***Golden power* e controllo degli investimenti esteri:**

**natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative**

**SOMMARIO 1.** Considerazioni introduttive. **2.** Le coordinate normative e la relativa evoluzione.*2.1.*Lo Stato “azionista”: la *golden share*.*2.2***.** La posizione delle Istituzioni europee sul tema degli investimenti esteri diretti.*2.2.1.*Apertura non incondizionata della Commissione: le Comunicazioni del 2010 e del 2017 e il Reg. UE 19 marzo 2019, 452.*2.2.2.*La giurisprudenza della Corte di Giustizia.*2.3.*Lo Stato “regolatore”: la disciplina del 2012.*2.4.*Lo Stato “stratega”: le novità legislative del 2017 e del 2019. **3.** La natura dei poteri e la adeguatezza delle strutture preposte al relativo esercizio: il raffronto con l’esperienza statunitense.*3.1.*Il ruolo centrale del *CFIUS*. *3.2***.** L’impronta politica, negli Stati uniti, dei poteri del Presidente.*3.3.*Cosa accade in Italia? Competenze e adeguatezza strutturale del Gruppo di coordinamento. *3.3.1*. Natura dei poteri e sindacato giurisdizionale.

1. **Considerazioni introduttive.**

La difficoltà di coniugare e conciliare l’interesse degli Stati a promuovere investimenti esteri con quello a che gli stessi investimenti siano coerenti o compatibili con taluni rilevanti interessi nazionali è comprovata dai numerosi cambi di impostazione che hanno caratterizzato l’evolversi non solo della disciplina italiana, ma anche di quelle degli altri Paesi.

Quanto alla regolamentazione nazionale dei controlli statali sugli investimenti esteri si è sostenuto -nel tentativo di cogliere le implicazioni sostanziali conseguenti ai passaggi salienti lungo i quali la stessa si è sviluppata- che lo Stato ha via via assunto la veste di *azionista* (quando il sistema ruotava attorno alla *golden share*), *regolatore* (con il d.l. 15 marzo 2012, n. 21, e il passaggio al diverso sistema dei golden powers), fino ad atteggiarsi, a *stratega*, chiamato a perimetrare la nozione di sicurezza nazionale e a verificarne la compromissione sulla base di una pluralità di valutazioni di tipo geo-economico e geo-politico, per esempio quelle riguardanti la collocazione (odierna e prospettica) dell'Italia nelle relazioni tra Stati Uniti e Cina[[1]](#footnote-1).

A tale cambiamento del *ruolo* stesso dello Stato si è affiancato un ampliamento dell’*ambito* *applicativo* della disciplina, non più costituito dal solo settore della difesa, ma via via esteso ad altri settori, come accaduto, in particolare, con i d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, e 20 maggio 2019, n. 41, che, integrando la terza tappa evolutiva del sistema nazionale di controllo degli investimenti esteri, vi hanno ricompreso quelli delle reti, delle infrastrutture strategiche e di telecomunicazioni, i settori ad alta tecnologiafino all'ambito finanziario.

Con l’intento di esplicitare l’esposta impostazione che assume il passaggio dallo Stato azionista, allo Stato regolatore, allo Stato stratega, è utile ripercorrere sinteticamente le tappe rilevanti dell’indicato percorso evolutivo della disciplina nazionale per poi svolgere alcune brevi considerazioni su taluni profili problematici che sin d’ora si indicano:

* che *natura* hanno i poteri assegnati allo Stato?
* quali *strutture amministrative* sono preposte all’esercizio delle competenze assegnate dalla legge e quale è il *grado di adeguatezza* delle stesse?

Per meglio esplicitare e perimetrare l’oggetto dell’intervento, le riflessioni atterranno, da un lato, alla natura delle valutazioni e quindi del potere che gli organismi pubblici coinvolti esercitano e, conseguentemente, alla rimediabilità delle relative decisioni o al tasso di sindacabilità giurisdizionale delle stesse, dall’altro, all’adeguatezza dell'organismo che in Italia presiede all'esercizio di questi poteri speciali.

Sarà utile, nel condurre l’analisi, raffrontare l'esperienza italiana con esperienze estere, prima fra tutte quella statunitense, il cui modello è stato in larga parte seguito dalla disciplina nazionale e anche da altre discipline europee.

1. **Le coordinate normative e la relativa evoluzione.**

Nel descrivere i passaggi della disciplina nazionale è inevitabile porre in risalto il ruolo decisivo che i principi unionali (e l’interpretazione datane dalla Corte di Giustizia) hanno avuto nel condizionarne il percorso evolutivo.

