le imprese dovranno certificare che tutti i dipendenti coinvolti nella produzione dei processori non facciano parte di alcun programma 'maligno' di reclutamento. La norma nasce come arma contro la strategia di '*picking flowers, making honey*' già affrontata *supra* al paragrafo §2.2.1. Questo *screening* del personale evade l'ambito degli investimenti esteri diretti ma ne condivide la *ratio*: evitare il rischio di furto di proprietà intellettuale e dei segreti commerciali. Questi profili passano invece più in sordina in Italia e in Unione europea: sebbene l'attività di R&D sia più circoscritta, gli Stati europei non sono indenni da attacchi alla

⁶⁹ R. Brady et al., 'CFIUS 2022 Annual Report Shows Significant Increase in Imposition of Mitigation Measures and Other Notable Trends', JDSUPRA, 7 agosto 2023. Consultabile al seguente link: <https://www.jdsupra.com/legalnews/cfius-2022-annual-report-shows-5073976/>

⁷⁰ La disposizione è codificata come §4652, 15 U.S.C. Ch. 72-A: Creating Helpful Incentives To Produce Semiconductors For America.

⁷¹ La disposizione è codificata come §19232 42 U.S.C. Ch. 163.VI Pt. C: Research and Development, Competition, and Innovation - Miscellaneous Science and Technology Provisions – Research Security.

proprietà intellettuale delle proprie imprese. Sarebbe quindi auspicabile una maggiore attenzione anche in questo settore.

3.3. REGNO UNITO: IL NATIONAL SECURITY AND INVESTMENT ACT 2021

Il Regno Unito è arrivato tardi alla formazione di un meccanismo FDIS. Sebbene la contemporanea uscita dall'Unione europea, il Regno Unito inizia a dibattere sull'introduzione di un meccanismo proprio nello stesso periodo del Reg. (UE) 2019/452. La *bill* viene introdotta presso la Camera dei Comuni per prima lettura in data 11 novembre 2020 e riceve l'assenso reale in data 29 aprile 2021.⁷² Il NSIA 2021 è entrato poi in vigore nelle sue parti operative in data 4 gennaio 2022 ai sensi dei regolamenti No. 1465/2021.⁷³

A completamento della fonte di rango primario sono stati emanati una serie di regolamenti. Oltre al già citato regolamento 1465/2021, (i) il regolamento sui settori di rilevanza per il meccanismo di *screening*;⁷⁴ (ii) il regolamento sulle sanzioni pecuniarie;⁷⁵ (iii) il regolamento sui contenuti delle notifiche;⁷⁶ (iv) il regolamento per le comunicazioni con i soggetti notificanti;⁷⁷ (v) lo *statement* del Segretario di Stato per l'impresa, l'energia e la strategia industriale.⁷⁸

Il Governo britannico è particolarmente attento nel minimizzare l'impatto del NSIA 2021 e nell'evidenziare il carattere pro-investitore di tale normativa. Infatti, nessuna fonte fa alcun riferimento all' 'investitore straniero' o a peculiari caratteristiche dei Paesi di stabilimento dell'investitore – come ad es. i legami sospetti ai sensi dell'art. 4 par. 2 Reg. (UE) 2019/452. Lo *statement* del Segretario di Stato precisa “*The call-in power will not be used to interfere arbitrarily with investment. The UK has a proud record as one of the most open economies in the world and the Secretary of State's use of the call-in power will not change that. The UK remains firmly open to investment and the government wants the UK to be the best place in the world to work and do business.*”⁷⁹

La competenza del controllo sugli investimenti esteri diretti è in capo ai Segretari di Stato, carica da non confondere con l'omonimo statunitense che si avvicina all'europeo Ministro degli Esteri. I Segretari di Stato inglese corrispondono agli italiani ministri con dicastero. La legislazione inglese omette spesso di specificare a quale Segretario di Stato si riferisca ed in tali casi la Sch. 1 Interpretation Act 1978 suggerisce che la legge si riferisca genericamente ad uno tra i principali

⁷² Il procedimento legislativo del National Security and Investment Act 2021 (“NSIA 2021”) è consultabile al seguente link: <https://bills.parliament.uk/bills/2801/stages>

⁷³ The National Security and Investment Act 2021 (Commencement No. 2 and Transitional and Saving Provision) Regulations 2021, No. 1465 (C. 81)

⁷⁴ The National Security and Investment Act 2021 (Notifiable Acquisition) (Specification of Qualifying Entities) Regulations 2021, No. 1264

⁷⁵ The National Security and Investment Act 2021 (Monetary Penalties) (Turnover of a Business) Regulations 2021, No. 1262

⁷⁶ The National Security and Investment Act 2021 (Prescribed Form and Content of Notices and Validation Applications) Regulations 2021, No. 1272

⁷⁷ The National Security and Investment Act 2021 (Procedure for Service) Regulations 2021, No. 1267

⁷⁸ Dipartimento per le imprese, l'energia e la strategia industriale, *National Security and Investment Act 2021: Statement for the purposes of section 3*. La dichiarazione è consultabile in inglese al seguente link:

<https://www.gov.uk/government/publications/national-security-and-investment-statement-about-exercise-of-the-call-in-power/national-security-and-investment-act-2021-statement-for-the-purposes-of-section-3#national-security-and-investment-act-2021-and-the-call-in-power>

⁷⁹ *Ibid.* nt. 78, §6.

Segretari di Stato di Sua Maestà. Nemmeno le Regulations No. 1272/2021, che disciplinano il contenuto delle notifiche, prevedono quale sia il destinatario tra i diversi Segretari di Stato. Questa competenza così vaga e flessibile è dovuta alla più ridotta autonomia dei Ministri nel diritto costituzionale inglese, anche revocabili dal Primo Ministro a differenza del sistema italiano. Si aggiunge inoltre la tendenza ad una minore presenza di leggi dovuta all'assenza di un fermo principio di legalità al di fuori del diritto penale nell'ordinamento giuridico britannico.

Allo stesso modo si testimonia la formazione della *Investment Security Unit* ("ISU") all'interno dell'Ufficio del Gabinetto, corrispondente all'italiano Consiglio dei Ministri. Questa unità è stata costituita senza alcuna prescrizione del NSIA 2021 e non risulta alcuna fonte di rango secondario al riguardo.

a) *Ambito di applicazione della normativa*

L'ambito di applicazione del NSIA 2021 segue una logica simile al nostro d.L. 21/12, basandosi su tre criteri principali: evento scatenante (cd. '*trigger event*'), ente idoneo (cd. '*qualifying entity*'), attivo idoneo (cd. '*qualifying asset*'). Un'importante differenza con la disciplina italiana è invece l'assenza di discriminanti tra soggetti nazionali, UE o extra-UE. Mentre il d.L. 21/12 si muove su più ambiti di applicazione in base al settore, il NSIA 2021 prevede che l'evento scatenante può avvenire con qualsiasi persona, nel senso giuridico del termine.

L'evento scatenante è infatti disciplinato alla s. 5 NSIA 2021 come la circostanza in cui una persona ottenga il controllo su ente idoneo ovvero un attivo idoneo. L'evento scatenante comporta l'obbligo di notifica per l'investitore, antecedente all'avverarsi dell'evento stesso, salvo nei casi impossibili.⁸⁰ La disposizione sembra far riferimento a quei casi in cui l'evento scatenante avvenga senza l'intervento dell'investitore stesso. A scopo esemplificativo, si pensi alla società procede ad un acquisto di azioni proprie tale da incrementare il numero di diritti di voto dell'investitore fino ad una percentuale qualificabile come controllo ai sensi della s. 8. La successiva s. 12 disciplina gli effetti temporali dell'evento scatenante in casi complessi, in particolare se l'evento dura più di un giorno e in presenza di accordi preliminari. Il primo caso è di facile risoluzione: la disposizione risolve nel senso dell'ultimo giorno del periodo di competenza. Nel secondo caso, invece, il meccanismo di individuazione del giorno dell'evento scatenante desta qualche dubbio applicativo: la subsection (3) prevede che l'obbligo a contrarre di per sé non si qualifica come evento scatenante bensì questo va deciso alla luce di tutte le ulteriori circostanze del caso concreto, in particolare la probabilità che la persona effettivamente adempia.⁸¹ La norma sembra voler escludere i casi-limite di negoziazioni che non portano nel concreto ad un evento scatenante. In concreto, la lettera della norma

⁸⁰ s. 6 (3) NSIA 2021

⁸¹ s. 12 (4) NSIA 2021

irrimediabilmente porta ad un maggiore utilizzo dello strumento della notifica volontaria ai sensi della s. 18 da parte dei soggetti coinvolti nell'operazione. A maggior ragione visto che, a differenza della notifica obbligatoria ai sensi della s. 14, i soggetti diversi dall'investitore hanno solo questo strumento per interfacciarsi con i Ministeri competenti e potrebbero scegliere di procedere in via precauzionale. Non a caso tra aprile 2022 e marzo 2023, il 20% delle notifiche è stato di tipo volontario.⁸²

La Reg. 2 (No. 1264/2021) specifica il concetto di '*notifiable acquisition*' ricordando che le attività di rilevanza strategica devono essere condotte in Regno Unito. La precisazione appare necessaria nel contesto britannico in cui l'alta finanza londinese comporta che spesso le operazioni vengono svolte nella giurisdizione inglese senza che vi sia alcun nesso con quest'ultima oppure esistono società di diritto inglese controllate di mera rappresentanza e che conducono formalmente l'operazione. Le Sch. 1-17 delle Regulations 1264/2021 individuano infine i settori considerati strategici per la normativa: materiali di ultima generazione, robotica avanzata, intelligenza artificiale, nucleare a scopi civili, telecomunicazioni, hardware informatico, fornitori critici per il Governo, autenticazione crittografica, infrastruttura dati, difesa, energia, tecnologie militari o a doppio uso, tecnologie quantiche, tecnologia satellitare e spaziale, fornitori di servizi di emergenza, biologia sintetica, trasporti. È evidente che l'attenzione del legislatore britannico è principalmente sulle tecnologie critiche e meno ai settori 'tradizionali' che sono più limitati rispetto all'ampia elencazione dell'art. 4 par. 1 Reg. (UE) 2019/452, e conseguente recepimento dell'art. 2 c. 1-ter d.L. 21/12.

L'assunzione del controllo è definita alla s. 8 come la circostanza in cui una persona acquisisce un diritto o un interesse in relazione all'ente o all'attivo idonei. Oltre alla definizione generica, la disposizione prevede quattro casi a scopo esemplificativo: (i) superamento delle soglie del 25, 50 e 75% delle azioni totali; (ii) superamento delle stesse soglie per i diritti di voto; (iii) acquisizioni di diritti sociali che permetterebbero alla persona di assicurarsi o prevenire le deliberazioni sul governo della società; (iv) quando, a seguito dell'acquisizione, la persona ha la capacità di influenzare materialmente le politiche della società.⁸³ La Sch. 1 specifica ulteriormente con diversi esempi di come la persona potrebbe assumere il controllo di un ente o di un attivo idonei. Ad esempio, si fa riferimento alle situazioni di concerto, alle acquisizioni indirette, alle azioni oggetto di garanzia. Sebbene dalla prassi amministrativa emerge che anche il gruppo di coordinamento e il Consiglio dei Ministri tenga presente della maggior parte delle modalità esemplificate alla Sch. 1, sarebbe auspicabile una specificazione simile anche nell'ordinamento italiano. Infine, la s. 11 esclude gli investimenti di portafoglio salvo che si tratti dell'acquisizione di diritti reali su un fondo o attivi soggetti a specifici regimi di controllo in caso di esportazione.⁸⁴ L'assunzione del controllo nel caso

⁸² 180 notifiche volontarie su un totale di 866 notifiche ricevute dal Gabinetto. Cfr. Relazione annuale dell'Ufficio del Gabinetto, anni 2022-2023, p. 10; 22. La relazione è consultabile al seguente link: <https://www.gov.uk/government/publications/national-security-and-investment-act-2021annual-report-2023>

⁸³ La s. 8 (9) NSIA 2021 aggiunge che quest'ultima circostanza non si applica qualora la persona avesse questa capacità anche prima dell'acquisizione.

⁸⁴ s. 11 (2) NSIA 2021

degli attivi idonei si manifesta invece quando la persona assume un diritto o un interesse sull'ente e la persona ha la capacità di usarlo o di controllarne l'utilizzo.⁸⁵

Gli enti idonei sono ovviamente qualsiasi tipo di ente, anche privo di soggettività giuridica o costituito secondo un diritto diverso da quello inglese. In quest'ultimo caso, l'ente è idoneo se svolge attività strategiche nel Regno Unito ovvero fornisce beni o servizi a persone nel Regno Unito (s. 7 (2-3) NSIA 2021).

Gli attivi idonei possono essere beni immobili, mobili o intangibili quando hanno un valore economico o industriale. La s. 7 (5) aggiunge alcuni esempi di beni intangibili qualificabili come attivi idonei: segreto commerciale, database, codici sorgenti, algoritmi e formule. Infine, beni immobili o mobili situati al di fuori del Regno Unito possono comunque essere definiti idonei qualora siano utilizzati in connessione con attività strategiche svolte in Regno Unito o con la fornitura di beni o servizi a persone nel Regno Unito.⁸⁶

Come accennato *supra*, l'unica significativa differenza con l'ambito di applicazione del d.L. 21/12 è l'assenza di una differenza di trattamento tra soggetti nazionali, UE ed extra-UE. Infatti, la normativa italiana aggiunge anche ulteriori criteri con il quale scrutinare gli investitori con nazionalità extra-UE: i legami sospetti analizzati in precedenza.⁸⁷ Appare improbabile, che il Governo britannico non vagli gli stessi parametri in sede di scrutinio di investitori provenienti da Paesi come la Federazione Russa o la Repubblica popolare cinese. Di conseguenza, l'unica differenza in termini giuridici è un difetto di trasparenza della normativa britannica, la quale – forse consapevolmente – ignora la inevitabile gradualità con il quale scruta i diversi investitori.

b) I meccanismi di notifica

Il sistema britannico prevede tre meccanismi di notifica e un procedimento di convalida retroattiva. La notifica può avere carattere obbligatorio o volontario; altrimenti è lo stesso Segretario di Stato a dare impulso al procedimento con una convocazione (cd. '*call-in notice*').

La notifica obbligatoria è prevista ai sensi della s. 14. Il primo comma fissa un termine di notifica anteriore rispetto all'avveramento dell'evento scatenante. Sebbene il termine sia comunque vago, si presenta comunque più chiaro dell'intricato sistema di termini presente nel d.L. 21/12. Il legislatore italiano non richiede mai esplicitamente che la notifica avvenga prima dell'evento scatenante – salvo per i piani annuali *ex art. 1-bis* – tuttavia scrive una norma che costringe nella prassi le parti coinvolte

⁸⁵ s.9 NSIA 2021

⁸⁶ s. 7 (6) NSIA 2021

⁸⁷ Cfr. *supra* §1.3.1.a.

a notificare con largo anticipo rispetto alla materiale esecuzione dell'investimento. L'impianto sembra far salva formalmente l'autonomia contrattuale, assicurando che le parti possano anche procedere all'investimento salvo poi rischiare di subirne gli effetti prescritti dall'esercizio dei poteri speciali o dalla loro violazione. È probabilmente preferibile il sistema inglese che chiaramente esprime un obbligo anteriore sulla parte investitrice: questa *nuance* può avere ripercussioni sulle negoziazioni in merito alle tempistiche e in generale chiarisce maggiormente le posizioni e gli obblighi anteriori all'esecuzione dell'investimento.

La s. 18 prevede invece la notifica volontaria che può essere esperita non solo dall'investitore bensì anche dal venditore e dallo stesso ente idoneo. La notifica volontaria può essere un utile strumento a tutela della controparte qualora ritenga che l'operazione in considerazione rientri nell'ambito di applicazione del NSIA 2021. La norma si arricchisce di importanza alla luce di quanto espresso dal Segretario di Stato per le imprese, l'energia e la strategia industriale: l'Ufficio di gabinetto intende scrutinare anche operazioni che avvengono in settori non individuati nelle Regulations 1264/2021 tuttavia particolarmente attigui a quelli elencati.⁸⁸ L'impianto italiano non offre tale opportunità al venditore e alla società oggetto di investimento: diversamente sussistono ipotesi in cui è la società a notificare la delibera, l'atto o l'operazione ai fini dell'esercizio del potere di veto *ex art. 1 c. 4*; altrimenti, per determinate delibere ai sensi dell'*art. 2 cc. 2 e 2-bis*. Tuttavia, si tratta di casi residuali, in quanto d'altra parte è già sorto in precedenza l'obbligo di notifica in capo all'investitore-acquirente,⁸⁹ e particolarmente 'postumi', ovverosia in una circostanza in cui le parti si sono già vincolate contrattualmente e si è arrivati all'ultima formalità richiesta: l'insieme delle delibere societarie che suggellano quanto già stabilito *inter partes*.

Il NSIA 2021 inizia con la procedibilità d'ufficio del Segretario di Stato, addirittura prima di definire i presupposti della normativa. La s. 1 infatti introduce la notifica di convocazione che il Segretario di Stato può inviare all'acquirente, all'ente idoneo e a qualsiasi altro soggetto che il Segretario di Stato possa ritenere appropriato convocare.⁹⁰ Peculiare come la norma non stabilisca in automatico la notificazione al venditore che in una circostanza del genere ha sicuramente un interesse a conoscere l'esistenza del procedimento. La notifica di convocazione può essere inviata entro 6 mesi da quando il Segretario di Stato viene a conoscenza dell'evento scatenante e ad ogni modo entro 5 anni da quando l'evento stesso si verifica.⁹¹ Ai sensi delle s. 3-4, il Segretario di Stato può rilasciare dichiarazioni (cd. '*statement*') in cui precisa i rischi percepiti dal Gabinetto, i casi in cui intende esercitare il potere di convocazione e i fattori di cui intende tener conto. Per rilasciare uno *statement*,

⁸⁸ *Ibid.* nt. 78, §12.

⁸⁹ Rispettivamente ai sensi dell'*art. 1 c. 5* e dell'*art. 2 c. 5 d.L. 21/12*.

⁹⁰ s. 1 (4) NSIA 2021

⁹¹ s. 2 (2) NSIA 2021

il Segretario di Stato deve prima avviare un processo di consultazione, presentare il testo della dichiarazione ai rami del Parlamento e questi ultimi hanno infine un potere di veto sul testo. Il Segretario di Stato per l'impresa, l'energia e la strategia industriale ha pubblicato uno *statement* in data 2 novembre 2021.⁹²

La procedibilità d'ufficio nel sistema del NSIA 2021 dimostra una peculiare flessibilità del meccanismo FDIS britannico che non supererebbe in alcun modo lo scrutinio di legalità previsto dall'ordinamento italiano. Infatti, il Segretario di Stato può utilizzare lo strumento della *call-in notice* sulle operazioni che non ricadono strettamente nei settori elencati alle Reg. 1264/2021: “*Qualifying acquisitions across the whole economy are in scope of the NSI Act but the call-in power may only be used in respect of qualifying acquisitions that the Secretary of State reasonably suspects give rise to or may give rise to a risk to national security.*”⁹³ Inoltre, lo stesso approccio è previsto per circostanze in cui non vi è una formale acquisizione di controllo diretta o indiretta, tuttavia risulta comunque un'influenza materiale sull'ente o sull'attivo idonei.⁹⁴ Dalla più recente relazione annuale si evince tuttavia che ad oggi il Segretario di Stato non ha utilizzato con particolare frequenza lo strumento: solo l'1,15% dei procedimenti è stato avviato con l'iniziativa del Segretario di Stato.⁹⁵

Infine, il NSIA 2021 prevede un procedimento di convalida di operazioni che sono state completate senza essere state approvate dal Segretario di Stato.⁹⁶ Il procedimento può essere iniziato sia dall'autorità pubblica sia dai soggetti interessati. La convalida ha la *ratio* di evitare la scure della nullità dell'operazione sancita automaticamente dalla s. 13. In questo modo le parti possono tutelarsi attraverso un controllo 'postumo'. Nel contesto italiano, resta dubbio cosa avverrebbe nel caso di specie. L'art. 1423 c.c. dichiara inammissibile la convalida del contratto nullo, salvo che “la legge non disponga diversamente”. Il d.L. 21/12 presenta una serie di ipotesi di nullità testuali, tuttavia, nessun meccanismo di convalida. Cosa avverrebbe pertanto qualora la Presidenza decida di attivare *ex officio* il procedimento *golden power* dopo che il contratto sia stato concluso o la delibera approvata ma, scrutinati i profili di sicurezza nazionale, non esercita poteri speciali o al più prevede delle raccomandazioni? Nel frattempo, questi atti sono comunque nulli per violazione dell'obbligo di notifica. In tale circostanza, la convalida – come *supra* argomentato – non è uno strumento giuridicamente disponibile. Risultano tuttavia esperibili la rinnovazione e la conversione sostanziale (*ex art. 1424 c.c.*): entrambi i meccanismi tuttavia comportano un inferiore grado di tutela delle parti private in quanto, nel caso della rinnovazione, potrà essere rimesso in discussione il consenso precedentemente concesso su clausole del primo contratto ormai nullo; nel caso della conversione sostanziale, una parte che intenda ritirarsi dall'investimento può opporre l'assenza della volontà

⁹² Cfr. nt. 85.

