

Tutela degli asset “strategici” e *golden share* in un nuovo paradigma di sicurezza nazionale

Marco R. Provvidera

L’obiettivo principale di questo contributo consiste nell’explorare, con una succinta analisi comparativa, alcuni possibili sviluppi del concetto di tutela degli asset c.d. strategici nazionali, tali da sussumere la vigente (e controversa) normativa in materia di golden share in una più ampia cornice di ripensamento dell’intera dottrina e prassi della sicurezza nazionale. Nella Parte I si ripercorrono concisamente gli arresti legislativi e giudiziari che hanno condotto alla configurazione normativa attuale, con particolare attenzione al tentativo del legislatore italiano di adeguarsi alle interpretazioni attuali in materia di diritto e giurisprudenza comunitari. Nella Parte II si forniscono alcuni elementi di sintesi su un intero settore dell’ordinamento federale statunitense – il complesso body of law in materia di controllo degli investimenti provenienti dall’estero nei settori strategici e del controllo delle esportazioni ritenute strategiche – pochissimo indagato nella letteratura scientifica europea in materia e che invece appare di rilevante interesse per il tema che ci occupa. Nella Parte III si menziona brevemente la più recente normativa UE, per una prima valutazione di efficacia rispetto a quella americana. Nelle Conclusioni ci si propone di suscitare una prima riflessione scientifica sulla necessaria ottica innovativa atta a adeguare la normativa italiana alle sfide contemporanee.

Parte I

La progressiva eliminazione, a partire dai primi anni '90, della presenza pubblica nelle imprese, attraverso il processo di “privatizzazione” delle aziende a partecipazione statale e di enti pubblici¹, pose al legislatore italiano la necessità di mantenere una

¹ Tale processo si rivelò estremamente laborioso sia dal punto di vista politico che da quello legislativo; quest’ultimo percorso, iniziato con la “legge Amato” (L. 218/90), trovò i suoi arresti principali nel DL 333/92 (successivamente convertito nella L. 359/92, ai sensi della quale gli ex “enti di gestione” – IRI, ENI ed EFIM – vennero trasformati in società per azioni controllate dal Tesoro) e, dopo ulteriori passaggi, nella L. 474/94 (ai sensi della quale si fissavano le regole per la cessione delle partecipazioni azionarie statali e si introduceva, tra l’altro, la “golden share” per i settori ritenuti strategici); tra la vasta

forma di controllo su alcuni settori dell'apparato produttivo nazionale di rilevanza per le esigenze di sicurezza e difesa. L'opzione adottata inizialmente privilegiò l'inserimento nella disciplina societaria di norme a tutela di una presenza pubblica obbligatoria, corrispondente ad una partecipazione azionaria, anche non quantificata, all'interno degli organismi delle aziende privatizzate, nonché di significativi poteri correlati e conseguenti a tale presenza². Tale scelta attirò, come prevedibile, l'attenzione della Commissione europea, la quale prima procedette a diffida per violazione degli artt. 43 CE (libertà di stabilimento) e 56 CE (libera circolazione di capitali), poi, ritenendo insoddisfacenti le modifiche apportate dal legislatore italiano, ricorse alla Corte di Giustizia UE, ottenendo la condanna dell'Italia³.

Secondo l'interpretazione della Commissione, accolta dalla sentenza, la violazione dei predetti articoli del Trattato⁴ si sarebbe concretizzata nella insufficiente specificazione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, con conseguente mancata certezza giuridica *ex ante* dei potenziali investitori in merito alle possibili espressioni

letteratura di settore, v. per tutti S. Cassese, *Le privatizzazioni in Italia*, Stato e Mercato, n. 47: 323:49 (2006).