* 1. **Lo Stato “azionista”: la *golden share*.**

Come è noto, nel 2012, con il d.l. 15 marzo 2012, n. 21, convertito dalla l. 11 maggio 2012, n. 56, il Governo, tenendo conto delle censure sollevate dalla Commissione europea con la procedura d’infrazione n. 2009/2255 avviata con riguardo alla disciplina dettata dal d. l. 31 maggio 1994, n. 332, , convertito dalla l. 31 maggio 1994, n. 332, in tema di golden share, ha introdotto un nuovo sistema normativo di tutela, ruotante attorno al riconoscimento di taluni poteri speciali (c.d. golden power) sulle attività e sugli assetti delle società attive in settori di particolare rilievo nazionale.

Si tratta di un passaggio evolutivo del sistema normativo (così ruotante sull’attribuzione al Governi non più di *azioni speciali* ma, in certi ambiti e a certe condizioni, di taluni *poteri speciali*) che si è registrato, in un arco temporale tendenzialmente coincidente, in quasi tutti gli altri ordinamenti degli Stati europei; un passaggio, di cui è opportuno riassumere novità e ragioni.

La *golden share* nasce contestualmente all’avvio, nella maggior parte dei Paesi europei, di *processi di privatizzazione sostanziale* di aziende pubbliche attive in settori di particolare interesse nazionale. Il meccanismo consisteva nell’obbligatoria introduzione, negli statuti delle società da dismettere, della previsione che prescriveva il mantenimento in mano pubblica di una quota azionaria speciale e simbolica cui ricollegare la titolarità di taluni rilevanti poteri.

In Italia, la richiamata legge 474 del 1994 stabilì che, prima del passaggio del controllo al mercato, le società privatizzate operanti nei settori della difesa, dei trasporti e delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi dovessero introdurre nei propri statuti clausole che attribuissero taluni poteri speciali all’allora Ministero del Tesoro, d’intesa con quello del Bilancio e dell’Industria[[2]](#footnote-2).

L’affermazione del modello si ha nel Regno Unito, ma si sviluppa in pressocché tutti i Paesi europei, ancorché con discipline non del tutto coincidenti e con terminologie distinte.

* 1. **La posizione delle Istituzioni europee sul tema degli investimenti esteri diretti.**

Proprio con riferimento a tali discipline nazionali si sono consolidati indirizzi interpretativi della Corte di Giustizia, chiamata a verificarne la coerenza con i principi fissati dal Trattato istitutivo della Unione europea.

E’ utile sinteticamente ricostruire l’approccio che le Istituzioni europee hanno seguito in tema di investimenti esteri diretti, condizionando l’evoluzione delle legislazioni nazionali, oltre che le modalità di doverosa applicazione delle stesse.

* + 1. **Apertura non incondizionata della Commissione: le Comunicazioni del 2010 e del 2017 e il Reg. UE 19 marzo 2019, 452.**

L’atteggiamento della Commissione si è evoluta nel tempo, come è consentito ricostruire richiamando due distinte Comunicazioni, risalenti al 2010 e al 2017.

In quella del luglio 2010[[3]](#footnote-3) la Commissione, attesa la *competenza esclusiva* attribuita all’Unione dal TFUE in materia di investimenti esteri diretti, ha chiarito la sua linea d’azione sostenendo che *l’investimento diretto in entrata* crea posti di lavoro, ottimizza l’allocazione di risorse, dà luogo a trasferimenti di tecnologia e di capacità tecnica, aumenta la concorrenza e gli scambi sicché l’Europa “*trae beneficio della sua apertura al resto del mondo (…) e non può permettersi di prendere un posto secondario nella competizione globale per attrarre e promuovere investimenti da e verso ogni parte del mondo*”.

Si tratta di approccio al tema che, nella sua apparentemente incondizionata apertura agli investimenti esteri diretti, risulta in qualche modo rivisitato sette anni dopo nel 2017, quando la Commissione, consapevole dei *potenziali risvolti politico-strategici* dovuti all’aumento degli investimenti esteri diretti in Europa, interviene con una nuova Comunicazione sul tema.

In particolare, nella Comunicazione “*Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando al contempo gli interessi fondamentali*”, la Commissione, pur confermando che l’apertura europea agli investimenti esteri diretti è un principio cardine dell’ordinamento europeo, rimarca la necessità di evitare che gli stessi minaccino interessi essenziali. Precisa, infatti, la Commissione che “*sussiste il rischio che in singoli casi gli investitori stranieri possano cercare di acquisire il controllo o di esercitare influenza nelle imprese europee le cui attività hanno ripercussioni sulle tecnologie cruciali, sulle infrastrutture, sui fattori produttivi o sulle informazioni sensibili. Il rischio sorge anche e soprattutto quando gli investitori stranieri sono statali o controllati dallo Stato, anche mediante finanziamenti o altri mezzi*”.