⁹³ *Ibid.* nt. 85, §7

⁹⁴ *Ibid.* nt. 85, §11

⁹⁵ Tra aprile 2022 e marzo 2023, risultano 10 notifiche di convocazione su un totale di 866 notifiche. *Ibid.* nt. 79, p. 22

⁹⁶ s. 15 ss. NSIA 2021

ipotetica delle parti nel contratto originale o della buona fede di aver contratto “ignorando sin dall’origine la nullità del negozio”.⁹⁷ Sarebbe auspicabile anche nella giurisdizione italiana inserire un meccanismo di convalida legale, a tutela di quelle pattuizioni che per legge risultano nulle solo per l’obbligo di notifica ai sensi del d.L. 21/12.

c) Il procedimento

Il procedimento amministrativo avviato con le notifiche obbligatoria o volontaria ha un termine di 30 giorni lavorativi decorrenti dalla data di accettazione della notifica.⁹⁸ Diversamente dal sistema italiano e similmente a quello statunitense affrontato in precedenza, prima della fase istruttoria, il Segretario di Stato deve svolgere una fase preliminare in cui decide se rigettare o accettare la notifica. Il Segretario di Stato può rigettare la notifica qualora (i) non presenti i requisiti disposti dalla normativa o dai regolamenti; (ii) non contenga sufficienti informazioni per decidere se controllare l’operazione oggetto di notifica; (iii) limitatamente alle notifiche volontarie, non sia ragionevole ipotizzare una convocazione alla luce dei termini ai sensi della s. 2.⁹⁹ Infatti successivamente all’accettazione della notifica, una conseguenza procedimentale è la convocazione delle parti interessate prima dell’esercizio dei poteri speciali. L’unico caso in cui il Segretario di Stato non deve convocare le parti interessate sussiste qualora comunichi loro che non verranno compiute ulteriori azioni ai fini del NSIA 2021 per l’acquisizione di controllo notificata.¹⁰⁰ Come in precedenza, anche in questo caso la s. 14 (10) – e omologa s. 18 (10) – prevede la convocazione del solo soggetto notificante e di qualsiasi altro soggetto che il Segretario di Stato ritiene appropriato sentire. Di conseguenza, non sembra essere un contraddittorio amministrativo bensì una mera raccolta di informazioni da parte della Pubblica Amministrazione per considerare ulteriori fattori nella propria decisione finale, in questa fase è lo stesso organo pubblico a stabilire chi valga la pena sentire.

Nel caso della *call-in notice*, non avviene questa fase preliminare e inizia subito la fase istruttoria a decorrere dalla data in cui la notifica è consegnata al destinatario (s. 23 (2)).

Oltre al periodo iniziale di 30 giorni lavorativi, la s. 23 (3) prevede anche la possibilità di una proroga di 45 giorni lavorativi e un’ulteriore ipotesi residuale di proroga, concordata tra il Segretario di Stato e l’investitore. La subsection (8) vincola i casi in cui il Segretario di Stato può disporre della proroga: (i) l’evento scatenante è già avvenuto; (ii) quando teme che l’evento scatenante comporti un rischio alla sicurezza nazionale; ovvero (iii) considera che la proroga sia necessaria per valutare l’evento scatenante. Le prime due ipotesi appaiono peculiari ma assumono maggior significato se lette in combinato disposto con la s. 13 (1) per la quale qualsiasi operazione soggetta alla NSIA 2021 completata senza l’approvazione del Segretario di Stato risulta nulla. A questo punto, la proroga del

⁹⁷ R. Carleo, S. Martuccelli, S. Ruperto, *Istituzioni di Diritto Privato*, II ed., DIKE, 2018, pp. 670 ss.

⁹⁸ Per le notifiche obbligatorie, v. s. 14 (9) NSIA 2021; per le notifiche volontarie, v. s. 18 (9) NSIA 2021.

⁹⁹ s. 14 (6); s. 18 (6) NSIA 2021

¹⁰⁰ s. 14 (8); s. 18 (8) NSIA 2021

Segretario di Stato funge da rimedio intermedio dinanzi alla misura più drastica della nullità qualora nel frattempo l'evento scatenante si sia già verificato ovvero il Segretario di Stato voglia evitare che nel frattempo si ingeneri un rischio alla sicurezza nazionale. Sul punto il nostro ordinamento presenta ritmi più serrati: 45 giorni dalla notifica con specifiche ipotesi di sospensione in caso di richiesta di informazioni e distinte regole di calcolo della decorrenza in caso di notifica incompleta. Il meccanismo italiano dei termini è sicuramente un *favor* all'investitore ed è stato bilanciato con gli interessi pubblici aumentando il termine principale da 15 a 45 giorni con la riforma del d.L. 105/2019.

Durante la fase istruttoria, il Segretario di Stato ha il potere di richiedere informazioni. La s. 19 prevede il rispetto del principio di proporzionalità nella richiesta di informazioni e d'altra parte riflette sulla circostanza che il soggetto destinatario non detenga le informazioni richieste. In tal caso, la richiesta di informazioni deve contenere il termine entro il quale il destinatario deve comunicare di non essere a conoscenza delle informazioni richieste e sul medesimo soggetto sorge l'obbligo di indicare all'ente pubblico dove può diversamente ottenere le informazioni richieste. La subsection (6) si occupa infine delle circostanze in cui il destinatario della richiesta sia soggetto ad obblighi di confidenzialità. In tal caso, a questi si applica il regime di deroghe agli obblighi di confidenzialità previsti dalla *case law*. In particolare, la giurisprudenza civilistica dell'Alta Corte di Giustizia nel caso di soggetti residenti in Inghilterra, Galles, Irlanda del Nord o al di fuori del Regno Unito. Per i soggetti residenti in Scozia, troverà applicazione la giurisprudenza della Corte di sessione.

Ad esito della fase istruttoria, il Segretario di Stato possiede tre strumenti: il provvedimento temporaneo (*interim orders*), il provvedimento definitivo (*final order*) e la notifica finale.

I provvedimenti possono avere medesimo contenuto, differiscono unicamente nel carattere della provvisorietà dei provvedimenti temporanei. Questi ultimi sono infatti emanati dal Segretario di Stato durante la fase istruttoria qualora questi ritenga le misure contenute nel provvedimento necessarie e proporzionate a contrastare azioni preventive da parte dei soggetti coinvolti (s. 25 (1)).¹⁰¹ D'altra parte, i provvedimenti definitivi contengono l'esercizio dei poteri speciali a seguito dell'individuazione dei rischi alla sicurezza nazionale. Infatti, la s. 26 (3) (b) precisa che il Segretario di Stato, in sede di emanazione del provvedimento definitivo, deve raggiungere la ragionevole conclusione che le misure ivi contenute siano necessarie e proporzionate allo scopo di prevenire, rimediare o mitigare il rischio alla sicurezza nazionale.

La normativa è particolarmente vaga sulla pletora di poteri speciali esercitabili dal Segretario di Stato.¹⁰² Sono elencati (i) l'imposizione di obblighi di fare e non fare; (ii) la nomina di un soggetto terzo a supervisione della condotta delle parti coinvolte nell'operazione; (iii) l'imposizione di

¹⁰¹ Il successivo comma specifica che per azione preventiva (*pre-emptive action*) va intesa qualsiasi azione che possa pregiudicare l'esercizio del potere di convocazione del Segretario di Stato.

¹⁰² Rispettivamente le s. 25 (4) e 26 (5) NSIA 2021.

obblighi di confidenzialità sul contenuto del provvedimento; (iv) qualsiasi ulteriore previsione conseguente e supplementare. Il NSIA 2021 non fa espresso riferimento al potere di veto, tuttavia, si può presumere che questo rientri nel potere di imporre obblighi di non fare. La relazione annuale conferma questa interpretazione quando esprime le statistiche delle operazioni ‘bloccate’ o soggette all’obbligo di disinvestimento. Tra l’aprile 2022 e il marzo 2023 sono stati emanati 15 provvedimenti finali di cui 5 contenevano un veto o un obbligo di disinvestimento.¹⁰³ Il secondo caso si è realizzato di recente con un provvedimento emanato in data 19 dicembre 2022 in merito all’acquisizione della Upp Corporation Ltd da parte del veicolo LIT FM Holdings Ltd. Il veicolo è controllato dalla società lussemburghese LetterOne Core Investment S.à r.l., i quali beneficiari ultimi sono Mikhail Fridman e Petr Aven, noti oligarchi russi. Il Segretario di Stato ha riconosciuto in tale catena di controllo un rischio alla sicurezza nazionale nell’ambito delle telecomunicazioni e pertanto imposto con provvedimento il disinvestimento dell’acquisizione conclusasi nel gennaio 2021. Inoltre, prima del disinvestimento, Upp Corporation Ltd deve condurre un *audit* di sicurezza della propria rete.¹⁰⁴

I provvedimenti definitivi contengono una ampia gamma di condizioni che spaziano dall’ambito societario, ad analisi tecniche, ad impegni con organi pubblici. Ad esempio, in data 7 agosto 2023 il Segretario di Stato ha emanato un provvedimento in merito all’acquisizione delle società GE Oil & Gas Marine & Industrial UK Ltd e GE Steam Power Ltd da parte della EDF Energy Holdings Ltd, controllata dalla partecipata pubblica francese Electricité de France S.A. In tale ipotesi, il Segretario di Stato ha imposto una serie di condizioni nella *corporate governance* delle target. In particolare, l’introduzione di un osservatore nominato dal Governo nel consiglio di amministrazione delle target e della controllante GEAST UK Limited.¹⁰⁵

La s. 27 introduce infine la possibilità di emendare e revocare i provvedimenti emanati. Il notevole pregio della norma è il diritto delle parti interessate a richiedere tale emendamento o revoca. In sede di scrutinio, il Segretario di Stato dovrà necessariamente constatare un cambiamento materiale nelle circostanze dalla data di emissione del provvedimento ovvero dalla data di risposta dell’ultima richiesta inviata dallo stesso soggetto richiedente. Tale istituto non è esplicitamente previsto nel d.L. 21/12: si potrebbe presumere che il Consiglio dei Ministri possa disporre con il dPCM di esercizio o non esercizio dei poteri speciali, possa prevedere sistemi di monitoraggio e conseguenti emendamenti all’esercizio dei poteri speciali. Probabilmente, modifiche *in peius* dell’originale decreto potrebbero

¹⁰³ *Ibid.* nt. 79, p. 34

¹⁰⁴ Ufficio del Gabinetto, *Acquisition of Upp Corporation Ltd by LIT FM Holdings UK Ltd: notice of final order*, 19 dicembre 2022, §6. Sintesi del provvedimento è consultabile in inglese al seguente link: <https://www.gov.uk/government/publications/acquisition-of-upp-corporation-ltd-by-lit-fm-holdings-uk-ltd-notice-of-final-order/acquisition-of-upp-corporation-ltd-by-lit-fm-holdings-uk-ltd-notice-of-final-order>

¹⁰⁵ Ufficio del Gabinetto, *Acquisition of GE Oil & Gas Marine & Industrial UK Ltd and GE Steam Power Ltd by EDF Energy Holdings Ltd via its wholly owned subsidiary, GEAST UK Ltd: notice of Final Order*, 7 agosto 2023, §6 (iii). Sintesi del provvedimento è consultabile in inglese al seguente link: <https://www.gov.uk/government/publications/acquisition-of-ge-oil-gas-marine-industrial-uk-ltd-and-ge-steam-power-ltd-by-edf-energy-holdings-ltd-via-its-wholly-owned-subsi-dary-geast-uk-ltd/acquisition-of-ge-oil-gas-marine-industrial-uk-ltd-and-ge-steam-power-ltd-by-edf-energy-holdings-ltd-via-its-wholly-owned-subsi-dary-geast-uk-ltd>

essere oggetto di censura per difetto del principio di legalità. La norma inglese oltre a rendere automatico il meccanismo di monitoraggio e revisione dei provvedimenti, non esclude che l'emendamento possa essere *in peius* e pertanto fornisce al Segretario di Stato la possibilità di ritornare su un'operazione già scrutinata qualora nel tempo cambino le esigenze di sicurezza nazionale. In assenza di previsioni in tal senso contenute nei singoli dPCM, il Consiglio dei Ministri potrebbe soltanto attendere l'avvenire di un nuovo evento soggetto all'obbligo di notifica.

A chiusura delle disposizioni dedicate al procedimento amministrativo, il NSIA 2021 contiene le s. 30-31. La prima disposizione regola la possibilità in cui il Segretario di Stato, in accordo con il Tesoro di Sua Maestà, decida di disporre assistenza finanziaria alle parti coinvolte per le conseguenze indotte dall'esercizio dei poteri speciali. Per assistenza finanziaria si dovranno intendere qualsiasi strumento di supporto finanziario sia attuale sia condizionato. Il Segretario di Stato ha un obbligo di *accountability* nei confronti del Parlamento qualora il valore complessivo di assistenza erogata su base annuale superi le £100 milioni. In tal caso, il Segretario di Stato dovrà produrre reportistica in merito. L'*an* della norma appare ragionevole in quanto l'esercizio di poteri speciali rappresenta un sacrificio degli interessi dei privati in nome di un interesse pubblico di sicurezza nazionale e più di recente spesso di sicurezza economica. Di conseguenza, vi sono casi in cui non si può immaginare che il privato, non solo veda limitata la propria libertà di iniziativa economica, bensì si ritrovi anche a pagare i costi di un tale provvedimento. Si pensi a casi di mutata sicurezza nazionale, in cui lo Stato inizialmente non pone veto con la riserva di ricevere determinate notifiche successive. Alla luce di mutate circostanze di sicurezza nazionale, lo Stato blocchi gli atti esecutivi di un'operazione che in principio non era stata bloccata. Scaricare l'onere finanziario di ripristinare la situazione antecedente sul privato risulterebbe iniquo e irragionevole senza una qualche forma di assistenza da parte dello Stato 'doganiere'.

Ad oggi, il Segretario di Stato non ha predisposto alcuna forma di assistenza finanziaria.¹⁰⁶

La s. 31 solleva invece qualche dubbio nella teoria generale delle Autorità indipendenti; tuttavia, il carattere liquido e flessibile della legislazione inglese permette questo genere di deroghe. Infatti, la norma prevede che qualora l'operazione rientri anche nell'ambito di applicazione del controllo sulle concentrazioni, il Segretario di Stato può inviare indirizzi all'Autorità antitrust del Regno Unito ('CMA') affinché "faccia o non faccia qualcosa"¹⁰⁷ in merito all'evento scatenante se il Segretario di Stato considera l'indirizzo necessario e proporzionato allo scopo di prevenire, mitigare o rimediare al rischio di sicurezza nazionale. Al netto dei dubbi in merito all'ingerenza di un membro del vertice esecutivo nelle attività di un'Autorità indipendente,¹⁰⁸ risulta peculiare questa intersecazione di poteri

¹⁰⁶ Cfr. Relazione annuale dell'Ufficio del Gabinetto, anni 2022-2023, p. 38.

¹⁰⁷ Il virgolettato è la traduzione letterale della s. 31 (2) NSIA 2021.

¹⁰⁸ La questione è più facilmente avallabile nel diritto inglese in quanto le s. 49 e 58K Sch. 4 Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 prevedono l'indipendenza dei gruppi operativi e consultivi del CMA esclusivamente nei confronti

di vigilanza: le due autorità pubbliche controllano la stessa operazione sotto due profili diversi, le conseguenze per la sicurezza nazionale e le conseguenze per la concorrenza e i consumatori. Entrambi gli esami hanno un'elevata considerazione nel panorama delle dinamiche di mercato occidentali e pertanto dovrebbero avere pari dignità, senza una gerarchia tra Governo e Autorità antitrust. Per giunta, è proprio questo il motivo fondante della stessa Authority. Come analizzato in precedenza per il caso italiano,¹⁰⁹ sarebbe ravvisabile una riflessione sulle dinamiche inter-istituzionali e prospettare una qualche coordinazione paritaria dei molteplici procedimenti.

In generale, la struttura amministrativa del NSIA si è dimostrata particolarmente attiva. La valutazione di impatto della normativa stimava dalle 1000 alle 1830 notifiche all'anno e gli organi pubblici erano stati pertanto predisposti con adeguate capacità professionali. Si registrano, tuttavia, una ridotta opportunità di interlocuzione delle parti coinvolte con l'ISU e una limitata argomentazione dei provvedimenti finali. Questi fattori, insieme alla mancanza di un responsabile del procedimento, rendono meno prevedibile l'esito del procedimento e limitate le possibilità di successivo appello sulla decisione del Segretario di Stato.¹¹⁰

d) Sanzioni

L'*enforcement* della disciplina inglese si presta sia alla competenza del Segretario di Stato sia del Procuratore Generale. Infatti, le s. 32-36 stilano le *offences* (reati, ma in realtà nel nostro ordinamento sarebbero qualificabili in parte come reati, in parte come illeciti amministrativi): completamento dell'operazione soggetta all'obbligo di notifica senza approvazione del Segretario di Stato (s. 32); violazione dei provvedimenti del Segretario di Stato (s. 33); attività di favoreggiamento dell'investitore straniero (s. 34); uso o divulgazione di informazioni ottenute da altre autorità pubbliche (s. 35).

Questo gruppo eterogeneo di illeciti è perseguibile dal Procuratore Generale (*Director of Public Prosecutions*) e dal Segretario di Stato. Salvo l'illecito ai sensi della s. 35, la competenza è alternativa e tra le due prevale quella del Procuratore Generale ai sensi della s. 43 (1).¹¹¹ In caso di procedimento dinanzi al giudice, la condanna può comportare una pena detentiva con un massimo edittale che varia dai 6 mesi ai 5 anni in base alla giurisdizione, al tipo di illecito e al rito prescelto.¹¹² In alternativa o

del CMA Board e non è prevista un'indipendenza di carattere generale, *i.e.*, quindi nei confronti di un Segretario di Stato.

¹⁰⁹ Cfr. *supra* §1.2.

¹¹⁰ Timothy McIver, 'How has the UK National Security and Investment Act impacted cross-border M&A?', *Journal of International Banking & Financial Law*, 2023, Vol. 38, no. 5, pp. 350 ss., p. 358

¹¹¹ "(1) A penalty notice shall not be given to a person in respect of an offence if – (a) criminal proceedings have been instituted but not concluded in respect of the offence, or (b) the person has been convicted of the offence." s. 43 (1) NSIA 2021. Il d.L. 21/2012 presenta il medesimo meccanismo di competenza a procedure con la formulazione "salvo che il fatto costituisca reato".

¹¹² Il massimo edittale è di 6 mesi in caso di rito sommario in Irlanda del Nord; 12 mesi in caso di rito sommario nelle altre Nazioni del Regno Unito; 2 anni in caso di rito ordinario per gli illeciti ai sensi delle s. 34-35; 5 anni in caso di rito ordinario per gli illeciti ai sensi delle s. 32-33. Cfr. s. 39 (1-2) NSIA 2021.

cumulativamente, è prevista anche una pena pecuniaria con massimo edittale stabilito alla s. 41: per gli illeciti ai sensi delle s. 32-33, il valore più alto tra il 5% del fatturato globale e £10 milioni; per gli illeciti ai sensi della s. 34 corrisponde a £30,000. A differenza della normativa italiana, la s. 40 prevede esplicitamente il potere del Segretario di Stato di irrogare sanzioni parametriche in base alla durata della violazione. In tal caso, il tasso giornaliero non può superare il valore più alto tra lo 0,1% del fatturato globale e £200,000: una tale cornice edittale appare particolarmente dissuasiva all'inadempimento dei soggetti privati. Ad oggi, si presume di non dover escludere sanzioni simili irrogate dalla Presidenza del Consiglio, tuttavia, il loro effetto dissuasivo potrebbe – in casi di soggetti privati particolarmente facoltosi come *big data companies*, altri gruppi multinazionali o società controllate da Stati avversari – essere pregiudicato dall'osservanza delle cornici edittali previste attualmente nel d.L. 21/12 che rispondono alla diversa logica delle sanzioni amministrative pecuniarie fisse.

La s. 40 (7) introduce inoltre i criteri i cui Segretario di Stato deve tener conto in sede di emissione del provvedimento sanzionatorio: (a) la serietà dell'illecito; (b) lo scopo dissuasivo del provvedimento; (c) la possibilità e la cooperazione dei soggetti coinvolti a adoperarsi per rimediare alla violazione o inadempimento; (d) le azioni riparatorie già compiute dai soggetti coinvolti; (e) la capacità economica del soggetto che subisce la sanzione. D'altra parte, nel d.L. 21/12 il rinvio dell'art. 3 c. 8-bis alla L. 689/1981 rende applicabile al procedimento *golden power* l'art. 11 della legge citata. La disposizione prevede l'obbligo della PA di tenere conto dei seguenti criteri ai fini della determinazione della sanzione pecuniaria da irrogare: “gravità della violazione, opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, personalità dello stesso e sue condizioni economiche.” Resta estraneo, dall'*iter* logico demandato dalla legge italiana, lo scopo dissuasivo del provvedimento. Non sono note statistiche circa le sanzioni irrogate dalla Presidenza del Consiglio né si presume ve ne sia stato un ampio utilizzo; tuttavia, si ritiene certa la considerazione dell'elemento dissuasivo anche nel contesto italiano.

e) Accountability

La trasparenza dell'azione governativa inglese in merito all'esercizio dei poteri speciali si concretizza con due disposizioni del NSIA 2021: la s. 29 e la s. 61.

La prima norma prevede la pubblicazione per estratto di tutti i provvedimenti finali quando vengono emessi, emendati e revocati. La s. 29 (3) prevede comunque un limite alla *disclosure* tramite pubblicazione per estratto del provvedimento: il Segretario di Stato dovrà escludere qualsiasi informazione che considera pregiudizievole degli interessi commerciali di qualsiasi soggetto o pregiudizievole degli interessi di sicurezza nazionale. Nella prassi amministrativa, la pubblicazione ha subito una graduale espansione dei contenuti della pubblicazione: si rammenti che nel breve

periodo di applicazione del NSIA 2021 si sono susseguiti tre Segretari di Stato competenti per il procedimento.

Il sito ufficiale dell'Ufficio del Gabinetto¹¹³ raccoglie tutte le pubblicazioni dando la possibilità al pubblico di conoscere il livello delle misure imposte dal Governo. La nostra prassi amministrativa tende invece ad eludere: le relazioni annuali nella maggior parte dei casi presentano una breve descrizione dell'evento che ha fatto sorgere l'obbligo di notifica e l'esito finale presente nel dPCM, con un vago riferimento a prescrizioni o condizioni, senza entrare nel merito. Si registra come questo trend si sia invertito nel caso dell'art. 1-bis: nella relazione annuale del 2022 sono apparse maggiori informazioni sui poteri speciali esercitati.¹¹⁴

Un profilo negativo dell'attuazione della s. 29 è il metodo di raccolta dei dati: gli esiti dei provvedimenti finali non sono processati nella relazione annuale bensì sono solo consultabili individualmente, raccolti in ordine cronologico sul sito ufficiale sopraccitato. Questo metodo dovrà necessariamente cambiare quando si accumuleranno negli anni più e più pubblicazioni.

