

Golden power, 5G e cybersicurezza: «non è tutto oro quel che luccica»

Di Giuseppe Portonera

I. Introduzione: il caso della tecnologia 5G

Le commissioni Affari costituzionali e Trasporti della Camera dei deputati hanno concluso l'esame del decreto legge n. 105/2019 (cosiddetto *cybersicurezza*), dando mandato ai relatori di riferirne favorevolmente in Aula.¹ In questo modo, si prospetta un avallo da parte del Parlamento rispetto al nuovo corso politico inaugurato dal recente attivismo governativo in materia di esercizio dei poteri speciali (cosiddetti *golden power*) sulle operazioni relative alla tecnologia 5G, che – come è noto – costituirà un notevole miglioramento, in termini di prestazioni della connettività, rispetto ai sistemi ad oggi disponibili (4G/LTE).² Negli scorsi mesi, aveva in proposito fatto notizia la scelta dell'Esecutivo in carica (Governi Conte II e Conte I) di esercitare i poteri speciali, recentemente ampliati e potenziati rispetto al passato, sugli interventi che diverse società (Tim, Vodafone, Wind Tre e Linkem, nonché Fastweb e Samsung) erano in procinto di compiere in merito alla realizzazione e alla gestione delle reti di comunicazione elettronica basate sul 5G.³ Ricordiamo

- 1 L. Garofalo, "Decreto-legge cybersecurity. In Aula il testo che estende il Golden Power al 5G", in *Key4Biz.it*, 23.10.2019, qui consultabile: <http://tiny.cc/gp12ez> (ultimo accesso: 24.10.2019).
- 2 Cfr. M. Dècina, "Il sistema 5G: una piattaforma progettata per i servizi digitali", in *Mondo digitale*, febbraio 2018, qui consultabile: <http://bit.ly/2JVV7mJ> (ultimo accesso: 24.10.2019).
- 3 A. Longo, "5G, il Conte bis parte richiamando i poteri speciali", in *La Repubblica*, 05.09.2019, qui consultabile: <http://tiny.cc/x39hez>; L. Pereira, "Fastweb e Samsung, che cosa ha deciso sul 5G il governo con il golden power", in *StartMagazine*, 27.06.2019, qui consultabile: <http://bit.ly/2Y8R2az> (ultimo accesso: 24.10.2019). In particolare, il Governo Conte II ha deliberato l'esercizio dei poteri speciali: in relazione alla informativa notificata dalla società Linkem relativa a contratti o accordi aventi ad oggetto l'acquisto di beni e servizi relativi alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione delle reti inerenti ai servizi di comunicazione elettronica a banda larga su tecnologia 5G e acquisizione di componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla predetta realizzazione o gestione; con condizioni e prescrizioni, in relazione all'operazione notificata dalla società Vodafone consistente in accordi aventi ad oggetto l'acquisto di beni e servizi per la realizzazione e la gestione di reti di comunicazione elettronica basate sulla tecnologia 5G; in relazione all'informativa notificata dalla società TIM relativa agli accordi conclusi prima del 26 marzo 2019 relativi ad apparati e sistemi di comunicazione rispetto ai quali la tecnologia 5G può essere considerata una naturale evoluzione; con prescrizioni, in relazione all'informativa notificata dalla società Wind

KEY FINDINGS

- Dopo una serie di rilevanti modifiche in merito agli ambiti di applicazione e al tipo di operazioni che ne giustificano l'esercizio, i golden power hanno perso la propria qualifica di poteri speciali cui ricorrere solo in occasioni "straordinarie".
- In questo modo, gli operatori economici potrebbero non essere in grado di avvertire, fin da subito, la possibilità di essere esposti all'esercizio dei poteri in parola, con collegato aumento di incertezza e, dunque, di costi, e di diminuzione degli investimenti.
- La sensazione è che il Governo intenda trasformare i golden power in uno strumento nell'arsenale di uno Stato nuovamente e attivamente interessato a indirizzare, quando non proprio a controllare, l'attività delle più importanti società.
- Il rischio che così si corre sarà anche quello di allontanare gli investimenti stranieri, in un paese – come il nostro – sempre più a corto di capitali nazionali e complessivamente poco internazionalizzato a confronto delle altre maggiori economie europee.

