

Poteri speciali e settori strategici: brevi note sulle recenti novità normative*

di Pietro Maccarrone – Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale nell'Università degli studi di Roma "La Sapienza"

ABSTRACT: In 2019 Italian Legislation granting the Government special powers in strategic sectors was modified in order to strengthen the protection of essential interests such as defense and national security. At European Union level, the newly adopted Regulation (EU) 2019/452 established a framework for the screening of foreign direct investments into the Union with the aim to safeguard security and public order. This paper, after a short review of the evolution of the Italian Legislation, focuses on the provisions of the new EU framework. Then it analyzes the Italian institute of golden power in light of the recent legislation evolution. The paper ends with a few concluding remarks.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cenni sull'evoluzione della disciplina dei poteri speciali. – 3. Il nuovo regolamento europeo sul controllo degli investimenti esteri diretti. – 4. Il decreto Brexit e i nuovi poteri speciali nel settore 5G. – 5. Il d.l. n. 64/2019 e la sua mancata conversione in legge; le novità introdotte dal d.l. n. 105/2019. – 6. Osservazioni conclusive.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista. Le opinioni espresse sono attribuibili esclusivamente all'Autore e non impegnano l'Istituto di appartenenza.

1. Premessa

Tra le forme di intervento dello Stato nell'economia¹, quella legata all'utilizzo di poteri speciali nei confronti di imprese che operano in settori economici di rilevanza strategica ha di recente suscitato un rinnovato interesse nel Legislatore, il quale, nel corso del 2019, ha introdotto alcuni significativi elementi di novità alla disciplina nazionale. Nello stesso periodo anche a livello europeo si è registrata un'importante evoluzione del sistema normativo per mezzo dell'introduzione di un regolamento che si è incaricato di definire un quadro comune in materia di controlli sugli investimenti esteri.

Seguendo l'ordine cronologico degli interventi normativi, il 21 marzo è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il regolamento (UE) n. 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'U.E. Il regolamento, oltre a stabilire alcuni requisiti per il mantenimento o l'adozione di strumenti nazionali di controllo sugli investimenti in grado di incidere sulla sicurezza e sull'ordine pubblico, introduce altresì un importante meccanismo di cooperazione tra gli Stati membri e tra questi e la Commissione europea.

A distanza di pochi giorni, la disciplina italiana dei poteri speciali (c.d. *golden power*) esercitabili dal Governo nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e in quelli dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni è stata novellata per mezzo del decreto-legge 25 marzo 2019, n. 22, convertito con modificazioni dalla legge 20 maggio 2019, n. 41. L'art. 1 del decreto, intervenendo sulla disciplina dettata dal decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito con modificazioni dalla legge 11 maggio 2012, n. 56, ha esteso i predetti poteri speciali al settore dei servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G, i quali sono stati inclusi tra le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale.

Qualche mese dopo, per il tramite del decreto-legge 11 luglio 2019, n. 64, si era provveduto a un aggiornamento complessivo della disciplina del d.l. n. 21/2012. Tuttavia, complice anche la crisi di governo dell'agosto 2019, il decreto non è stato convertito in legge.

¹ Per una critica all'utilizzo del termine «intervento» per fare riferimento all'attività pubblica di disciplina dell'economia, si veda M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1995, 20 s.

Da ultimo, è stato emanato il decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito con modificazioni dalla legge 18 novembre 2019, n. 133, che ha istituito il perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, intervenendo al contempo sulla disciplina del *golden power* e recuperando molte delle previsioni del decaduto d.l. n. 64/2019.

Le ragioni sottese ai recenti interventi normativi vanno principalmente rintracciate nell'acuirsi dei timori legati, da una parte, all'acquisizione di *asset* strategici da parte di investitori stranieri e, dall'altra, alle potenziali minacce per la sicurezza connesse alla rapida evoluzione tecnologica, con particolare riguardo all'avvento della tecnologia mobile cellulare di quinta generazione (5G).

Da qui l'avvertita necessità di approntare quanto prima dei nuovi meccanismi di controllo e di aggiornare quelli già esistenti, dando così luogo a una vera e propria «corsa agli armamenti giuridici»².

Prima di procedere a un esame delle cennate novità normative e di tentarne un commento, sembra opportuno ricordare, sia pure rapidamente, l'evoluzione della disciplina dei poteri speciali nell'ordinamento italiano e, più in generale, nel contesto europeo.

2. Cenni sull'evoluzione della disciplina dei poteri speciali

L'attuale disciplina italiana dei poteri speciali recata dal d.l. n. 21/2012 origina, come noto, dalla necessità di superare le censure mosse dalle istituzioni europee (Commissione e Corte di giustizia) al previgente regime della cosiddetta *golden share*, introdotta nella stagione delle privatizzazioni degli anni '90 e giudicata lesiva del diritto di stabilimento e della libera circolazione dei capitali (gli attuali artt. 49 e 63 del TFUE).

L'assetto normativo originario in materia di poteri speciali era stato dettato dal decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, il cui articolo 2 prevedeva che con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri si procedesse a individuare, tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato e operanti in alcuni specifici settori (difesa, trasporti, telecomunicazioni, fonti di energia e altri pubblici servizi), quelle nei cui

² L. ARNAUDO, *A l'économie comme à la guerre. Note su Golden power, concorrenza e geo-economia*, in Merc. conc. reg., 2017, 3, 436.

statuti dovesse essere introdotta, prima della perdita del controllo da parte dell'azionista pubblico, una clausola che attribuisse al Ministro del tesoro la titolarità di poteri speciali³. Tra questi si potevano annoverare: (i) poteri di gradimento all'assunzione di partecipazioni rilevanti; (ii) poteri di gradimento alla conclusione di patti o accordi parasociali; (iii) poteri di veto all'adozione di alcune delibere societarie di particolare rilevanza; (iv) poteri di nomina di un amministratore o di un numero di amministratori non superiore a un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco.

Il tutto, disponeva espressamente l'art. 2, «tenuto conto degli obiettivi di politica economica e industriale». In attuazione di tale disposizione, negli statuti di società tra le quali Eni S.p.A., Telecom Italia S.p.A., Enel S.p.A. e Finmeccanica S.p.A. furono introdotte apposite clausole relative ai suddetti poteri speciali.

L'attribuzione di tali poteri trovava fondamento nella volontà dello Stato di conservare, anche a seguito della dismissione delle partecipazioni di controllo, un'ingerenza nelle società privatizzate che operavano in settori considerati di rilevanza strategica o che svolgevano attività di servizio pubblico⁴. Attraverso una parziale sottrazione alle logiche del mercato e una vistosa deroga al diritto societario⁵ venivano dunque predisposti degli strumenti che consentivano allo Stato di impedire scalate non gradite (da parte, ad esempio, di operatori stranieri), di evitare l'adozione di delibere in grado di pregiudicare interessi pubblici e, più in generale, di esercitare un controllo sulla conduzione societaria.

Il sistema italiano traeva evidentemente ispirazione dai modelli della *golden share* britannica e della *action spécifique* francese, anch'essi introdotti nel corso dei processi di privatizzazione delle imprese pubbliche e rispetto ai quali, tuttavia, la normativa italiana presentava non poche differenze. In particolare, la titolarità dei poteri speciali di cui al d.l. n. 332/1994 prescindeva, a differenza delle analoghe discipline introdotte nel Regno Unito e in Francia, dal mantenimento di una forma di partecipazione (sia pure meramente simbolica) da parte dell'azionista pubblico al

³ L'art. 2, comma 3, del d.l. n. 332/1994 disponeva che le stesse previsioni si applicassero anche alle società controllate, direttamente o indirettamente, da enti pubblici, anche territoriali ed economici, operanti nel settore dei trasporti e degli altri servizi pubblici e individuate con provvedimento dell'ente pubblico partecipante, al quale andavano riservati i poteri speciali.

⁴ Cfr. M. DRAGHI, *Privatizzazioni e governo societario*, in AA. VV. (a cura di), *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli*, 2000, 205. Si veda altresì S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1996, 579 ss.

⁵ Per un commento critico, si veda, in particolare, G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in Riv. soc., 1994, 385 ss.

capitale dell'impresa privatizzata, sicché già allora l'utilizzo del termine *golden share* poteva in una certa misura ritenersi improprio⁶.

Come sopra accennato, la disciplina italiana fu giudicata dalla Corte di giustizia – in ben due occasioni⁷ e nonostante i tentativi di adeguamento da parte del Legislatore⁸ – contraria alle norme in materia di libera circolazione dei capitali e di diritto di stabilimento, in ragione, essenzialmente, dell'indeterminatezza dei presupposti per l'esercizio dei poteri speciali, dell'eccessiva discrezionalità riconosciuta allo Stato e del mancato rispetto del principio di proporzionalità.

Il medesimo ordine di censure è stato rivolto alla pressoché totalità degli analoghi strumenti introdotti negli altri Stati membri⁹, con la significativa eccezione della disciplina belga¹⁰. A ben vedere, infatti, da quella che è stata icasticamente definita la «saga della *golden share*»¹¹ emerge chiaramente che la Commissione e la Corte di giustizia non considerano i poteri speciali in quanto tali contrari al diritto dell'Unione; essi, tuttavia, in quanto limitativi di libertà fondamentali, possono considerarsi legittimi solo al ricorrere di precise condizioni: le misure di controllo devono essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale, non devono avere natura

⁶ Cfr. G.C. SPATTINI, *Vere e false «golden share» nella giurisprudenza comunitaria. La deriva sostanzialistica della Corte di Giustizia, ovvero il «formalismo» del principio della «natura della cosa»: il caso Volkswagen e altro*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008, 307 ss., spec. 320.