Sulla base di queste posizioni la Commissione riconosce la necessità che ai singoli Stati membri sia garantita la *necessaria flessibilità in relazione al controllo degli investimenti esteri diretti*, al contempo tuttavia proponendo una cooperazione e coordinamento più intensi, attesa la dimensione europea degli investimenti esteri diretti, come tali rientranti nell’ambito della politica commerciale dell’UE.

Volendo riassumere, l’atteggiamento è *di apertura si, ma non certo incondizionata*, tanto più nelle più recenti determinazioni, non poco influenzate dalla preoccupazione che taluni investimenti esteri diretti, in specie quelli dei Fondi Sovrani, non sempre perseguono obiettivi di natura esclusivamente economica o di semplice massimizzazione del valore, potendo essere viceversa finalizzati ad assicurare il possesso di tecnologie avanzate, a guadagnare l’accesso a risorse naturali o a migliorare la competitività delle imprese nazionali concorrenti di quelle partecipate[[4]](#footnote-4).

Lo stesso atteggiamento di apertura non incondizionata permea, infine, il recentissimo Reg. *UE 19 marzo 2019, 452*, recante la disciplina di un sistema comune di controllo degli investimenti esteri, volto ad assicurare la tutela delle attività strategiche e il monitoraggio delle operazioni con potenziale impatto su sicurezza e ordine pubblico in tutta Europa. Le nuove misure, in vigore da ottobre 2020, allargano il novero dei settori strategici (in particolare i settori energia, trasporti e comunicazione, ma anche finanza e aerospazio, **gestione dei dati** e **tecnologia** in genere, come robotica, big data, semiconduttori e intelligenza artificiale) e delineano un meccanismo di collaborazione tra gli Stati e tra questi e la Commissione europea, ferma l’autonomia decisionale del singolo Paese coinvolto.

*2.2.2***. La giurisprudenza della Corte di Giustizia.**

Il descritto atteggiamento di *apertura non incondizionata* dell’economia europea all’investimento diretto straniero ha trovato espressione in una giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha fatto applicazione delle disposizioni del Trattato in tema di libera circolazione dei capitali e di libertà di stabilimento.

Quanto alla *libertà di circolazione di capitali*, alla stessa è stata riconosciuta, per vero già da tempo e a seguito della direttiva sui movimenti di capitale del 1988, da un lato, *efficacia diretta*[[5]](#footnote-5), dall’altro, valore *erga omnes*, essendo considerata libertà fondamentale, come tale invocabile anche da investitori *extra-UE*. Il che non implica che si tratti di libertà assoluta, non assoggettata a limitazioni. Infatti, tale libertà, oltre ad andare incontro ai limiti previsti dall’art. 65, comma 1, lett. b), TFUE, rappresentati dalle *esigenze di sicurezza e di ordine pubblico*, può soffrire eccezioni quando richiesto da *motivi imperativi di interesse generale*, con la precisazione che in tale nozione non rientrano motivi di “*natura puramente economica*”[[6]](#footnote-6), diversamente da quelli “*di ordine economico che perseguono un obiettivo di interesse generale*”[[7]](#footnote-7).

Ben diversa posizione è stata espressa dalla giurisprudenza europea a proposito della *libertà di stabilimento* di cui è anche necessario chiarire i rapporti con la libertà di circolazione dei capitali.

Escluso che anche la libertà di stabilimento abbia valenza *erga omnes* e che quindi possa essere invocata da investitore *extra-UE*, la Corte di giustizia ha da tempo chiarito -quanto all’ambito applicativo di questa seconda libertà- che è questa (e non, invece, quella di libera circolazione di capitali) a dover essere invocata da chi intenda effettuare un investimento diretto straniero che sia *funzionale all’acquisizione del controllo o, comunque, di sicure prerogative di governo della società partecipata*.

Consegue che la coerenza con il diritto unionale di misure nazionali che limitano o disciplinano l’investimento connotato da tale scopo va apprezzata avendo riguardo alla cogenza ed estensione non della libertà di circolazione di capitali (ad efficacia diretta ed *erga omnes*), ma della libertà di stabilimento, priva di valore *erga omnes* e non invocabile dall’investitore del Paese terzo[[8]](#footnote-8).