Giuseppe Portonera è Fellow dell'Istituto Bruno Leoni.

queste circostanze non per i loro aspetti “tecnologici”, ma perché hanno rappresentato le prime occasioni in cui il Governo ha scelto di ricorrere ai (nuovi) *golden power*. Il caso della tecnologia 5G è, dunque, uno spunto di attualità dal quale è utile partire per chiedersi se sia opportuno che il Governo abbia speciali poteri di intervento sulle aziende, sui settori o sugli *asset* definiti “strategici”, e cosa si intende con tale aggettivo. La risposta a queste domande è cruciale per comprendere le implicazioni del dibattito sul *golden power*, attraverso il quale Palazzo Chigi può intervenire in una pluralità di operazioni societarie – fusioni, acquisizioni, cambi di azionariato e in alcuni casi, come appena evidenziato, scelta dei fornitori – sulla base di norme spesso formulate in modo vago. Ma per svolgere una valutazione della disciplina in vigore, occorre, innanzitutto, ricostruire brevemente i passi che ci hanno portato alla situazione attuale.

2. Un sistema di controllo degli investimenti: la golden share

Com'è noto, nei primi anni '90, si aprì in Italia la stagione delle cosiddette “privatizzazioni”, che ha visto grande parte delle imprese pubbliche (il cui complesso pesava tra 1/3 e 1/4 dell'intera economia nazionale)⁴ o trasformate in società per azioni (cosiddetta privatizzazione “fredda”) o cedute, totalmente o parzialmente, a soggetti privati (cosiddetta privatizzazione “calda”).⁵ Dunque, in quella fase storica, lo Stato – sia con la sostituzione di un regime di diritto pubblico con uno di diritto privato, che con l'effettiva dismissione del controllo societario – ha parzialmente ripudiato il ruolo di “imprenditore” e diretto produttore di beni e servizi, per assumere quello di “regolatore”, al fine di assicurare il perseguimento di finalità sociali (quali, ad esempio, il servizio universale o la garanzia di pari concorrenza tra le imprese),⁶ nonché il rispetto dei limiti fissati dall'art. 41 Cost. all'iniziativa economica privata (che non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana). Questa nuova dimensione “regolatrice” si è esplicitata mediante due ordini di “poteri”. Il primo – che, riprendendo l'espressione che fu di Constant, può essere definito come “neutro”⁷ ed è quello più squisitamente di tecnica regolatrice – è proprio delle varie Autorità amministrative indipendenti. Il secondo – che si connota per una maggiore carica di “politicità” ed è oggetto del nostro studio – è rimasto di competenza dell'esecutivo, e si è tradotto in una serie di poteri “speciali” di limitazione dell'autonomia privata e di intervento

Tre circa gli accordi stipulati con la società Huawei, aventi ad oggetto l'acquisto di beni e servizi per la realizzazione e la gestione di reti di comunicazione elettronica basate sulla tecnologia 5G; in relazione all'informativa notificata dalla società Fastweb relativa all'acquisto dalla società ZTE Corporation degli apparati relativi alle componenti radio per la realizzazione dell'ultima tratta della rete 5G FWA. Dal canto suo, il Governo Conte I ha imposto l'osservanza, alle società Fastweb e Samsung, di specifiche prescrizioni in ordine alla progettazione, alla fornitura, alla configurazione e alla manutenzione degli apparati software relativi alle componenti radio e *core network* necessari alla realizzazione della rete (cfr. C. Dominelli e C. Fotina, “Sette vincoli per i contratti 5G: nuovo golden power all'esordio”, in *Il Sole 24 Ore*, 10.07.2019, qui consultabile: <http://bit.ly/2OhLVjL>, ultimo accesso: 24.10.2019).

4 Cfr. E. Freni, “Le privatizzazioni”, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2012 (1995), p. 247.

5 Sul punto vd., diffusamente, *ivi*, pp. 239 e ss.

6 Cfr. F. Benvenuti, *Disegno dell'Amministrazione Italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, CEDAM, 1996, pp. 486-487.

7 Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 340.

nella vita delle società, anche in assenza di una diretta partecipazione azionaria (cosiddetta *golden share*), attribuiti al Governo, nella figura dei Ministeri dell'Economia e dello Sviluppo economico.⁸ È dal complesso di questi poteri che è emerso l'attuale *golden power*.