La s. 61 prevede invece l'obbligo del Segretario di Stato di presentare una relazione annuale al Parlamento con le statistiche con l'esercizio contato a partire dal 31 marzo. Un notevole limite della relazione annuale del Regno Unito è l'assenza di una riflessione degli enti pubblici competenti sulla sicurezza nazionale e sulla prassi sviluppatasi nell'anno di competenza. A differenza delle relazioni statunitense e italiana, l'Ufficio del Gabinetto stila solo statistiche in merito al numero di provvedimenti, ai settori economici impattati e agli Stati di origine degli investitori, senza alcuna rielaborazione dei dati presentati.

f) Azione di screening in materia di tecnologie 5G e altre tecnologie critiche

Nel contesto inglese, il controllo sugli investimenti in entrata nei settori delle tecnologie di quinta generazione è peculiare in quanto il maggior impatto non è dovuto al controllo ai sensi del NSIA 2021, bensì al divieto imposto a Huawei ai sensi della s. 105Z1 Communications Act 2003. Si rinvia al paragrafo §2.2.2 per l'analisi della legislazione in merito e le sue conseguenze: non è escludibile che tale strumento riceva un'ulteriore attuazione nei prossimi anni nei confronti di altre società cinesi.

Nell'ambito dello *screening* di investimenti in entrata torna invece utile la più recente relazione annuale prodotta dall'Ufficio del Gabinetto e le pubblicazioni per estratto dei provvedimenti finali emessi dal Segretario di Stato negli specifici settori. In primo luogo, è rilevante il dato statistico: le notifiche nel settore delle tecnologie rappresentano il 72% delle notifiche obbligatorie e il 76% delle notifiche volontarie.¹¹⁵ In accordo con la legislazione, le tecnologie appaiono il settore di maggiore

¹¹³ Gli estratti sono consultabili al seguente link: <https://www.gov.uk/government/collections/notice-of-final-orders-made-under-the-national-security-and-investment-act-2021>

¹¹⁴ Cfr. Relazione al Parlamento in materia di esercizio dei poteri speciali, anno 2022, Allegato A, pp. 5 ss, consultabile al seguente link: <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/docnonleg/47144.htm>

¹¹⁵ Cfr. Relazione annuale dell'Ufficio del Gabinetto, anni 2022-2023, pp. 15; 17

interesse per il Governo britannico e di maggiore attività nel mercato dei capitali inglesi. A confronto in Italia, gli stessi settori strategici – includendo anche le notifiche per il trattamento dei dati – a malapena superano il 25% delle notifiche totali.¹¹⁶ È sicuramente un confronto rappresentativo delle differenze tra i due mercati.

In merito alle tecnologie di quinta generazione, il Governo britannico ha esercitato i poteri speciali nei settori dei semiconduttori e delle componenti radio. Nel primo, si riscontrano tre veti; nel secondo, un obbligo di controlli rafforzati delle informazioni sensibili.

Nel 2022, il Segretario di Stato ha bloccato tre acquisizioni: la HiLight Research limited, la Newport Wafer Fab e la Pulsic Ltd. La prima sarebbe stata acquisita dalla società di origine cinese SiLight (Shanghai) Semiconductor Limited; la seconda dalla SOE cinese Nexperia BV. In quest'ultimo caso, si trattava di una convocazione (*call-in notice*) dovuta all'entrata in vigore differita del NSIA 2021 tra il 2021 e il 2022. Pertanto, il provvedimento finale in questione prevede un obbligo di disinvestimento anziché l'imposizione del veto.

Questo provvedimento nei confronti dell'acquisizione di Newport Wafer Fab. costituisce un interessante spunto di riflessione sull'esercizio di FDIS nell'ambito di un mercato aperto. Tra le motivazioni della misura, il Segretario di Stato introduce anche l'argomentazione che la *target* è inserita all'interno del polo industriale dei semiconduttori del Galles del Sud – importante polo industriale in diversi settori tecnologici. L'ingresso della società cinese all'interno del polo industriale avrebbe pregiudicato il futuro coinvolgimento dell'intero polo in progetti di sicurezza nazionale. Questo ragionamento appare estremo ma allo stesso tempo ragionevole vista la sensibilità delle informazioni e la facilità con cui queste società straniere potrebbero entrarne in possesso. Alcuni commentatori inglesi hanno argomentato che in tal modo il Governo britannico mette in seria difficoltà le SOEs cinesi che probabilmente modificherebbero la loro politica di investimenti e ridurrebbero la propria presenza in Regno Unito negli anni a venire:¹¹⁷ probabilmente è proprio questo l'intento dell'esecutivo inglese.

La terza notifica si è conclusa con il provvedimento finale del 17 agosto 2022. La notifica riguardava l'acquisizione della società Pulsic Ltd, operante nel settore dei software EDA,¹¹⁸ da parte della società di origine cinese Super Orange HK Holding Limited. Il Segretario di Stato ha imposto il veto in quanto ha riconosciuto le applicazioni a duplice uso della tecnologia dovute alla possibilità di sviluppare processori di alto livello che rientrerebbero in quelle *supply chains* avverse alla

¹¹⁶ Cfr. Relazione al Parlamento in materia di esercizio dei poteri speciali, anno 2022, p. 26

¹¹⁷ A. Gross, J. Pickard, 'Newport Wafer Fab's sale to Nexperia blocked by UK ministers', *Financial Times*, 16 novembre 2022. Consultabile in lingua inglese al seguente link: <https://www.ft.com/content/cdaddf62-72f7-4789-890c-69f1ce196748>

¹¹⁸ Electronic Design Automation (EDA) è l'insieme di hardware, software e servizi che automatizzano fasi di produzione di processori e altri prodotti basati su semiconduttori. Synopsis, 'Glossary', ultimo accesso in data 15 agosto 2023. Consultabile al seguente link: <https://www.synopsys.com/glossary/what-is-electronic-design-automation.html#:~:text=Definition,of%20semiconductor%20devices%2C%20or%20chips>

sicurezza nazionale del Regno Unito. Paradossalmente il controllo su investimenti in entrata è stato utilizzato contro catene di approvvigionamento estere: seppure anche questo scopo formalmente rientri nell'ambito della sicurezza nazionale, non sono da sottovalutare aspetti di sicurezza economica che vanno affermandosi anche in Occidente.

Nell'ambito delle componenti radio si è verificata una sola notifica che ha comportato un provvedimento finale: l'acquisizione della società Sepura Ltd da parte della *private equity firm* Epiris LLP e le sue controllate Epiris GP e Sword Bidco Ltd. In questo caso gli investitori erano inglesi¹¹⁹ e il procedimento si è risolto in un obbligo di mantenere le strutture aziendali dedite a determinati progetti di sicurezza nazionale nel territorio del Regno Unito e una serie di condizioni di sicurezza in merito all'accesso di terzi alle informazioni sensibili per la sicurezza nazionale.¹²⁰ Questo provvedimento esemplifica al massimo l'utilità di un meccanismo di controllo anche per investimenti che ricadono al di fuori della definizione di IED. Nell'ambito delle tecnologie critiche è fondamentale che lo Stato abbia gli strumenti per assicurarsi che la gestione di tali aziende avvenga secondo canoni rispettosi della sicurezza nazionale, ponendo obblighi non solo sulla società target bensì anche sugli investitori stessi, i quali in caso di violazione del provvedimento sarebbero addirittura soggetti a pene detentive.

Per quanto riguarda altre tecnologie critiche, il sistema del NSIA 2021 è particolarmente attento ai nuovi settori di ricerca che si prospettano rivoluzionari per il mercato digitale e molti altri settori; tuttavia, si basano su un incremento dei dati sensibili archiviati, trasportati e processati. Due notifiche sono di particolare interesse: (i) contratti di licenza delle tecnologie SCAMP-5 e SCAMP-7; (ii) l'acquisizione di CPI Intermediate Holdings, Inc. Il primo caso riguarda un contratto di licenza tra l'Università di Manchester e la società di origine cinese Beijing Infinite Vision Technology Company Ltd. per l'utilizzo delle tecnologie di rilevamento visivo SCAMP-5 e SCAMP-7 al fine di sviluppare nuovi prodotti tecnologici. Il provvedimento finale 20 luglio 2022 ha posto il veto su tale contratto riconoscendo nell'accordo un rischio di diffusione di tecnologie a duplice uso contraria alla sicurezza nazionale del Regno Unito. In seguito, l'Università di Manchester ha richiesto una variazione alla luce delle nuove politiche di riservatezza delle tecnologie di rilevamento visivo introdotte nell'università. Il provvedimento di variazione del 30 gennaio 2023 ha implicitamente confermato

¹¹⁹ Come si evince dal sito ufficiale della società, nel fondo attualmente attivo, Epiris Fund II, nessun investitore controlla l'ente: Epiris LLP è tra i maggiori contribuenti al fondo, il 46% degli investitori ha residenza negli USA, il 32% in UK e il 18% in altri Stati europei. Cfr. al seguente link: <https://www.epiris.co.uk/about/our-investors/>

¹²⁰ Il testo della pubblicazione per estratto è consultabile in lingua inglese al seguente link: <https://www.gov.uk/government/publications/acquisition-of-seapura-ltd-by-epiris-llp-notice-of-final-order>

all'università che non sussiste un divieto generale di conclusione di accordi di licenza, tuttavia, ciascun contratto potrà essere concluso solo con la previa approvazione del Segretario di Stato.¹²¹

D'altra parte, la seconda notifica riguarda la prospettata acquisizione di CPI Intermediate Holdings, Inc., società che si occupa di computazione quantistica, dalle *PE firms* statunitensi Icesman Acquisition Corporation e The Jordan Company LP. Similmente a quanto avvenuto con la notifica di Sepura Ltd, anche in questo caso l'acquisizione non è stata bloccata bensì il Segretario di Stato ha imposto condizioni affinché le attività di ricerca sulle tecnologie degli orologi atomici rimangano stabilite nel Regno Unito.¹²²

¹²¹ Entrambe le pubblicazioni per estratto sono consultabili in lingua inglese al seguente link:
<https://www.gov.uk/government/publications/acquisition-of-know-how-related-to-scamp-5-and-scamp-7-vision-sensing-technology-notice-of-final-order>

¹²² Il testo della pubblicazione per estratto è consultabile in lingua inglese al seguente link:
<https://www.gov.uk/government/publications/acquisition-of-cpi-intermediate-holdings-inc-by-icesman-acquisition-corporation-notice-of-final-order>

3.4. FRANCIA: LA LOI PACTE E IL DÉCRET NO. 2019-1590

Come accennato nell'introduzione,¹²³ l'ordinamento francese ha effettuato la transizione della privatizzazione con una serie di strumenti legislativi che hanno creato una sorta di diritto societario speciale per le società privatizzate: inizialmente con i *noyaux durs* e successivamente con i GAS. L'art. 7 L. 93-923 aveva istituito un primo meccanismo di autorizzazione delle partecipazioni societarie di specifiche società partecipate da parte di qualsiasi investitore, anche nazionale. Il regime era stato poi ampliato per gli investimenti esteri nell'ambito della difesa nazionale, con l'art. 78 L. 2003-706.

Il legislatore francese ha in ultimo riformato il meccanismo FDIS nel 2019 con la loi 2019-486 (cd. "Loi PACTE") e il décret No. 2019-1590 emendando il codice monetario e finanziario (cd. "CMF")¹²⁴ sia nella sua parte legislativa, in particolare all'art. L151-1 ss., sia nella sua parte regolamentare, in particolare all'art. R151-1 ss. A supplemento della normativa di rango primario, il Ministero dell'economia e delle finanze ha emanato il decreto ministeriale 31 dicembre 2019,¹²⁵ periodicamente riformato per sostenere le espansioni dell'ambito di applicazione della normativa primaria e per garantire maggiore trasparenza al procedimento amministrativo. In ultimo, il decreto ministeriale è stato emendato in data 10 settembre 2021.¹²⁶

Oltre alle norme di rango secondario, il Ministero dell'Economia ha pubblicato delle linee guida (le "Linee Guida") nel settembre 2022.¹²⁷ Il documento è un utile strumento per comprendere l'approccio interpretativo del Ministero e consente a quest'ultimo di offrire esemplificazioni dell'ambito e delle modalità di applicazione della normativa. Trattandosi di una fonte di *soft law*, le Linee Guida sono solo indicative dell'azione amministrativa e consentono alla PA un sufficiente grado di flessibilità.

La competenza del controllo sugli investimenti esteri diretti è in capo al Ministro dell'Economia e delle Finanze che consulta gli altri Ministri in base all'attività strategica in questione nel caso in concreto.

a) Ambito di applicazione della normativa

L'ambito di applicazione del CMF segue una logica simile al nostro d.L. 21/12, basandosi su tre criteri principali: ambito di applicazione soggettivo, presupposto oggettivo, settori strategici.

¹²³ Cfr. *supra* §1.1.2.

¹²⁴ La parte del CMF di rilevanza per la presente trattazione è la sezione regolamentare, emanata con décret No. 2005-1007.

¹²⁵ *Arrêté du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France*

¹²⁶ *Arrêté du 10 septembre 2021 relatif aux investissements étrangers en France*

¹²⁷ Ministero dell'Economia e delle Finanze, *Lignes directrices relatives au control des investissements étrangers en France*, 8 settembre 2022. Consultabile al seguente link:
<https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2022/09/08/publication-des-lignes-directrices-relatives-au-control-des-investissements-etrangers-en-france>

Similmente a quanto avviene negli Stati Uniti e in parte in Italia, il meccanismo francese è previsto solo per i soggetti stranieri, *rectius* non residenti in Francia. L'art. R151-1 CMF definisce investitore ai fini del capitolo del codice in materia di *screening* FDI come: (1°) le persone fisiche di nazionalità straniera; (2°) le persone fisiche di nazionalità francese non residenti in Francia ai sensi del codice tributario; (3°) gli enti di diritto diverso da quello francese; (4°) gli enti di diritto francese controllati da persone fisiche o enti dei precedenti numeri. La normativa francese appare alquanto precisa nell'identificazione dell'investitore soggetto al regime di autorizzazione preventiva. In particolar modo, le Linee guida riprendono la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea per definire gli enti: “un complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo”.¹²⁸ Le Linee Guida inoltre specificano come questo si applichi anche alle SPAC e rammenta come, ai fini del diritto tributario francese, anche i cittadini francesi residenti presso il Principato di Monaco sono riconosciuti come residenti fiscali in Francia e pertanto non vi si applica la normativa FDI. Infine, le Linee guida hanno precisato l'ipotesi delle *societas europaeae* (“SE”): qualora queste abbiano sede sociale in Francia, siano rette dal diritto francese ai sensi del codice di commercio e non siano controllati da altri soggetti stranieri, non rientreranno nell'ambito di applicazione.

Questo livello di precisione nel delimitare l'ambito di applicazione soggettivo sarebbe auspicabile anche nel contesto italiano, in particolare adottando questo approccio di integrare le fonti rigide del diritto con documenti di *soft law* che rendono prevedibile ma pur sempre flessibile l'azione amministrativa. Si pensi che ad oggi il primo riferimento formale all'obbligo di notifica per imprese formalmente di diritto italiano, tuttavia, controllate da soggetti stranieri, si rivela soltanto nei modelli di notifica A e B allegati al dSG 17 novembre 2020. Inoltre, il riferimento è ovviamente solo strumentale alla redazione della notifica stessa: “l'indicazione del titolare effettivo, secondo i criteri di cui agli articoli 20 e 22, comma 5, del decreto legislativo n. 231 del 2007 e le informazioni sull'investitore finale”.¹²⁹ Manca una trattazione in merito ai casi più complessi: si pensi ad esempio ad una SE stabilita in un altro Stato membro ma soggetta a diritto italiano.

In secondo luogo, sono disciplinati i presupposti oggettivi che comportano la richiesta di autorizzazione preventiva. La normativa francese fa solo riferimenti agli eventi societari senza includere quelli di carattere ‘commerciale’ come contratti di licenza, concessioni, vendite di attivi che non costituiscano rami d'azienda. L'art. L151-2 c. 1 lett. b CMF prevede già ad oggi delega al Governo di prevedere meccanismi di controllo anche nei casi di costituzione, modifica o liquidazione di attivi strategici francesi verso l'estero. Finora il Governo non ha previsto integrazione della parte

¹²⁸ C-234/98, *G.C. Allen et al. c. Amalgamated Construction Co. Ltd*, [1999], §24. Cfr. MEF, *Lignes directrices*, §1.1.2, p. 7.

¹²⁹ Allegato B, dSG 17 novembre 2020. Consultabile al seguente link: <https://www.governo.it/it/dipartimenti/dip-il-coordinamento-amministrativo/dica-att-goldenpower-moduli/9297>

regolamentare. L'art. R151-2 CMF prevede l'onere dell'autorizzazione preventiva per le seguenti operazioni: (1°) acquisizione del controllo su un ente di diritto francese ai sensi del codice del commercio; (2°) acquisizione di 'tutto o parte di un'¹³⁰ ramo d'azienda; (3°) raggiungimento della soglia del 25% dei diritti di voto da parte di un investitore extra-UE ed extra-SEE.

È attualmente in vigore una norma transitoria che abbassa la soglia del n. 3° al 10%. La disposizione era stata introdotta con décret 2020-892 con efficacia fino al 31 dicembre 2020. Similmente a norme italiane nell'art. 2 d.L. 21/12, la disposizione transitoria è stata più volte prorogata fino al 31 dicembre 2023.¹³¹ Come già avvenuto per il caso italiano, il Ministero dell'economia francese si è espresso a inizio dell'anno corrente in senso favorevole al consolidamento entro l'anno di tale abbassamento della soglia in via definitiva.¹³²

Infine, l'art. R151-3 disciplina i settori strategici in cui sorge l'obbligo di autorizzazione preventiva. L'elenco è diviso in tre commi: (I) attività strategiche; (II) attivi strategici; (III) attività di ricerca e sviluppo. In tutti i casi la disposizione inizia con la premessa che tali attività possono pregiudicare gli interessi di difesa nazionale, partecipando all'esercizio di attività pubbliche o che possono pregiudicare l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica. Il primo comma comprende: (1°) armamenti;¹³³ (2°) tecnologie a duplice uso ai sensi dell'Allegato IV Reg. (CE) 428/2009; (3°) attività esercitate dalle società che custodiscono segreti di difesa nazionale; (4°) attività esercitate di cybersicurezza;¹³⁴ (5°) imprese che hanno concluso contratti con il Ministero della Difesa per fornire beni o servizi di cui ai n. 1°-3° e 6°; (6°) servizi di crittografia; (7°) materiali e dispositivi per intercettazioni, rilevamenti di conversazioni a distanza e di captazione di dati informativi; (8°) servizi di certificazione di cybersicurezza; (9°) gioco d'azzardo;¹³⁵ (10°) mezzi per far fronte all'utilizzo illecito di agenti patogeni o tossici; (11°) attività di trattamento, trasmissione o conservazione di dati relativi alle attività dei nn. 1°-10°.

Gli attivi strategici previsti dal comma II sono i beni e servizi essenziali per l'integrità, la sicurezza e la continuità dell'approvvigionamento di: (1°) energia; (2°) acqua; (3°) risorse e servizi di trasporto; (4°) operazioni spaziali; (5°) risorse e servizi di telecomunicazioni; (7°) operatori ai sensi

¹³⁰ Traduzione letterale della norma: art. R151-2 (2°) CMF: "*D'acquérir tout ou partie d'une branche d'activité d'une entité de droit français*".

¹³¹ Art. 1 décret No. 2022-1622

¹³² Relazione annuale del Ministero dell'Economia, anno 2022, p. 17. Il Ministero ha inoltre argomentato come la proroga dal 2022 al 2023 si sia resa necessaria alla luce della crisi energetica innescata dal conflitto in Ucraina. La relazione è consultabile in lingua francese al presente link: <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2023/04/12/publication-du-rapport-annuel-sur-le-controle-ief-en-2022>

¹³³ Attività di forniture di armi soggette all'autorizzazione ai sensi dell'art. L2332-1 Codice della difesa, materiali di guerra, armi, munizioni ed esplosivi ai sensi del Titolo III e V Codice della difesa.

¹³⁴ La norma precisa che sono inclusi anche i servizi di cybersicurezza prestati agli operatori ai sensi dell'art. L1332-1 Codice della difesa (*i.e.*, operatori di servizi la cui compromissione o incapacità comporterebbero un rischio alla difesa nazionale o economica) e ai sensi dell'art. L1332-2 il quale rimanda al Codice dell'ambiente: opere che possono arrecare danni alla collettività (art. L511-1 Codice dell'ambiente) e impianti nucleari (art. L593-1 Codice dell'ambiente).

¹³⁵ Ad eccezione dei casino.

dell'art. L1332-1 Codice della difesa e opere ai sensi dell'art. 1332-2 Codice della difesa (v. *supra* nota 133). Si aggiungono i beni e servizi essenziali per: (6°) i servizi di sicurezza, sia pubblici¹³⁶ sia privati; (8°) la sanità pubblica; (9°) la produzione, trasformazione e distribuzione di prodotti agricoli e per la pesca;¹³⁷ (10°) editoria.

A conclusione, il comma III include nell'ambito di applicazione del regime autorizzatorio tutte quelle attività di ricerca e sviluppo su tecnologie critiche e su tecnologie a duplice uso. Le tecnologie critiche sono state precisate all'art. 6 del decreto ministeriale del 31 dicembre 2019: (1°) cybersicurezza; (2°) AI; (3°) robotica; (4°) produzione additiva (*i.e.*, stampanti 3D); (5°) semiconduttori; (6°) computazione quantica; (7°) stoccaggio di energia; (8°) biotecnologie; (9°) tecnologie coinvolte nella produzione di energia da fonti rinnovabili.