² Il raggio di applicazione della c.d. *golden share*, termine con il quale, in generale, si qualifica la riserva di un azionista, prevista per statuto societario o per disposizione legislativa, di opporre il veto su operazioni societarie o su modifiche statutarie, venne inizialmente stabilito dall'art. 2 d.l. 332/94, convertito, con modifiche, dalla l. 474/1994; oltre alla nomina di un amministratore senza diritto di voto, la citata disposizione prevedeva che i "poteri speciali" (previsti dal citato art 2 comma 1, successivamente rivisti e specificati nella l. 350/03) del socio pubblico, nei settori di difesa, energia, trasporti e telecomunicazioni, consistessero in: a) opposizione all'acquisizione di partecipazioni pari ad almeno il 5% del capitale sociale con azioni con diritto di voto; b) opposizione a patti parasociali o accordi tra azionisti titolari di partecipazioni pari almeno al 5% del capitale sociale; c) veto su delibere di scioglimento, trasferimento di sede all'estero, fusione, scissione, modifiche statutarie che investano l'oggetto sociale ovvero i poteri speciali in oggetto. L'esercizio di questi ultimi (in sviluppi successivi previsti anche solo per statuto, senza bisogno di corrispondente partecipazione azionaria), tramite provvedimento di opposizione o veto, doveva essere "debitamente motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato dall'operazione agli interessi vitali dello Stato" (art. 2 comma 1 lettera a); la nozione di "interessi vitali dello Stato" venne poi commutata in quella di "grave ed effettivo pericolo" nell'art. 1 comma 2 lett. a)-d) d.p.c.m. 10 giugno 2004, nel tentativo di adeguarsi alle ragioni sollevate in sede di diffida dalla Commissione europea.

³ Sentenza ECJ C-326/07 del 26 marzo 2009.

⁴ Nella numerazione allora vigente del Trattato CE, precedente la versione consolidata nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFEU) del 2009.

dell'esercizio stesso⁵, con conseguente effetto dissuasivo dall'investimento nelle aziende soggette al regime sommariamente descritto.

Non è opportuno addentrarsi, per evidenti motivi di delimitazione di oggetto di questo contributo, nel merito delle specifiche posizioni delle parti, né in un'analisi appena approfondita su applicazione e interpretazione di una serie di principi e approdi di diritto comunitario di tutta rilevanza che la sentenza della Corte pur decisamente solleciterebbe⁶.

Soltanto con la l. 34/2008⁷ ("Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee", legge comunitaria 2007) ma soprattutto con il d.l. 21/2012 (recante norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza, convertito con modifiche nella l. 56/2012), il legislatore italiano sembrò aver finalmente risolto il contenzioso comunitario, con una disciplina più adeguata di razionalizzazione e circoscrizione dei poteri di intervento dello Stato in caso di operazioni straordinarie afferenti entità societarie ("Imprese Strategiche") operanti nei settori di difesa, comunicazioni, energia e trasporti ("Settori Strategici")⁸.

Con il superamento di fatto del classico istituto della *golden share* a favore di un sistema di conferimento di *golden power* di natura generale, "ordinamentale", consistente nella facoltà dello Stato, ove ne ricorrano determinate condizioni, di opporsi, dettare condizioni, apporre il veto alla finalizzazione di operazioni straordinarie nei predetti Settori Strategici⁹, l'emancipazione da una visione settoriale confinata alla disciplina societaria ed orientata verso il passato interventismo economico pubblico conduceva l'ordinamento a porsi di guisa maggiormente "strategica", come la progressiva complessità fattuale ormai richiedeva.

⁵ Cfr. C. San Mauro, *La disciplina della Golden Share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, Astrid, p. 2-4, scaricato il 14 ottobre 2020. Per un compendio minimo della estesa dottrina in materia v. San Mauro, cit., p. 3, nota 1.

⁶ E non ha mancato di sollecitare. Per un parziale sunto bibliografico, v. San Mauro, cit., p. 4, nota 2. Discutibile apparve da subito l'interpretazione, che prevalse nella Corte, di principi fondamentali quali quelli di proporzionalità, sussidiarietà e riserva di competenza del diritto interno dei singoli Stati membri in materia di sicurezza nazionale.

⁷ Recante tra l'altro l'importante riformulazione dell'art. 2449 c.c., al fine di renderlo coerente con le norme comunitarie, in particolare con l'art. 56 Trattato CE.

⁸ Il percorso proseguì con i d.p.r. 35/2014, 85/2014, 86/2014, il d.p.c.m. 108/2014, fino alla l. 133/2019.

⁹ V. G. Inzaghi, A. Piermanni, *Dalla "Golden Share" ai "Golden Powers"*, DLA Piper, p. 1, ultimo accesso il 12 ottobre 2020.