⁷ Corte di giustizia, sentenza 23 maggio 2000, Commissione c. Repubblica italiana, Causa C-58/99, in Racc. 2000, I-03811, e Corte di giustizia, sentenza 26 marzo 2009, Commissione c. Repubblica italiana, C-326/07, in Racc. 2009, I-02291.

⁸ Ci si riferisce soprattutto alle novità introdotte attraverso l'art. 4, commi 227-231, della legge 24 dicembre 2003, n. 350.

⁹ Per un'analisi comparata, cfr. F. GASPARI, *Libertà di circolazione dei capitali privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova «golden share» tra diritto interno comunitario e comparato*, Torino, Giappichelli, 2015 e G. SCARCHILLO, *Privatizzazioni e settori strategici: l'equilibrio tra interessi statali e investimenti stranieri nel diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2018. Per una ricostruzione della giurisprudenza in materia di *golden share*, si veda F. SANTONASTASO, *La saga della «golden share» tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in Giur. comm., 2007, I, 302 ss.; cfr. anche L. ARDIZZONE E M. L. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in Giur. comm., 2013, I, 931 ss. Sul rapporto tra la libertà di circolazione dei capitali e il diritto di stabilimento in relazione alle misure nazionali di controllo e di limitazione degli investimenti, si veda D. GALLO, *Corte di giustizia UE, golden shares e investimenti sovrani*, in Dir. comm. internaz., 2013, 4, 923 ss.; la questione relativa all'individuazione delle norme del diritto europeo applicabili assume particolare rilevanza con riferimento agli investimenti effettuati da operatori di paesi terzi, atteso che solo la libertà di circolazione dei capitali ha efficacia *erga omnes*, mentre la lesione del diritto di stabilimento può essere invocata solamente da operatori stabiliti in uno Stato membro.

¹⁰ Corte di giustizia, sentenza 4 giugno 2002, Commissione c. Belgio, 4 giugno 2002, C-503/99, in Racc. 2002, I-04809.

¹¹ Cfr. F. SANTONASTASO, *op. ult. cit.*, 304.

discriminatoria, devono essere fondate su criteri obiettivi, stabili e resi pubblici e devono rispettare il principio di proporzionalità¹².

Come è stato osservato¹³, il lungo contenzioso tra le istituzioni europee e gli Stati membri è stata la conseguenza inevitabile di un differente approccio alla materia dei poteri speciali. Le misure nazionali, infatti, nella maggior parte dei casi erano primariamente preposte a condizionare e limitare la contendibilità di imprese e *asset* di rilevanza strategica, sulla base delle che sono state talora definite come forme di «patriottismo economico»¹⁴; la Corte di giustizia e la Commissione, al contrario, hanno fatto una piana e rigorosa applicazione delle previsioni del diritto dell'Unione che disciplinano le possibili limitazioni alla libertà di circolazione dei capitali e al diritto di stabilimento e sulla base delle quali è da escludere che eventuali deroghe possano poggiare su considerazioni di carattere meramente economico¹⁵.

Per quanto riguarda la situazione italiana, la disciplina della *golden share* poteva essere inquadrata in un più ampio contesto di misure volte a perseguire, più meno surrettiziamente, obiettivi di politica industriale; tra queste è possibile annoverare la cosiddetta *poison pill* (art. 1, commi 381-384, della legge 23 dicembre 2005, n. 266), volta a contrastare le scalate ostili di società partecipate in maniera rilevante dallo Stato, nonché la previsione di cui all'art. 7 del decreto-legge 31 marzo 2011, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 26 maggio 2011, n. 75, attraverso la quale Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. è stata autorizzata ad «assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale in termini di strategicità del settore di operatività, di livelli occupazionali, di entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico-produttivo del Paese».

A seguito dell'apertura di una nuova procedura d'infrazione¹⁶ e al fine di evitare un'ulteriore condanna da parte della Corte di giustizia, nel 2012 si provvede a riscrivere l'intera materia per il tramite del d.l. n. 21/2012.

¹² Al riguardo, si veda anche la Comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti intracomunitari (97/C 220/06), in GUCE n. C 220 del 19 luglio 1997.

¹³ F. BASSAN, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, in Studi sull'integrazione europea, 2014, 1, 62.

¹⁴ V. SQUARATTI, *I limiti imposti dal diritto dell'Unione europea all'intervento pubblico nell'economia: la neutralità delle modalità di perseguimento di obiettivi imperativi di interesse generale*, in Dir. comm. internaz., 2014, 4, 1073 ss.

¹⁵ In giurisprudenza si veda, ad esempio, Corte di giustizia, sentenza 4 giugno 2002, Commissione c. Portogallo, C-367/98, in Racc. 2002, I-04731, punto 52.

¹⁶ Procedura d'infrazione n. 2009/2255.

Il nuovo impianto normativo ha comportato un radicale cambio di paradigma, in quanto ha innanzitutto ridefinito l'ambito soggettivo di applicazione dei poteri speciali, esercitabili adesso da parte della Presidenza del Consiglio nei confronti di tutte le imprese che operano nei settori economici considerati di rilevanza strategica – difesa e sicurezza nazionale (art. 1) ed energia, trasporti e comunicazioni (art. 2) –, a prescindere dalla pregressa o attuale partecipazione pubblica al capitale di rischio di tali imprese¹⁷.

In coerenza con siffatte premesse, il d.l. n. 21/2012 ha interamente attratto nella sfera pubblicistica i poteri speciali dello Stato, svincolandoli dal diritto societario¹⁸ e sancendo così il passaggio dalla *golden share* al *golden power*¹⁹.

Le novità apportate dal decreto-legge hanno determinato l'effetto, che potrebbe per certi versi apparire paradossale²⁰, di una sensibile estensione dell'ambito soggettivo di potenziale intervento dello Stato, accompagnata tra l'altro da possibili incertezze applicative derivanti dal venir meno di quegli «indici formali incontestabili»²¹ costituiti dalle clausole statutarie che regolavano i poteri speciali.

A differenza del previgente regime normativo e in conformità con le indicazioni provenienti dalle istituzioni sovranazionali, sono stati però meglio definiti i presupposti per l'esercizio dei

¹⁷ Per un commento al d.l. n. 21/2012, cfr. C. SAN MAURO, *La disciplina della nuova golden share*, in *federalismi.it*, n. 21/2012. La disciplina dei poteri speciali esercitabili nei settori della difesa e sicurezza nazionale differisce in parte da quella relativa ai settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. Con riferimento a questi ultimi settori, ad esempio, il potere di opporsi all'acquisto di partecipazioni può essere esercitato, diversamente da quanto previsto per i settori della difesa e della sicurezza nazionale, solo qualora l'acquisto avvenga da parte di un soggetto esterno all'U.E. Sulla maggiore incisività dei poteri esercitabili nel campo della difesa e sicurezza nazionale, si veda A. SACCO GINEVRI, *I "golden powers" dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *federalismi.it*, n. 22/2016, 6.

¹⁸ R. MAGLIANO, *Il labile confine tra tutela degli interessi nazionali e «sviamento protezionistico»*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 331; cfr. altresì A. SACCO GINEVRI, F.M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *NLCC*, 2013, 1, 147: «[i]n determinate circostanze, l'interesse pubblico alla vigilanza e salvaguardia dei settori strategici prevale sull'interesse privato alla conduzione plutocratica e imprenditoriale dell'attività economica organizzata. Ma tale prevalenza si esprime su un terreno, appunto, pubblicistico – nel rispetto di procedure e motivazioni tipiche di quel sistema – e non, come in passato, sul piano dei rapporti societari». Al riguardo, si rimanda allora a N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 443, il quale, nella vigenza del precedente regime normativo, osservava che «[s]arebbe preferibile – o, meglio, sarebbe stato preferibile – collocare all'esterno della società i luoghi dell'interesse pubblico, e così tener separati le vicende dell'impresa e i controlli amministrativi».

¹⁹ A. COMINO, *Golden powers per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1019 ss., ove anche la tesi per la quale, a seguito della riforma del 2012, la disciplina italiana avrebbe assunto caratteristiche per certi versi analoghe a quelle del sistema statunitense di controllo degli investimenti esteri.

²⁰ In questi termini L. TORCHIA, *Politica industriale e regolazione*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, 1, 4.

²¹ A. SACCO GINEVRI, *I "golden powers" dello Stato nei settori strategici dell'economia*, cit., 5.

poteri speciali, attivabili adesso solo in presenza di situazioni in grado di determinare un grave pregiudizio per gli interessi pubblici individuati dal Legislatore e sulla base di elementi di valutazione già definiti dalla normativa primaria. Inoltre, in ossequio al principio di proporzionalità, è stata stabilita una graduazione nell'esercizio dei poteri, atteso che il ricorso alle misure maggiormente intrusive (quali il veto all'adozione di delibere, atti e operazioni e l'opposizione all'acquisto di partecipazioni) è consentito solo qualora l'imposizione di condizioni o prescrizioni (misura introdotta per la prima volta dal d.l. n. 21/2012) si riveli insufficiente a tutelare l'interesse pubblico²². Va poi ricordato che gli atti mediante i quali vengono esercitati i poteri speciali sono assoggettati al sindacato del giudice amministrativo²³, sebbene l'alto tasso di discrezionalità connesso all'adozione di tali determinazioni possa far dubitare dell'effettività di siffatto rimedio²⁴.