L'insieme dei settori strategici appare in linea con il sistema italiano visto anche l'azione armonizzatrice condotta su questo versante dall'art. 4 par. 1 Reg. (UE) 2019/452. Si evidenzia come la normativa francese evita di parlare di 'sicurezza nazionale bensì preferisce l'insieme di "ordine pubblico, sicurezza pubblica e difesa nazionale".

b) Meccanismi di notifica

Per il caso francese, appare utile rammentare che la normativa non parla di 'notifica' bensì di richiesta di autorizzazione (*demande d'autorisation*) e pertanto ai fini della presente analisi si eviterà di utilizzare il termine 'notifica', tipico del d.L. 21/12 e comune ai sistemi statunitense e inglese per una mera differenza linguistica in quanto anche questi ultimi hanno previsti due sistemi autorizzatori.

I meccanismi previsti dall'ordinamento francese sono tre: (i) la richiesta preliminare; (ii) la richiesta di autorizzazione; (iii) la dichiarazione post-operazione.

L'art. R151-4 CMF introduce una procedura di richiesta preliminare in cui l'ente di diritto francese o l'investitore possono richiedere al Ministro dell'economia se l'ente rientra nell'ambito di applicazione della normativa. L'art. 2 del decreto ministeriale del 31 dicembre 2019 dispone i contenuti minimi di tale dichiarazione: (1°) i dati identificativi dell'investitore; (2°) i dati identificativi dell'ente destinatario dell'investitore; (3°) copia della documentazione attestante un progetto di investimento che giustifichi la richiesta preliminare. Il procedimento assomiglia alla pre-notifica di recente introdotta nell'ordinamento italiano con dPCM 133/2022.

Il CMF fa sorgere l'onere di depositare richiesta di autorizzazione in capo all'investitore.¹³⁸ Vi sono tuttavia delle eccezioni in cui le parti coinvolte possono procedere con l'operazione prospettata senza autorizzazione governativa. L'art. R151-7 prevede le seguenti eccezioni: (1°) operazioni infra-

¹³⁶ La norma menziona: la polizia nazionale, la gendarmeria nazionale, i servizi di protezione civile, la polizia doganale.

¹³⁷ La norma compie una precisa enumerazione dei prodotti inclusi nell'ambito di applicazione rinviando all' Allegato I TFUE e agli obiettivi di sicurezza alimentare previsti ai sensi dell'art. 1 cc. 1, 17, 19 del Codice rurale.

¹³⁸ Art. R151-5 CMF

gruppo; (2°) qualora il raggiungimento della soglia del 25% dei diritti di voto avvenga successivamente ad un'acquisizione di controllo già autorizzata dal Ministro dell'economia;¹³⁹ (3°) qualora l'acquisizione del controllo avvenga successivamente al raggiungimento della soglia del 25% dei diritti di voto già autorizzata dal Ministero dell'economia. In quest'ultima circostanza, sorge in capo all'investitore un obbligo di notifica dell'operazione di acquisizione del controllo. Questa ipotesi è simile al meccanismo di notifica italiano basato sul silenzio-assenso entro un termine di 30 giorni dalla notificazione. Non sono al momento previsti contenuti minimi della notifica né il CMF delega al Ministero la loro definizione.

Similmente a quanto previsto dal NSIA 2021 in Regno Unito, anche nell'ordinamento francese è previsto un potere di convocazione in capo al Ministero dell'economia. L'art. R151-13 prevede che il Ministro possa ingiungere all'investitore di presentare richiesta di autorizzazione – leggendo la lettera della norma anche in forma tardiva – per regolarizzare la propria situazione. In tale sede il Ministro deve già anticipare le informazioni preliminari di cui necessita al fine di iniziare la fase istruttoria.

Infine, l'art. R151-11 impone un generico obbligo di presentare una dichiarazione successiva alla realizzazione dell'operazione autorizzata, delegando al Ministero una più dettagliata disciplina. L'art. 3 D.M. 31 dicembre 2019 prevede che l'obbligo sorge in capo all'investitore che vi dovrà adempiere nei due mesi successivi alla realizzazione dell'operazione. La dichiarazione dovrà contenere: (1°) la data di realizzazione; (2°) la nuova ripartizione del capitale sociale; (3°) l'ammontare effettivamente investito e la modalità di stima di tale ammontare; (4°) le modifiche alla catena di controllo dell'ente destinatario dell'investimento. Nell'ordinamento italiano, questo tipo di monitoraggio è imposto dalla prassi amministrativa dei dPCM di esercizio o non dei poteri speciali.

c) Procedimento

Il procedimento può durare un massimo di 75 giorni dalla ricezione della richiesta di autorizzazione. L'art. R151-6 prevede una prima fase istruttoria in cui il Ministero procede alle verifiche preliminari e può già decidere se autorizzare l'operazione, con o senza condizioni. Altrimenti, può arrivare alla conclusione che sia necessario ulteriore tempo per scrutinare i rischi alla sicurezza nazionale. In tal caso, è comunicata all'investitore una proroga di 45 giorni della fase istruttoria. Qualora l'investitore non riceva comunicazioni dal Ministero entro i termini, la domanda di autorizzazione si deve presumere rigettata.

¹³⁹ Si pensi in tale ipotesi a società con capitale particolarmente diffuso. Si presume che l'art. R151-7 c. I n. 2° CMF non si applichi all'ipotesi di precedente autorizzazione per il raggiungimento della soglia del 10% in quanto l'eccezione è espressamente limitata al caso di autorizzazione per l'acquisizione di controllo ai sensi dell'art. R151-2 c. I n. 1°.

Per quanto riguarda la fase istruttoria in senso stretto, il CMF precisa solo i rischi alla sicurezza nazionale che la PA deve scrutinare. L'art. L151-3 c. I circoscrive i domini di interesse: (a) le attività che per loro natura possono pregiudicare l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale o gli interessi di difesa nazionale; (b) attività di ricerca, produzione e commercializzazione di armi, munizioni, polveri e sostanze esplosive. La lett. a della disposizione è particolarmente elastica e si presta a molteplici applicazioni. D'altra parte, non vincola la PA a prendere in considerazione di rischi più specifici, si pensi alla sicurezza nazionale in termini di sicurezza economica, energetica, alimentare, ma soprattutto cibernetica.

Dal punto di vista operativo, l'assegnazione delle competenze all'interno del Ministero dell'economia e le relazioni con gli altri dicasteri sono disciplinati nel decreto ministeriale 18 dicembre 2019.¹⁴⁰ L'art. 5 c. III attribuisce la competenza all'Ufficio di controllo degli investimenti esteri in Francia all'interno della Direzione Generale del Tesoro. L'Ufficio, anche detto "Multicom 4", presiede inoltre il Comitato interministeriale degli investimenti esteri in Francia. Quest'ultimo interviene nel processo di fase istruttoria per scrutinare tutti gli interessi in gioco nella singola operazione. Il Comitato interministeriale presenta una struttura simile al gruppo di coordinamento e al CFIUS: con rappresentanze dei Ministeri e delle agenzie competenti nei vari settori.

Il CMF si dedica maggiormente alla fase decisoria per i quali sono previsti provvedimenti provvisori, principi sulle condizioni, revisione delle condizioni, motivazioni di rifiuto dell'autorizzazione. L'art. R151-12 prevede che in casi d'urgenza, circostanze eccezionali o di pregiudizio imminente all'ordine pubblico, alla sicurezza nazionale o alla difesa nazionale, il Ministro può emanare provvedimenti provvisori durante la fase istruttoria. In tal caso, l'investitore ha il diritto di essere sentito depositando memorie scritte entro 5 giorni dalla ricezione di un avviso del Ministero. I provvedimenti provvisori sono in realtà previsti nella parte legislativa del codice:¹⁴¹ (a) sospensione dei diritti di voto; (b) interdizione alla distribuzione dei dividendi e altre forme di remunerazione connesse alle azioni o ad altri titoli partecipativi; (c) sospensione o interdizione temporanea della disponibilità degli attivi strategici dell'ente destinatario dell'investimento; (d) designazione di un osservatore con potere di veto sulle decisioni degli organi sociali. Lo strumento è già stato affrontato nell'analisi inglese e risulta a maggior ragione auspicabile che anche la normativa italiana introduca i provvedimenti provvisori,¹⁴² soprattutto alla luce della più lunga durata della fase istruttoria. La disciplina francese appare particolarmente invasiva dell'attività societaria, a maggior ragione quando invade addirittura la sfera dei diritti patrimoniali. Dalle relazioni finora pubblicate (anni 2021¹⁴³ e 2022) si evince che la misura non è mai stata applicata in concreto.

¹⁴⁰ *Arrêté du 18 décembre 2019 portant organisation de la direction générale du Trésor*

¹⁴¹ Art. L151-3-1 c. I CMF

¹⁴² Cfr. *supra* §3.3-c.

¹⁴³ Relazione annuale del Ministero dell'Economia, anno 2021. La relazione è consultabile in lingua francese e inglese al seguente link: <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2022/03/17/publication-du-rapport-annuel-sur-le->

Parimenti agli altri ordinamenti finora analizzati, anche il CMF non precisa le condizioni che il Ministro può imporre tuttavia ne stabilisce principi, tra cui la proporzionalità comune anche al d.L. 21/12. L'art. R151-8 prevede inoltre che le condizioni imposte debbano avere lo scopo di: (1°) assicurare la sicurezza delle attività strategiche nel territorio nazionale, in particolare facendo in modo che le informazioni sulle attività strategiche non siano sottomesse a giurisdizioni straniere che ne pregiudicherebbero la protezione; (2°) conservare i *know-how* dell'impresa destinataria dell'investimento; (3°) adattare la *corporate governance* dell'impresa, in particolare i diritti acquisiti dall'investitore; (4°) stabilire modalità di comunicazione con l'autorità amministrativa incaricata del monitoraggio.

L'art. R151-10 prevede poi le ipotesi in cui il Ministro può rifiutare l'autorizzazione: (i) qualora il Ministro non ritenga sufficiente l'imposizione di condizioni per preservare gli interessi nazionali di ordine pubblico, sicurezza pubblica e difesa nazionale; (ii) se sussiste una presunzione grave che l'investitore possa commettere una serie di reati del codice penale o del codice tributario;¹⁴⁴ (iii) se l'investitore ha ricevuto condanne per gli stessi reati o per reati equivalenti in altre giurisdizioni nei cinque anni antecedenti alla richiesta di autorizzazione; (iv) se all'investitore è stata già irrogata una sanzione per mancata richiesta di autorizzazione o per ottenimento di autorizzazione con frode ai sensi dell'art. L151-3-2.¹⁴⁵

Si evidenzia come l'ordinamento francese, seppure più simile al nostro rispetto alle giurisdizioni precedentemente analizzate, non prevede un limite dell'azione ministeriale nelle competenze delle autorità di settore. L'art. 2 c.3 d.L. 21/12 prevede infatti che il potere di veto sulle delibere è esperibile solo in “una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore”.

Infine, il Ministro ha poteri di ingiunzione dell'investitore qualora quest'ultimo abbia completato l'investimento senza aver richiesto autorizzazione ai sensi dell'art. R151-4. L'art. L151-3-1 prevede infatti che in questi casi il Ministro possa ingiungere al deposito di una richiesta tardiva, al ripristino della situazione anteriore, alla modifica dell'investimento. Tale ingiunzione può già essere accompagnata dall'irrogazione di una sanzione. Nella stessa circostanza, il Ministro può inoltre adottare le misure conservative già viste in caso di avviso di convocazione.

[controle-ief-en-2021#:~:text=Le%20contr%C3%B4le%20des%20investissements%20%C3%A9trangers%20en%20France%20\(IEF\)%20a%20connu,31%25%20par%20rapport%20%C3%A0%202020.](#)

¹⁴⁴ L'art. R151-10 c. II n. 1° CMF rinvia a diverse disposizioni, tra cui la produzione e traffico di stupefacenti, truffa e frode, tratta di esseri umani, appropriazione indebita, associazione criminale, evasione fiscale.

¹⁴⁵ Cfr. *infra* §3.4-d per maggiori approfondimenti.

Il Ministero può anche revisionare le condizioni imposte in precedenza ai sensi dell'art. R151-9. La revisione è esperibile su richiesta dell'investitore in presenza di evolute circostanze imprevedibili al tempo della realizzazione dell'investimento autorizzato, in caso di modifica dell'azionariato o della catena di controllo, se previsto dalle condizioni stesse.

d) Sanzioni

L'impianto sanzionatorio della normativa francese è unico per tutte le fattispecie di inadempimento ed è previsto nella parte legislativa del codice monetario. Le già rammentate misure dell'art. L151-3-1 si applicano infatti sia in caso di mancata richiesta di autorizzazione sia in caso di violazione del provvedimento autorizzatorio. Inoltre, nel secondo caso, l'art. L151-3-2 prevede anche il potere del Ministro di irrogare una sanzione pecuniaria, il quale massimo edittale corrisponde al valore più alto tra il 10% del fatturato dell'impresa destinataria dell'investimento e €5 milioni. La seconda cifra scende a €1 milione qualora l'investitore sia persona fisica.

Il c. III ss. dell' art. L151-3-1 CMF disciplinano le garanzie procedurali a tutela dell'investitore prima dell'irrogazione della sanzione. L'investitore ha diritto a depositare memorie difensive entro 15 giorni dall'avviso del Ministero, salvo che il Ministro non riconosca situazioni d'emergenza, circostanza eccezionali o di pregiudizio imminente all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica o alla difesa nazionale.

Infine, è prevista la nullità di tutti gli accordi che realizzano direttamente o indirettamente l'investimento estero.¹⁴⁶

Non sono disponibili dati pubblici per analizzare l'impatto concreto del presente regime sanzionatorio nella prassi amministrativa e nelle tendenze del mercato francese.

e) Accountability

Il regime di trasparenza in materia di FDIS in Francia è particolarmente scarso. L'art. L151-6 prevede che il Ministro pubblichi annualmente i dati statistici in forma anonima dell'esercizio dei poteri speciali. L'art. L151-7 introduce inoltre la relazione annuale che viene presentata al Parlamento descrivendo l'azione governativa dell'anno di competenza e i procedimenti amministrativi previsti dalla normativa in vigore. Ai sensi del c. II i Presidenti delle commissioni competenti, o altri componenti da loro delegati, possono chiamare in audizione il Ministro o i commissari all'informazione strategica e alla sicurezza economica e procedere ad ulteriori investigazione sull'azione governativa. Il Ministero dell'economia francese ha pubblicato relazioni annuali solo per gli anni 2021 e 2022. In precedenza, ha pubblicato dati statistici a partire dal 2017.¹⁴⁷ Al netto della povertà di informazioni pubblicate dal Ministero, i documenti predisposti all'*accountability*

¹⁴⁶ Art. L151-4 CMF

¹⁴⁷ Le pubblicazioni sono consultabili in lingua francese al seguente link: <https://www.tresor.economie.gouv.fr/services-aux-entreprises/investissements-etrangers-en-france>

dell'azione governativa appaiono avere un ruolo diverso rispetto al caso italiano e alle giurisdizioni precedentemente analizzate: le relazioni finora prodotte sono piuttosto sintetiche, presentano una limitata elaborazione dei dati e si concentrano principalmente sull'esposizione dell'impianto normativo. La normativa dà invece maggiore risalto al potere 'investigativo' del Parlamento; tuttavia, delegando tale compito ai Presidenti delle Commissioni, espressione della maggioranza di Governo, tale compito risulta quantomeno annebbiato dalle verosimili dinamiche politico-istituzionali. In una recente intervista, il deputato Olivier Marleix, Presidente della Commissione d'inchiesta parlamentare sulle decisioni del Governo nell'ambito delle politiche industriali, ha segnalato come l'attuale regime di trasparenza dell'azione governativa francese non sia sufficiente a garantire la prevedibilità dei procedimenti di autorizzazione. Lo scarso livello di *accountability* sarebbe, a parere del deputato, anche causa di una prassi amministrativa poco solida e arbitraria.¹⁴⁸

f) Azione di screening in materia di tecnologie 5G e altre tecnologie critiche

L'analisi del meccanismo FDIS francese in merito alle tecnologie critiche non può che essere ristretto visto il limitato ambito di applicazione. Sebbene la loi PACTE abbia riconosciuto il valore delle tecnologie critiche nel contesto degli *screening* degli IED, queste vengono prese in considerazione dal Ministero dell'economia solo quando avvengono eventi societari. Non nella diversa circostanza in cui ad essere oggetto di investimento sono i singoli attivi strategici, salvo quando questi possano definirsi 'parte di un ramo d'azienda'.¹⁴⁹ In tal modo, sfuggono dal perimetro di scrutinio del Governo francese tutti i rapporti di fornitura, i contratti di licenza, e in particolar modo i *greenfield investments* in cui l'attivo strategico ancora non esiste e verrà sviluppato con un partner straniero.¹⁵⁰ A questo si aggiunge lo scarso livello di *accountability* come esposto nel precedente sottoparagrafo.

Le testimonianze di veti nel contesto francese sono rare: si pensi al veto imposto nel 2013 (ai sensi della normativa vigente prima della riforma della loi PACTE) sull'acquisizione di DailyMotion, piattaforma di diffusione di contenuti video controllata da Vivendi, da parte della statunitense Yahoo! Inc. Ai sensi della normativa attualmente vigente, è stata bloccata nel 2020 anche l'acquisizione di Photonis Technologies SAS, società che produce componenti elettro-ottici nell'ambito nucleare, da parte della statunitense Teledyne Technologies Inc.

Diversamente, il Governo francese non sembra essere stato similmente interessato dalle attività di investimento di fondi sovrani e SOEs di origine cinese.¹⁵¹ Nell'ambito delle tecnologie critiche si

¹⁴⁸ Gilles Pillet, 'FDI Control in France: We have a Law, but We lack a Policy', in FDI Control Forum, *Fusions et Acquisitions*, 2022, pp. 2-3

¹⁴⁹ Cfr. *supra* §3.4-a.

¹⁵⁰ Cfr. *supra* §1.3.1-c.

¹⁵¹ Sebbene trattasi di altri settori strategici, appare rilevante citare anche gli investimenti di origine cinese che hanno coinvolto GDF Suez, nel settore energetico, Stellantis, nel settore automobilistico, AirFrance-KLM e la società 'aeroportuale' dell'aeroporto di Tolosa Blagnac, nel settore dei trasporti aerei. Nessuna di queste operazioni ha ricevuto imposizioni di condizioni da parte del Ministero dell'Economia.

ricordano l'acquisizione nel 2019 di Linxens, società produttrice di micro-processor, da parte del gigante cinese Tsinghua Unigroup. Sul punto il Governo ha chiarito di aver autorizzato l'acquisizione in quanto la *target* francese è attiva solo in componenti 'passive' e non strategiche dei processor.¹⁵² Si rammenta come, in circostanze non dissimili, il Regno Unito ha bloccato l'operazione prevenendo un rischio alla sicurezza nazionale che avrebbe coinvolto non solo la *target* bensì l'intero polo industriale.¹⁵³ Ancora più preoccupanti le attività di investimento del conglomerato tecnologico cinese Tencent il quale ha acquisito il 5% dei diritti di voto in Vivendi, Universal Music e partecipato a round di investimenti in importanti *start-up FinTech* come Lydia e Qonto.¹⁵⁴ Risultano più preoccupanti in quanto, alla luce della normativa commentata, non sorge nemmeno un onere di preventiva autorizzazione in capo all'investitore straniero. Allo stesso modo il fondo VC Sinovation Ventures e i gruppi tecnologici Xiaomi e Inno-Chip che nel 2021 hanno partecipato ad un round di serie C in Prophesee, società francese attiva nello sviluppo di tecnologie neuromorfiche, di particolare rilevanza per le tecnologie AI e del metaverso. Per concludere si registra anche un incremento degli investimenti *greenfield*¹⁵⁵ che allo stesso modo non rientrano nel perimetro di *screening* francese.

L'unico caso in cui si registra una qualche forma di prescrizione, sebbene non formalmente confermata, è il caso dell'acquisizione di Manoir Industries da parte dello Yantai Tahai Group nel 2013. La *target* era attiva nel settore del nucleare e della difesa con diversi contratti a contenuto sensibile (*i.e.*, con agenzie nazionali e autorità). L'*advisor* legale-finanziario dell'operazione, Ghislain de Mareuil, riferisce che, allo scopo di ottenere l'autorizzazione governativa, si è proceduto ad un *carve-out* dei rami di azienda che si occupavano dei contratti a contenuto sensibile insieme ai dati sensibili già conservati dalla *target* e dal personale competente.¹⁵⁶

L'azione di *screening* sembra maggiormente in linea con le tendenze dei Governi prima dell'accrescere delle tensioni tra Occidente ed Oriente, iniziate con la guerra commerciale USA-Cina nel 2018 e andandosi intensificarsi attorno al conflitto in Ucraina e alle conseguenti sanzioni internazionali. La tendenza ante-2018 favoriva un controllo più 'delicato' mirato più ad un monitoraggio centrale delle dinamiche dei specifici settori strategici che ad un vero e proprio ostacolo all'entrata di capitali cinesi o russi. Gli eventi degli ultimi cinque anni hanno invertito le tendenze dei

¹⁵² M. Rose, 'France not objecting to sale of Linxens to Chinese group', *Reuters*, 26 luglio 2018. Consultabile al seguente link: <https://www.reuters.com/article/linxens-m-a-tsinghua-unigroup-idINKBN1KG1MG>

¹⁵³ Cfr. *supra* §3.3-f.

¹⁵⁴ B. Bensaid, 'Chinese Investments in France', in FDI Control Forum, *Fusions et Acquisitions*, 2022, p. 4

¹⁵⁵ Cfr. S. Davesne, 'Pourquoi les groupes chinois ne rachètent plus d'entreprises mais construisent des usines en Europe', *L'Usine Nouvelle*, 15 maggio 2023. Consultabile al seguente link: <https://www.usinenouvelle.com/editorial/pourquoi-les-groupes-chinois-ne-rachètent-plus-d-entreprises-mais-construisent-des-usines-en-europe.N2131921>; United Nations Industrial Development Organization – UNIDO, 'Chinese foreign direct investment in Europe: the downward trend continues', dicembre 2022. Consultabile al seguente link: <https://iap.unido.org/articles/chinese-foreign-direct-investment-europe-downward-trend-continues>

¹⁵⁶ B. Bensaid, op. cit. nt. 147, p. 3.

mercati globali e allertato maggiormente i Governi occidentali in merito ai pericoli all'integrità delle proprie infrastrutture digitali e in merito agli scambi di proprietà intellettuale nelle emergenti tecnologie critiche. La Francia non sembra essersi ancora allineata a questo *trend* dei propri alleati occidentali.