Sulla base di tali coordinate la Corte di Giustizia ha vagliato la coerenza europea delle legislazioni nazionali in tema di *golden share*, concludendo di frequente per l’incompatibilità[[9]](#footnote-9).

Esito al quale la Corte è pervenuta non già certo prendendo atto di una non sussistente avversione del diritto dell'Unione Europea rispetto all'intervento nazionale sui mutamenti degli assetti societari, quanto in considerazione della constatata eccessiva indeterminatezza dei presupposti e dei criteri previsti dalle discipline dei singoli Paesi europei per l'esercizio dei poteri speciali.

La Corte, infatti, non ha mai condannato in radice la golden share, rimarcando piuttosto che l'esercizio dei connessi poteri è compatibile con la disciplina dell’Unione a condizione che i conseguenti limiti alla libertà di circolazione dei capitali rispondano ad autentiche esigenze di sicurezza e di ordine pubblico o reali motivi imperativi di interesse generale.

Si tratta di un punto di fondamentale importanza, tanto più se si intende raffrontare il modello europeo e, in questo, il caso italiano, con quello statunitense al quale pure gli ordinamenti europei si sono in parte ispirati nel passaggio dalla *golden share* a sistemi improntati *al golden power*.

Volendo anticipare alcune conclusioni, è utile osservare che, già intervenendo sulle discipline nazionali in tema di *golden share* o *action specifique*, la Corte di giustizia ha iniziato a definire i confini per l'esercizio unionalmente legittimo dei poteri nazionali di intervento a protezione degli interessi nazionali, in specie le condizioni di compatibilità con le disposizioni del Trattato in tema di libertà di circolazione dei capitali e di stabilimento, incluse quelle di oggettività, proporzionalità e non discriminazione.

Emerge, quindi, un’impronta giurisdizionale al sistema di controllo sugli investimenti esteri diretti che non trova conferma nel modello statunitense: è quanto, per l’appunto, dovuto al fatto che, in Europa, agli Stati è sì riconosciuta sovranità nell'adozione di normative in materia di investimenti stranieri, ma è al contempo imposto il rispetto delle libertà fondamentali nel mercato unico europeo, destinate ad atteggiarsi a veri e propri limiti.

* 1. **Lo Stato “regolatore”: la disciplina del 2012.**

Passando, allora, alla disciplina nazionale, va preso in considerazione il d.l. 15 marzo 2012 n. 21, convertito, con modificazioni, nella legge 11 maggio 2012, n. 56, che ha sostituito la disciplina di cui alla l. 474/1994.

Sono due le novità apportate dal decreto.

In primo luogo, i poteri speciali *non hanno più un legame genetico con operazioni di privatizzazione*, il relativo ambito di esercizio non essendo più circoscritto alle sole imprese precedentemente in mano pubblica ma riguardando tutti gli attori di un determinato settore o in possesso di certi *assets*.

Conseguentemente, lo Stato non è più chiamato ad esercitare le proprie prerogative per mantenere l’influenza su un *ex* monopolista pubblico, operando come *organo di regolazione* degli investimenti esteri.

Si passa così dalla *golden share* ai *golden powers*: non è più una clausola statutaria – o un’azione – a fondare i poteri speciali, bensì una normativa di carattere generale. Si esce così dall’ambito privatistico e si entra pienamente nel campo del diritto pubblico.

Il citato decreto prevede l’esercizio dei poteri speciali in relazione alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale (art. 1, l. 56/2012) e nel campo dei beni di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni (art. 2, l. 56/2012).

Quanto ai *presupposti per l’esercizio dei poteri speciali*, mentre nel settore della difesa e della sicurezza nazionale la legge richiede l’esistenza di una “*minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali*”, nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni è altresì necessario che l’operazione presa a riferimento possa dare luogo a “*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*.

Quanto, invece, alla *consistenza dei poteri*, sono riconosciute potestà di tipo prescrittivo, interdittivo e oppositivo. Il governo può, infatti, (a) imporre specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla sicurezza delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, (b) porre il veto all’adozione di delibere dell’assemblea, (c) opporsi all’acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni.

* 1. **Lo Stato “stratega”: le novità legislative del 2017 e del 2019**

Con legge 4 dicembre 2017, n. 172 (di conversione del d.l.. 16 ottobre 2017, n. 148), sono state introdotte rilevanti novità.