Tra i passaggi più significativi delle disposizioni da ultimo richiamate: l'individuazione per legge delle "Operazioni Rilevanti"; la previsione del requisito di reciprocità nel caso di acquisizioni in Settori Strategici da parte di soggetti/entità extracomunitari; la cadenza triennale dell'aggiornamento dei "Decreti Attuativi", a cui si demandava (art. 2, comma 1-ter, l. 56/2012) di individuare attività, beni e rapporti rilevanti ai fini dell'esercizio dei *golden powers*¹⁰; la rilevanza finalmente declinata del settore della difesa e sicurezza nazionale, con la previsione di *specifiche condizioni*¹¹ nel caso di acquisizioni che possano tradursi in una "minaccia effettiva di grave pregiudizio per gli interessi nazionali"¹², del diritto di veto su operazioni straordinarie, del diritto di opposizione all'acquisizione di partecipazioni rilevanti nel capitale di Imprese Strategiche. Sempre ai Decreti Attuativi si demandava l'individuazione degli *asset* da considerarsi strategici ("Attivi Strategici") nei settori, sempre più delicati nel quadro di interconnessione tecnologica ormai delineato, di comunicazioni, energia e trasporti.

Sia l'incomprensibile protrarsi dell'omessa emanazione dei suddetti Decreti Attuativi, sia poi l'indifferibilità causata dall'esplosione della pandemia COVID-19 hanno infine condotto al deciso intervento del d.l. 23/20¹³, che non solo ha esteso¹⁴ l'ambito di applicazione dei poteri speciali¹⁵ ai settori previsti nel Regolamento Europeo 452/2019¹⁶ sul controllo degli investimenti esteri diretti¹⁷, ma sembra anche aver fatto

¹⁰ *Idem*, p. 2. I Decreti Attuativi, da doversi emanare entro quattro mesi dall'entrata in vigore della legge, non hanno mai visto la luce.

¹¹ Sicurezza di approvvigionamenti, sicurezza delle informazioni, trasferimenti tecnologici, controllo delle esportazioni.

¹² I criteri oggettivi sono individuati per legge, in ossequio alla giurisprudenza comunitaria.

¹³ D.l. 8 aprile 2020 n. 23, c.d. "Decreto liquidità".

¹⁴ Introducendo un regime transitorio in vigore sino al 31 dicembre 2020 (art. 15).

¹⁵ Incluso l'obbligo di notifica ex art. 2 comma 5 l. 56/2012.

¹⁶ Regulation (EU) 2019/452 of 19 March 2019 Establishing a Framework for the Screening of FDI into the EU ("Framework Regulation").

¹⁷ Infrastrutture critiche (fisiche e virtuali), come, oltre alla difesa, acqua, energia, trasporti, salute, media, trattamento dati, infrastrutture spaziali, finanza e credito; tecnologie c.d. emergenti e *dual use* (intelligenza artificiale, quantistica, robotica, semiconduttori, sicurezza informatica, nano- e biotecnologie, nucleare); catene di approvvigionamento, incluse energetica e alimentare; tutela dati sensibili e capacità di controllo delle informazioni; libertà e pluralismo dei media. V. *News Legislative*, Assonime, p. 2, 16 aprile 2020 <http://www.assonime.it/attivita-editoriale/news/Pagine/News-dl-liquidita%20-%20Rafforzamento-dei-poteri-speciali-dello-Stato-.aspx>

venir meno, per certi riguardi, la circoscrizione dell'ambito di efficacia del regime specialistico ai soggetti extra-UE¹⁸.

Parte II

Negli Stati Uniti l'evoluzione storica, del tutto peculiare e pressoché' senza riscontri nell'Europa continentale, della disciplina afferente alla teoria e alla prassi della sicurezza nazionale, ha permesso di impostare su basi più sicure le soluzioni legislative e regolamentari al problema di una tutela delle ricchezze strategiche nazionali in linea con le libertà di mercato e di investimento transnazionale.