Il decreto-legge ha rimesso alla normativa secondaria la definizione di alcuni aspetti della disciplina, tra cui, ad esempio, l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale e degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni²⁵.

²² Sul punto, è altresì da evidenziare che la transizione al nuovo impianto normativo ha determinato il venir meno del potere dello Stato di opporsi alla conclusione di patti e accordi parasociali e di quello di nominare un amministratore privo di voto (così come previsto nella versione da ultimo vigente dell'art. 2 del d.l. n. 332/1994).

²³ La sindacabilità degli atti di esercizio dei poteri speciali era già prevista dal previgente regime normativo. In particolare, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 4, comma 227, della l. n. 350/2003, il d.l. n. 332/1994 prevedeva che gli atti di opposizione e di veto fossero impugnabili entro 60 giorni davanti al T.A.R. del Lazio. La principale novità introdotta dal d.l. n. 21/2012 consiste nell'aver ricondotto tale ipotesi di giurisdizione nell'ambito della giurisdizione esclusiva. Sull'argomento si veda, in particolare, M. ALLENA, *Un nuovo ambito di giurisdizione del giudice amministrativo nel diritto dell'economia: la competenza esclusiva in materia di esercizio dei golden powers*, in *Dir. econ.*, 2012, 3, 639 ss.

²⁴ Ciò vale, *a fortiori*, allorché i poteri speciali siano esercitati sulla base di valutazioni di natura politica. Si vedano, ad esempio, le previsioni dell'art. 1, comma 3, lett. b), e dell'art. 2, comma 7, lett. a), del d.l. n. 21/2012, che annoverano tra gli elementi che possono essere presi in considerazione dal Governo «l'esistenza, tenuto conto anche delle posizioni ufficiali dell'Unione europea, di motivi oggettivi che facciano ritenere possibile la sussistenza di legami fra l'acquirente e paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto, che non rispettano le norme del diritto internazionale o che hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale, desunti dalla natura delle loro alleanze, o hanno rapporti con organizzazioni criminali o terroristiche o con soggetti ad esse comunque collegati». Ulteriori elementi di valutazione che potremmo definire di natura politica sono stati introdotti dal d.l. n. 105/2019 (cfr. *infra*, § 5); si fa riferimento, in particolare, alla previsione per la quale il Governo può prendere in considerazione, ai fini dell'esercizio dei poteri speciali, la circostanza per cui «[...] l'acquirente sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, compresi organismi statali o forze armate, di un Paese non appartenente all'Unione europea, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti» (art. 1, comma 3-bis, lett. a), e art. 2, comma 6, lett. a), del d.l. n. 21/2012, così come modificato dal d.l. n. 105/2019). Invero, una disposizione di analogo tenore era già stata introdotta, sia pure con esclusivo riferimento ai poteri di speciali di cui all'art. 2 del d.l. n. 21/2012, dal d.l. n. 148/2017.

²⁵ Si tratta del d.P.C.M. 6 giugno 2014, n. 108 e del d.P.R. 25 marzo 2014, n. 85. Gli altri atti normativi oggi in vigore sono il d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35 (Regolamento per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale), il d.P.R. 25 marzo 2014, n. 86 (Regolamento per

La disciplina dettata dal d.l. n. 21/2012 è stata in parte modificata dal decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172, la cui novità più rilevante è consistita nell'estensione dei poteri speciali esercitabili nei comparti dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni ai settori ad «alta intensità tecnologica» (tra i quali sono ricompresi, ad esempio, le infrastrutture finanziarie e le tecnologie critiche come l'intelligenza artificiale)²⁶.

Nonostante un avvio piuttosto stentato della nuova disciplina, anche a causa dei tempi necessari per l'adozione dei numerosi atti di rango secondario richiesti dal decreto-legge²⁷, negli ultimi anni si è registrato un significativo aumento delle operazioni notificate e degli interventi dello Stato, sebbene quasi mai il Governo abbia fatto ricorso ai poteri caratterizzati da un maggior livello di intrusività (veto e opposizione)²⁸, dimostrando, dunque, un uso finora parsimonioso delle prerogative speciali²⁹.

Per quanto l'intervento del Legislatore del 2012 sembrasse voler porre una netta cesura con il passato, tuttavia, non v'è chi non veda, anche con riferimento al nuovo assetto normativo, la persistente tendenza a utilizzare i poteri speciali per fini di politica economica e, in particolare, di politica industriale³⁰. Infatti, sebbene la disciplina possa oggi apparire formalmente conforme al

l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni) e il d.P.C.M. 6 agosto 2014 (Individuazione delle modalità organizzative e procedurali per lo svolgimento delle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali).

²⁶ Tuttavia, all'introduzione di tale disposizione non è seguita l'adozione del regolamento deputato a individuare in concreto i settori ad alta intensità tecnologica.

²⁷ Cfr. G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 5, 549.

²⁸ Solo in un'occasione il Governo ha esercitato i poteri di opposizione; si tratta, nello specifico, dell'opposizione all'acquisto delle quote rappresentative dell'intero capitale sociale della società Next AST S.r.l. da parte di Altran Italia S.p.A. Per un resoconto completo si vedano le due relazioni annuali sull'esercizio dei poteri speciali finora trasmesse al Parlamento, aggiornate, rispettivamente, al 30 giugno 2016 (http://www.governo.it/sites/new.governo.it/files/GP_RelazioneParlamento_2016.pdf) e al 31 dicembre 2018 (http://www.governo.it/sites/new.governo.it/files/GP_RelazioneParlamento_2018.pdf).

²⁹ G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 550.

³⁰ Cfr. A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, Napoli, Jovene, 2018, 178 ss. In tal senso parrebbe deporre, come sembra rilevare anche M. CLARICH, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, 119, quanto riportato nell'ultima relazione al Parlamento sull'esercizio dei poteri speciali (cfr. *supra*, nt. 28): «i poteri speciali – concepiti positivamente come uno strumento di tutela delle attività strategiche del Paese – finiscono col muoversi in un ampio e diversificato tessuto di interessi pubblici, quali le competenze tecnologiche acquisite nel corso degli anni – anche grazie all'impiego delle migliori risorse umane, materiali e finanziarie (spesso pubbliche) nazionali – nonché il mantenimento dell'equilibrio economico e finanziario delle imprese *target* e, di conseguenza, la loro stabilità, con evidenti benefici occupazionali. In altri termini, l'esercizio dei poteri speciali si configura non solo come un presidio per le attività strategiche che fanno capo alle società destinatarie di operazioni di acquisizioni, ma al contempo anche come uno strumento di tutela della relativa

diritto dell'U.E., gli ineliminabili spazi di discrezionalità connessi all'esercizio dei poteri speciali potrebbero comunque consentire di piegare lo strumento a finalità diverse dalla salvaguardia degli interessi tassativamente individuati dal Legislatore.

3. Il nuovo regolamento europeo sul controllo degli investimenti esteri diretti

Come accennato in premessa, nel marzo del 2019 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il regolamento (UE) n. 2019/452, che introduce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'U.E.³¹.

Tale intervento normativo, la cui base giuridica è costituita dall'art. 207 del TFUE, si iscrive nel più ampio contesto delle strategie europee volte a gestire il fenomeno della globalizzazione e, nel caso di specie, a mantenere la tradizionale apertura dell'U.E. agli investimenti esteri assicurando, al contempo, la protezione di interessi fondamentali quali l'ordine pubblico e la sicurezza.

Sotto questo punto di vista, è utile notare come l'orientamento della Commissione sia stato oggetto di una significativa evoluzione nel corso degli ultimi anni³². In particolare, i timori legati all'acquisizione di *asset* strategici da parte di investitori stranieri e, soprattutto, da parte di fondi sovrani e di imprese direttamente o indirettamente controllate da paesi terzi, non sempre mossi da logiche esclusivamente economiche, ha indotto le istituzioni europee, anche dietro le pressioni esercitate da alcuni Stati membri³³, a rivedere il consolidato orientamento di apertura tendenzialmente incondizionata agli investimenti esteri. Di tale mutato approccio della Commissione costituiscono chiara testimonianza, ad esempio, il Documento di riflessione sulla

dimensione industriale e del complesso di conoscenze tecnologiche che assieme costituiscono un patrimonio strategico non solo delle società *target* ma anche dell'intero "sistema paese"».

³¹ Per un commento, cfr. G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in Riv. reg. merc., 2019, 1, 2 ss.; si veda anche S. VELLUCCI, *The new regulation on the screening of FDI: the quest for a balance to protect EU's essential interests*, in Dir. comm. internaz., 2019, 1, 142 ss.

³² In questo senso, R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, n. 17/2019, 4 ss.

³³ Si veda la lettera congiunta trasmessa dai ministri di Francia, Germania e Italia alla Commissione nel febbraio 2017 (https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunkt Papier-proposals-for-ensuring-an-improved-level-playing-field-in-trade-and-investment.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

gestione della globalizzazione del 10 maggio 2017 e la Comunicazione «Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando al contempo gli interessi fondamentali» del 13 settembre 2017.

È in questo contesto, dunque, che si colloca il regolamento di recente introduzione, al quale viene assegnata la funzione di istituire un quadro comune che consenta di garantire che l'afflusso degli investimenti esteri non attenti alla sicurezza e all'ordine pubblico³⁴.