Al netto del limitato perimetro di azione della normativa FDI, si registra come invece informalmente l'omologa francese dell'ACN, l'*Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information* ("ANSSI"), si sia allineata alla pratica inglese – e successivamente italiana – del *phase-out* graduale dei fornitori cinesi, in particolare Huawei. Questa informazione è tuttavia solo speculativa e non confermata né dalle autorità amministrative né dagli operatori del mercato.¹⁵⁷ È stata istituita inoltre la Direzione interministeriale per il Digitale ("DINUM"). La DINUM ha di recente pubblicato una strategia digitale per l'efficacia dell'azione pubblica con ovviamente un importante ruolo per la cybersicurezza.¹⁵⁸ La Francia non ha per il momento previsto lo sviluppo di un sistema cloud nazionale come avvenuto in Italia bensì si è limitata ad attuare una politica di cloud computing armonizzata per tutte le pubbliche amministrazioni, come avveniva in Italia prima della riforma del d.L. 76/2020.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Mathieu Rosemain, Gwénaëlle Barzic, 'Exclusive: French limits on Huawei 5G equipment amount to de facto ban by 2028' *Reuters* (22 luglio 2020). Consultabile al seguente link: <https://www.reuters.com/article/us-france-huawei-5g-security-exclusive/exclusive-french-limits-on-huawei-5g-equipment-amount-to-de-facto-ban-by-2028-idUSKCN24N26R>

¹⁵⁸ DINUM, *Une stratégie numérique au service de l'efficacité de l'action publique*, marzo 2023. Consultabile al seguente link: <https://www.numerique.gouv.fr/uploads/Feuille-de-route-DINUM.pdf>

¹⁵⁹ Cfr. *supra* §2.3.

3.5. CINA: LA FOREIGN INVESTMENT LAW

L'analisi comparata della normativa cinese in materia necessita di alcune premesse storiche ed economiche simili a quanto affrontato *supra* per l'Europa occidentale.¹⁶⁰ La Cina ha avuto un percorso peculiare nella seconda metà del Novecento fino ai giorni nostri e tale storia le ha permesso di rimanere l'ultima potenza su scala mondiale tuttora dichiaratamente governata da un regime di stampo comunista. Il comunismo cinese degli ultimi 50 anni presenta tuttavia un particolare pragmatismo ed una strumentalizzazione della ideologia di fondo che probabilmente spiegano il successo delle politiche di innovazione e sviluppo della Repubblica popolare, riassumibili nella celebre espressione del Leader Deng Xiaoping 'il socialismo con caratteristiche cinesi',¹⁶¹ ripreso anche di recente dallo xiismo nell'opera dell'attuale Segretario generale del Partito comunista cinese Xi Jinping "Governare la Cina".¹⁶²

Il pragmatismo degli ultimi 50 anni è rinvenibile nella modalità con cui l'allora Leader Deng Xiaoping condusse la transizione economica della Cina verso un'economia di mercato aperto. Diversamente dall'Unione Sovietica nel 1991,¹⁶³ la transizione economica cinese fu graduale e le riforme furono frutto di diverse riflessioni a livello istituzionale e internazionale in collaborazione con la Banca Mondiale, il cui ingresso fu sancito nel 1980 con l'uscita della Repubblica cinese di Taiwan. La Cina ha inizialmente aperto il proprio mercato solo in specifiche zone economiche speciali ("ZES"), individuate nei pressi di metropoli con economie già avanzate: Shenzhen, Zhuhai, Shantou e Xiamen. L'apertura al capitale estero era quindi circoscritta a queste aree mentre il resto del Paese seguiva un percorso più cauto con la previsione di sistemi di doppio prezzo basati su una pianificazione meno centralizzata della produzione industriale.¹⁶⁴ Un'ulteriore fase di apertura della Cina è segnata dal suo ingresso nell'Organizzazione Mondiale del Commercio nel 2001, anche qui con importanti deroghe alla liberalizzazione rispetto alle proprie controparti commerciali: in particolare, il settore delle telecomunicazioni.¹⁶⁵ Dal 2001 ad oggi, la Cina ha sviluppato la propria posizione di potenza mondiale, diventando il primo partner commerciale della maggior parte degli Stati africani, asiatici e con una rilevante presenza in Europa e Americhe. Il *soft power* cinese è particolarmente evidente nell'ultimo decennio con le operazioni militari nel Mar Cinese Meridionale in violazione del diritto pattizio ASEAN¹⁶⁶ e la costruzione di una nuova rete commerciale di mare e

¹⁶⁰ Cfr. *supra* §1.1.

¹⁶¹ Deng Xiaoping, *Selected Works*, Foreign Languages Press, 1994, p. 14

¹⁶² Xi Jinping, *Governare la Cina*, Giunti Editore, 2017 (in italiano nel 2019)

¹⁶³ Ezra F. Vogel, *Deng Xiaoping and the Transformation of China*, Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 475

¹⁶⁴ Ezra F. Vogel, op. cit. 154, p. 460

¹⁶⁵ Protocollo di adesione della Cina all'OMC (WT/L/432), 23 novembre 2001, Allegato 2A, p. 21

¹⁶⁶ Carlyle A. Thayer, 'Territorial Disputes in the South China Sea' in Yann-Huei Song, Keyuan Zou, Schicun Wu, *Major Law and Policy Issues in the South China Sea : European and American Perspectives*, Taylor & Francis Group, 2014, pp. 25 ss.

di terra, la Nuova Via della Seta, che rafforzerà il commercio della Cina con circa 50 altri Stati e vincolerà i relativi progetti infrastrutturali al mercato bancario e finanziario cinese.¹⁶⁷

Il *soft power* appena citato è l'ulteriore dimostrazione del pragmatismo cinese al fine di implementare un'ideologia politica e sociale ben precisa: ad oggi quest'ultima è lo xiismo, un'interpretazione del socialismo del Presidente Xi Jinping, che ingloba una visione di sviluppo sostenibile e di innovazione tecnologica. L'incorporazione dell'innovazione tecnologica nella filosofia politica cinese si è concretizzata nell'intensificazione del regime di controllo della popolazione: l'utilizzo dei dati biometrici, la creazione di super-app, il sistema di credito sociale. I dati biometrici - in particolare il volto - sono ormai utilizzati per qualsiasi attività umana: dalle transazioni commerciali alla fruizione di servizi pubblici, quali ospedali o mezzi di trasporto.¹⁶⁸ Il modello della super-app nasce proprio in Cina e consiste in un ecosistema di servizi digitali racchiusi in un'unica app o comunque nell'insieme di poche app gestite da un unico *service provider*. Sebbene anche altri Stati asiatici, in particolare India e Indonesia, stiano tentando lo sviluppo di tali ecosistemi digitali, le uniche super-app al momento di successo sono le cinesi WeChat e AliPay, *in primis* promosse dalle stesse autorità pubbliche rendendo determinati procedimenti amministrativi unicamente accessibili solo tramite tali app.¹⁶⁹ In tal modo è raccolto qualsiasi tipo di dato sensibile dell'utente e potenzialmente l'accesso a determinati servizi può essere condizionato in base a informazioni ulteriori la cui app ha avuto accesso nel contesto di altre attività. Il credito sociale era inizialmente limitato alle imprese, con l'intenzione di offrire a terzi uno strumento facilmente accessibile per conoscere lo *standing* di una società non solo dal punto di vista creditizio bensì tenendo in considerazione anche altri fattori ritenuti rilevanti, ad esempio, controversie giuridiche passate, pratiche pregiudizievoli della concorrenza nel mercato o della tutela dei consumatori, pratiche fiscali scorrette o danni ambientali.¹⁷⁰ Negli ultimi anni, si discute invece di estendere un simile sistema di credito sociale alle persone naturali residenti in Cina, con lo scopo di "mantenere la moralità della popolazione cinese": nei sistemi sperimentali già avviati si registrano punteggi negativi anche in merito alle abitudini di spesa dei cittadini, ad esempio se acquistano 'troppi' videogiochi.¹⁷¹

¹⁶⁷ Michael Sampson, Jue Wang, Irma Mosquera Valderrana, 'Trade, Tax and Development Finance. Understanding China's Choice of BRI Agreements and Institutions' in Florian Schneider, *Global Perspectives on China's Belt and Road Initiative: Asserting Agency through Regional Connectivity*, Amsterdam University Press, 2021, pp. 59-94

¹⁶⁸ "While Chinese citizens are being granted greater protections, legislation and regulation are carefully crafted to give public security organs broad powers to harvest and use biometric data in conjunction with the performance of their law enforcement and national security duties. Such a security-centric approach has paved the way to the creation of the world's largest police-run DNA database." Katja Drinhausen, Rebecca Arcesati, 'China's Handling of Biometric Data: Trends and Implications for Europe' *MERICCS*, 14 giugno 2022, <https://merics.org/en/events/chinas-handling-biometric-data-trends-and-implications-europe>

¹⁶⁹ Zeyi Yang, 'The Dark Side of a Super App like WeChat', *MIT Technology Review*, 18 ottobre 2022, <https://www.technologyreview.com/2022/10/18/1061899/dark-side-super-app-wechat/>

¹⁷⁰ Alexander Chipman Koty, Arendse Huld, 'China's Social Credit System: What Businesses Need to Know', *China Briefing*, 24 marzo 2023, <https://www.china-briefing.com/news/chinas-social-credit-system-how-it-works/>

¹⁷¹ Katie Canales, Aaron Mok, 'China's 'social credit' system ranks citizens and punishes them with throttled internet speeds and flight bans if the Communist Party deems them untrustworthy', *Insider*, 28 novembre 2022, <https://www.businessinsider.com/china-social-credit-system-punishments-and-rewards-explained-2018-4?r=US&IR=T>

L'utilizzo delle nuove tecnologie per creare una sorta di regime *data-driven* è un obiettivo esplicito del regime comunista, tuttavia, è in completo contrasto con il principio democratico su cui si basano le Costituzioni occidentali. In particolare, sulla scorta della sicurezza pubblica o nazionale, il regime cinese implementa tecnologie particolarmente invasive della riservatezza e delle scelte personali degli individui, con una capacità di processazione di tali dati e conseguente repressione che ricorda il modello di Stato etico degli anni Trenta dello scorso secolo. Un tale utilizzo della tecnologia non è perciò in linea con i principi di democrazia e libertà della persona, simbolo dei nostri Stati di diritto. Pertanto, risulta essenziale costruire tecnologie critiche di ultima generazione che non si prestino agli stessi scopi, limitando in tal modo la diffusione della 'tecno-dittatura'. Similmente a quanto avviene nel campo della tecnoetica che riflette principalmente sui limiti al design delle nuove tecnologie affinché si escludano possibili abusi da parte degli sviluppatori,¹⁷² gli Stati devono tenere conto anche di limiti di design previsti alla luce dei possibili abusi di Stati rivali.

Alla luce di tali premesse storiche e contemporanee, è necessario ribadire alcuni punti in merito all'ordinamento giuridico cinese che limiteranno l'analisi comparata. In primo luogo, l'ordinamento cinese non è retto dagli stessi principi dello Stato di diritto ormai consolidatisi in Europa e, con alcune differenze, anche nei sistemi di common law: questo non esclude che il diritto cinese presenti tutele a protezione di cittadini, consumatori, utenti e quant'altro, bensì, questi sono sacrificabili alla luce di altri interessi superiori imputati alla collettività. Tale approccio è stato da molto superato nei nostri ordinamenti: si pensi all'art. 2 della Costituzione italiana e all'art. 1 Grundgesetz, eredi dell'esperienza nazifascista che adottava logiche simili in ambito dei diritti e delle tutele dell'individuo. In secondo luogo, le fonti normative cinesi non rispondono ad una rigida gerarchia delle fonti: il linguaggio usato nelle leggi è spesso particolarmente approssimativo e il Comitato Permanente dell'Assemblea del Popolo delega a Ministeri e comitati vari la totalità della legislazione senza imporre alcun limite o caratteristiche, come avviene con le leggi-deleghe ex art. 76 Costituzione italiana. In terzo luogo, non esistono sistemi di *accountability* pubblici comparabili a quelli affrontati nei precedenti paragrafi, pertanto non sarà possibile affrontare tale tematica per l'analisi comparata dell'ordinamento cinese.

L'impianto normativo che verrà di seguito analizzato ha come vertice la Foreign Investment Law,¹⁷³ il cui art. 35 si limita a delegare allo 'Stato' l'introduzione di un sistema di controllo di sicurezza nazionale per gli investimenti esteri in entrata. A sua volta, il Consiglio di Stato ha emanato

¹⁷² Sul punto si consiglia la lettura di Matthew Beard, Simon Longstaff AO, 'Ethical By Design: Principles For Good Technology' *The Ethics Centre*, settembre 2018, <https://ethics.org.au/ethical-by-design/>

¹⁷³ *Foreign Investment Law of the People's Republic of China* (中华人民共和国外商投资法), promulgata dal Congresso Nazionale del Popolo, 15 marzo 2019, in vigore dal 1 gennaio 2020. Il testo tradotto in inglese è consultabile al seguente link: <https://www.chinalawtranslate.com/en/foreign-investment-law-2019/>

le Misure di Implementazione della Foreign Investment Law¹⁷⁴ il cui art. 40 si limita a prevedere un'ulteriore delega allo 'Stato'. La normativa è poi effettivamente contenuta nelle Misure per il Controllo della Sicurezza degli Investimenti Esteri (le "Misure"),¹⁷⁵ emanate dal Comitato per lo sviluppo e la riforma (comitato del Consiglio di Stato) e dal Ministero del Commercio.

Si precisa inoltre che l'accesso ai settori strategici è ulteriormente limitato da due liste: la lista negativa per l'accesso al mercato, applicabile a qualsiasi operatore, anche cinese; e la lista negativa per gli investimenti esteri. Entrambe le liste sono periodicamente aggiornate dalla Commissione Nazionale dello Sviluppo e delle Riforme e dal Ministero del Commercio. Comprendono i settori strategici dell'economia cinese non accessibili a operatori privati.¹⁷⁶

a) *Ambito di applicazione*

L'ambito di applicazione della normativa cinese segue una logica simile al nostro d.L. 21/12, basandosi su tre criteri principali: ambito di applicazione soggettivo, presupposto oggettivo, settori strategici.

I soggetti in capo al quale si origina l'obbligo di notifica sono tutti gli investitori esteri, *i.e.*, non cinesi. Il presupposto oggettivo appare poco chiaro in quanto l'art. 2 definisce un investimento estero quale "una situazione in cui: (1) l'investitore straniero investe in nuovi progetti o stabilisce nuove imprese in Cina, da solo o insieme ad altri investitori; (2) gli investitori stranieri ottengono quote di capitale sociale o attivi di imprese domestiche attraverso fusioni o acquisizioni; (3) altri metodi di investimento". La nozione di controllo è infine presente solo nell'ambito dell'art. 4 c. 1 n. 2 in cui si prevede l'obbligo di notifica per settori strategici diversi dalla difesa. Nel caso di quest'ultimo settore, la notifica è quindi prevista per qualsiasi investimento straniero "nel settore militare, delle attrezzature militari, di qualsiasi altro settore relativo alla sicurezza nazionale, in strutture militari o nelle aree circostanti ad esse". Le notifiche negli altri settori strategici sono invece condizionate all'acquisizione di controllo definita all'art. 4 c. 2 come in alternativa "(1) la detenzione di almeno il 50% delle azioni della società; (2) la detenzione di almeno il 50% dei diritti di voto nell'assemblea o nel consiglio di amministrazione; (3) altre situazioni¹⁷⁷ che determinano un impatto rilevante dell'imprenditore

¹⁷⁴ Decreto dello Stato n.723, *Implementation Measures for the Foreign Investment Law* (中华人民共和国外商投资法实施条例), promulgato dal Consiglio Nazionale, 26 dicembre 2019, in vigore dal 1 gennaio 2020. Il testo tradotto in inglese è consultabile al seguente link: <https://www.chinalawtranslate.com/en/implementation-regulations-for-the-foreign-investment-law/>

¹⁷⁵ Decreto del Ministero del Commercio n. 37, *Foreign Investment Security Review Measures* (外商投资安全审查办法), promulgate dal Comitato per lo sviluppo e la riforma e dal Ministero del Commercio, 19 dicembre 2020, in vigore dal 19 gennaio 2021. Il testo tradotto in inglese è consultabile al seguente link: <https://www.chinalawtranslate.com/en/foreigninvestmentsecurityreview/>

¹⁷⁶ China Briefing, 'China's 2022 Negative List for Market Access: Restrictions Cut, Financial Sector Opening' (12 aprile 2022). Consultabile al seguente link: <https://www.china-briefing.com/news/chinas-2022-negative-list-for-market-access-restrictions-cut-financial-sector-opening/>

¹⁷⁷ Tra queste, le stesse Misure menzionano all'art. 22 l'acquisizione di partecipazioni rilevanti in società quotate su mercati regolamentati dal diritto cinese. La lettera della norma tende ad escludere l'ipotesi di investimenti da

straniero in termini di decisioni aziendali, risorse umane, finanza, tecnologie “e altro””. Infine, ai sensi dell’art. 21, sono qualificati come investitori stranieri anche gli investitori residenti nelle regioni amministrative di Hong Kong e Macao e nell’isola di Taiwan.

Gli altri settori strategici previsti all’art. 4 c. 1 n. 2 sono in parte assimilabili alla lista dell’art. 4 par. 1 Reg. (UE) 2019/452: “prodotti agricoli rilevanti, fonti e risorse energetiche rilevanti, attrezzature rilevanti per la produzione, infrastrutture strategiche, servizi rilevanti di trasporto, prodotti e servizi rilevanti nel settore della cultura, rilevanti servizi finanziari, tecnologie critiche”. L’elenco è particolarmente approssimativo e non vi è alcuna fonte integrativa che permettano una maggiore identificazione dei settori e attivi strategici. Risulta pertanto fondamentale la fase di consultazione informale dell’autorità, sancita esplicitamente all’art. 5.

b) Meccanismi di notifica

Anche nel caso cinese, la legge prevede un meccanismo di notifica come il d.L. 21/2012, anziché una richiesta autorizzatoria. La normativa usa il termine ‘dichiarazione’ e diversamente dalla notifica italiana, in assenza di pronuncia degli organi pubblici, le parti coinvolte non possono procedere con l’investimento (art. 7 c.1, ultimo periodo; art. 9 c.3, ultimo periodo).

Come già ricordato, l’art. 5 raccomanda un’interlocuzione informale con il ‘gruppo di coordinamento’.¹⁷⁸ Se l’operazione rientra senza ragionevole dubbio nelle fattispecie astratte delle Misure o se il gruppo di coordinamento conferma informalmente che sia necessaria la dichiarazione, l’investitore o in alternativa le imprese cinesi destinatarie dell’investimento procedono a depositare la dichiarazione presso il gruppo di coordinamento con i contenuti minimi previsti dall’art. 6: “(1) una dichiarazione scritta; (2) il piano di investimento; (3) un’illustrazione degli eventuali pregiudizi dell’investimento alla sicurezza nazionale; (4) altri contenuti richiesti dal gruppo di coordinamento (5) i dati identificativi dell’investitore”. Nella raccolta di dati per il contenuto della dichiarazione, il gruppo di coordinamento si serve anche delle municipalità (Pechino, Chongqing, Shanghai, Tianjin) per ottenere le informazioni già in loro possesso per altri motivi.

L’art. 15 prevede anche la forma della ‘raccomandazione’ da parte di soggetti terzi qualificati: organi pubblici rilevanti, imprese, gruppi sociali o il ‘pubblico’. Qualora questi ritengano che un investimento abbia un impatto sulla sicurezza nazionale, possono depositare una raccomandazione al gruppo di coordinamento affinché ingiunga all’investitore straniero di procedere con dichiarazione. Un simile strumento in capo a soggetti terzi potrebbe essere introdotto anche negli ordinamenti occidentali in qualità di segnalazioni, ad esempio limitate alle associazioni di categoria

portafoglio, tuttavia, non esplicitamente: “*Where foreign investors purchase domestic enterprise stocks through securities exchanges or other securities trading venues approved by the State Council, and it will or might impact national security [...]*”.

¹⁷⁸ La traduzione in inglese della normativa parla di “*Office of the Working Mechanism*”. Essendo l’ordinamento italiano il punto di partenza di tale analisi, si preferisce utilizzare il termine previsto dal legislatore italiano nel d.L. 21/2012.

e alle PA regionali e locali. In tal modo, vi sarebbe un ulteriore cerchio di attenzione sugli investimenti esteri, ulteriore rispetto alla Presidenza del Consiglio.

c) Il procedimento

Il procedimento amministrativo consta di tre fasi e relativi termini: fase preliminare, valutazione ordinaria, valutazione speciale. La fase preliminare, disciplinata all'art. 7, prevede un termine di 15 giorni in cui il gruppo di coordinamento stabilisce se risulta necessario procedere ad uno scrutinio dei profili di sicurezza nazionale dell'investimento. La valutazione ordinaria è atta a circoscrivere i suddetti profili di sicurezza nazionale osservati nella fase preliminare. Qualora il gruppo di coordinamento concludesse, che tali profili sono in realtà inesistenti, la valutazione ordinaria si conclude con l'autorizzazione dell'investimento. Ai sensi dell'art. 8, tale seconda fase ha un termine di 30 giorni. La valutazione speciale è un'ultima fase prevista qualora dalla valutazione ordinaria siano emersi specifici profili di sicurezza nazionale. Al termine di tale procedimento, il gruppo di coordinamento comunica l'autorizzazione, il rigetto dell'investimento o altrimenti l'imposizione di condizioni che l'investitore dovrà promettere di osservare ai fini del compimento dell'operazione. Quest'ultima fase è disciplinata dall'art. 9 che prevede anche il termine di 60 giorni dall'inizio della valutazione speciale. Inoltre, il c. 3 prevede anche la facoltà del gruppo di coordinamento di prorogare il termine della valutazione speciale in presenza di circostanze speciali comunicate per iscritto alle parti coinvolte.