Il contenuto dei poteri speciali, che fu definito inizialmente nella l. n. 474/1994, si sostanziava nella possibilità di: *i*) opposizione all'assunzione di partecipazioni rilevanti (superiori a 1/20 del capitale sociale) con divieto di esercizio del voto in attesa del gradimento; *ii*) opposizione alla costituzione di patti parasociali in cui venga rappresentata almeno 1/20 del capitale sociale; *iii*) veto all'adozione di delibera di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale; *iv*) nomina di un amministratore senza diritto di voto. L'esercizio di questi poteri è stato oggetto di una rivisitazione con l'art. 66 della l. n. 488/1999, con cui si è stabilito che i poteri in parola potessero essere «introdotti esclusivamente per rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa» e dovessero assumere «forma e misura idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi, anche per quanto riguarda i limiti temporali». In aggiunta a ciò, il ricorso alla *golden share* avrebbe dovuto essere compatibile con «il rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, e tra questi in primo luogo del principio di non discriminazione» e coerente «con gli obiettivi in materia di privatizzazioni e di tutela della concorrenza e del mercato». In attuazione di questa norma, fu emanato il d.p.c.m. 11.02.2000, poi sostituito dal decreto 10.06.2004, che ha stabilito che i poteri speciali attribuiti dalla l. n. 474/1994 potessero essere esercitati esclusivamente nel caso di «*rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale*, in particolare con riferimento all'ordine pubblico» (enfasi aggiunta). Rispetto a quanto previsto dalla l. n. 474/1994, il decreto in parola ha tentato di circoscrivere ulteriormente l'ambito di estensione dei poteri speciali, al fine di limitare la discrezionalità del governo in ordine al loro utilizzo: si trattò di un intervento reso necessario a causa della procedura di infrazione aperta dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, accusata di ricorrere alla *golden share* in ottica protezionistica, di fatto limitando l'ingresso di investitori stranieri nelle società privatizzate.⁹

2.1. Segue: i golden power

Ciononostante, anche la nuova disciplina è stata censurata dalla Corte di Giustizia europea (con sentenza 26.03.2009, in causa C-326/07), in quanto accordava alle autorità nazionali un ambito di valutazione discrezionale eccessivo.¹⁰ Si deve evidenziare come il complesso delle sentenze della CGUE in materia di *golden share* abbia delineato uno «schema logico al quale si dovrebbe rigidamente attenere (...) il legislatore nazionale ogni volta che si ponga l'eventualità di introdurre restrizioni al dispiegamento delle libertà previste dal TFUE».¹¹ In

8 Freni, "Le privatizzazioni", cit., pp. 255-257.

9 L'avvenuta infrazione fu confermata con sentenza della Corte di Giustizia europea, che giudicò la normativa al suo esame come un ostacolo alla libera circolazione dei capitali, data l'incertezza che creava per i potenziali acquirenti non solo esteri, ma anche italiani.

10 Cfr. M. Colangelo, "Regole comunitarie e *golden share* italiana", in *Merc. conc. reg.*, 2009, 3, pp. 595 e ss.; C. San Mauro, "La disciplina della *golden share* dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07", in *Conc. e mercato*, 2010, pp. 409 e ss.; L. Scipione, "La «*golden share*» nella giurisprudenza comunitaria: criticità e contraddizioni di una roccaforte inespugnabile", in *Le Società*, 2010, 7, pp. 855 e ss.

11 V. Squaratti, "I limiti imposti dal diritto dell'Unione europea all'intervento pubblico nell'economia: la

una serie di consequenziali pronunce, la Corte ha precisato che il ricorso ai poteri speciali è consentito solo a patto di soddisfare quattro condizioni: i) non deve essere discriminatorio; ii) deve essere giustificato da motivi imperativi di interesse generale, dovendosi in ogni caso escludere qualsiasi giustificazione di ordine economico (*Commissione c. Repubblica portoghese*, C-367/98, § 52), e fermo restando che una simile deroga alle norme del diritto europeo va sempre interpretata in senso restrittivo (*Commissione c. Regno di Spagna*, C-463/00, § 34) ed è pertanto ammessa soltanto in presenza di una «minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività» (*Commissione c. Repubblica francese*, C-483/99, § 48); iii) deve essere idoneo e necessario a garantire il conseguimento dell'obiettivo fissato; iv) deve rispettare il principio di proporzionalità e, quindi, non andare oltre quanto strettamente necessario per il raggiungimento dell'obiettivo (*Commissione c. Repubblica italiana*, C-58/99, § 13).

Queste indicazioni, unitamente a quelle contenute nell'importante sentenza *Commissione c. Belgio* (C-503/99), hanno disegnato i contorni di un modello di *golden share* "virtuoso", che – pertanto – deve prevedere: i) l'esistenza di un chiaro testo normativo che regoli il potere speciale; ii) l'esplicarsi del potere sotto forma di controllo successivo e non di autorizzazione preventiva; iii) la fissazione di un termine preciso per proporre, da parte dell'impresa interessata, opposizione alla decisione di esercizio del potere; iv) la previsione di uno specifico obbligo di motivazione per l'atto di esercizio del potere; v) la garanzia di un controllo giurisdizionale effettivo sul ricorso al potere da parte del Governo.¹²