Al riguardo, è d'uopo premettere che attraverso il regolamento, il quale troverà applicazione dall'11 ottobre 2020, non viene introdotto alcun *golden power* europeo; infatti, le decisioni ultime in ordine agli investimenti esteri rimangono di competenza esclusiva degli Stati membri. Di questi, circa la metà dispone attualmente di una disciplina sullo *screening* degli investimenti ed è bene precisare che il regolamento non obbliga i paesi che ne risultino sprovvisti a dotarsi di meccanismi interni di controllo.

Quanto all'ambito applicativo, va puntualizzato che il regolamento si occupa unicamente degli investimenti provenienti da paesi terzi, con l'esclusione, dunque, di quelli intracomunitari. Inoltre, il regolamento ha ad oggetto i soli investimenti diretti, per tali intendendosi quelli intesi a «stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore estero e l'imprenditore o l'impresa cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato membro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un'attività economica» (art. 2). Rimangono pertanto esclusi dal perimetro applicativo del regolamento i cosiddetti investimenti di portafoglio, vale a dire quelli di carattere meramente finanziario, privi della finalità di influire sulla gestione della società o di ottenerne il controllo.

All'art. 3 del regolamento sono stati previsti alcuni requisiti minimi – quali la trasparenza e la natura non discriminatoria delle regole e delle procedure, la possibilità di ricorrere avverso le decisioni – che gli Stati membri devono rispettare se vogliono mantenere o adottare strumenti di controllo degli investimenti esteri. Com'è agevole notare, si tratta solo di alcuni dei requisiti che erano stati richiamati dalla Corte di giustizia in occasione del lungo contenzioso riguardante le *golden share* nazionali. Sotto questo profilo, dunque, il regolamento ha carattere scarsamente innovativo.

³⁴ Sull'opportunità dell'introduzione di un sistema di regole comuni a livello europeo si era espresso M. LAMANDINI, *Golden share e libera circolazione dei capitali in Europa e in Italia*, in *Giur. comm.*, 2016, V, 671 ss.

La nuova normativa si è altresì incaricata di definire, all'art. 4, i fattori che possono essere presi in considerazione dagli Stati membri e dalla Commissione nell'esercizio delle loro prerogative (sulle quali si veda anche *infra*). Nel primo paragrafo è contenuta, in realtà, una vera e propria elencazione dei settori rispetto ai quali occorre valutare gli effetti, anche potenziali, dell'investimento, tra i quali si possono annoverare, ad esempio, le infrastrutture critiche (con riferimento all'energia, ai trasporti, all'acqua, alle infrastrutture elettorali e finanziarie, ecc.), le tecnologie critiche, la sicurezza nell'approvvigionamento di fattori produttivi critici (tra cui l'energia e le materie prime), la sicurezza alimentare, l'accesso a informazioni sensibili, la libertà e il pluralismo dei media³⁵. A ben vedere, si tratta di un catalogo piuttosto ampio di settori, ben più esteso di quello finora preso in considerazione dalla disciplina italiana (si pensi, ad esempio, al riferimento al concetto di sicurezza alimentare).

Il secondo paragrafo dell'art. 4 stabilisce invece i criteri da utilizzare nella valutazione circa gli effetti sulla sicurezza o sull'ordine pubblico di un investimento estero. Tra questi criteri spicca, perché emblematico delle ragioni che hanno portato all'adozione del regolamento, quello per il quale occorre considerare se «l'investitore estero sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, inclusi organismi statali o forze armate, di un paese terzo, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti»³⁶.

Sotto questi profili e con riguardo ai possibili impatti del regolamento sulle discipline nazionali, è stato osservato che «[l]'effetto complessivo sarà probabilmente una *race to the top*, perché i legislatori saranno spinti a estendere i settori e gli investimenti scrutinati e a prendere in considerazione criteri (come quello del coinvolgimento pubblico di altri governi negli investimenti esteri) che fin qui erano stati trascurati a livello nazionale»³⁷.

Particolarmente degna di nota è l'introduzione del meccanismo di cooperazione previsto dagli artt. 6 e ss. del regolamento. La nuova disciplina prevede infatti degli obblighi di notifica a carico degli Stati destinatari di investimenti sottoposti a controllo e consente agli altri Stati membri di formulare osservazioni e alla Commissione di emettere pareri qualora l'investimento possa incidere

³⁵ Cfr. G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 10 ss.

³⁶ In questo senso, con riferimento alla disposizione di analogo tenore contenuta nella proposta di regolamento, R. MAGLIANO, *Tutela degli interessi strategici e controllo degli investimenti esteri diretti: la proposta di regolamento delle istituzioni europee*, in *Dir. comm. internaz.*, 2018, 3, 706.

³⁷ G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 18. Come si avrà modo di vedere più avanti, tale tesi risulta confermata dalle modifiche apportate alla disciplina italiana dal d.l. n. 105/2019.

sulla sicurezza o sull'ordine pubblico di Stati diversi da quello in cui si è realizzato l'investimento³⁸. La predetta notifica, che dovrà contenere le informazioni di cui all'art. 9 (tra le quali, ad esempio, l'assetto proprietario dell'investitore estero e dell'impresa *target* nonché il valore approssimativo dell'investimento), può includere anche un elenco degli Stati membri la cui sicurezza o il cui ordine pubblico si ritiene possano essere pregiudicati.

L'art. 8 attribuisce inoltre alla Commissione il potere di emettere un parere destinato allo Stato membro nel quale si è realizzato o è in programma un investimento estero se ritiene che questo «possa incidere su progetti o programmi di interesse per l'Unione per motivi di sicurezza o di ordine pubblico». A tal proposito, sebbene lo strumento sia preposto alla tutela di interessi dell'U.E., la previsione non può ritenersi attributiva di un potere di controllo diretto in capo alla Commissione, atteso che questa potrà soltanto rilasciare un parere, per di più non vincolante. Lo Stato membro al quale è diretto il parere, infatti, dovrà prenderlo «nella massima considerazione» ma potrà discostarsene fornendo le dovute spiegazioni.

Il cuore della disciplina risiede proprio nel suddetto meccanismo di cooperazione, la cui introduzione appare particolarmente opportuna se si considera che in un mercato comune gli investimenti diretti in uno Stato membro possono facilmente produrre effetti in un altro, prestando così il fianco a pratiche elusive. Tuttavia, tale meccanismo presenta un profilo di debolezza individuabile proprio nella circostanza che, come sopra ricordato, non tutti gli Stati membri dispongono attualmente di uno strumento per lo *screening* degli investimenti esteri né sono obbligati, in virtù del regolamento, a introdurne uno. Non è tuttavia da escludere che uno degli effetti del nuovo regolamento possa essere proprio l'introduzione, sulla base delle indicazioni fornite dal Legislatore europeo, di meccanismi di controllo anche negli Stati membri che al momento ne sono privi.

Sul piano organizzativo, l'art. 11 prevede che presso gli Stati membri e la Commissione venga istituito un punto di contatto per l'attuazione del regolamento. Va altresì fatta menzione di quanto disposto dall'art. 5, il quale prevede a carico degli Stati membri l'obbligo di presentare, entro il 31 marzo di ogni anno, una relazione che fornisca informazioni in ordine agli investimenti esteri diretti realizzati nel loro territorio e, per gli Stati che dispongono di meccanismi interni di controllo,

³⁸ La facoltà di formulare osservazioni e di rilasciare pareri può essere esercitata anche con riguardo a investimenti che non siano stati sottoposti a controllo (art. 7).

informazioni riguardanti la loro applicazione. Lo stesso art. 5 dispone che la Commissione presenti annualmente una relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione del regolamento.

Descritto sinteticamente l'impianto normativo del regolamento, rimane ancora da comprendere se, in un'ottica sistematica, la disciplina sul controllo degli investimenti esteri possa essere ritenuta uno strumento, di matrice neo-protezionistica, volto ad affermare una sorta di sovranismo comunitario mediante la difesa delle imprese europee dagli investitori esteri o, più genericamente, a perseguire obiettivi di politica industriale.

Non ci pare però che il quadro positivo consenta di avallare un'interpretazione di questo tipo³⁹, atteso che il controllo degli investimenti disciplinato dal regolamento, coerentemente con l'orientamento tradizionale, rimane finalisticamente vincolato alla tutela interessi pubblici essenziali aventi natura extra-economica (quali la sicurezza e l'ordine pubblico)⁴⁰.

È opportuno infine rammentare, nell'economia dell'analisi che si sta conducendo, che gli ambiti di applicazione del regolamento, da un lato, e della disciplina italiana sul *golden power*, dall'altro, non sono perfettamente sovrapponibili. Infatti, il regolamento, a differenza dell'impianto normativo di cui al d.l. n. 21/2012, disciplina esclusivamente gli investimenti (purché non di mero portafoglio) provenienti da operatori esterni all'U.E. Al contrario, il d.l. n. 21/2012, oltre ad applicarsi, in alcuni casi, anche agli investimenti di operatori economici stabiliti in uno Stato membro (inclusi gli operatori italiani)⁴¹, consente l'esercizio dei poteri speciali anche in relazione a vicende diverse dall'acquisizione di partecipazioni, qualora particolarmente rilevanti per l'organizzazione e l'attività dell'impresa (si pensi, ad esempio, all'adozione di alcune delibere societarie di particolare rilievo)⁴².

³⁹ Di contrario avviso è invece B.P. AMICARELLI, *Il controllo degli investimenti stranieri nel regolamento europeo del 2019*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 6, 763, il quale conclude che «lo scopo annunciato della nuova normativa è quello di portare sul mercato internazionale dei nuovi “campioni europei”, generati dalla concorrenza interna del mercato unico e difesi dalla concorrenza esterna dei mercati internazionali».