L'intera normativa e l'apparato regolamentare attuativo relativi a detta tutela (incluso il rilevante *corpus* attinente al controllo delle esportazioni di tecnologia sensibile), infatti, nascono e rimangono incardinati nel perimetro di competenza della sicurezza nazionale: il *Committee on Foreign Investment in the United States* (CFIUS) è stato concepito per legge nell'ambito di competenza delle "national security reviews"¹⁹ ed istituito con l'*Executive Order* 11858 del 1975²⁰. I regolamenti attuativi relativi al procedimento ispettivo di competenza del CFIUS sono codificati nel *Code of Federal Regulations*²¹.

Il CFIUS è una commissione (*interagency committee*) composta dagli apici amministrativi dei più importanti dicasteri dell'esecutivo e delle maggiori agenzie federali, presieduto dal Segretario del Tesoro, con il compito istituzionale di sottoporre gli investimenti provenienti dall'estero ad un controllo finalizzato ad identificare possibili rischi per la sicurezza nazionale. Sino alla promulgazione della legge di riforma FIRRMA nel 2018, detto controllo avveniva secondo criteri non rigidi di valutazione di rilevanza delle circostanze afferenti alle singole transazioni²² e su base

¹⁸ Perlomeno per ciò che concerne l'obbligo di notifica di acquisizioni di partecipazioni di controllo. *Idem*, p.3.

¹⁹ Defense Protection Act (1950), Section 721 (*National Security Reviews and Investigations*) del 1988, emendata dal Foreign Investment & National Security Act (FINSAs) del 2007, poi dal Foreign Investment Risk Review Modernization Act (FIRRMA) del 2018, non a caso ricompresa nel Title 50 (*War and National Defense*) dello United States Code (USC) e codificata come 50 USC 4565.

²⁰ Emendato dall'*Executive Order* 13456 del 2008 emanato in seguito al FINSAs, v. *supra*, nota n. 17; gli *Executive Orders* sono atti esecutivi ad efficacia diretta (sottoposti cioè al solo sindacato giurisdizionale) del Presidente degli Stati Uniti.

²¹ Title 31, Chapter VIII (31 CFR Parts 800 and 801).

²² Come natura dell'attività dell'azienda oggetto di investimento estero, identità ed eventuali precedenti dell'entità estera coinvolta, controllo di quest'ultima da parte di uno Stato estero.

prevalentemente volontaria (tramite notifica da parte dell'aspirante investitore), anche se il Comitato era comunque investito di ampi poteri per procedere di ufficio all'inchiesta, soprattutto nei casi di acquisizioni di partecipazioni di controllo.

FIRMA, con i relativi regolamenti di attuazione²³, ha poi posto in essere una espansione assai significativa e complessa della competenza del CFIUS²⁴, un certo incremento dei casi ove sia prevista la notifica obbligatoria²⁵ (*mandatory filing*) e poteri ancora più estesi di *enforcement* e di investigazione diretta²⁶.

Parte III

Il sopra richiamato Regolamento Europeo 452/2019²⁷, entrato in vigore l'11 ottobre 2020, senza dubbio costituisce un salto di qualità per il miglioramento della cooperazione tra i Paesi membri nella materia ormai vitale del controllo degli investimenti esteri sotto il profilo della sicurezza, stabilendo alcuni requisiti comuni per le normative nazionali di settore (già vigenti in 14 dei 28 Stati membri) ed una griglia di scambio delle informazioni, ma non poteva andare oltre²⁸, nel senso della creazione di un vero e proprio meccanismo obbligatorio di controllo al livello UE, sulla falsariga del CFIUS.

Il Regolamento rappresenta, tuttavia, un segnale di grande rilevanza in merito alla raggiunta consapevolezza europea²⁹ in merito alla necessità di affrontare ad un livello

²³ Di cui i più recenti e rilevanti sono entrati in vigore il 13 febbraio 2020 e l'11 settembre 2020, questi ultimi diretti a sostituire il precedente requisito, per la notifica obbligatoria, della connessione dell'azienda target con una o più delle 27 industrie designate, con il novello criterio del possesso o meno di una autorizzazione del governo federale per l'esportazione della tecnologia coinvolta nell'attività. V. *Fact Sheet: CFIUS Final Regulations Revising Declaration Requirement for Certain Critical Technology Transactions*, U.S. Department of the Treasury, Office of Public Affairs, 21 settembre 2020.