Il legislatore italiano si è adeguato alle direttive giurisprudenziali europee con il d.l. n. 21/2012 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 56/2012), all'interno del quale ha previsto l'impiego dei poteri speciali solo in caso di «*minaccia di grave pregiudizio* per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale» e sempre nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. Come è stato notato in proposito, l'esercizio dei poteri speciali (ormai noti come *golden power*) non appare più veicolato dai fenomeni di privatizzazione, né sembra orientato a mantenere una forma di controllo indiretto sulle società privatizzate: esso è, piuttosto, finalizzato a realizzare un sistema di controllo pubblico degli investimenti (sia interni che esteri), apparentemente ispirato al modello adottato negli Stati Uniti.¹³

Proprio perché non più legati alle vicende delle società privatizzate, i (nuovi) *golden power* ricevono un'applicazione più ampia rispetto alla precedente *golden share*, visto che interessano una generalità di imprese (pubbliche o private) individuate in base al settore di attività o al possesso di alcuni *asset* di rilevanza strategica (nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni). Da una parte, il d.p.c.m. n. 108/2014 ha catalogato le attività ritenute "strategiche", nel settore della difesa militare e della sicurezza nazionale, nello studio, nella ricerca, nella progettazione, nello sviluppo, nella produzione, nell'integrazione e nel soste-

neutralità delle modalità di perseguimento di obiettivi imperativi di interesse generale", in *Dir. comm. internaz.*, 2014, 4, p. 1073.

12 Cfr. H. Fleischer, "Case C-367/98, *Commission of the European Communities v. Portuguese Republic (Golden shares)*; C-483/99, *Commission of the European Communities v. French Republic (Golden shares)*; and C-503/99, *Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium (Golden shares)*. Judgments of the Full Court of 4 June 2002", in *Common Mark. Law Rev.*, 2003, 2, pp. 493 e ss.

13 È l'opinione di 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. Comun.*, 2014, 5, p. 1021.

gno al ciclo di vita, compresa la catena logistica, di diversi sistemi e materiali ritenuti essenziali. Dall'altra, il d.p.r. n. 85/2014 ha individuato gli *asset* di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, in, rispettivamente: *i*) reti energetiche di interesse nazionale; *ii*) grandi reti e impianti (porti, aeroporti e reti ferroviarie) di interesse nazionale, destinati anche a garantire i principali collegamenti trans-europei; *iii*) reti dedicate e nella rete di accesso pubblica agli utenti finali in connessione con le reti metropolitane, i router di servizio e le reti a lunga distanza, gli impianti utilizzati per i servizi a banda larga e ultra-larga.

I *golden power* possono essere esercitati in presenza di un ampio ventaglio di determinati eventi societari, all'interno dei quali è sufficiente ricordare: *i*) l'acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni sociali; *ii*) le trasformazioni straordinarie (fusione, scissione o scioglimento) della società; *iii*) il trasferimento dell'azienda o di un ramo di essa; *iv*) la modifica di clausole statutarie. Quando si verifica uno di questi eventi, il Governo italiano può, per effetto del d.l. n. 21/2012: imporre specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti e delle informazioni, nonché relative ai trasferimenti tecnologici e al controllo delle esportazioni; opporsi all'acquisto di partecipazioni; porre un veto all'adozione di delibere societarie.

La disciplina dei *golden power* disegnata dal d.l. n. 21/2012 – complice le diverse censure che le precedenti normative avevano subito in sede europea – ha raggiunto (tutto sommato) un importante equilibrio tra libertà dell'iniziativa economica privata e tutela di interessi "sensibili" in settori particolarmente strategici.¹⁴ In particolare, questi ultimi sono stati espressamente enunciati nella legge e non rimessi a una valutazione, da svolgere caso per caso, dell'autorità amministrativa (cosicché gli operatori economici possano godere di un preavviso chiaro); l'esercizio dei poteri speciali è consentito solo a fronte di modificazioni, più o meno rilevanti, dell'assetto societario, ed esso deve assumere, preferibilmente, la forma di prescrizioni o condizioni, qualora ritenute idonee e adeguate, piuttosto che di veto o opposizione all'operazione; la valutazione della sussistenza delle condizioni per l'esercizio dei *golden power* è assistita dalla garanzia di un sindacato giurisdizionale rigoroso e veloce (di fronte al TAR del Lazio).¹⁵ In questo modo, il legislatore italiano sembrava aver aderito al modello di *golden share* (*rectius: power*) "virtuoso" descritto dalla giurisprudenza europea.¹⁶ Ma questo equilibrio non è durato per molto.