⁴⁰ Appare in questo senso emblematica la mancanza nel regolamento di riferimenti al principio di reciprocità, nonostante le proposte del Parlamento europeo a tal riguardo; su questo punto si rimanda a S. VELLUCCI, *op. ult. cit.*, 154 s.: «the Parliament has suggested inserting a reference to reciprocity among the elements to assess the condition in which the investment is carried out, one of the assessment criteria of the screening. The Commission, as well as the final agreement, have set aside any reference to this aspect, taking the view that reciprocity should be achieved through other instruments, such as bilateral and multilateral agreements».

⁴¹ Ciò vale per i settori della difesa e della sicurezza nazionale (art. 1 del d.l. n. 21/2012).

⁴² Tale disallineamento risulta confermato dal recente assoggettamento ai *golden power* dei contratti e degli accordi di approvvigionamento relativi alle reti 5G (cfr. *infra*, § 4).

4. Il decreto Brexit e i nuovi poteri speciali nel settore 5G

Ritornando entro i confini nazionali, la prima novità che si segnala è quella intervenuta ad opera dell'art. 1 del d.l. n. 22/2019 (c.d. decreto Brexit), attraverso il quale si è provveduto a estendere i poteri speciali al settore dei servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G, che sono stati inclusi tra le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale⁴³.

La disposizione sul *golden power*, curiosamente inserita all'interno di un decreto-legge per il resto interamente deputato a disciplinare alcuni aspetti legati all'uscita del Regno Unito dall'U.E., è stata introdotta in un momento storico in cui le ostilità tra Stati Uniti e Cina si sono estese anche all'ambito tecnologico. In tale contesto, la diffusione di timori per la sicurezza nazionale legati all'impiego delle tecnologie di alcuni operatori non europei nella realizzazione delle infrastrutture della nuova rete 5G ha indotto il Legislatore italiano ad approntare degli strumenti di controllo, individuati, per l'appunto, nei poteri speciali esercitabili dal Governo.

Il decreto Brexit è direttamente intervenuto sul d.l. n. 21/2012, introducendovi l'art. 1-*bis*, il quale prevede che debba essere notificata alla Presidenza del Consiglio dei ministri, al fine dell'eventuale esercizio del potere di veto o dell'imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni, la stipula di contratti o accordi aventi ad oggetto l'acquisizione di beni o servizi relativi alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione delle reti inerenti i servizi 5G, ovvero l'acquisizione di componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla predetta realizzazione o gestione, quando posti in essere con soggetti esterni all'U.E.⁴⁴.

La disposizione, sebbene non faccia esplicito riferimento ai soggetti sui quali gravano i predetti obblighi di notifica, è da intendersi rivolta agli operatori di telecomunicazioni chiamati a realizzare e a gestire le infrastrutture della nuova rete 5G.

Una delle prime osservazioni che si può formulare nei confronti della nuova previsione è quella di aver ricondotto i servizi di comunicazione elettronica basati sulla tecnologia 5G entro l'area della difesa e sicurezza nazionale di cui all'art. 1 del d.l. n. 21/2012, mentre la loro collocazione naturale

⁴³ Per un commento, cfr. M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 115 ss.

⁴⁴ Per le modifiche apportate all'art. 1-*bis* dal d.l. n. 105/2019, cfr. *infra*, § 5.

sembrerebbe quella di cui all'art. 2, disciplinante i poteri speciali esercitabili nei settori dell'energia, dei trasporti e, giustappunto, delle comunicazioni⁴⁵. L'unica conseguenza di particolare rilievo derivante da tale scelta parrebbe quella relativa all'individuazione dei presupposti per l'esercizio dei poteri speciali, i quali, per quanto riguarda i settori di cui all'art. 1, possono essere esercitati «in caso di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale»⁴⁶. Per il resto, la qualificazione dei servizi 5G come attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale sembrerebbe priva di significative implicazioni pratiche, atteso che la disciplina dei poteri speciali di cui al nuovo art. 1-*bis* del d.l. n. 21/2012, soprattutto alla luce delle modifiche apportate dal d.l. n. 105/2019 (cfr. *infra*, § 5), risulta del tutto autosufficiente rispetto all'apparato normativo all'interno del quale è stata inserita. Né pare potersi sostenere che l'aver incluso i servizi 5G tra le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, al di fuori dei casi in cui trovi diretta applicazione l'art. 1-*bis*, possa comunque assumere rilevanza ai fini dell'esercizio dei poteri di cui all'art. 1 (imposizione di specifiche condizioni, veto a delibere, atti e operazioni societarie, opposizione all'acquisto di partecipazioni), poiché tale inquadramento, in virtù di quanto disposto dal comma 1 dell'art. 1-*bis*, rileva «ai fini dell'esercizio dei poteri di cui al comma 2», e cioè dei soli poteri speciali inerenti ai contratti e agli accordi ai quali si riferisce la nuova disposizione⁴⁷.

Con riguardo all'obbligo di notifica, prima che intervenisse il d.l. n. 64/2019 e, successivamente, il d.l. n. 105/2019, l'art. 1-*bis* rimandava all'art. 1, comma 4, del d.l. n. 21/2012, disciplinante i

⁴⁵ Si segnala che una scelta simile era stata compiuta in passato con il d.P.C.M. 2 ottobre 2013, n. 129, il quale, modificando il d.P.C.M. 30 novembre 2012, n. 253, aveva incluso «le reti e gli impianti utilizzati per la fornitura dell'accesso agli utenti finali dei servizi rientranti negli obblighi del servizio universale e dei servizi a banda larga e ultralarga» tra le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale. Tale previsione è stata poi superata con l'adozione del d.P.R. 25 marzo 2014, n. 85 e del d.P.C.M. 6 giugno 2014, n. 108.

⁴⁶ Nonostante l'art. 1-*bis* non contenga un espresso riferimento al presupposto della grave minaccia alla difesa e alla sicurezza nazionale, si deve comunque ritenere i poteri speciali possano essere esercitati esclusivamente qualora ricorra tale circostanza. Per quanto riguarda, invece, i poteri di cui all'art. 2, questi possono essere esercitati qualora sussista «una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti» nonché, in alcuni casi, un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico.

⁴⁷ Non è invece chiaro se dall'inclusione dei servizi 5G tra le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale derivi anche l'applicazione, con i dovuti adattamenti, del d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35 (Regolamento per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale), il quale si occupa, tra le altre cose, di individuare le amministrazioni responsabili dell'istruttoria e della proposta di esercizio dei poteri speciali. Il comma 4 dell'art. 1-*bis* si limita infatti a prevedere che con un d.P.C.M. possano essere individuate misure di semplificazione delle modalità di notifica, dei termini e delle procedure relativi all'istruttoria.

poteri speciali esercitabili in caso di notifica, da parte di imprese che operano nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, di operazioni societarie di particolare rilevanza. Tale rinvio, tuttavia, rendeva non agevole comprendere in quale momento o entro quale termine si dovesse procedere alla notifica. Infatti, il comma 4 dell'art. 1 fa riferimento ad atti «da adottare», mentre il comma 1 dell'art. 1-*bis* individua l'oggetto della notifica nella «stipula di contratti o accordi», sembrando così presupporre che si possa procedere alla notifica dopo la conclusione dell'atto negoziale. Inoltre, il rinvio al comma 4 dell'art. 1 sembrava implicare la nullità dell'accordo o del contratto concluso in mancanza di notifica (o, più in generale, in violazione degli obblighi previsti da detta disposizione). Come si avrà agio di vedere nel prosieguo, le modifiche successivamente apportate all'art. 1-*bis* hanno inciso su tale profilo della disciplina (cfr. *infra*, § 5).

Al di là di tali aspetti, la principale novità della previsione in commento consiste, ad avviso di chi scrive, nell'aver assoggettato ai poteri speciali la stipula di semplici contratti o accordi di approvvigionamento di beni e servizi. Si tratta, all'evidenza, di atti diversi da quelli tradizionalmente sottoposti allo scrutinio del Governo; finora, infatti, l'esercizio dei poteri speciali era stato sempre previsto con riferimento a vicende particolarmente significative sotto il profilo organizzativo e gestionale dell'impresa, quali le modifiche all'assetto proprietario e alcune operazioni idonee a modificare il *business* tipico dell'impresa o la titolarità degli attivi strategici⁴⁸ (ad esempio, le delibere societarie aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento all'estero della sede e la modifica dell'oggetto sociale, le cessioni di diritti reali o di utilizzo relative a beni materiali o immateriali).

Per contro, mediante la nuova disposizione vengono assoggettati al *golden power* atti negoziali all'apparenza incapaci di incidere, anche solo in via indiretta, sul governo e sull'operatività dell'impresa. Sicché potrebbe dirsi che, se fino ad oggi c'era sempre stata una strettissima correlazione tra l'interesse pubblico e le sorti dell'impresa, i poteri speciali di nuova fattura trovano la loro legittimazione in un interesse che risiede, per così dire, al di fuori dell'impresa stessa e rispetto al quale quest'ultima costituisce mero tramite per la sua tutela.

Una siffatta impostazione appare coerente con l'assetto dei poteri speciali scaturito dalla riforma del 2012, nel quale le prerogative statali non sono più intese come poteri di ingerenza nelle vicende

⁴⁸ A. SACCO GINEVRI, F.M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, cit., 117.

societarie bensì come strumenti di presidio esterno azionabili per motivi imperativi di carattere generale.