L'insieme dei termini comporta che il procedimento può avere una durata che varia dai 15 ai 105 giorni, con un'ulteriore proroga illimitata della valutazione speciale. Tuttavia, destano dubbi due decorrenze: nel caso della fase preliminare, si tratta del giorno in cui il gruppo di coordinamento riceve la documentazione della dichiarazione e nel caso della valutazione speciale, si tratta del giorno di inizio della fase stessa. Tali decorrenze possono essere facilmente ritardate dalla stessa autorità per dilatare maggiormente i tempi.

Le Misure si limitano a definire il regime di termini del procedimento senza affrontare gli altri profili del procedimento: in particolare, i limiti alla discrezionalità dell'amministrazione, i criteri principali su cui la fase istruttoria si deve basare, i componenti del gruppo di coordinamento. Su quest'ultimo punto, i commentatori internazionali hanno concluso¹⁷⁹ che trattasi del gruppo di coordinamento già istituito nel 2011 per un procedimento amministrativo simile a quello vigente, con

¹⁷⁹ Cfr. Hogan Lovells LLP, 'China, People's Republic of' *Lexology Pro* (29 novembre 2022) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=96938800-3f0f-4795-8737-6d17a838a32a>; Wei Liu, 'Foreign direct investment in China' *Pinsent Masons* (7 giugno 2023) <https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/foreign-direct-investment-china>; Canada Trade Commission, 'China's new national security review for foreign investment' (28 maggio 2021) https://www.tradecommissioner.gc.ca/security_foreign_investment-securite_investissements_etrangers.aspx?lang=eng

rappresentanti della Commissione Nazionale dello Sviluppo e delle Riforme e del Ministero del Commercio.¹⁸⁰

d) Sanzioni

Le Misure non si interessano in maniera rilevante del carattere punitivo della normativa, bensì di neutralizzare i rischi alla sicurezza nazionale. Fermo restando la legge penale cinese,¹⁸¹ gli artt. 16-18 prevedono alcune fattispecie: l'ipotesi in cui le parti coinvolte si rifiutino di depositare dichiarazione anche a seguito di ingiunzione del gruppo di coordinamento (art. 16); false o omesse informazioni prodotte o omesse con dolo¹⁸² (art. 17); violazione di condizioni e successive correzioni (art. 18). Il gruppo di coordinamento dovrà ordinare la liquidazione degli attivi e delle partecipazioni societarie¹⁸³ in possesso dell'investitore straniero e qualsiasi altra misura necessaria a eliminare l'impatto dell'investimento sulla sicurezza nazionale.

Inoltre, nella circostanza in cui le parti dichiaranti abbiano prodotto false informazioni o omesse altre, il gruppo di coordinamento revoca l'autorizzazione se questa era già stata rilasciata.

L'art. 19 prevede inoltre che le circostanze previste ai sensi degli articoli precedenti comportano anche una scritturazione negativa nel sistema di credito sociale nazionale.

e) Azione di screening in materia di tecnologie 5G e altre tecnologie critiche

L'azione di screening del gruppo di coordinamento cinese è prevista per gli eventi di acquisizione di controllo nei settori dell'informatica, dei prodotti e servizi Internet e infine per tecnologie critiche (art. 4 c. 1 n. 2). Pertanto, si presume che le tecnologie di quinta generazione ricadano nell'ambito delle tecnologie critiche. Tuttavia, l'impatto di tale controllo nel settore della rete 5G appare particolarmente limitato dal limite alla internazionalizzazione del mercato cinese delle telecomunicazioni già affrontato *supra*. Infatti, si registra come l'intera rete sia stata sviluppata da SOEs cinesi (China Unicom, China Tower e China Mobile) con tecnologie sviluppate dalle società cinesi Huawei e ZTE, fortemente legate all'apparato statale.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Art. III (II), *Circular of the General Office of the State Council on the Establishment of Security Review System Regarding Merger and Acquisition of Domestic Enterprises by Foreign Investors* (国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知), promulgata dal Consiglio di Stato, 3 febbraio 2011, entrata in vigore il 4 marzo 2011. Il testo tradotto in inglese è consultabile al seguente link: <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/aaa/201103/20110307430493.shtml>

¹⁸¹ *Criminal Law of the People's Republic of China* (中华人民共和国刑法), promulgata dal Congresso Nazionale del Popolo, 1 luglio 1979. Il testo tradotto in inglese è consultabile al seguente link: <https://www.chinalawtranslate.com/en/criminal-law-2021/>

¹⁸² La traduzione inglese è “*in order to deceitfully pass security review*”.

¹⁸³ La lettera della norma, particolarmente approssimativa, permette di includere nel novero anche gli strumenti finanziari ibridi, non propriamente partecipazioni societarie al momento dell'investimento. Ad esempio, bond convertibili, strumenti di debito con diritti amministrativi.

¹⁸⁴ Per un maggior approfondimento, cfr. *supra* §2.2.1.

L'ingresso di tecnologie straniere avviene a monte nella catena di approvvigionamento, in particolare nell'ambito dei semiconduttori e dei conseguenti processori. Al netto della mancata reportistica ufficiale sul controllo di investimenti esteri diretti, si può comunque concludere una generale mancanza di resistenza delle autorità cinesi nell'ingresso di componenti di quinta generazione nel mercato cinese, in particolare vista la difficoltà di una sufficiente produzione di processori domestici.¹⁸⁵ È doveroso tuttavia segnalare un recentissimo caso particolarmente opaco reso pubblico il 15 agosto 2023: Intel Inc. e Tower Semiconductor, società israeliana attiva nella produzione di processori, hanno deciso di risolvere i propri accordi contrattuali di investimento. Le due società avevano tentato per più di 12 mesi di ottenere le autorizzazioni governative cinesi ed infine è stata loro negata l'autorizzazione *antitrust*.¹⁸⁶ L'accadimento è stato interpretato come una controffensiva del regime cinese alle limitazioni imposte alle società cinesi nei mercati occidentali.

Attenendosi invece alle fonti giuridiche scritte, si adduce alla medesima conclusione che la Cina non è ancora pronta a restringere significativamente i mercati delle materie prime e dei componenti delle tecnologie 5G e di altre tecnologie critiche. In primo luogo, la normativa FDI non ingloba anche gli eventi commerciali come invece è avvenuto con l'art. 1-bis d.L. 21/12 in Italia e con altri strumenti normativi negli Stati Uniti e in Regno Unito. In secondo luogo, in concomitanza con la Foreign Investment Law, il Ministero del Commercio aveva emanato un decreto ministeriale disponendo la redazione di una *Unreliable Entities List* ("UEL"),¹⁸⁷ simile alla *Entity List* statunitense. Al settembre 2023, tale elenco non è ancora stato reso noto e si presume non ancora redatto.

Per concludere, il mercato cinese dell'implementazione della rete 5G è circoscritto ai soli operatori cinesi: non solo sussistono limiti di carattere pattizio sanciti nel Protocollo di Adesione OMC, ma il Governo cinese è anche attivamente coinvolto nel limitare la costruzione dell'infrastruttura ad un numero ristretto di enti ad esso collegati: nel biennio 2019-2020, significativo per gli investimenti nel settore, il mercato cinese di riferimento è stato esclusivamente finanziato dalle SOEs sopraccitate.¹⁸⁸ I mercati a monte delle tecnologie necessarie per i componenti 5G non sono invece chiusi al capitale estero per il momento per via delle limitate capacità produttive degli omologhi produttori cinesi, in particolare nell'ambito dei processori e dei semiconduttori. Nei mercati a monte, hanno avuto più impatto le restrizioni nel senso opposto previste da altri Paesi come gli Stati Uniti, il Regno Unito, l'Italia, la Francia e le Repubbliche Baltiche.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Cfr. dati sulla SMIC, *supra* §2.2.1.

¹⁸⁶ James Shoter, Qianer Liu, Ryan McMorro, 'China thwarts Intel's \$5.4bn Israeli chipmaker purchase' *Financial Times* (16 agosto 2023). Consultabile al seguente link: <https://www.ft.com/content/416091c1-0762-4530-a6d7-c89528734047>

¹⁸⁷ Decreto ministeriale n. 4, *Provisions on the Unreliable Entity List* (不可靠实体清单规定), emanato dal Ministero del Commercio, 19 settembre 2020, in vigore dal 19 settembre 2020. Il testo tradotto in lingua inglese è consultabile al seguente link: <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/questions/202009/20200903002580.shtml>

¹⁸⁸ Daniel Slotta, '5G capital expenditure investments in China in 2019 and 2020, by telecom company (in billion U.S. dollars) [Graph]' *Statista* (12 aprile 2023). I dati sono consultabili al seguente link: <https://www.statista.com/statistics/1199877/china-5g-capex-investments-by-telecom-company/>

¹⁸⁹ Cfr. *supra* §§2.2.2 e 2.6.

3.6. CONCLUSIONE: LA NORMATIVA ITALIANA ALLA PROVA DELL'ANALISI COMPARATA. DAL CONTROLLO SUGLI INVESTIMENTI AL CONTROLLO SULLE CATENE DI APPROVVIGIONAMENTO

A conclusione del capitolo e dell'intero elaborato, il presente paragrafo è pensato come rappresentazione dei principali rilievi e spunti di riflessione in merito alla normativa *golden power*, in particolar modo per quanto attiene alla tecnologia 5G, ponendo il sistema del d.L. 21/12 in rapporto alle omologhe normative di tre Stati partner – Stati Uniti, Regno Unito e Francia – e del principale Stato avverso, la Cina. L'utilità di tale ricerca risulta chiara se si completa l'argomentazione nel più ampio contesto delle tecnologie critiche: la politica legislativa degli Stati nei confronti delle componenti della rete di quinta generazione funge da precedente per tutti i mercati che contribuiscono allo sviluppo di tecnologie capaci di archiviare e processare grandi quantità di dati.

Pertanto, il presente paragrafo conclusivo si sviluppa nella trattazione dei rilievi positivi emersi dall'analisi comparata, i rilievi negativi, alcuni spunti di riflessione e, infine, una rappresentazione dei possibili trend legali del prossimo decennio nell'ambito delle tecnologie critiche.

a) *Rilievi positivi della normativa italiana*

Al netto dell'analisi della normativa italiana e degli altri ordinamenti selezionati, risultano cinque rilievi da valutare positivamente a favore dell'ordinamento italiano: (i) definizione dell'evento da notificare; (ii) termini del procedimento; (iii) principi della valutazione e trasparenza del procedimento amministrativo; (iv) *accountability* dell'azione governativa; (v) azione di *screening* degli investimenti in tecnologie 5G. A differenza degli altri ordinamenti scrutinati, il d.L. 21/12 si presenta come una fonte giuridica onnicomprensiva di tutti gli eventi oggetto di scrutinio ai fini della sicurezza nazionale: sia gli eventi di natura societaria, sia di natura commerciale ai sensi degli artt. 1-bis e 2. Anche gli Stati Uniti hanno adottato un approccio simile sebbene non codificato nella legge bensì emerso dalla recente prassi del CFIUS: incontri periodici con il Governo per discutere i piani aziendali e obbligo di affidarsi solo a fornitori autorizzati per la propria catena di approvvigionamento.¹⁹⁰ Diversamente, gli altri ordinamenti non prevedono uno *screening* per gli eventi commerciali analogo a quello previsto per i tradizionali eventi di carattere societario riguardanti l'acquisizione di controllo delle società stabilite nella giurisdizione dello Stato. Questi ultimi procedono comunque a controlli e all'imposizione di condizioni e limiti all'autonomia contrattuale delle società ai fini della sicurezza nazionale, tuttavia al di fuori del raggio di azione dei meccanismi FDIS: gli Stati Uniti attraverso l'*executive order* no. 13873/2019 e la *Entity List*, il Regno Unito con gli indirizzi emanati ai sensi della s. 105Z1 Communications Act 2003, la Francia si presume attraverso le più recenti concessioni e licenze emanate dall'ANSSI.¹⁹¹ Nell'ambito

¹⁹⁰ Cfr. *supra* §3.2-f.

¹⁹¹ Cfr. *supra* §3.4-f.

dell'Unione europea e della NATO, sarebbe auspicabile un dialogo comune sulla definizione degli eventi soggetti ad obbligo di notifica per garantire una tutela armonizzata della sicurezza europea e dei partner militari. Sul punto, la revisione del Reg. (UE) 2019/452 appare un'opportunità per tale dibattito.

Nell'ambito dei termini, il procedimento *golden power* risulta il più virtuoso: non solo presenta il termine più ristretto di 45 giorni ma lo rende ancora più efficace con il sistema del silenzio-assenso che limita il raggio di azione della Presidenza del Consiglio a favore degli interessi economici privati delle parti coinvolte. Questa tutela è erede della 'rivoluzione' culturale-giuridica dell'art. 20 L. 241/90 che introdusse nel diritto amministrativo italiano il concetto di silenzio-assenso. I procedimenti statunitense e cinese si attestano il record con rispettivamente 120 e 105 giorni massimi. Nel secondo caso, è inoltre prevedibile un'ulteriore proroga a discrezione del gruppo di coordinamento cinese in presenza di circostanze eccezionali.

Anche il sistema di decorrenza risulta un *favor* ai soggetti notificanti: i termini iniziano infatti a decorrere dalla data di deposito della notifica e non dalla sua accettazione come è invece previsto dal DPA 1950 e dal NSIA 2021.

Risulta meritevole di menzione anche l'ipotesi della sospensione dell'operazione notificata durante l'espletamento del procedimento amministrativo: tutti gli ordinamenti prevedono la sospensione *ex lege* salvo gli Stati Uniti. Ai sensi della s. 721 (l) (1) DPA 1950, il CFIUS può sospendere l'operazione durante la revisione o l'investigazione quando l'investimento potrebbe porre un rischio alla sicurezza nazionale degli Stati Uniti.¹⁹² Alla luce delle citate tutele a favore delle parti coinvolte, l'assenza nel nostro ordinamento di un tale meccanismo flessibile di sospensione non risulta particolarmente necessario.

Nell'ambito dei principi dello scrutinio governativo, solo il DPA 1950 risulta più dettagliato del d.L. 21/12. Infatti, la norma statunitense prevede undici fattori, principalmente riguardanti la produttività nazionale e i rischi di proliferazione di armi nei mercati internazionali. A questi si aggiungono ulteriori fattori introdotti con executive order no. 14083/2022 in materia TID: dalla resilienza delle *supply chains* alla verifica di investimenti incrementali e di nuove vulnerabilità cibernetiche.¹⁹³ Confrontando invece il d.L. 21/12 con le normative degli altri ordinamenti, il primo risulta maggiormente in linea con il principio di legalità sostanziale in quanto prevede il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e specifici parametri di valutazione dei rischi alla sicurezza nazionale. Similmente anche l'art. R151-8 CMF che prevede il rispetto del principio di proporzionalità nelle condizioni imposte all'investitore e altri fattori riconducibili a quelli italiani.¹⁹⁴

¹⁹² Cfr. *supra* §3.2-c.

¹⁹³ Cfr. *supra* §3.2-f.

¹⁹⁴ Cfr. *supra* §3.3-c.

Sono precisati inoltre ulteriori parametri di valutazione applicabili ai soli soggetti esterni all'Unione europea.¹⁹⁵

La disciplina italiana è premiabile anche dal punto di vista della trasparenza del procedimento amministrativo: nelle altre giurisdizioni non si osserva la stessa precisione del legislatore italiano nel definire i singoli passaggi e le competenze di ciascun organo pubblico coinvolto. Questo assicura maggiore trasparenza per i soggetti coinvolti nel procedimento e d'altra parte definisce in maniera precisa le competenze di tutti i Ministeri, dipartimenti, agenzie e autorità coinvolti.

Anche in materia di *accountability*, la prassi amministrativa italiana risulta allineata alle migliori pratiche del CFIUS, organo *leader* a livello globale in tale ambito. Tuttavia, mentre la s. 721 (m) DPA 1950 prevede i contenuti minimi che il Comitato deve predisporre nella propria relazione annuale,¹⁹⁶ la completezza delle relazioni della Presidenza del Consiglio è frutto della prassi amministrativa che ogni anno ha perfezionato lo strumento per fornire una completa informativa sulle novità della normativa, sulle statistiche dell'anno di competenza e infine sui singoli procedimenti scrutinati. Un ulteriore spunto per perfezionare la trasparenza dell'azione governativa potrebbe giungere dalla s. 29 NSIA 2021 per la quale il Segretario di Stato britannico è tenuto alla pubblicazione per estratto dei provvedimenti finali.¹⁹⁷ Una pubblicazione del genere promuove la divulgazione di maggiori dettagli e soprattutto un aggiornamento continuo della prassi amministrativa conosciuta dal pubblico.

Infine, in materia di investimenti 5G, si può concludere che la riforma del Decreto Ucraina-bis ha perfezionato l'ecosistema di controlli FDIS e soprattutto garantisce un elevato livello di continuità nella gestione dei rischi di sicurezza nazionale con un rapporto di interlocuzione periodico degli operatori con la Presidenza del Consiglio. Osservando le giurisdizioni attigue sarebbe auspicabile l'introduzione di una normativa simile alla s. 103 (b) (5) CHIPS Act: il divieto di concludere alcuna operazione significativa che possa comportare l'espansione della capacità tecnologica della Repubblica popolare cinese o di altri Paesi individuati. L'obbligo sorge in capo alle società che beneficiano di incentivi pubblici per le attività di R&D nell'ambito dei processori e altre tecnologie critiche.¹⁹⁸

b) Rilievi negativi della normativa italiana

Al netto dell'analisi della normativa italiana e degli altri ordinamenti selezionati, risultano tre rilievi negativi, ovvero sia aspetti rinvenuti in altre normative e che sarebbe possibile e auspicabile introdurre nel d.L. 21/2012: (i) il sistema di notifica volontaria; (ii) la convalida dell'investimento

¹⁹⁵ Cfr. *supra* §1.3.1-a, -c.

¹⁹⁶ Cfr. *supra* §3.2-e.

¹⁹⁷ Cfr. *supra* §3.3-e.

¹⁹⁸ Cfr. *supra* §3.2-f.

non notificato; (iii) la revisione e l'assistenza finanziaria. I primi due profili citati provengono dal NSIA 2021 e dal CMF. La notifica volontaria è uno strumento a favore della società *target* o venditrice e risolve un problema pratico a cui le parti possono facilmente incorrere: l'investitore minimizza la necessità della, o le risorse necessarie per la, notifica *golden power* e il soggetto venditore, in disaccordo, si ritrova costretto a subire le tempistiche della negligenza della controparte. Il sistema previsto dalla s. 18 NSIA 2021 e dall'art. R151-4 CMF risolve tale problema, soprattutto alla luce del carattere necessariamente approssimativo dei settori rilevanti ai fini dello *screening*.¹⁹⁹ L'attuale impianto italiano non offre tale opportunità al venditore e alla società oggetto di investimento: diversamente sussistono ipotesi in cui è la società a notificare la delibera, l'atto o l'operazione ai fini dell'esercizio del potere di veto ex art. 1 c. 4; altrimenti, per determinate delibere ai sensi dell'art. 2 cc. 2 e 2-bis. Tuttavia, si tratta di casi residuali, in quanto d'altra parte è già sorto in precedenza l'obbligo di notifica in capo all'investitore-acquirente, e risultano inoltre particolarmente 'postumi', ovverosia si collocano in una circostanza in cui le parti si sono già vincolate contrattualmente e si è arrivati all'ultima formalità richiesta: l'insieme delle delibere societarie che suggellano quanto già stabilito *inter partes*.

In secondo luogo, la convalida dell'operazione è un utile strumento che da un lato assicura il corretto scrutinio dei profili di sicurezza nazionale, dall'altra rappresenta una valida alternativa all'irrogazione di inutili sanzioni amministrative pecuniarie per mancata notifica. Queste ultime potrebbero essere in tal modo essere limitate ai soli casi di dolo o di colpa grave.

La revisione dei provvedimenti già emanati rappresenta invece una disposizione che rende più efficace l'attività di monitoraggio post-investimento. Disposizione simile è rinvenibile nella s. 721 (b) (1) (D) DPA 1950,²⁰⁰ nella s. 15 NSIA 2021²⁰¹ e all'art. R151-9 CMF.²⁰² In tal modo, la Presidenza del Consiglio²⁰³ avrebbe maggiore potere su profili di sicurezza nazionale in evoluzione: si pensi ai potenziali sviluppi bellici in Ucraina e Taiwan. Cambiamenti geopolitici e militari repentini possono causare un cambiamento delle priorità e della cautela del Governo in materia di sicurezza nazionale. D'altra parte, l'assistenza finanziaria prevista dalla s. 30 NSIA 2021, tutelerebbe le parti coinvolte da inattese o brusche svolte dell'azione governativa.

Al netto dei rilievi positivi e negativi fin qui individuati, l'esame della normativa italiana e delle fonti giuridiche omologhe di altre giurisdizioni rendono evidenti la necessità di una riforma strutturale

¹⁹⁹ Cfr. *supra* §3.3-a.

²⁰⁰ Cfr. *supra* §3.2-c.

²⁰¹ Cfr. *supra* §3.3-b.

²⁰² Cfr. *supra* §3.4-c.