14 Dello stesso avviso Freni, "Golden share: raggiunta la compatibilità con l'ordinamento comunitario?", in *Giornale dir. amm.*, 2013, I, p. 32, sul presupposto per cui la «nuova disciplina sui poteri speciali [...] sembrerebbe aver superato i limiti di compatibilità con l'ordinamento comunitario, risultando potenzialmente idone[a] ad evitare l'ennesima sentenza di condanna da parte della Corte di giustizia». Non ci sembra così convinto Comino, "Golden powers per dimenticare la golden share", cit., p. 1052.

15 Cfr. 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, IX, p. 79, secondo il quale la disciplina del d.l. n. 21/2012 ha rappresentato «un modello di trasparenza, proporzionalità e certezza del diritto nel panorama internazionale della regolazione dei flussi degli investimenti esteri».

16 Lo rileva anche F. E. Santonastaso, *Impresa, società e poteri pubblici. Una perenne "voglia" di Stato?*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2018, p. 288.

3. I più recenti interventi in materia di *golden power*: le riforme del 2017 e del 2019...

Con il d.l. n. 148/2017, convertito con l. n. 172/2017, il legislatore è intervenuto sulla disciplina dettata dal d.l. n. 21/2012, estendendo l'esercizio dei poteri speciali applicabili nei settori dell'energia, delle comunicazioni e dei trasporti agli *asset* «ad alta intensità tecnologica». È sufficiente scorrere rapidamente l'elenco «esemplificativo» della nozione di *asset* «ad alta intensità tecnologica», per rendersi immediatamente conto di come quest'ultima si caratterizzi per una notevole ampiezza (e vaghezza) rispetto alle scelte adottate dal d.p.r. n. 85/2014 sull'individuazione degli *asset* nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. Il decreto in parola, infatti, fa riferimento: *i*) alle infrastrutture «critiche» o «sensibili», tra cui immagazzinamento e gestione dati e strutture finanziarie; *ii*) alle tecnologie «critiche», compresa l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, le tecnologie con potenziali applicazioni a doppio uso, la sicurezza in rete, la tecnologia spaziale o nucleare; *iii*) alla sicurezza dell'approvvigionamento di *input* «critici»; *iv*) all'accesso a informazioni «sensibili» o capacità di controllare le informazioni «sensibili». Si tratta di un cambio di prospettiva notevole, perché con il d.l. n. 21/2012 (e successivo d.p.r. n. 85/2014) gli operatori economici ricevevano un adeguato preavviso sulla possibilità di essere soggetti all'esercizio dei poteri speciali da parte del Governo, visto che era sufficiente verificare che la società acquisenda o operasse nei settori della difesa militare e della sicurezza nazionale o possedesse uno dei (pochi e chiaramente identificati) *asset* nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. Di contro, con il d.l. n. 148/2017, gli operatori hanno perso la possibilità di godere di questo preavviso, dal momento in cui il catalogo degli *asset* (ma sarebbe più accurato parlare di settori merceologici, dati i riferimenti a «intelligenza artificiale», «robotica», «sicurezza in rete» etc. etc.) è troppo vasto e vago: è evidente che, con la riforma del 2017, il legislatore abbia deciso di rendere molto più pervasivo e ordinario il ricorso ai poteri speciali.

Un altro aspetto di novità del d.l. n. 148/2017 è che esso trova applicazione principalmente nel caso in cui l'acquisto a qualsiasi titolo di partecipazioni in società che detengono gli *asset* «strategici» avvenga da parte di un soggetto «esterno all'Unione europea».¹⁷ Altro elemento di rilievo è che il Governo può esercitare i poteri speciali non solo quando questo acquisto comporti una minaccia di grave pregiudizio agli interessi «essenziali» dello Stato (e, cioè, relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti), ma anche quando esso possa costituire un pericolo per la sicurezza o per l'ordine pubblico. Per determinare se un investimento estero possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, il d.l. prevede la possibilità di prendere in considerazione la circostanza per cui l'investitore straniero sia controllato dal governo di un paese terzo, non appartenente all'Unione europea (anche attraverso finanziamenti significativi), oppure

¹⁷ Tali sono: *i*) qualsiasi persona fisica o persona giuridica, che non abbia la residenza, la dimora abituale, la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo o che non sia comunque ivi stabilito; *ii*) qualsiasi persona giuridica che abbia stabilito la sede legale o dell'amministrazione o il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo o che sia comunque ivi stabilito, e che risulti controllato direttamente o indirettamente da una persona fisica o da una persona giuridica di cui al numero precedente; *iii*) qualsiasi persona fisica o persona giuridica che abbia stabilito la residenza, la dimora abituale, la sede legale o dell'amministrazione o il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo o che sia comunque ivi stabilito, al fine di eludere l'applicazione della disciplina in parola.

quella per cui si sospettino la sussistenza di legami fra l'acquirente e paesi terzi che non riconoscano i principi di democrazia o dello Stato di diritto, che non rispettino le norme del diritto internazionale o che abbiano assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale o abbiano rapporti con organizzazioni criminali o terroristiche o con soggetti ad esse comunque collegati. Nonostante sia ragionevole applicare alle imprese a controllo pubblico criteri diversi rispetto a quelli validi per le imprese private, ancora una volta siamo in presenza di un intervento che di fatto aumenta gli spazi di discrezionalità del governo.