Continuando nell'esame della disciplina, è stato previsto che, al fine dell'esercizio dei poteri speciali, «sono oggetto di valutazione anche gli elementi indicanti la presenza di fattori di vulnerabilità che potrebbero compromettere l'integrità e la sicurezza delle reti e dei dati che vi transitano» (art. 1-*bis*, comma 2). Sotto tale aspetto, va osservato che la tecnica normativa adottata dal Legislatore, quella cioè di introdurre un autonomo articolo dedicato al *golden power* nel settore 5G (sul punto privo di rinvii alle previsioni dell'art. 1), implica la non applicabilità degli elementi di valutazione che ordinariamente sovrintendono all'esercizio dei poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale⁴⁹. Tale scelta appare certo condivisibile, in ragione della diversa natura delle operazioni e degli atti sottoposti allo scrutinio governativo. Tuttavia, non può non notarsi che il Legislatore, nonostante le circostanze in cui la norma è stata introdotta (i contrasti tra Stati Uniti e Cina e i timori legati all'impiego delle nuove tecnologie per fini politici), non abbia previsto, neppure mediante il d.l. n. 105/2019, che, nell'esercitare i poteri speciali di nuova introduzione, possano essere presi in considerazione elementi di natura (non già meramente tecnica, bensì anche) politica, similmente a quanto avvenuto con riferimento agli altri poteri speciali di cui al d.l. n. 21/2012⁵⁰.

5. Il d.l. n. 64/2019 e la sua mancata conversione in legge; le novità introdotte dal d.l. n. 105/2019

Un nuovo intervento del Legislatore italiano nella materia dei poteri speciali si era registrato a luglio del 2019. Nemmeno due mesi dopo la conversione in legge del decreto Brexit, era stato infatti emanato il d.l. n. 64/2019, recante modifiche al d.l. n. 21/2012.

L'ennesimo ricorso alla decretazione d'urgenza era stato motivato sulla base della necessità di integrare la disciplina del *golden power* in considerazione della complessità delle valutazioni da

⁴⁹ Tali criteri sono previsti dall'art. 1, commi 2 e 3, del d.l. n. 21/2012.

⁵⁰ Vedi *supra*, nt. 24. Il riferimento è, in particolare, al criterio che consente di prendere in considerazione la circostanza per la quale l'operatore è direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica di un paese terzo.

svolgere e al fine di assicurare l'effettività della tutela degli interessi strategici. Tuttavia, appena una settimana dopo l'emanazione del decreto-legge fu comunicato che il Governo non avrebbe insistito per la sua conversione, anche in ragione della volontà di procedere alla presentazione di un disegno di legge per disciplinare in modo più organico la materia della sicurezza informatica nazionale. Sebbene tale notizia fosse stata inizialmente smentita, il decreto-legge, anche a causa della crisi di Governo intervenuta in agosto, non è stato convertito entro il termine di 60 giorni⁵¹.

Le novità che il suddetto decreto recava sono state pressoché interamente riprodotte all'interno del d.l. n. 105/2019, in virtù delle modifiche apportate dal Parlamento in sede di conversione. Se ne tratterà, pertanto, nel prosieguo della presente analisi.

Poco dopo l'insediamento del nuovo Governo è stato dunque emanato il d.l. n. 105/2019, recante disposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, che ha sostituito il disegno di legge di analogo oggetto presentato qualche settimana prima (d.d.l. n. 1448). Va qui segnalato che il d.l. n. 105/2019 è stato da ultimo oggetto di alcune modifiche ad opera del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8 (c.d. decreto milleproroghe).

Sebbene il d.l. n. 105/2019 si occupi solo in parte del *golden power*⁵², pare comunque opportuno rivolgere uno sguardo d'insieme al nuovo impianto normativo poiché, con riferimento ad alcune reti, sistemi informativi e servizi informatici, esso rappresenta, per certi versi, una disciplina di complemento rispetto a quella dettata dal d.l. n. 21/2012.

Il d.l. n. 105/2019 ha istituito il perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, con l'obiettivo di «assicurare un livello elevato di sicurezza delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici delle amministrazioni pubbliche, degli enti e degli 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».

⁵¹ Gli effetti del decreto-legge sono stati fatti salvi per mezzo dell'art. 1, comma 2, della legge 4 ottobre 2019, n. 107. Al riguardo, va segnalato che in occasione del primo Consiglio dei ministri del nuovo Governo, prima che decadde il d.l. n. 64/2019, era stato deliberato l'esercizio dei poteri speciali di cui all'art. 1-bis del d.l. n. 21/2012 con riferimento a una serie di operazioni notificate da parte di alcuni operatori di telecomunicazioni.

⁵² Per vero, in virtù delle modifiche apportate al decreto-legge in sede di conversione, le disposizioni dedicate al *golden power* risultano ben più numerose e rilevanti di quelle contenute nel testo inizialmente licenziato dal Governo.

L'individuazione dei soggetti, pubblici e privati, da includere nel perimetro e tenuti al rispetto delle norme previste dal decreto-legge era stata inizialmente affidata al d.P.C.M. di cui all'art. 1, comma 2, lett. a), da adottare, su proposta del Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica (CISR), entro 4 mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione⁵³. Tuttavia, in virtù di quanto successivamente disposto dall'art. 27 del d.l. n. 162/2019, il sopra citato d.P.C.M. dovrà limitarsi a definire le modalità e i criteri procedurali sulla base dei quali, mediante un atto amministrativo adottato dal Presidente del Consiglio dei ministri (sempre su proposta del CISR), si dovrà, entro 30 giorni, procedere all'individuazione dei soggetti da includere nel perimetro di sicurezza⁵⁴.

Il d.l. n. 105/2019 prevede che siffatta individuazione avvenga sulla base di due criteri principali: (i) il soggetto esercita una funzione essenziale dello Stato, ovvero assicura un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato; (ii) l'esercizio di tale funzione o la prestazione di tale servizio dipende da reti, sistemi informativi e servizi informatici. A tali criteri in sede di conversione ne è stato affiancato un terzo, sulla base del quale la delimitazione del perimetro soggettivo della nuova disciplina deve avvenire secondo un principio di gradualità, che tenga conto dell'entità del pregiudizio che può essere arrecato alla sicurezza nazionale in relazione alle specificità dei diversi settori di attività.

Un ulteriore d.P.C.M., da adottare, su proposta del CISR, entro 10 mesi dall'entrata in vigore della legge di conversione, dovrà definire – oltre alle procedure secondo le quali dovranno essere segnalati eventuali incidenti – le misure di sicurezza alle quali dovranno sottostare i soggetti inclusi nel perimetro. È interessante notare che le suddette misure dovranno riferirsi, tra le altre cose, «all'affidamento di forniture di beni, sistemi e servizi di *information and communication technology* (ICT), anche mediante la definizione di caratteristiche e requisiti di carattere generale, di standard e di eventuali limiti» (art. 1, comma 3, lett. b), n. 8).

⁵³ Con il medesimo d.P.C.M. dovranno essere definiti i criteri mediante i quali i soggetti inclusi nel perimetro di sicurezza dovranno predisporre e aggiornare (con cadenza almeno annuale) l'elenco delle reti, dei sistemi e dei servizi rilevanti ai sensi del decreto-legge in esame (art. 1, comma 2, lett. b)).

⁵⁴ Per tale atto amministrativo viene espressamente esclusa sia la pubblicazione che il diritto di accesso. A seguito della sua adozione, a ciascun soggetto dovrà essere data comunicazione dell'avvenuta iscrizione nell'elenco. La modifica intervenuta ad opera del d.l. n. 162/2019 è giustificata, come si legge nella relazione illustrativa al disegno di legge di conversione, dal fatto che l'elenco completo dei soggetti inclusi nel perimetro presenta particolari profili di sensibilità sotto l'aspetto della sicurezza, in ragione delle informazioni che da esso possono essere ricavate.

Sempre con riferimento all'attività di *procurement*, il decreto-legge demanda a un regolamento (da adottare entro 10 mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione) la definizione degli aspetti procedurali della disciplina cui dovranno attenersi i soggetti inclusi nel perimetro qualora intendano procedere all'affidamento di forniture di beni, sistemi e servizi ICT destinati a essere impiegati sulle reti, sui sistemi informativi e per l'espletamento dei servizi informatici rilevanti ai fini della disciplina in esame. Per questi casi, infatti, l'art. 1, comma 6, lett. a), prevede un obbligo di comunicazione al Centro di valutazione e certificazione nazionale (CVCN) istituito presso il Ministero dello sviluppo economico⁵⁵, il quale potrà, entro 45 giorni, effettuare verifiche preliminari e imporre condizioni e verifiche tecniche⁵⁶. Decorso il suddetto termine senza che il CVCN si sia pronunciato, i soggetti che hanno effettuato la comunicazione potranno proseguire nella procedura di affidamento. In caso di imposizione di condizioni e di test, i bandi di gara e i contratti dovranno essere integrati con clausole che condizionino, sospensivamente o risolutivamente, il contratto al rispetto delle condizioni e all'esito favorevole dei test.

Dunque, il d.l. n. 105/2019 assoggetta l'attività di approvvigionamento di beni e servizi dei soggetti (pubblici e privati) inclusi nel perimetro di sicurezza a una serie di prescrizioni piuttosto penetranti e financo in grado di incidere sull'affidamento del contratto.