Le nuove regole hanno esteso l’ambito di applicazione dei poteri governativi ai cosiddetti “*settori ad alta tecnologia*”, fra cui “*le infrastrutture critiche o sensibili*” (es. quelle per l’immagazzinamento e gestione dei dati o quelle finanziarie), “*le tecnologie critiche*” (es. l’intelligenza artificiale, la robotica o i semiconduttori), demandando ad uno specifico decreto una puntuale definizione degli ambiti più esposti a pericoli per la sicurezza e l’ordine pubblico.

Inoltre, fra i criteri di valutazione delle operazioni di soggetti extra-europei attivi nel campo delle reti, oltre alla *minaccia effettiva di grave pregiudizio per gli interessi pubblici*, è stato aggiunto anche il *pericolo per la sicurezza e per l’ordine pubblico*.

Da segnalare, altresì, che «*al fine di un 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*», il d.l. 25 marzo 2019, n. 22, convertito dalla l. 20 maggio 2019, **n**. 41, ha esteso l’ambito di applicazione dei poteri speciali del Governo, annoverando tra le attività di rilevanza strategica per la difesa e sicurezza nazionale, anche i servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati su tecnologia 5G. Pertanto, sono stati sottoposti all’obbligo di notifica anche la stipula di contratti o accordi aventi ad oggetto l’acquisto di beni o servizi relativi alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione delle reti inerenti a questi servizi, ovvero l’acquisizione di componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla predetta realizzazione o gestione, quando posti in essere con soggetti esterni all’Unione europea.

Per effetto delle riportate modifiche normative, la casistica di *sicurezza nazionale* è destinata ad avere crescente importanza, principalmente per il cambio di paradigma tecnologico attuale, in cui sia le telecomunicazioni che le reti di trasmissione energetiche e di trasporto, acquistando maggiore profondità tecnologica con le nuove modalità di connessione, divengono allo stesso tempo più vulnerabili del passato.

Ecco, allora, che il ruolo dello Stato, nell’esercizio dei poteri indicati, è non più quello di semplice *regolatore*, non dovendo mancare nei decisori pubblici una *capacità di analisi* *strategica* di tipo anche geoeconomico e geopolitico, naturalmente saldamente poggiante su verifiche e valutazioni tecniche complesse.

1. **La natura dei poteri e la adeguatezza delle strutture preposte al relativo esercizio: il raffronto con l’esperienza statunitense.**

Così illustrati evoluzione e stato della disciplina, alcuni brevi spunti relativi alla natura dei poteri descritti e alla consistenza delle strutture preposte al relativo esercizio.

In tale prospettiva è molto utile un raffronto con quanto accade nel Paese alla cui disciplina in un certo senso si è ispirata quella nazionale sul *golden power*: il riferimento è agli Stati Uniti dove pure la disciplina si è molto evoluta, dal 1975 al 2018, con un’estensione settoriale e territoriale dell'ambito di esercizio dei poteri speciali e con un rafforzamento strutturale del Comitato per gli investimenti esteri.

**3.1. Il ruolo centrale del *CFIUS*.**

Il sistema ruota attorno al *CFIUS*, Comitato interdipartimentale competente a svolgere funzioni istruttorie e di controllo sugli investimenti esteri, ma anche prescrittive, di pressione e condizionamento, oltre che di vera e propria raccomandazione al Presidente in merito all’esercizio del potere di veto, in presenza di un pericolo non altrimenti evitabile per la national security.

Il *CFIUS* (che sarebbe il corrispondente del Gruppo di coordinamento che opera in Italia) ha visto irrobustire enormemente i suoi poteri. Infatti, nel 1975, quando è per la prima volta istituito e viene introdotta la disciplina dei poteri speciali, il Comitato era un soggetto preposto soltanto ad un'attività di monitoraggio, acquisendo successivamente poteri ispettivi, di controllo, prescrittivi, di raccomandazione al Presidente per l'esercizio del potere di veto.

È un Comitato che spesso chiude la partita nella fase successiva alla notifica, definendo la vicenda con le sue misure di mitigazione, senza quindi il coinvolgimento del Presidente.

Invero, dall’analisi casistica emerge il ruolo fondamentale che esercita il *CFIUS* tramite le mitigation measures, condizioni negoziate tra lo stesso Comitato e l'investitore straniero, trasposte generalmente in un accordo scritto o in un ordine dispositivo e consistenti:

* nell’assicurare che solo persone appositamente autorizzate possano avere accesso alle tecnologie e alle informazioni aziendali;
* nel definire linee guida e condizioni per la gestione dei contratti in essere o futuri con il governo degli Stati Uniti, nonché delle informazioni commerciali e sensibili;
* nel garantire che solo i cittadini americani gestiscano determinati servizi e prodotti o che le attività aziendali restino localizzate nel territorio degli Stati Uniti;
* nell’imporre l’istituzione di un comitato di sicurezza societario e altri meccanismi per assicurare la compliance con le azioni richieste.