²⁴ Praticamente quasi la totalità di investimenti esteri, *anche non di controllo e anche in partecipazioni minime*, nei settori delle "tecnologie critiche", delle "infrastrutture critiche" e dei "dati personali sensibili" rientra nel gruppo dei *covered investments*, o *TID businesses*, sottoposti alla giurisdizione del CFIUS.

²⁵ Transazioni attraverso le quali uno Stato estero acquisisca un *substantial interest* in un *TID business*, anche indirettamente, cioè laddove posseda una partecipazione di almeno il 49% in un'altra entità estera (individuale o societaria) che a sua volta abbia una partecipazione di almeno il 25% in un *TID*.

²⁶ V. S. Heifetz, J. Gruenspecht, M. Mannino, *Key Takeaways from the New Proposed CFIUS Rules*, Wilson Sonsini Client Advisory, p. 2-4, settembre 2019; J. Alpert, J. Barker *et alia*, *Final CFIUS Regulations Implementing FIRMA Take Effect in February 2020*, Latham & Watkins Client Alert Commentary, p. 1-5, 22 gennaio 2020.

²⁷ V. nota 16, *supra*.

²⁸ Visto il principio di stretta competenza del diritto interno in materia di sicurezza nazionale.

²⁹ V. M. Delaporte, *Europe Moves To Better Monitor Investments, Sort of CFIUS*, Breaking Defense, 26 marzo 2019.

superiore il dilemma tra la convenienza economica di un mercato aperto agli investimenti esteri e la realtà di una competizione geopolitica che impone l'esigenza di preservare il cuore della base industriale europea, soprattutto quella tecnologica, della cosiddetta *connectivity grid*³⁰, della proprietà intellettuale e del settore della difesa, da un accesso, soprattutto da parte della Cina, che non potrebbe non divenire una criticità strategica cruciale per l'Europa e la sua identità geopolitica³¹. La cruciale rilevanza della suddetta esigenza è infatti al centro, oltre che di ulteriore approdo comunitario³², anche della più recente riflessione strategica della NATO³³.

Conclusioni

La “quarta rivoluzione industriale”³⁴ ha già condotto ad una nuova “geopolitica della tecnologia”, in cui la *re-securitization* della tecnologia³⁵ costituisce uno snodo ineludibile nel quadro della competizione globale in atto su 5G, IA e semiconduttori, servizi Internet. Tutte e tre queste aree, che decideranno sia la *great power competition* tra Cina e Stati Uniti, sia il ruolo dell'Europa e dell'Alleanza Atlantica, condividono punti cruciali afferenti commercio ed economia mondiale da un lato e sicurezza nazionale e globale dall'altro, nella duplice esigenza di tutelare, da un lato, la predetta base industriale (che include quella relevantissima della difesa, *Defense Industrial Base*), dall'altro, in modo interconnesso, le catene critiche di rifornimento (*supply chains*). In quest'ultimo ambito gli incentivi alla cooperazione atlantica sono particolarmente dirimenti, vista la comune consapevolezza della minaccia posta dalla

³⁰ Connessione di infrastrutture critiche, costituita principalmente da porti, telecomunicazioni e reti elettriche.

³¹ V. il discorso del Presidente francese Macron alla Sorbona del 26 settembre 2017, come momento fondamentale e iniziale dell'attuale dibattito sulla c.d. “autonomia strategica europea”, ma, in generale, sulla stessa identità geopolitica dell'Europa.

³² V. *Connecting Europe and Asia – Building Blocks for an EU Strategy*, European Commission JOINT (2018) 31, 19 settembre 2018; comunque da ripensare e aggiornare con visione strategica, soprattutto in seguito alla *EU-China – A Strategic Outlook*, European Commission JOINT(2019) 5, 12 marzo 2019.

³³ V. *Keynote Speech by Secretary General Jens Stoltenberg at the Global Security 2020 (GLOBSEC) Bratislava Forum*, NATO Opinions, 7 ottobre 2020
https://www.nato.int/cps/en/natohq/opinions_178605.htm; E. Braw, *A 21st-Century Reality Is Downing on NATO*, Defense News, 14 ottobre 2020.