Le attività previste dall'art. 1 del decreto-legge, comprese quelle relative all'accertamento delle violazioni e all'irrogazione delle sanzioni⁵⁷, sono state attribuite alla competenza della Presidenza del Consiglio dei ministri o del Ministero dello sviluppo economico, in base alla natura dei soggetti⁵⁸.

Come già segnalato, il decreto-legge si occupa anche della materia del *golden power*. In particolare, all'art. 3 sono state inserite alcune disposizioni di coordinamento tra la nuova normativa in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica e la disciplina dei poteri speciali nel settore 5G. Al primo comma si prevede che le disposizioni del decreto-legge, ad eccezione di quelle

⁵⁵ Una diversa disciplina è stata prevista per l'acquisizione di beni, sistemi e servizi ICT da impiegare su reti, sistemi informativi e servizi informatici del Ministero dell'interno e del Ministero della difesa, i quali potranno avvalersi dei propri Centri di valutazione.

⁵⁶ La stessa disposizione prevede che un d.P.C.M. (da adottare entro 10 mesi) dovrà individuare, sulla base di criteri di natura tecnica, quali affidamenti saranno assoggettati alla nuova disciplina.

⁵⁷ Le prescrizioni di cui all'art. 1 del d.l. n. 105/2019 sono infatti assistite da un articolato sistema sanzionatorio (cfr. art. 1, commi 9-14).

⁵⁸ Si fa notare che il disegno di legge inizialmente approvato (d.d.l. n. 1448) attribuiva all'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) molte delle competenze oggi assegnate alla Presidenza del Consiglio dei ministri.

riguardanti l'affidamento di forniture di beni, sistemi e servizi ICT, si applicano ai soggetti inclusi nel perimetro di sicurezza anche qualora questi siano tenuti alla notifica relativa ai contratti e agli accordi di cui all'art. 1-*bis* del d.l. n. 21/2012. Dalla disposizione sembra dunque ricavarsi che le attività di ICT *procurement* svolte dai soggetti inclusi nel perimetro di sicurezza, qualora rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 1-*bis* del d.l. n. 21/2012, continueranno a essere sottoposte a quest'ultima disciplina.

Il secondo comma dell'art. 3 prevede che, a partire dall'entrata in vigore del sopra menzionato regolamento di cui all'art. 1, comma 6, e secondo la disciplina che con esso verrà definita, i poteri speciali inerenti alle reti 5G saranno esercitati da parte dei Centri di valutazione competenti. La disposizione deve intendersi riferita alle ipotesi in cui i contratti e gli accordi di cui all'art. 1-*bis* del d.l. n. 21/2012 siano conclusi da soggetti inclusi nel perimetro di sicurezza. In questi casi, dunque, i poteri speciali non saranno esercitati dalla Presidenza del Consiglio ma dal Centro di valutazione.

Infine, il terzo comma dell'art. 3 dispone che entro 60 giorni dall'entrata in vigore del predetto regolamento sarà possibile, nel caso in cui il Centro di valutazione accerti la presenza di fattori di vulnerabilità, modificare o integrare (introducendo misure che assicurino livelli di sicurezza equivalenti a quelli previsti dal d.l. n. 105/2019) le condizioni o le prescrizioni relative ai contratti già autorizzati ai sensi dell'art. 1-*bis* del d.l. n. 21/2012, qualora attinenti alle reti, ai sistemi informativi e ai servizi informatici rilevanti ai fini della nuova normativa. Sulla base di tale disposizione, sarà quindi possibile intervenire nuovamente su operazioni già autorizzate e financo prescrivere la sostituzione di apparati o prodotti «ove indispensabile al fine di risolvere le vulnerabilità accertate», con tutto ciò che ne consegue in termini di potenziale lesione del legittimo affidamento degli operatori⁵⁹.

Alla disciplina del *golden power* è altresì dedicato l'art. 4-*bis* del decreto-legge, il quale, anche attraverso un richiamo alle previsioni del nuovo regolamento (UE) n. 2019/452, ha rafforzato i poteri speciali di cui al d.l. n. 21/2012, recuperando altresì la pressoché totalità delle disposizioni del decaduto d.l. n. 64/2019.

Volendo dar conto di alcune delle novità più importanti, si segnala innanzitutto l'estensione, da 15 a 45 giorni, del termine entro il quale possono essere esercitati i poteri di cui agli artt. 1 e 2 del

⁵⁹ Cfr. G. NAPOLITANO, *I golden powers italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening*, cit., 122.

d.l. n. 21/2012⁶⁰. Sotto questo profilo, assume altresì rilievo l'introduzione di un nuovo art. 2-ter nel d.l. n. 21/2012, dedicato al coordinamento della normativa nazionale con il regolamento (UE) n. 2019/452; tale disposizione prevede una nuova ipotesi di sospensione dei termini per l'esercizio dei poteri speciali relativa al caso in cui un altro Stato membro o la Commissione comunichino, rispettivamente, l'intenzione di formulare osservazioni o di emettere un parere in merito a un investimento estero ai sensi dell'art. 6 del predetto regolamento; questa ipotesi di sospensione si applica anche qualora le osservazioni o il parere siano richiesti dallo Stato italiano. Viene inoltre fatta salva la possibilità di esercitare i poteri speciali anche prima del ricevimento dei pareri o delle osservazioni nei casi in cui sia necessaria una decisione immediata, secondo quanto previsto dall'articolo 6, paragrafo 8, del regolamento. Infine, il punto di contatto previsto dall'art. 11 del regolamento è stato istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri.

Con riguardo ai poteri speciali di cui agli artt. 1 e 2 del d.l. n. 21/2012, è stata prevista l'introduzione di ulteriori criteri di valutazione qualora l'acquisto di partecipazioni societarie avvenga da parte di operatori esterni all'U.E. In questi casi potranno essere prese in considerazione le seguenti circostanze: a) che l'acquirente sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, compresi organismi statali o forze armate, di un Paese non appartenente all'Unione europea, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti; b) che l'acquirente sia già stato coinvolto in attività che incidono sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in uno Stato membro dell'Unione europea; c) che vi sia un grave rischio che l'acquirente intraprenda attività illegali o criminali. Si tratta, com'è agevole notare, degli stessi criteri di valutazione previsti dall'art. 4, paragrafo 2, del regolamento (UE) n. 2019/452, che il Legislatore italiano ha ritenuto di riprodurre all'interno della normativa nazionale.

Inoltre, è stato sostituito il comma 1-ter dell'art. 2, il quale adesso affida a uno o più d.P.C.M. il compito di individuare ulteriori beni e rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale, con riferimento ai settori individuati dall'art. 4 del regolamento europeo. Attraverso siffatta previsione, dunque, il Legislatore si è avvalso della possibilità di estendere il perimetro applicativo dei poteri speciali concessa dalla nuova normativa europea (cfr. *supra*, § 3). Si tratta, probabilmente, di una

⁶⁰ Per i poteri di cui all'art. 1-bis il termine è stato fissato in 30 giorni (il d.l. n. 64/2019 aveva invece stabilito un termine di 45 giorni). È stata altresì introdotta una nuova ipotesi di sospensione dei termini relativa all'ipotesi in cui occorra formulare richieste istruttorie a soggetti terzi.

delle novità più significative, poiché in grado di determinare l'estensione dei poteri speciali a settori finora trascurati dal Legislatore italiano⁶¹.

Va altresì dato conto dell'introduzione nell'art. 2, comma 5-*bis*, del d.l. n. 21/2012 di una definizione di «soggetto esterno all'Unione europea» (la quale rileva ai fini dell'esercizio dei poteri speciali di cui agli artt. 1, 1-*bis* e 2) ben più ampia di quella prevista dal previgente art. 2, comma 5, e che consente di tenere in considerazione anche situazioni di controllo (diretto o indiretto) nonché eventuali forme di elusione della disciplina dettata dal decreto-legge.

Con riferimento specifico ai poteri speciali nel settore 5G di cui all'art. 1-*bis* del d.l. n. 21/2012, in luogo del richiamo alle previsioni di cui all'art. 1, comma 4, previsto nella precedente formulazione della norma, si è proceduto a disciplinare in maniera autonoma gli aspetti procedurali, rendendo di fatto autosufficiente la disciplina. In particolare, all'art. 1-*bis* è stato introdotto il comma 3-*bis*, il quale prevede che la notifica debba essere effettuata entro 10 giorni dalla conclusione del contratto o dell'accordo e che i poteri speciali possano essere esercitati entro 30 giorni⁶², decorsi i quali i poteri si intendono non esercitati. Anche nella disposizione in commento viene prestato ossequio al principio di proporzionalità, in quanto il veto potrà essere opposto nella sola ipotesi in cui l'imposizione di prescrizioni o condizioni risulti insufficiente a tutelare gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza.

È interessante notare come, a differenza di quanto previsto dall'art. 1, comma 4, il quale si riferisce alle delibere, agli atti o alle operazioni «da adottare», l'obbligo di notifica debba in questi casi essere assolto successivamente alla conclusione del contratto o dell'accordo⁶³. È per tale ragione, probabilmente, che al mancato adempimento dell'obbligo di notifica, diversamente da quanto previsto dall'art. 1, comma 4, non è stata associata la nullità dell'atto negoziale ma solamente l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria. A questo punto non è però chiaro quali effetti si producano sul contratto o sull'accordo qualora il Governo eserciti il potere di

⁶¹ Va qui segnalato che è stato inoltre riformulato il primo comma dell'art. 2, il quale demanda a uno o più d.P.C.M. (e non più, dunque, a un d.P.R.) l'individuazione delle reti e degli impianti, ivi compresi quelli necessari ad assicurare l'approvvigionamento minimo e l'operatività dei servizi pubblici essenziali, dei beni e dei rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

⁶² Tale termine può essere prorogato nel caso in cui si debbano condurre approfondimenti; il termine può essere inoltre sospeso qualora si renda necessario richiedere informazioni all'acquirente o formulare richieste istruttorie a soggetti terzi.