²⁰³ Ad oggi risultano esperibili solo la revoca del provvedimento per sopravvenuti motivi di interesse pubblico ex art. 20-quinquies L. 241/90 o la rettifica degli errori materiali.

del testo. Sarebbe auspicabile che il legislatore presentasse uno nuovo schema di atto normativo che ‘alleggerisca’ la disciplina sia dal punto stilistico che operativo. Lo stile del d.L. 21/12 appare troppo fitto e intricato: si pensi alla suddivisione in tre pilastri; tuttavia, con ambiti di applicazione parzialmente sovrapponibili e alle volte ridondanti; alla struttura dei commi composti da decine di periodi con una sintassi di difficile lettura. Dal punto di vista operativo, i costanti interventi sul decreto-legge avvenuti nell’ultimo decennio hanno comportato una stratificazione di procedimenti che spesso dimentica la praticità e l’operatività di questi ultimi: si pensi alle notifiche per investimenti *greenfield* e ai procedimenti d’ufficio che sono stati introdotti con un rinvio generico alle norme procedurali destinate alle notifiche del testo originario. Allo stesso modo, il dPCM 133/2022, emanato con lo scopo di introdurre strumenti deflattivi del procedimento *golden power*, ha creato nuovi e paralleli procedimenti amministrativi di competenza del gruppo di coordinamento. Un unico procedimento, provvisto di più fasi separate (preliminare, istruttoria, decisoria) e con l’adozione di tutele anche viste nei passaggi precedenti – ad esempio, revisione, convalida e assistenza finanziaria – permetterebbe di garantire maggiore uniformità e chiarezza ai profili operativi della normativa. Si trova concorde anche l’Ufficio Valutazione Impatto del Senato della Repubblica che ha di recente pubblicato un documento di analisi della normativa riconoscendo nella stratificazione della disciplina un aspetto negativo a cui dover rimediare.²⁰⁴ L’Ufficio individua nella scadenza dell’obbligo di recepimento della Direttiva NIS 2²⁰⁵ e della dir. (UE) 2022/2557, ovverosia ottobre 2024, l’opportunità per il legislatore nazionale di proporre un testo armonizzato e razionalizzato sostitutivo del d.L. 21/2012.

c) Spunti di riflessione

Il presente sotto-paragrafo raccoglie profili di criticità della normativa italiana che non sono purtroppo risolvibili dal legislatore nazionale bensì rappresentano degli spunti di riflessione al livello europeo e trans-atlantico e in tali contesti potrebbero trovare soluzione. Trattasi dell’applicazione della disciplina a investitori nazionali e intra-UE e al coordinamento tra molteplici procedimenti autorizzatori.

La disciplina italiana nasceva come uno scrutinio principalmente a difesa di investimenti diretti provenienti da Paesi terzi rispetto all’Unione europea. Gli investitori nazionali erano inizialmente soggetti all’obbligo di notifica solo per le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e di sicurezza nazionale. Nel tempo la normativa si è poi espansa: le imprese italiane sono soggette all’obbligo di notifica del piano annuale delle forniture ai sensi dell’art. 1-bis, mentre gli investitori appartenenti all’Unione europea nei “settori delle comunicazioni, dell’energia, dei trasporti, della

²⁰⁴ Davide Zaottini, ‘Documento di analisi n. 28 - Golden Power. La disciplina dei poteri speciali del governo’, *Ufficio Valutazione Impatto del Senato della Repubblica*, 27 luglio 2023, p. 25. Il documento è consultabile al seguente link: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg19/attachments/documento/files/000/112/527/DA_28_golden_power.pdf

²⁰⁵ Cfr. *supra* §2.4

salute, agroalimentare e finanziario”.²⁰⁶ Similmente al d.L. 21/12, il CMF prevede l’obbligo di autorizzazione per tutti gli investitori esteri indifferentemente dalla loro appartenenza o meno all’Unione europea. Il NSIA 2021 si applica parimenti ad investitori inglesi e non. Il punto non è di facile risoluzione, soprattutto nell’ambito delle tecnologie critiche, in quanto si interseca con i profili di cybersecurity. Inoltre, alcuni Stati UE, *in primis* Italia e Francia, sono tuttora restii ad una totale libera circolazione del capitale e tendono a evitare interferenze estranee nelle partecipate nei settori strategici, eredi degli antichi ‘campioni nazionali’.²⁰⁷

Il profilo di cybersecurity è di più facile risoluzione: la cybersicurezza deve emanciparsi dal contesto della sicurezza nazionale e diventare un nuovo interesse pubblico, protetto sia direttamente sia trasversalmente. La tutela dell’interesse pubblico in via diretta potrebbe avvenire con nuovi procedimenti di *screening* per la cybersicurezza dei sistemi operativi e degli attivi strategici in capo alle agenzie competenti nazionali. In secondo luogo, una tutela trasversale comporta normative di *compliance* e di *disclosure* delle proprie politiche di cybersicurezza per tutte quelle società ritenute strategiche. Un approccio simile è già riscontrabile nell’ordinamento statunitense, dove la SEC ha di recente emendato la normativa di rango secondario del settore finanziario: 17 CFR 229 ss.²⁰⁸ A partire dal 5 settembre 2023, le società quotate su mercati regolamentati statunitensi sono soggetti a obblighi di *disclosure* di incidenti cibernetici materiali, dei processi di identificazione e gestione delle vulnerabilità, del ruolo dell’amministrazione nelle politiche di cybersecurity e delle attività di monitoraggio del consiglio di amministrazione.

Il secondo profilo comporta invece delle decisioni macro-economiche su scala europea, probabilmente premature per le attuali circostanze geopolitiche della regione. Gli Stati membri con le economie più sviluppate non intendono sganciare gli ex campioni nazionali dal rapporto ‘confidenziale’ con i rispettivi Governi. D’altra parte, l’attuale impostazione del mercato concorrenziale europeo non incentiva la creazione di ‘campioni europei’. In breve, il quadro risulta distonico: nessuna parte intende rammendare le contorte dinamiche del mercato unico europeo, tuttavia, è evidente che un mercato unico in cui gli investitori non possono muoversi per motivi di sicurezza nazionale risulta illogico e pregiudizievole della competitività dei *player* europei nel mercato globale. Risulta adeguato, nel rispetto del principio di reciprocità, che anche il legislatore italiano abbia incrementato il proprio regime di *screening* includendo anche i soggetti appartenenti all’UE. Tuttavia, sarebbe auspicabile un superamento comune di tale profilo. La revisione del Reg. (UE) 2019/452 potrebbe essere un’occasione di dialogo sul punto ma difficilmente si può aspettare una posizione netta della Commissione europea sull’argomento: oltre alle ragioni di carattere politico

²⁰⁶ Art. 2 c. 5, II periodo d.L. 21/2012

²⁰⁷ Cfr. *supra* §1.1.1.

²⁰⁸ Securities and Exchange Commission, ‘Final rule. Cybersecurity Risk Management, Strategy, Governance, and Incident Disclosure’ (26 luglio 2023) L’emendamento è consultabile in lingua inglese al seguente link: <https://www.sec.gov/rules/final/2023/33-11216.pdf>

e inter-istituzionale, prevale il diritto degli Stati membri di tutelare gli interessi essenziali della propria sicurezza ai sensi dell'art. 346 TFUE.

Un ulteriore profilo di criticità emerge in tutte le giurisdizioni: la compresenza di molteplici procedimenti autorizzatori per la medesima operazione di investimento. Lo *screening* per la sicurezza nazionale non fa altro che aggiungersi al controllo delle fusioni per i profili di antitrust e alle normative di settore che spesso prevedono procedimenti autorizzatori per gli stessi settori strategici, si pensi alla vigilanza prudenziale nei settori bancario (Banca d'Italia) e assicurativo (Ivass) o alle autorizzazioni per la prestazione di servizi di media (AGCOM). Le operazioni più grandi comportano spesso ulteriori profili che non si limitano al solo investimento nel capitale sociale della *target*, bensì anche acquisizioni di proprietà intellettuale, cessioni di rami d'azienda, contratti di fornitura o distribuzione di lunga durata. In queste ipotesi possono inserirsi ulteriori procedimenti autorizzatori a tutela di ulteriori interessi pubblici quali l'importazione di sostanze attive da Paesi terzi (AIFA) o il trasferimento di dati personali al di fuori dello Spazio Economico Europeo (Garante della Privacy). La *compliance* dell'operazione si complica in presenza di gruppi bancari, dove il coinvolgimento nell'operazione di più settori finanziari può comportare l'onere di interfacciarsi con almeno tre autorità: Banca d'Italia, Ivass, Consob. L'architettura di autorità e agenzie risulta ragionevole per la salvaguardia dei molteplici e diversificati interessi pubblici, tuttavia, il moltiplicarsi delle necessità di tutela della collettività sta rendendo sempre più gravosa l'esecuzione delle operazioni, spesso con notevole ridondanza delle informazioni rilasciate ai diversi organi pubblici.

Il NSIA 2021 ha abbozzato una soluzione alla s. 31 in caso di contemporaneità del procedimento FDIS del Segretario di Stato e del procedimento di *merger control* della CMA. Tuttavia, come già argomentato,²⁰⁹ la soluzione risulta di difficile replicazione nell'ordinamento italiano in quanto comporterebbe una lesione del principio di indipendenza dell'AGCM. D'altra parte, risulta anche riduttivo della stessa funzione della CMA e di qualsiasi autorità antitrust. Queste ultime sono istituite con il chiaro obiettivo di scrutinare l'impatto economico di un'operazione sul mercato rilevante e sui consumatori. Di conseguenza, tale procedimento non può essere 'inquinato' dalle riflessioni di sicurezza nazionale del Governo che seguono tutt'altra logica e soprattutto perseguono tutt'altri scopi. Le tecnologie 5G ne sono l'esempio pratico: da un punto di vista concorrenziale, le autorità antitrust non possono non concludere che l'inclusione di operatori cinesi nei mercati rilevanti delle componenti di quinta generazione sia da favorire nel contesto di una diversificazione delle offerte e dei fornitori. Il Governo, d'altra parte, bloccherà le medesime operazioni per evitare vulnerabilità cibernetiche nell'infrastruttura digitale nazionale e sulla base di considerazioni di sicurezza economica.

La soluzione avanzata dal legislatore britannico non appare quindi convincente. Andrebbe invece ideato un sistema di coordinamento dei molteplici procedimenti amministrativi, in particolare per la

²⁰⁹ Cfr. *supra* §3.3-c.

gestione dei dati e per un efficace bilanciamento di tutti gli interessi in campo. Un tale coordinamento, simile alle conferenze di servizi *ex artt.* 14 ss. L. 241/90, sarebbe ancora più efficace applicando innovative tecnologie di supervisione (cd. ‘SupTech’) che permettano di automatizzare gran parte dei procedimenti, lasciando agli operatori umani la fase decisoria.²¹⁰ Quest’ultima avrà modo di espandersi e dare più spazio alla composizione dialettica tra le PA dei diversi interessi pubblici tutelati. In tal modo, le parti coinvolte negli investimenti dovranno attendere una sola risposta onnicomprensiva di tutti i profili regolatori.

d) Conclusione: dal controllo sugli investimenti al controllo sulle catene di approvvigionamento

Come già affermato *supra*, le politiche legislative e le prassi amministrative che si vanno sviluppando nell’ambito delle tecnologie 5G rappresentano un precedente per l’approccio degli Stati nei confronti di tutti i mercati rilevanti per la ricerca e lo sviluppo delle ulteriori tecnologie critiche. Non a caso è proprio questa la *ratio* del novellato art. 1-bis d.L. 21/12: “ulteriori servizi, beni, rapporti, attività e tecnologie rilevanti ai fini della sicurezza cibernetica, ivi inclusi quelli relativi alla tecnologia *cloud*, possono essere individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri”.

La rivoluzione Internet ha traghettato la società in uno ‘*zettaflood*’²¹¹ di dati. Le tecnologie critiche che si appoggeranno a reti di quinta generazione porteranno alla raccolta, archiviazione e trattamento di yottabyte (10^{24}) e rottabyte (10^{27}) di dati. Nella maggior parte dei casi il loro trattamento non sarà nemmeno compiuto da operatori umani. Si pensi anche allo sviluppo del 6G che entro il 2030 renderà possibile la trasmissione di 1Tbps, aprendo alla prospettiva del cd. ‘Internet dei sensi’.²¹² Una società globale così dipendente dalla tecnologia deve necessariamente essere sicura per garantire la sicurezza economica e il rispetto dei valori umani e, nel nostro caso, occidentali. Sul punto è necessario portare l’attenzione anche alle recenti fonti giuridiche cinesi, in particolare l’art. 35 della Data Security Law.²¹³ L’articolo introduce un obbligo in capo alle organizzazioni che archiviano dati personali di cooperare con le autorità nella condivisione dei suddetti dati per motivi di ‘sicurezza nazionale’. Disposizioni di questo tipo, alla luce dell’estensione del concetto di sicurezza nazionale nell’ordinamento giuridico cinese, aumentano le preoccupazioni degli Stati nei confronti di tecnologie che comporterebbero la trasmissione di dati personali a società stabilite in Cina.

²¹⁰ Patrick Armstrong, “RegTech and SupTech – change for markets and authorities”, *ESMA Report on Trends, Risks and Vulnerabilities*, 1/2019, pp. 42 ss.

²¹¹ Floridi, *The fourth revolution: How the infosphere is reshaping human reality*, OUP Oxford, 2013, p. 13

²¹² European Commission, ‘Shaping Europe’s Digital Future’ (14 giugno 2023). Consultabile al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/5g>

²¹³ *Data Security Law* (中华人民共和国数据安全法), promulgata dal Congresso Nazionale del Popolo, 10 giugno 2021, in vigore dal 1 settembre 2021. Il testo in lingua inglese della legge è consultabile al seguente link: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202112/1abd8829788946ecab270e469b13c39c.shtml>

I settori strategici ‘tradizionali’ erano e sono minacciati solo in presenza di un investitore estero che entra nella compagine societaria e per di più acquisisce il controllo dell’assemblea. Per garantire la sicurezza delle tecnologie critiche, è invece necessario assicurare la ‘salute’ del loro *design*. Il controllo governativo assume pertanto un carattere programmatico e preventivo: oggi si scrutinano i rischi di sicurezza nazionale di *design*, in vista del prodotto finale che risulterà strategico solo dopo qualche anno di ricerca e sviluppo. Risulta pertanto necessario uno scrutinio delle catene di approvvigionamento²¹⁴ delle società strategiche. La rete 5G ne è l’esempio pratico. La scelta della Presidenza del Consiglio²¹⁵ di escludere le componenti radio di origine non-UE è precisa nel limitare l’insinuazione di componenti tecnologiche ideate per creare vulnerabilità cibernetiche o per catturare i dati che trasportano. Per gli stessi motivi, gli Stati Uniti hanno adottato un approccio più aggressivo implementando diversi strumenti giuridici di controllo per ostacolare lo sviluppo delle componenti di quinta generazione di origine cinese: lo Huawei ban, il CHIPS Act, l’executive order no. 14105/2023 sugli investimenti in uscita. Il Regno Unito e la Francia hanno adottato, similmente all’Italia, misure amministrative per porteranno alla dismissione graduale delle forniture cinesi.

Mentre gli approcci degli Stati alleati analizzati risultano molto precisi nei confronti della Repubblica popolare cinese, l’azione governativa italiana ha limitato l’accesso del mercato delle componenti radio ai soli fornitori appartenenti all’Unione europea. Tale approccio particolarmente restrittivo, limitante anche nei confronti di operatori appartenenti ad altri Stati partner, non risulta ulteriormente erodibile per motivi commerciali – l’offerta nazionale non sarebbe in grado di soddisfare la domanda – e per motivi di diritto unionale secondo i quali non sarebbe possibile ostacolare in tal senso il mercato unico.

Il medesimo approccio è auspicabile anche nell’ambito delle tecnologie critiche, in particolare nel settore dell’intelligenza artificiale che ha di recente ottenuto particolare attenzione dopo che la commercializzazione del LLM ChatGPT ha scatenato la cd. ‘AI Race’.²¹⁶ L’implementazione delle tecnologie AI rappresenta un tema sia dal punto di vista etico sia per il trattamento dei dati personali. Tecnologie AI sviluppate al di fuori della sfera etica occidentale, senza quindi regole contro le *bias* implicite dei software o con pericolosi e sconosciuti *backdoor*, rappresentano un rischio alla sicurezza nazionale tanto quanto le medesime criticità oggi riscontrate nelle componenti radio della rete 5G.

I sistemi statunitense e britannico sono già provvisti di strumenti atti alla verifica delle suddette catene di approvvigionamento. Nel primo caso, il CFIUS ha sviluppato condizioni che richiamano i piani annuali ai sensi dell’art. 1-bis d.L. 21/12.²¹⁷ il vantaggio del DPA 1950 è di non essere limitato ai servizi di comunicazione con tecnologia 5G bensì tali condizioni elaborate dalla prassi

²¹⁴ Si registra che l’attenzione verso le *supply chains* sia un trend in crescita anche nel settore della sostenibilità ambientale e sociale. Cfr. la recente proposta di direttiva sul dovere di diligenza delle imprese: COM/2022/71 final.

²¹⁵ Cfr. *supra* §2.6.

²¹⁶ Kevin Roose, ‘How ChatGPT Kicked Off an A.I. Arms Race’ *New York Times* (3 febbraio 2023). Consultabile al seguente link: <https://www.nytimes.com/2023/02/03/technology/chatgpt-openai-artificial-intelligence.html>

²¹⁷ Cfr. *supra* §3.2-f.

amministrativa sono applicabili a tutte le operazioni in ambito TID e in qualsiasi altro settore, sebbene in relazione alla meno correlata ipotesi di un'acquisizione di controllo societario. Nella giurisdizione inglese, le Sch. 1-17 delle Regulations 1264/2021 individuano i settori considerati strategici per la normativa. Tra questi si rammentano materiali di ultima generazione, robotica avanzata, intelligenza artificiale, telecomunicazioni, hardware informatico, autenticazione crittografica, infrastruttura dati, tecnologie militari o a doppio uso, tecnologie quantiche, tecnologia satellitare e spaziale, biologia sintetica.²¹⁸ Oltre ai settori strategici espressamente individuati, lo *statement* del 2 novembre 2021 del Segretario di Stato per l'impresa, l'energia e la strategia industriale ha specificato che i poteri d'ufficio sono esperibili anche per settori non propriamente elencati nelle Regulations 1264/2021 tuttavia ad essi attigui.²¹⁹ Il legislatore italiano ha già previsto l'espansione dell'applicazione dell'art. 1-bis d.L. 21/2012 alle tecnologie critiche per gli aspetti di cybersicurezza ed è auspicabile una sua attuazione tramite dPCM nei prossimi anni.

²¹⁸ Cfr. *supra* §§3.3-a, -f.

²¹⁹ Cfr. *supra* §3.3-b.

BIBLIOGRAFIA

Abid Y., 'The Quest for Domestic Regulatory Space in the Investment Chapter of the Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership', *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 2020, Vol. 27, No. 1/2, pp. 28-78

Amato G., "Il mercato nella Costituzione", *Quaderni costituzionali*, 1992, 1, pp. 7-19

Armstrong A., "RegTech and SupTech – change for markets and authorities", *ESMA Report on Trends, Risks and Vulnerabilities*, 1/2019

Ballarino T., Bellodi L., "La *Golden Share* nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria", *Rivista delle società*, 2004, 1

Bastian J., 'The Dragon Reaches the Eastern Mediterranean: Why the Region Matters to China', *Comparative South Eastern European Studies*, 2022, 70 (3), pp. 486-515

Bernabè F., *A conti fatti. Quarant'anni di capitalismo italiano.*, Feltrinelli, 2020

Bensaid B., 'Chinese Investments in France', in FDI Control Forum, *Fusions et Acquisitions*, 2022

Bianconi F., "I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi", *Contratto e impresa*, 2021, 1

Biersteker T. J., 'Reducing the Role of the State in the Economy: A Conceptual Exploration of IMF and World Bank Prescriptions', *International Studies Quarterly*, Dec. 1990, Vol. 34, No. 4 (Dec. 1990), pp. 477- 492

Bilevičiūtė T., *Practice and research in private and public sector*, 1st International Scientific Conference of Vilnius, 2011, pp. 232-238

Busani A., 'Divieti e limitazioni per le operazioni societarie derivanti dalla normativa "golden powers"', *Le Società*, 1/2023, p. 9

Campobasso G. F., *Diritto commerciale*, Vol. 2, Nona ed., UTET Giuridica, 2015

Carleo R., Martuccelli S., Ruperto S., *Istituzioni di Diritto Privato*, II ed., DIKE, 2018

Carresi F., 'Il contratto', in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu e Messineo, Milano, Giuffrè, 1987

Cartelier, 'Finta privatizzazione in Francia', *Politica ed Economia*, 1986, n. 12, pp. 11 ss.

Cassese S., *La nuova Costituzione economica*, Editori Laterza, 2021

Cassese S., *Le basi costituzionali*, in *Id.* (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, 2000

Chan Z. T., Meunier S., 'Behind the screen: understanding National Support of a foreign investment screening mechanism in the European Union', *Review of International Organizations*, 17/2022, pp. 513–541

Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, IV ed., 2019

Clarich M., Marra G., 'Golden Power: il Giudice conferma il potere dello Stato', *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 1/2022, p. 13

Daniele L., *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè Editore, Sesta ed., 2018

Danzman S. B., Meunier S., 'Naïve no more: Foreign direct investment screening in the European Union', *Global Policy*, 2023, 14 (Suppl. 3), pp. 40-53

Del Casale E., "Uno strumento diretto di controllo governativo sulle privatizzazioni: le golden shares", *Politica del Diritto*, 1988, No. 1, pp. 149 ss.

Della Cananea G., Fiorentino L., *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, Editoriale Scientifica, novembre 2020

De Nitto S., 'Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio', *Diritto Amministrativo*, fasc. 2, 2022, pp. 553 ss.

Deng Xiaoping, *Selected Works*, Foreign Languages Press, 1994

Detti A., 'Functional Architecture', *5G Italy White Book: From Research to Market*, CNIT, 2020

Donativi V., *Golden powers. Profili di diritto societario*, Giappichelli, 2019

Dossetti G., *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, 1951

Elgueta G. R., "Il rapporto fra discipline nazionali in materia di 'foreign direct investment screening' e diritto internazionale degli investimenti", *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 2, 2020, p. 327

Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 1998, pp. 93 ss.

Georgiou C., 'British Capitalism and European Unification, from Ottawa to the Brexit Referendum', *Historical Materialism*, 2017, Vol. 25, No. 1, pp. 90-129

Graham C., Prosser T., "Golden share: industrial policy by stealth?", *Public Law*, 1988, pp. 413 ss.

Hakkala N. et al., "Multinational firms, acquisitions and job tasks", *European Economic Review*, 2014, Vol. 66, pp. 248-265

Harold S. W. et al., 'Winning the 5G Race with China: A U.S.-Japan Strategy to Trip the Competition, Run Faster, and Put the Fix In', *Asia Policy*, Vol. 16, No. 3, 2021

Harris D.J., "Il programma di privatizzazione realizzato nel Regno Unito", *Economia e politica industriale*, 1987, Vol. 55, pp.109 ss.