³⁴ Data dallo sviluppo della combinazione di sei macroaree tecnologiche: computing e stoccaggio dei dati; telecomunicazioni (cruciale il 5G, che costituirà il sottostrato di una serie di settori strategici e di controllo dati); intelligenza artificiale, automazione; manifattura “additiva”; energia.

³⁵ V. D. Jaishankar, *From I-Phone to Huawei: The New Geopolitics of Technology*, Brookings, 31 luglio 2019.

Cina (dalla sottrazione di proprietà intellettuale alla conflittualità di informazione, dalla prassi predatoria nel commercio internazionale alla dottrina della “fusione” civile-militare) nonché’ il nesso tra nuove tecnologie, regolamentazione, difesa dei valori comuni³⁶.

In tale contesto, per l’Italia risulta imperativo immergersi in una “rifondazione tecnologica” fondata sulla rinascita della grande ricerca, sia di base che applicata, nonché sull’adesione ad una struttura di “alleanza tecnologica tra le democrazie”³⁷, in cui il quadro normativo in materia di difesa strategica si ponga l’obiettivo di superare ulteriormente l’antiquato schema di “forzatura” della disciplina societaria, in un’ottica chiaramente diretta al contrasto dei rischi alla sicurezza nazionale, concepito come ambito normativamente autonomo³⁸.

MARCO R. PROVVIDERA esercita la professione legale a New York. Membro del Bar sia statale (Supreme Court of New York) che federale (Southern District of New York) dello Stato di New York, ed è qualificato dinanzi alla Court of Appeal for the Federal Circuit di Washington DC.

Ha un Master in Giurisprudenza (LL.M Master’s Degree) conseguito alla New York University School of Law, una specializzazione in Diritto della Sicurezza Nazionale (Diploma in National Security Law) conseguita presso la University of Virginia School of Law, una specializzazione in finanza internazionale (Diploma in American Management Studies and International Finance) conseguita alla American University of San Francisco, CA. È Vice-Chair del National Security Committee of American Bar Association. La sua ricerca ed il suo insegnamento accademico, svolti in Università e think-tank italiani e esteri, si concentrano nelle aree di: Diritto internazionale e dei conflitti armati; Diritto della sicurezza nazionale e globale; Diritto dell’intelligence; Geopolitica; Diritto comparato dell’antiterrorismo; Diritto comparato della

³⁶ V. A. Ortega, *The U.S.-China Race and the Fate of Transatlantic Relations*, Center for Strategic & International Studies, gennaio 2020.

³⁷ V. M. Rasser *et alia*, *Common Code—An Alliance Framework for Democratic Technology Policy*, Center for a New American Security, ottobre 2020; per un ulteriore articolato appello ad una agenda transatlantica comune, v. J. Smith *et alia*, *Charting A Transatlantic Course to Address China*, The German Marshall Fund of the United States, Report, ottobre 2020.

³⁸ In tal senso, a conferma della tesi qui sostenuta, si veda l’importantissimo ultimo sviluppo, nella normativa britannica, apportato dal “National Security and Investment Bill” (proposta di legge al Parlamento britannico dell’11 novembre 2020, v. T. Caspary, N. Moussavi, A. Grogan, *The UK Set to Introduce Mandatory National Security Filings for 17 Industry Sectors*, Fried Frank International Trade and Investment Alert, 2 dicembre 2020).

privacy; Diritto delle tecnologie emergenti e del loro utilizzo militare. Ha insegnato Diritto delle organizzazioni internazionali alla Università di Roma “La Sapienza”, è Visiting Lecturer all’Istituto di Geopolitica e alla European Academy of Law di Trier in Germania, è stato Lecturer alla Mitchell School of Business, University of South Alabama. Ha ideato il Master in International Security Studies, in cui è titolare di vari corsi, offerto dall’Università della Repubblica di San Marino dall’Università di Modena e Reggio Emilia con l’Accademia Militare di Modena.

Si precisa che le opinioni espresse nel presente elaborato, ricevute e rese disponibili nell'ambito dell'iniziativa *Call for Papers* #CASD2020, sono attribuibili esclusivamente all'autore e non rispecchiano necessariamente il punto di vista del Centro Alti Studi per la Difesa.