Il Comitato in quel sistema ha, dunque, una potestà decisionale autonoma. Nel 2018, di pari passo con il riconoscimento di accresciute sfere di competenza, il Comitato ha visto grandemente rafforzata la sua struttura burocratica, che fa ampio affidamento, del resto, sulle Agenzie e sul Dipartimento della difesa.

* 1. **L’impronta politica, negli Stati uniti, dei poteri del Presidente.**

Il secondo elemento che connota il modello statunitense è dato dalla quasi illimitata discrezionalità presidenziale. E’ quanto emerge dall’analisi di taluni casi di esercizio del potere in questione.

Significativa, al riguardo, la decisione della Corte distrettuale della Columbia, chiamata a pronunciarsi in seguito all’impugnazione dell’*executive order* con il quale il Presidente Obama bloccò l’investimento e l’acquisto delle partecipazioni in quattro aziende americane da parte della società cinese *Ralss Corporation*: il giudice, nel disattendere le domande, rimarca la sostanziale insindacabilità giurisdizionale delle decisioni presidenziali, non riconoscendo in capo alla Ralls alcun interesse meritevole di protezione. Il principio enunciato è sostanzialmente quello per cui “no one can be said to have a vested right to carry on foreign commerce with the United States”: nessuna posizione soggettiva meritevole di protezione, se non sul piano della correttezza procedimentale, spetta nel settore in questione.

Il sistema statunitense, nonostante la significativa evoluzione della disciplina *CFIUS*, appare quindi ad impronta fortemente politica come emerge, del resto, considerando alcuni dati numerici. Dalla istituzione del *CFIUS* e fino al 2018 il Presidente ha, infatti, bloccato solo cinque transazioni, di cui tre nel periodo 2016– 2018, di cui due ad opera del Presidente Trump.

Questo aumento di decisioni negative è il precipitato, per l’appunto, di un vero e proprio cambio di paradigma politico.

La crescita di conflittualità tra Stati Uniti e Cina sull’alta tecnologia segna, infatti, un corrispondente allargamento del perimetro della “*nazional security*”: prova ne è la firma presidenziale del 13 agosto 2018 del *Foreign Investment Risk Review Modernization Act* of 2018 (FIRRMA), con cui si espandono i poteri del *CFIUS* a livello settoriale (ad es. relativamente ai veicoli finanziari) e territoriale (per es. in riferimento ai rapporti tra investimenti immobiliari e territori che gli Stati Uniti per ragioni militari indicano come relativi alla sicurezza nazionale), con contestuale potenziamento strutturale del *CFIUS*, sia dal punto di vista del personale che delle risorse, per far fronte ai nuovi compiti.

* 1. **Cosa accade in Italia? Competenze e adeguatezza strutturale del Gruppo di coordinamento.**

In Italia l’organo corrispondente al *CFIUS* statunitense è il Gruppo di coordinamento che opera in Presidenza.

Dalla relazione depositata in Parlamento (luglio 2016-dicembre 2018) emerge che il Gruppo, quando ritiene che non ci siano i presupposti per l'esercizio dei poteri speciali, esercita altri poteri adottando raccomandazioni e definendo principi.

Se, però, dal punto di vista sostanziale queste raccomandazioni o questi principi possono essere paragonati alle mitigation measures del CFIUS, dal punto di vista strutturale e formale si registrano marcate differenze.

Come sopra rilevato, nel sistema statunitense le raccomandazioni sono molto stringenti e la dialettica tra il *CFIUS* e l’attore determina di frequente, prima del passaggio alla decisione presidenziale, l’abbandono della transazione.

Nel sistema italiano, invece, le valutazioni svolte dal Gruppo di coordinamento sono comunque oggetto di una delibera da parte del Consiglio dei Ministri, anche nei casi in cui si ritenga che non vi siano gli estremi per l’esercizio dei poteri speciali.

La prima differenza, quindi, è che il Gruppo di coordinamento *non esercita questi poteri in autonomia* perché gli stessi confluiscono sempre in un Decreto del Presidente.

La seconda differenza consiste nel fatto che questo Gruppo di coordinamento è *privo di un proprio apparato burocratico*, *stabile e specializzato*, per l’appunto coordinando gli apporti forniti dai soggetti che ne fanno parte.