Dopo la riforma del 2017, il Governo è nuovamente (e di recente) intervenuto sulla disciplina dei *golden power*. Dopo l'iniziale (e abortito) tentativo, da parte del Conte I, di disciplinare il tema della sicurezza informatica nazionale (attraverso il decreto legge n. 64/2019¹⁸, di cui non è stata promossa la conversione in legge),¹⁹ l'Esecutivo in carica ha approvato il (già ricordato) decreto "cybersicurezza".²⁰ Peraltro, in principio di questo anno, il Governo aveva già licenziato il d.l. n. 22/2019 (cosiddetto decreto *Brexit*),²¹ con il quale ha scelto di assoggettare all'esercizio dei poteri speciali i servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G, in quanto ritenuti attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale. Per effetto di questo ultimo intervento normativo, oltre alle attività già considerate dal d.l. n. 21/2012, vanno notificate al Governo tanto 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, quanto l'acquisizione di componenti ad alta intensità tecnologica, quando posti in essere con soggetti esterni all'Unione europea.

Su questo impianto si innesta il d.l. *cybersicurezza*, con cui il Governo ha istituito il cosiddetto "perimetro di sicurezza nazionale cibernetica", all'interno del quale verranno fatte confluire una serie di amministrazioni pubbliche, di enti e di operatori nazionali, *pubblici* e *privati*, che esercitano una «una funzione essenziale dello Stato» ovvero «un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato», dalla cui interruzione o dal cui malfunzionamento potrebbe derivare «un pregiudizio per la sicurezza nazionale» (art. 1 co. 1). Questi soggetti, quando intendano procedere all'affidamento di forniture di beni, di sistemi e di servizi di informazione e comunicazione (ICT), devono darne comunicazione al Centro di valutazione e certificazione nazionale (CVCN), istituito presso il Ministero dello sviluppo economico, che, sulla base di una valutazione del rischio, può, entro trenta giorni dalla comunicazione, imporre «condizioni e test di hardware e software» (all'esito positivo di questi test devono essere condizionati, sospensivamente o risolutivamente, l'affidamento o il contratto) (art. 1 co. 6, lett. a). Inoltre, è stata prevista la possibilità, per il Governo, di ordinare la modificazione o l'integrazione delle condizioni e delle prescrizioni relative ai beni e servizi acquistati con contratti già autorizzati – e attinenti alle reti, ai sistemi informativi e ai servizi informatici

18 Il testo del decreto – adottato dal Consiglio dei Ministri in data 11.07.2019 – è qui disponibile: <http://bit.ly/2Y4KXXO> (ultimo accesso: 24.10.2019).

19 M. C. Sicilia, "La giravolta del governo sul *golden power*", in *Il Foglio*, 18.07.2019.

20 Il testo del decreto – adottato dal Consiglio dei Ministri in data 21.09.2019 – è qui disponibile: <http://tiny.cc/lbbiez> (ultimo accesso: 24.10.2019).

21 Il testo del decreto – adottato dal Consiglio dei Ministri in data 25.03.2019 – è qui disponibile: <http://tiny.cc/ovciez> (ultimo accesso: 24.10.2019).

gestiti dai soggetti che ricadano nel “perimetro di sicurezza nazionale cibernetica” – anche imponendo, se ritenuto necessario, la sostituzione di apparati o prodotti giudicati come «gravemente inadeguati sul piano della sicurezza» (art. 3 co. 3).

3.1. Segue: ... e le loro criticità

Gli ultimi interventi governativi confermano la nuova impostazione dei poteri speciali come parte di un modello di controllo degli investimenti stranieri: dai loro antecedenti storici, però, essi si distanziano per due profili non indifferenti – l'applicazione speciale nei confronti dei soggetti “extra-UE” e l'estensione dell'ambito di esercizio dei poteri in parola.

Quanto al primo aspetto, è sufficiente ricordare come uno dei punti di “forza” della disciplina del *golden power* delineata dal d.l. n. 21/2012 sia stato proprio quello di escludere una diversità di trattamento degli investimenti nei settori ritenuti “strategici” in ragione della nazionalità dell'investitore, applicandosi a qualsiasi investitore, fosse esso nazionale, di Stati membri o di Paesi terzi (questi ultimi vincolati a regime di reciprocità e a scrutinio separato in caso di stabilimento, nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni).²² Di contro, una disciplina pensata *ad hoc* per i soggetti esterni all'Unione rischia di non superare censure di ingiustificata discriminazione e sospetti di malcelato protezionismo.