Helm D., *Energy, the State and the Market*, Oxford University Press, 2003

Hu H., Black B., "The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (morphable) Ownership", *Southern California Law Review*, 2006, Vol. 79, No. 4

Jaeger, "Privatizzazioni, profili generali", *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1993, 3

Joske A., 'Picking Flowers, Making Honey: The Chinese Military's Collaboration with Foreign Universities', *Australian Strategic Policy Institute*, 2018, pp. 6 ss.

Kazlauskiene E. et al., "Foreign Direct Investment for the Fostering of Employment and New Job Creation", *KSI Transactions*, Knowledge Society, 2014, Vol. 7, No. 4, p. 6

Koi Nyen Wong, "Foreign direct investment and employment in manufacturing and services", *Journal of Economic Studies*, 2011, Vol. 38, No. 3, pp. 313-330

Leandro A., "I rapporti internazionali d'impresa al vaglio delle misure restrittive adottate dall'Unione europea in occasione del conflitto russo-ucraino", *Diritto del Commercio Internazionale*, 2022, fasc. 2, pp. 243 ss.

Masotto L., 'Il golden power alla prova del procedimento e del processo amministrativo', *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5/2022, pp. 662 ss.

Magliano R., "La ricerca di equilibrio tra investimenti esteri diretti e interventi emergenziali a tutela dell'interesse strategico nazionale: una sfida per l'Unione europea", *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 4, 2021, p. 1057

Mariani L., Bertolini M., "The US-China 5G Contest: Options for Europe", IAI Papers, Settembre 2019

Mazzuccato M., *Lo Stato innovatore*, Laterza, Seconda ed., 2018

McIver T., 'How has the UK National Security and Investment Act impacted cross-border M&A?', *Journal of International Banking & Financial Law*, 2023, Vol. 38, no. 5, pp. 350 ss.

Mearsheimer J., *The Tragedy of Great Powers Politics*, New York, Norton, 2001

Minervini V., “L’improvvisa ‘accelerazione’ (post COVID) dell’azionariato dello Stato. Il patrimonio destinato di cui all’art. 27 D.L. Rilancio”, *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, fasc. 2, pp. 230 ss.

Moran M., *The British Regulatory State*, Oxford University Press, 2003

P. T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford International Law Library, Terza ed., 2021

Napolitano G., “L’irresistibile ascesa del *golden power* e la rinascita dello Stato doganiere”, *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, n. 5, p. 550

Napolitano G., “Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell’arena economica globale”, *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2019, Fasc. 1, p.8

Nor M., Masron T., “Turkish Foreign Direct Investment and Peace in Somalia: a New Political Stabilization Policy”, *International Journal of Social Economics*, pp. 419-436

Olivetti M., *Diritti fondamentali*, Giappichelli, 2018

Osseiran A. et al., “Mobile communications generations: from 1G to 4G”, in M. Dohler, T. Nakamura, *5G Mobile and Wireless Communications Technology*, Cambridge University Press, 2016

Paccione A., ‘Il Golden Power e il principio di legalità’, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5/2022, pp. 655 ss.

Philippon T., *The Great Reversal. How America Gave Up on Free Markets*, Belknap Press, 2019

Pillet G., ‘FDI Control in France: We have a Law, but We lack a Policy’, in FDI Control Forum, *Fusions et Acquisitions*, 2022

Rescigno M., “Il nuovo Regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti: integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell’Europa”, *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, fasc. 5, p. 853

Rapp, ‘Le secteur publique français entre nationalisations et privatisations.’, *L’Actualité juridique – droit administratif (AJDA)*, 1987, n. 5, pp. 303 ss.

Riganti F., “I golden powers italiani tra ‘vecchie’ privatizzazioni e ‘nuova’ disciplina emergenziale”, *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2020, n. 4, p. 887

Sampson M., Wang J., Valderrana I. M., ‘Trade, Tax and Development Finance. Understanding China’s Choice of BRI Agreements and Institutions’ in Florian Schneider, *Global Perspectives on China's Belt and Road Initiative: Asserting Agency through Regional Connectivity*, Amsterdam University Press, 2021, pp. 59-94

Saravalle A., Stagnaro C., *Contro il sovranismo economico. Storia e guasti di statalismo, nazionalismo, dirigismo, protezionismo, unilateralismo, antiglobalismo (e qualche rimedio)*, Rizzoli, 2020

Scarchillo G., *Privatizzazioni e settori strategici. L’equilibrio tra interessi statali e investimenti stranieri nel diritto comparato.*, Giappichelli, 2018

Scarchillo G., “Golden powers e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei. Un primo commento al Regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti”, *Diritto del Commercio Internazionale*, 2020, fasc. 2, p. 584

Schlesinger P., “La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici”, *Le Società*, 1992, p. 129 ss.

Siddique H. A., ‘Understanding the US and China Rivalry through Modelski’s Model and Offensive Realism Theory (The Past, Present and Future)’, *International Journal of Politics and Security (IJPS)*, Vol. 4, No. 3, 2022, pp. 271-298

Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 2017

Tesauro G., *Diritto dell’Unione europea*, CEDAM, Sesta ed., 2010

Thayer C. A., ‘Territorial Disputes in the South China Sea’ in Yann-Huei Song, Keyuan Zou, Schicun Wu, *Major Law and Policy Issues in the South China Sea : European and American Perspectives*, Taylor & Francis Group, 2014, pp. 25 ss.

Tirole J., *Economia del bene comune*, Mondadori, 2017

Triscornia A., 'Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario', *Rivista delle Società*, 4/2019, p. 733 ss.

Tullio P., "Poteri speciali ed investimenti esteri diretti nell'Unione europea" in A. Del Vecchio, P. Severino, *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, Cacucci Editore, 2016, p. 667

Ufimtseva A., 'The rise of foreign direct investment regulation in investment-recipient countries', *Global Policy*, 2022, 11(Suppl. 2), pp. 222–232

Vogel E. F., *Deng Xiaoping and the Transformation of China*, Belknap Press of Harvard University Press, 2011

White & Case LLP, *A world of clubs and fences. Changing regulation and the remaking of globalization*, marzo 2023

Wübbeke J. et al., "Made in China 2025. The Making of a High-Tech Superpower and Consequences for Industrial Countries", *MERICCS Papers on China*, 2/2016

Xi Jinping, *Governare la Cina*, Giunti Editore, 2017

SITOGRAFIA

ASEAN, 'ASEAN - Japan Economic Ministers' Joint Statement on Initiatives on Economic Resilience in Response to the Corona Virus Disease (COVID-19) Outbreak' (22 aprile 2020) <https://asean.org/asean-japan-economic-ministers-joint-statement-on-initiatives-on-economic-resilience-in-response-to-the-corona-virus-disease-covid-19-outbreak/>

Beard M., Longstaff AO S., 'Ethical By Design: Principles For Good Technology' *The Ethics Centre*, settembre 2018, <https://ethics.org.au/ethical-by-design/>

BEI, *Accelerating the 5G transition in Europe. How to boost investments in transformative 5G solutions*, 23 febbraio 2021. Consultabile al seguente link: <https://www.eib.org/en/publications/accelerating-the-5g-transition-in-europe>

BEREC, 'BEREC preliminary assessment of the underlying assumptions of payments from large CAPs to ISPs', 7 ottobre 2022. Consultabile al seguente link: <https://www.berec.europa.eu/en/document-categories/berec/opinions/berec-preliminary-assessment-of-the-underlying-assumptions-of-payments-from-large-caps-to-isps>

Brady R. et al., 'CFIUS 2022 Annual Report Shows Significant Increase in Imposition of Mitigation Measures and Other Notable Trends', JDSUPRA, 7 agosto 2023. Consultabile al seguente link: <https://www.jdsupra.com/legalnews/cfius-2022-annual-report-shows-5073976/>

Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica (Servizio Studi della), 'D.L. 22/2019: sicurezza e stabilità in caso di 'Brexit' senza accordo', A.S. n. 1165, 17 aprile 2019, p. 11. Consultabile al seguente link: https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/dossier/51515_dossier.htm

Canada Trade Commission, 'China's new national security review for foreign investment' (28 maggio 2021) https://www.tradecommissioner.gc.ca/security_foreign_investment-secure_investissements_etrangers.aspx?lang=eng

Canales K., Mok A., 'China's 'social credit' system ranks citizens and punishes them with throttled internet speeds and flight bans if the Communist Party deems them untrustworthy', *Insider*, 28 novembre 2022, <https://www.businessinsider.com/china-social-credit-system-punishments-and-rewards-explained-2018-4?r=US&IR=T>

Chieppa R., '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', *Federalismi.it*, 2022, p. 23. Consultabile al seguente link: https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?hpsez=Primo_Piano&content=La%2Bnuova%2Bdisciplina%2Bdel%2Bgolden%2Bpower%2Bdopo%2Ble%2Bmodifiche%2Bdel%2Bdecreto%2Dlegge%2Bn%2E%2B21%2Bdel%2B2022%2Be%2Bdella%2Blegge%2Bdi%2Bconversione%2B20%2Bmaggio%2B2022%2C%2Bn%2E%2B51%2B&content_auth=%3Cb%3ERoberto%2BChieppa%3C%2Fb%3E&Artid=47347

China Briefing, 'China's 2022 Negative List for Market Access: Restrictions Cut, Financial Sector Opening' (12 aprile 2022). Consultabile al seguente link: <https://www.china-briefing.com/news/chinas-2022-negative-list-for-market-access-restrictions-cut-financial-sector-opening/>

Chipman Koty A., Huld A., 'China's Social Credit System: What Businesses Need to Know', *China Briefing*, 24 marzo 2023, <https://www.china-briefing.com/news/chinas-social-credit-system-how-it-works/>

CISA (Cybersecurity and Infrastructure Security Agency), 'Vendor Supply Chain Risk Management (SCRM) Template', aprile 2021. https://www.cisa.gov/sites/default/files/publications/ICTSCRM_Template_508.pdf

Commissione UE, 'List of screening mechanisms notified by Member States' (17 agosto 2023) <https://circabc.europa.eu/rest/download/7e72cdb4-65d4-4eb1-910b-bed119c45d47>

Commissione UE, 'Accelerating the 5G transition in Europe. How to boost investments in transformative 5G solutions' (febbraio 2021) https://www.eib.org/attachments/thematic/accelerating_the_5g_transition_in_europe_en.pdf

Confindustria/ABIE, 'Grandi Imprese Estere in Italia' (20 luglio 2020) <https://www.esteri.it/it/diplomazia-economica-e-politica-commerciale/diplomaziaeconomica/1-attrazione-degli-investimenti/perche-attrarre-investimenti/>

Consiglio europeo, 'Conclusioni del Consiglio europeo, 22 marzo 2019' (22 marzo 2019) <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2019/03/22/european-council-conclusions-22-march-2019/>

Corte europea dei conti, Relazione speciale 3/2022, "L'introduzione del 5G nell'UE: vi sono ritardi nel dispiegamento delle reti e le questioni di sicurezza rimangono irrisolte", 24 gennaio 2022, p. 17. Consultabile al seguente link: <https://www.eca.europa.eu/en/publications?did=60614>

Crunchbase, 'China Integrated Circuit Industry Investment Fund - Financial' (29 luglio 2019) https://www.crunchbase.com/organization/china-integrated-circuit-industry-investment-fund-cicf/investor_financials

Davesne S., 'Pourquoi les groupes chinois ne rachètent plus d'entreprises mais construisent des usines en Europe', *L'Usine Nouvelle*, 15 maggio 2023. Consultabile al seguente link: <https://www.usinenouvelle.com/editorial/pourquoi-les-groupes-chinois-ne-rachetent-plus-d-entreprises-mais-construisent-des-usines-en-europe.N2131921>

Deloitte, 'L'attrattività del sistema Italia per le imprese estere' (2022) <https://www2.deloitte.com/it/it/pages/about-deloitte/articles/con-pnrr-impres-italiane-piu-attrattive-per-investimenti-esteri.html>

DINUM, *Une stratégie numérique au service de l'efficacité de l'action publique*, marzo 2023. Consultabile al seguente link: <https://www.numerique.gouv.fr/uploads/Feuille-de-route-DINUM.pdf>

Drinhausen K., Arcesati R., 'China's Handling of Biometric Data: Trends and Implications for Europe' *MERICCS*, 14 giugno 2022, <https://mericcs.org/en/events/chinas-handling-biometric-data-trends-and-implications-europe>

DTD-ACN, 'Strategia Cloud Italia. Documento sintetico di indirizzo strategico per l'implementazione e il controllo del Cloud della PA', 6 settembre 2021, p. 14. Consultabile al seguente link: <https://innovazione.gov.it/dipartimento/focus/strategia-cloud-italia/>

ETNO (European Telecommunications Network Operators' Association), 'The State of Digital Communications', 2022, p. 45. Consultabile al seguente link: <https://etno.eu/library/reports/104-state-of-digi-2022.html>

ETNO (European Telecommunications Network Operators' Association), 'The State of Digital Communications', 2023, p. 40. Consultabile al seguente link: <https://etno.eu/library/reports/112-the-state-of-digital-communications-2023.html>

Fidler D. P., 'The Clean Network Program: Digital Age Echoes of the "Long Telegram"?' , Council on Foreign Relations – CFR, 5 ottobre 2020. Consultabile al seguente link: <https://www.cfr.org/blog/clean-network-program-digital-age-echoes-long-telegram>

Financial Times, 'EU considers mandatory ban on using Huawei to build 5G', 7 giugno 2023. Consultabile al seguente link: <https://www.ft.com/content/a6900b0f-08d5-433d-bfb0-f57b6041e381>

Foà S., 'Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato', *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, 2020, p. 779

GSMA, '5G in Verticals in China' (2022) <https://www.gsma.com/iot/resources/greater-china-5g-vertical-2022/>

Gross A., Pickard J., 'Newport Wafer Fab's sale to Nexperia blocked by UK ministers', *Financial Times*, 16 novembre 2022. Consultabile in lingua inglese al seguente link: <https://www.ft.com/content/cdaddf62-72f7-4789-890c-69f1ce196748>

Harold S. W., 'China's Semiconductor Industry: Autonomy Through Design?' *Institut Montaigne* (25 settembre 2020) <https://www.institutmontaigne.org/en/expressions/chinas-semiconductor-industry-autonomy-through-design>

HCSEC, Annual report, 2018, pp. 4; 17. Consultabile al seguente link: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/727415/20180717_HCSEC_Oversight_Board_Report_2018_-_FINAL.pdf

HCSEC, Annual report, 2021, p. 27. Consultabile al seguente link: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1004291/2021_HCSEC_OB_REPORT_FINAL_1.pdf

Hogan Lovells LLP, 'China, People's Republic of' *Lexology Pro* (29 novembre 2022) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=96938800-3f0f-4795-8737-6d17a838a32a>

Huawei, '2022 Annual Report' (2023) <https://www.huawei.com/en/annual-report/2022>

Kania E. B., "Made in China 2025, Explained", *The Diplomat* (1 febbraio 2019) <https://thediplomat.com/2019/02/made-in-china-2025-explained>

Kania E. B., 'Securing Our 5G Future: The Competitive Challenge and Considerations for U.S. Policy', Center for a New American Security, 7 novembre 2019, p. 9. Consultabile al seguente link: <https://www.cnas.org/publications/reports/securing-our-5g-future>

Kechche S., '5G in Europe: Reflecting on the Progress So Far and Mapping the Future', OOKLA, 23 febbraio 2022. Consultabile al seguente link: <https://www.ookla.com/articles/5g-europe-mapping-the-future-q1-2022>

Kirton D., 'China's Huawei poised to overcome US ban with return of 5G phones, research firms say', Reuters, 12 luglio 2023. Consultabile al seguente link: <https://www.reuters.com/technology/chinas-huawei-poised-overcome-us-ban-with-return-5g-phones-research-firms-2023-07-12/>

Lester S., *Ending the WTO Dispute Settlement Crisis: Where to from here?*, International Institute for Sustainable Development – IISD, 2 marzo 2022. Consultabile al seguente link: <https://www.iisd.org/articles/united-states-must-propose-solutions-end-wto-dispute-settlement-crisis>

Lewis L., 'Can Telephones Race? 5G and the Evolution of Telecom. Part I', *Center for Strategic and International Studies – CSIS* (15 giugno 2020) <https://www.csis.org/analysis/can-telephones-race-5g-and-evolution-telecom>

Ministero delle Imprese e del Made in Italy, 'Piano della performance 2022-2024' (30 giugno 2022) https://www.mise.gov.it/images/stories/trasparenza/2022/Piano_Performance_2022-24.pdf

Mu-hyun C., 'Samsung and SK Hynix to Halt Memory Supply to Huawei' *ZDNet* (8 settembre 2020) <https://www.zdnet.com/article/samsung-and-sk-hynix-to-halt-memory-supply-to-huawei/>

The New York Times (Editorial Board), *Global Trade After the Failure of the Doha Round*, 1 gennaio 2016. Consultabile al seguente link: <https://www.nytimes.com/2016/01/01/opinion/global-trade-after-the-failure-of-the-doha-round.html>

Prague Proposals (The), 'The Chairman Statement on Cyber Security of Emerging and Disruptive Technologies', 30 novembre 2021. Consultabile al seguente link: <https://www.nukib.cz/en/infoservis-en/news/1775-5g-security-conference-2021/>

Prague Proposals (The), 'The Chairman Statement on Telecommunications Supplier Diversity', 30 novembre 2021. Consultabile al seguente link: <https://www.nukib.cz/en/infoservis-en/news/1775-5g-security-conference-2021/>

Presidenza del Consiglio dei Ministri, 'Golden power, i moduli di notifica' (aggiornato nel 2022) <https://www.governo.it/it/dipartimenti/dip-il-coordinamento-amministrativo/dica-att-goldenpower-moduli/9297>

Qualcomm, 'The 5G Economy: How 5G will Impact Global Industries, the Economy, and You', *MIT Technology Review* (1 marzo 2017) <https://www.technologyreview.com/2017/03/01/153487/the-5g-economy-how-5g-will-impact-global-industries-the-economy-and-you/>

Rakštytė A., 'How Can the Baltic States Support 5G Security through Transatlantic Cooperation?', Center for European Policy Analysis - CEPA, 26 agosto 2021. Consultabile al seguente link: <https://cepa.org/comprehensive-reports/how-can-the-baltic-states-support-5g-security-through-transatlantic-cooperation/>

Rose M., 'France not objecting to sale of Linxens to Chinese group', *Reuters*, 26 luglio 2018. Consultabile al seguente link: <https://www.reuters.com/article/linxens-m-a-tsinghua-unigroup-idINKBN1KG1MG>

Rosemain M., Barzic G., 'Exclusive: French limits on Huawei 5G equipment amount to de facto ban by 2028' *Reuters* (22 luglio 2020). Consultabile al seguente link: <https://www.reuters.com/article/us-france-huawei-5g-security-exclusive/exclusive-french-limits-on-huawei-5g-equipment-amount-to-de-facto-ban-by-2028-idUSKCN24N26R>

Sharma P., '5G Ecosystem: Huawei's Growing Role in 5G Technology Standardization', Counterpoint Research, 20 agosto 2018. Consultabile al seguente link: <https://www.counterpointresearch.com/huaweis-role-5g-standardization/>

Shotter J., Liu Q., McMorrow R., 'China thwarts Intel's \$5.4bn Israeli chipmaker purchase' *Financial Times* (16 agosto 2023). Consultabile al seguente link: <https://www.ft.com/content/416091c1-0762-4530-a6d7-c89528734047>

Slotta D., '5G capital expenditure investments in China in 2019 and 2020, by telecom company (in billion U.S. dollars) [Graph]' *Statista* (12 aprile 2023). I dati sono consultabili al seguente link: <https://www.statista.com/statistics/1199877/china-5g-capex-investments-by-telecom-company/>

TIM S.p.A., comunicato stampa del 29 maggio 2022. Consultabile al seguente link: <https://www.gruppotim.it/it/archivio-stampa/corporate/2022/CS-MoU.html>

T-Mobile US. (March 11, 2021). Leading telecommunication carriers' 5G coverage in the United States as of March 2021 (in million square miles) [Graph]. In Statista. Retrieved July 25, 2023, from <https://www.statista.com/statistics/1221824/us-telecom-carriers-5g-coverage-in-sqmi/>

Treccani, 'Latenza' <https://www.treccani.it/vocabolario/latenza/> consultato in data 14 luglio 2023

Ufficio di Sicurezza e Controlli, 'Provvedimento n. 23/2023 del Ministero del Commercio' *Ministero del Commercio della Repubblica popolare cinese* (3 luglio 2023) <http://www.mofcom.gov.cn/article/zcfb/zcblgg/202307/20230703419666.shtml>

UNIDO (United Nations Industrial Development Organization), 'Chinese foreign direct investment in Europe: the downward trend continues', dicembre 2022. Consultabile al seguente link: <https://iap.unido.org/articles/chinese-foreign-direct-investment-europe-downward-trend-continues>

U.S. Department of State, 'The Clean Network', 2020. Consultabile al seguente link: <https://2017-2021.state.gov/the-clean-network/>

Wei Liu, 'Foreign direct investment in China' *Pinsent Masons* (7 giugno 2023) <https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/foreign-direct-investment-china>

White House, 'U.S.-EU Trade and Technology Council Inaugural Joint Statement' (29 settembre 2021) <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/09/29/u-s-eu-trade-and-technology-council-inaugural-joint-statement/>

Woyke E., 'China is racing ahead in 5G. Here's what that means.', *MIT Technology Review* (18 dicembre 2018) <https://www.technologyreview.com/2018/12/18/66300/china-is-racing-ahead-in-5g-heres-what-it-means/>

Yang Z., 'The Dark Side of a Super App like WeChat', *MIT Technology Review*, 18 ottobre 2022, <https://www.technologyreview.com/2022/10/18/1061899/dark-side-super-app-wechat/>

Zaottini D., 'Documento di analisi n. 28 - Golden Power. La disciplina dei poteri speciali del governo', *Ufficio Valutazione Impatto del Senato della Repubblica*, 27 luglio 2023. Il documento è consultabile al seguente link: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg19/attachments/documento/files/000/112/527/DA_28_golden_power.pdf

ZTE, '2022 Annual report' (2023) <https://www.zte.com.cn/global/about/investorrelations.html>