⁶³ Fermo restando che, ad avviso di chi scrive, nulla impedirebbe all'impresa di procedere alla notifica anteriormente alla conclusione del contratto o dell'accordo.

veto. Nel silenzio della disposizione, si potrebbe ritenere che l'atto negoziale al quale sia stato opposto il veto risulti privato della sua efficacia, quasi che l'esercizio del *golden power* si atteggi, in questo caso, alla stregua di una *condicio iuris*⁶⁴. Il comma 3-*bis* prevede altresì che qualora l'impresa notificante abbia iniziato l'esecuzione del contratto o dell'accordo prima che sia decorso il termine per l'esercizio dei poteri speciali, il Governo, nel provvedimento di esercizio dei predetti poteri, possa ingiungere all'impresa di ripristinare a proprie spese la situazione anteriore all'esecuzione.

Sempre con riferimento ai poteri speciali di cui all'art. 1-*bis*, è stato disposto che, in sede di prima applicazione delle disposizioni sulla notifica degli atti negoziali relativi alla tecnologia 5G, l'impresa notificante dovrà fornire un'informativa completa sui contratti o accordi conclusi prima del 26 marzo 2019 (data di entrata in vigore del d.l. n. 22/2019) e che non sono in corso di esecuzione.

Infine, nel d.l. n. 21/2012 è stato introdotto l'art. 2-*bis*, relativo alla collaborazione tra il Gruppo di coordinamento costituito ai sensi dell'art. 3 del d.P.C.M. del 6 agosto 2014 e le Autorità amministrative di settore (Banca d'Italia, CONSOB, COVIP, IVASS, ART, AGCM, AGCom e ARERA).

In conclusione dell'esame del decreto-legge, va fatta menzione della previsione di cui all'art. 5, che attribuisce un potere di carattere straordinario al Presidente del Consiglio dei ministri, il quale, in presenza di un rischio grave e imminente per la sicurezza nazionale e su deliberazione del CISR, potrà disporre, ove indispensabile e per il tempo strettamente necessario, «la disattivazione, totale o parziale, di uno o più apparati o prodotti impiegati nelle reti, nei sistemi o per l'espletamento dei servizi interessati».

Il d.l. n. 105/2019, attraverso l'introduzione del perimetro di sicurezza cibernetica nazionale, ha introdotto una forma di tutela della sicurezza nazionale che si affianca e, come si è visto per le attività di *procurement*, in alcuni casi si sovrappone a quella prevista dalla disciplina del *golden power* di cui al d.l. n. 21/2012.

Poiché il decreto-legge demanda alla normazione secondaria la definizione di molti aspetti della disciplina, occorrerà ancora attendere per poter esprimere valutazioni in merito al nuovo impianto

⁶⁴ Non è comunque da escludere che le parti appongano volontariamente al negozio giuridico una clausola condizionale che consenta di tener conto dell'eventuale esercizio dei poteri speciali da parte del Governo.

normativo. Si può tuttavia fin da ora osservare come l'intervento del Legislatore, almeno formalmente, si muova anche in questo caso nel solco della più recente tendenza ad ampliare lo strumentario dello Stato con l'esclusiva finalità di salvaguardare interessi vitali e aventi natura extra-economica, quale, in questo caso, la sicurezza nazionale cibernetica.

6. Osservazioni conclusive

Le numerose novità normative succedutesi nel corso del 2019 e che si sono passate in rassegna in queste pagine ci consentono di affermare che il tema dei poteri speciali dello Stato nei settori strategici è ritornato di primario interesse per il Legislatore.

Come si è accennato in premessa, le ragioni che hanno indotto il Legislatore a rafforzare gli strumenti di controllo possono essere rintracciate, da un lato, nelle rapide trasformazioni tecnologiche e nella connessa emersione di nuove tipologie di minacce e, dall'altro, nell'avvertita necessità di proteggere più efficacemente alcuni *asset* strategici da possibili investimenti predatori in grado di pregiudicare interessi pubblici di carattere essenziale.

Secondo una certa dottrina, le recenti modifiche normative introdotte dal Legislatore italiano avrebbero inaugurato una nuova stagione dell'intervento pubblico nell'economia, nella quale lo Stato, dismessi in parte i panni del regolatore⁶⁵ – e, ancor prima, quelli dell'imprenditore/azionista – avrebbe indossato quelli dello stratega⁶⁶ o, secondo un'altra suggestiva accezione, quelli del doganiere⁶⁷.

⁶⁵ Sebbene sia diffusa l'opinione per la quale il d.l. n. 21/2012 avrebbe sancito il passaggio a un sistema di tipo regolatorio, v'è anche chi osserva che «[...] la natura degli interessi tutelati, che attengono alla sicurezza nazionale in senso ampio, impone pure sempre, ai fini del concreto esercizio dei poteri, una valutazione politica (o di alta amministrazione), che, come tale, non può che promanare dai vertici del potere esecutivo, laddove invece un modello regolatorio in senso proprio difficilmente può prescindere dall'esistenza di un'autorità indipendente» (A. TRISCORNIA, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in Riv. soc., 2019, 749 s.).

⁶⁶ R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri*, cit., *passim*.

⁶⁷ G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, cit., 549 ss. Con riferimento all'evoluzione normativa, lo stesso Autore sostiene che la progressiva estensione del perimetro applicativo dei poteri speciali potrebbe ritenersi sintomatica di una sfiducia nei confronti degli strumenti di regolazione e vigilanza di settore nonché di un «ribilanciamento dei rapporti istituzionali, in cui il Governo riconquista una posizione centrale a scapito delle autorità indipendenti» (G. NAPOLITANO, *I golden powers italiani alla prova del Regolamento europeo*, cit., 128).

L'attuale quadro giuridico in materia di poteri speciali, così come inciso dalle ultime novità, pone lo Stato di fronte a una sfida che potremmo definire di carattere organizzativo e, come già da taluni osservato, di «adeguatezza strutturale»⁶⁸. L'imponente apparato normativo scaturito dagli ultimi interventi del Legislatore chiama le strutture a vario titolo competenti (Presidenza del Consiglio dei ministri, Gruppo di coordinamento, Centri di valutazione, Dipartimento delle informazioni per la sicurezza, per citarne alcune) a svolgere, in molti casi in tempi estremamente brevi, numerosi compiti, alcuni dei quali richiedenti un altissimo livello di competenze tecniche. Sotto tale aspetto, viene parzialmente in soccorso la recente estensione dei termini previsti per l'esercizio dei poteri speciali, finora così ridotti da indurre parte della dottrina a ritenere che l'uso moderato dei poteri speciali fin qui registrato sia in parte attribuibile proprio alla brevità dei termini procedurali⁶⁹.

L'estensione dei termini per l'esercizio dei poteri speciali, unitamente all'ampliamento dell'ambito di intervento governativo determinato dalle ultime novità legislative, rischia però di risolversi in una maggiore compressione della libertà economica degli operatori di mercato, specie alla luce della recente tendenza ad assoggettare a controllo non solo vicende di carattere straordinario ma anche semplici attività contrattuali, quali l'acquisizione di beni e servizi. Più in generale, la maggiore pervasività dei poteri speciali determinata dalle ultime novità legislative rende sempre più necessario un uso equilibrato degli stessi, che assicuri un adeguato contemperamento tra l'esigenza di salvaguardare interessi pubblici di carattere essenziale e l'interesse, pure rilevante, a non scoraggiare gli investimenti e a non incidere oltremodo sulle dinamiche di mercato.

Del resto, non è trascurabile il rischio che negli spazi di discrezionalità lasciati al Governo nell'esercizio dei poteri speciali (i quali, come si è visto, spesso implicano valutazioni di carattere politico) si possano annidare tentazioni protezionistiche⁷⁰ o finalità di politica industriale. E tuttavia, un siffatto impiego dei poteri speciali, in ragione dei vincoli finalistici imposti dalla disciplina, si risolverebbe in una chiara ipotesi di sviamento di potere.

⁶⁸ In questo senso, con riferimento ai compiti del Gruppo di coordinamento, R. GAROFOLI, *op. ult. cit.*, 11 s.

⁶⁹ G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 123.

⁷⁰ M. D'ALBERTI, *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening*, cit., 88.

D'altra parte, neppure l'evoluzione del quadro giuridico europeo in materia di controlli sugli investimenti esteri giustificherebbe un utilizzo in chiave dirigistica dei poteri speciali. Semmai, l'introduzione del regolamento (UE) n. 2019/452 dimostra che vi sia la convinzione che la tutela di alcuni interessi fondamentali non possa essere sacrificata in nome del libero mercato e delle sue dinamiche, sempre più globali e difficilmente governabili. Non pare invece sia mutato l'atteggiamento di fondo delle istituzioni europee, che rimane orientato, almeno stando alle posizioni ufficiali, all'apertura agli investimenti esteri, sebbene oggi accompagnata dalla consapevolezza di dover presidiare con maggiore efficacia alcuni interessi essenziali, quali la sicurezza e l'ordine pubblico.