Quanto al secondo aspetto, è chiaro che – in un'ottica di rispetto delle ordinarie dinamiche di mercato – l'esercizio dei poteri speciali ha senso solo laddove esso sia circoscritto a limitati settori (o, meglio, *asset*) e sia dipendente dal verificarsi di accadimenti, interni alla vita della società, di un certo rilievo (come sono, per l'appunto, i casi disciplinati dal d.l. n. 21/2012: che fanno riferimento, essenzialmente, a modifiche del controllo o della struttura societari). Le modifiche introdotte dalle riforme del 2017-2019 si sono allontanate da questa prospettiva, per abbracciarne una di sempre maggiore estensione del ricorso ai *golden power*, sia – come nel caso del d.l. n. 148/2017 – concentrandosi sui singoli *asset*, anziché sui settori, che – come fatto dal decreto *Brexit* – rendendo rilevanti non solo gli eventi “straordinari”, ma anche quelli “ordinari”, quali i contratti o gli accordi aventi ad oggetto l'acquisto di beni o servizi relativi perfino alla mera manutenzione e gestione delle reti (in tutta evidenza, il decreto *cybersicurezza* si inserisce nella medesima ottica di progressiva estensione dell'impiego dei poteri speciali in parola²³). In questo modo, il modello di controllo che abbiamo descritto subisce una chiara torsione verso una maggiore incisività e intromissione nell'iniziativa economica privata.²⁴ Si guardi, in particolare, agli effetti del decreto *Brexit*: non è ragionevole ritenere che il mero *procurement* di componenti per la manutenzione di una

22 Cfr. Bassan, “Dalla *golden share* al *golden power*”, cit., p. 79.

23 Peraltro, a quanto si apprende, allo studio del Governo è un emendamento finalizzato ad ammettere l'esercizio dei poteri speciali non solo sulle reti 5G, ma anche sulle «forniture ad alta intensità tecnologica» funzionali alla loro realizzazione: vd. “5G, Golden power 'oltre' le reti”, in *Corcom*, 16.10.2019, qui consultabile: <http://tiny.cc/1xz2ez> (ultimo accesso: 24.10.2019).

24 Come è stato notato da Cassese, “Neostatalismo hi-tech. La fabbrica dei veti 5G”, in *L'Economia del Corriere della Sera*, 05.08.2019, p. 7, i più recenti interventi in materia di *golden power* (specialmente quelli del d.l. *Brexit*) potrebbero anche essere censurati sotto un profilo di incostituzionalità, visto che l'introduzione di controlli “in bianco” – senza adeguata definizione dei criteri, dello scopo, dei limiti e delle procedure di interferenza nell'iniziativa economica privata – si traduce in un «rispetto solo nominalistico della Costituzione» e, pertanto, in un aggiramento della riserva di legge in senso sostanziale prescritta, in proposito, dall'art. 41 Cost.

rete possa rappresentare un'occasione di rischio per la sicurezza nazionale, come ha dimostrato proprio il caso Fastweb-Samsung ricordato in apertura. Samsung è una rispettata e affidabile impresa, leader nel proprio settore di riferimento: davvero il fatto che si tratti di una società "extra-UE" può porre un problema per gli interessi "essenziali" dello Stato, per la sicurezza o per l'ordine pubblico? La risposta sembra banalmente negativa. È indubbio che, nei settori "strategici", possano ritrovarsi esigenze di tutela di interessi "sensibili": ma, allora, è quantomeno opportuno che il Governo eserciti *cum grano salis* i propri poteri speciali (purtroppo, le prime occasioni di loro impiego, come visto nell'introduzione, sembrano suggerire una opposta attitudine).

C'è, infine, da tenere in considerazione il problema dei costi che questa ulteriore interferenza governativa comporta: a quelli imposti dai singoli obblighi informativi sulle parti impegnate nelle compravendite, infatti, si aggiungeranno i rischi connessi ai tempi di risposta del Governo per il ricorso ai poteri speciali e alla possibilità di un ricorso giurisdizionale al TAR, nel caso in cui la decisione dell'Esecutivo sia opposta dalle imprese. Costi che – lo si ripete – possono essere tollerati laddove l'esercizio dei *golden power* sia un evento "straordinario" nella vita delle imprese, in quanto proprio solo di determinati settori o perché connesso a eventi infrequenti, quale il mutamento degli assetti proprietari; ma se questo diventa, invece, una costante "ordinaria", in quanto legato al possesso di singoli *asset* o ad accadimenti di ricorrente frequenza (quali le attività legati alla manutenzione delle reti), quei costi non sono più un fardello giustificato dalla tutela di interessi superiori, ma si traducono in un ostacolo sulla via della crescita economica.