Non c'è dubbio tuttavia, soprattutto nel passaggio dal d.l. 15 marzo 2012 n. 21, ai d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, e 25 marzo 2019, n. 22, e con l'ampliamento settoriale esteso alle reti, che nella valutazione delle istanze sia necessaria una *competenza tecnica elevatissima* che riguarda, per esempio, le reti, la connettività, la loro evoluzione e i conseguenti rischi anche per la sicurezza nazionale dovuti a certe operazioni; una competenza tecnica che arriva anche alla geo-economia e alla geo-politica, richiedendo, tanto più in considerazione degli interessi vitali presidiati, specializzazioni elevatissime e variegate.

E’ opportuno, allora, interrogarsi sulla adeguatezza di siffatta struttura rispetto ai compiti, via via crescenti, che la legge le ha riconosciuto.

Ad esclusione dell’*intelligence*, il Gruppo non pare dotato di una burocrazia stabile e specializzata in materia di *national security.* D’altra parte, attesal’espansione del campo di applicazione della disciplina sui poteri speciali, è senz’altro importante che il sistema sia in grado di dare risposte chiare e certe agli attori, senza divenire un ostacolo agli investimenti.

**3.3.1. Natura dei poteri e sindacato giurisdizionale.**

Quanto alla natura dei poteri esercitati dal Gruppo di coordinamento e, quindi, dal Presidente del Consiglio dei Ministri nell’adozione dei suoi DPCM, non si tratta certo di attività politica in senso tecnico, ossia di attività libera nella scelta dei fini.

La legge indica, invero, i presupposti di esercizio del potere; si tratta, peraltro, come prima indicato, di un'attività *amministrativa* che soggiace peraltro, quale limite e condizione del suo esercizio, al principio di proporzionalità fissato dalla richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Si tratta, tuttavia, di un'attività ad elevato tasso di discrezionalità, disciplinata da una regolamentazione che la assoggetta a concetti (*minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali*) ancor più indeterminati di quelli che governano altri settori (per esempio, il settore dell'*antitrust*), da esercitare, quindi, effettuando valutazioni che non sono il frutto di una discrezionalità solo tecnica, ma anche amministrativa nel senso classico del termine, coinvolgenti peraltro gli interessi preminenti dello Stato.

Il che si riflette sul tema degli spazi di effettiva sindacabilità delle decisioni.

La relativa rimediabilità è fuori discussione e in questo l’Italia è diversa dagli Stati Uniti, come diverse sono la Francia (in cui l'esercizio del *Golden Power* è assoggettato alla giurisdizione del giudice amministrativo estesa al merito) e la Germania (dove, parimenti, l’esercizio del *Golden Power* è assoggettato alla giurisdizione del giudice amministrativo): le determinazioni del Consiglio dei Ministri sono, quindi, senza alcun dubbio contestabili dinanzi alla giustizia amministrativa anche per quel che attiene al rispetto dei canoni di proporzionalità ed obiettività rispetto ai principi del Trattato europeo, in specie laddove sancisce le due note libertà di circolazione dei capitali e di stabilimento.

Si tratta, piuttosto, di verificare quale intensità il giudice amministrativo dovrà assicurare al suo sindacato.

Come osservato, vengono in considerazione provvedimenti connotati da un elevato tasso di discrezionalità, tecnica e amministrativa; il che se certo non vale a sottrarli al sindacato giurisdizionale, comporta tuttavia che lo stesso -ferme le acquisizioni giurisprudenziali sull’incisività del controllo giurisdizionale della discrezionalità tecnica[[10]](#footnote-10)- deve essere finalizzato, quanto alla componente amministrativa pura della discrezionalità esercitata, alla verifica delle compatibilità della scelta adottata con il corretto esercizio del potere discrezionale in riferimento ai canoni della legittimità procedimentale, oltre che della ragionevolezza, coerenza ed adeguatezza, come noto alla base di qualsiasi attività amministrativa.

E’ quanto sostenuto anche di recente in giurisprudenza con riguardo ai limiti di giustiziabilità di quegli atti che, connotati da elevatissima discrezionalità, sono detti di alta amministrazione, per contrapporli agli atti politici.

E’ stato sostenuto che gli stessi mantengono la caratteristica tipica degli atti amministrativi, e cioè la finalità di cura di interessi pubblici nel caso concreto; infatti, per quanto ampia possa presentarsi negli atti in esame la discrezionalità amministrativa, quest'ultima rimane sempre vincolata dal necessario perseguimento delle finalità pubbliche e dal fondamento sostanziale del potere amministrativo, consistente nell'impossibilità di utilizzare lo stesso per fini diversi da quelli che ne giustificano l'attribuzione[[11]](#footnote-11).