4. Conclusioni: ritorno al passato?

I recenti e sempre più massicci interventi legislativi hanno rimesso in discussione l'importante equilibrio, tra libertà di iniziativa economica e tutela di alcuni rilevanti interessi nazionali, che il modello dei *golden power* aveva, nel passato, con fatica conquistato. Su tutti, l'elemento che più preoccupa è dato dal continuo ampliamento della categoria della "strategicità" delle imprese. L'impressione è che la valutazione di "strategicità" di un settore o di un'attività non sia frutto di una considerazione obiettiva, rigorosa e di lungo periodo, ma tradisca un momentaneo interesse dell'esecutivo *pro tempore* a presidiare un determinato comparto economico (nel 2018, al catalogo dei settori "strategici" sono state aggiunte, dal Governo Gentiloni, le attività finanziarie, mentre, nel 2019, è stato il turno – per volontà del Governo Conte I – della tecnologia 5G). In questo modo, però, un meccanismo "straordinario" quale quello del *golden power* perde sempre più il carattere di eccezionalità, per diventare uno strumento nell'arsenale dello Stato (nuovamente e attivamente) interessato a indirizzare, quando non proprio a controllare, l'attività delle più importanti società.

Le riforme del 2017-2019 vanno, indubbiamente, in questa direzione, nel momento in cui – da una parte – si è allargato l'ambito di applicazione dai settori agli *asset* e – dall'altra – si è svincolato l'esercizio dei poteri speciali dal verificarsi di accadimenti "straordinari", per legarlo a vicende di ordinaria frequenza quale il *procurement* di componenti per la manutenzione di una rete. C'è chi ha descritto questo ampliamento dei poteri speciali nei termini di «una vera e propria corsa al "riarmo giuridico", nella prospettiva di una tutela di interessi essenziali in campo economico»,²⁵ ma la sensazione è che si tratti, in verità, di un errore, di

25 L. Arnaudo, "À l'économie comme à la guerre. Note su *golden power*, concorrenza e geo-economia", in *Merc. conc. reg.*, 2017, 3, p. 449.

un ritorno al passato in cui si credeva che il governo degli affari fosse affare del Governo.²⁶ Per di più, una volta che il modello subisca tali torsioni, nulla ci assicura che queste ultime restino “eccezionali”, e cioè limitate a singoli settori o a singole categorie di imprenditori: nulla ci assicura, in sostanza, che al prossimo intervento normativo non si ritenga opportuno estendere l’esercizio dei poteri speciali in caso di contratti o accordi aventi ad oggetto l’acquisto di beni o servizi relativi alla manutenzione e gestione di beni nei confronti di qualsiasi settore, o di qualsiasi impresa detenga un dato *asset*, giudicati dall’esecutivo *pro-tempore* come “strategici”.

In definitiva, il rischio che così si corre sarà quello di allontanare gli investimenti stranieri, in un paese – come il nostro – sempre più a corto di capitali nazionali e complessivamente poco internazionalizzato a confronto delle altre maggiori economie europee (in percentuale del PIL, la consistenza degli investimenti diretti esteri in Italia è meno della metà dei livelli di Francia, Germania, Regno Unito e Spagna).²⁷ È opportuno, allora, ricordare all’Esecutivo (di qualunque colore politico esso sia espressione), tentato di far sempre più ricorso al *golden power*, che «non è tutto oro quel che luccica».²⁸

26 La frase è stata resa popolare da Lord Lawson, che fu *Secretary of State for Energy* e *Chancellor of the Exchequer* dei Governi Thatcher, in un discorso alla *House of Commons* del 10.11.1981.

27 Dati ISTAT 2017.

28 Il monito – che William Shakespeare, ne *Il mercante di Venezia*, atto II, scena VII, colloca su uno degli scrigni offerti a Porzia da uno dei suoi pretendenti, il Principe del Marocco – era già stato fatto risuonare dall’Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer nella Causa C-326/07, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*.

Chi Siamo

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

Cosa Vogliamo

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.

I Briefing Paper

I "Briefing Papers" dell'Istituto Bruno Leoni vogliono mettere a disposizione di tutti, e in particolare dei professionisti dell'informazione, un punto di vista originale e coerentemente liberale su questioni d'attualità di sicuro interesse. I Briefing Papers vengono pubblicati e divulgati ogni mese. Essi sono liberamente scaricabili dal sito www.brunoleoni.it.