**Roberto Garofoli**

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Pubblicato il 20 settembre 2019

1. \* Già pubblicato su *www.federalismi.it* il 18 settembre 2019.

   Il testo riproduce, con integrazioni, la *Relazione* tenuta al Convegno *Foreign direct investment screening*, Università Rome Tre, 10 maggio 2019. In corso di pubblicazione in *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti,* a cura di G. NAPOLITANO, il Mulino, 2019.

   A. ARESU, L. GORI, *L’interesse nazionale: la bussola dell’Italia*, Bologna, 2018, [↑](#footnote-ref-1)
2. Si tratta dei poteri di: a) gradimento all’assunzione di partecipazioni rilevanti (superiori alla ventesima parte del capitale sociale) con divieto di esercizio del voto in attesa del gradimento; b) gradimento alla costituzione di patti parasociali in cui venga rappresentata almeno la ventesima parte del capitale sociale, c) veto all’adozione di delibera di scioglimento della società, di trasferimento dell’azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all’estero, ecc. [↑](#footnote-ref-2)
3. Comunicazione della Commissione, *Towards a comprehensive European international investment policy*, COM(2010)343 final, Bruxelles, 7 luglio 2010. [↑](#footnote-ref-3)
4. Preoccupazioni per vero già manifestate nove anni prima dalla stessa Commissione nella Comunicazione del 27 febbraio 2008, intitolata “*Un approccio comune ai Fondi Sovrani*”, nella quale si indicò espressamente come motivo di preoccupazione suscitato dagli investimenti azionari dei fondi sovrani “*è il modo opaco in cui alcuni di essi funzionano e il loro possibile uso come strumenti per acquisire un controllo strategico. Questi aspetti marcano la differenza tra i fondi sovrani e altri tipi di fondi di investimento. Più specificamente suscita apprensione il fatto che – quali che fossero le motivazioni originarie – gli investimenti dei fondi sovrani in determinati settori possano essere utilizzati per fini diversi da quelli di massimizzare il rendimento economico. Ad esempio le scelte di investimento possono riflettere l'obiettivo di ottenere tecnologia e competenze a beneficio degli interessi strategici nazionali, anziché essere motivati da normali interessi di natura commerciale verso nuovi prodotti e mercati. Analogamente i fondi sovrani potrebbero influenzare le decisioni di società che operano in settori di interesse strategico o gestiscono canali di distribuzione che presentano un interesse per i paesi finanziatori dei fondi. Più in generale le decisioni economiche e di investimento potrebbero essere influenzate dall'interesse politico dei paesi possessori di fondi sovrani*”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte di Giustizia, del 23 febbraio 1995, casi riuniti C-358/93 e C-416/93, caso *Bordessa*. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte di Giustizia, 16 gennaio 2003, in causa C-388/01, Commissione/Italia, punto 22 e 17 marzo 2005, in causa C-109/04, *Kranemann*, punto 34. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte di Giustizia, 11 settembre 2008, in causa C- 141/07, *Commissione/Germania*, punto 60. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Ex plurimis*, Corte di Giustizia, 26 marzo 2009, in causa C-327/07 *Commissione c. Repubblica Italiana*, dove la Corte ha sostenuto che gli investimenti diretti stranieri che si sostanziano nell’assunzione di una partecipazione in una società stabilita in uno Stato membro “*tale da consentire all’investitore straniero una sicura influenza sulle decisioni di tale società e da consentirgli di indirizzarne le attività*” ricadono “*nell’ambito di applicazione ratione materiae delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento*”. Sono, viceversa da valutare alla luce delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali le misure che attengono a investimenti aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l’impresa cui tali fondi sono destinati per l’esercizio di un’attività economica. [↑](#footnote-ref-8)
9. Dal 2002 in poi ben 8 Stati Membri (tra cui Francia, Germania, Regno Unito e Spagna), invocando la tutela delle proprie imprese strategiche, hanno introdotto normative a tutela della strategicità delle imprese nazionali con la previsione e la regolamentazione di poteri speciali, *golden shares* o *action specifique*; di queste normative, soltanto quella belga, ha superato il vaglio della Corte di Giustizia.

   [↑](#footnote-ref-9)
10. Per l’esame del tema, in specie come sviluppatosi con riguardo agli atti delle Autorità indipendenti, si rinvia a M. Lipari, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul* private enforcement *(decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all’AGCM*, in [*www.federalismi.it*](http://www.federalismi.it), 2018, spec. 19-20. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cons. St., Sez. V, 2 agosto 2017, n. 3871. [↑](#footnote-ref-11)