

ANDREA GEMMI
Università degli studi di Padova
andreagemmi@outlook.com

**IL CONTROLLO DEGLI INVESTIMENTI IN USCITA:
PRIME RIFLESSIONI SULLA NUOVA FRONTIERA DELLE
FUNZIONI ECONOMICO-SECURITARIE**

**SCREENING OUTBOUND INVESTMENTS: FIRST REMARKS THE
NEW FRONTIER OF ECONOMIC-SECURITY PUBLIC FUNCTIONS**

SINTESI

Il contributo riguarda la funzione economico-securitaria di controllo degli investimenti in uscita, oggetto di un Libro Bianco pubblicato alla Commissione Europea e di un Ordine Esecutivo negli USA. Il presente contributo intende allora indagare come un tale potere amministrativo possa inserirsi nell'ordinamento italiano, sulla base di quali competenze e in che rapporto con le attuali funzioni economico-securitarie: *golden power* e controllo dei prodotti e duplice uso. Lo studio dei primi interventi normativi e delle strategie europea e statunitense sulla sicurezza consente di elaborare tre categorie di obiettivi a cui è funzionale il controllo degli investimenti in uscita. Si tratta del contrasto alla fuga di tecnologie ed il perseguimento dell'autonomia economica e della supremazia tecnologica. Ognuno di questi obiettivi è collegato ad un particolare ambito di applicazione della normativa, in rapporto con le altre funzioni economico-securitarie. I primi due obiettivi si caratterizzano per esigenze difensive a fronte di rischio geopolitici, mentre il terzo, quello della supremazia tecnologica, evidente nella normativa statunitense e non estraneo anche alla strategia europea, si colloca in una prospettiva più chiaramente di competizione fra Stati. Si dimostrerà come perseguire questo obiettivo richieda a sua volta una decisione politica fondamentale inerente ai Paesi a cui applicare la normativa in esame, secondo un *list approach* proprio dell'Ordine esecutivo statunitense ma di improbabile adozione nel sistema europeo.

Sulla base delle finalità da perseguire, il contributo indaga poi il rapporto con le funzioni economico-securitarie della *golden power* e del controllo dei prodotti a duplice uso. In tal modo si rileva che, anche alla luce della attuale e irrazionale sovrapposizione tra disciplina di *golden power* e di controllo delle esportazioni, le attuali funzioni economico-securitarie già permettono di perseguire gran parte degli obiettivi del controllo degli investimenti in uscita. Residuano ipotesi che esulano dalla normativa attuale ma il cui monitoraggio si pone in rapporto problematico con il principio di proporzionalità. Il rapporto con le altre funzioni economico-securitarie permette anche di valutare la modalità di regolazione di un'eventuale disciplina sul controllo degli investimenti in uscita, in ragione del rapporto tra competenze nazionali ed europee. Il controllo degli investimenti in entrata e dei prodotti a duplice uso offrono due modelli diversi, entrambi basati sul rapporto tra politica commerciale comune – di competenza esclusiva europea – e sicurezza nazionale. Sembra che, nelle more dell'adozione di una eventuale disciplina europea, gli Stati membri possano adottare misure nazionali e, in ogni caso, una eventuale normativa europea non possa che delegare la decisione amministrativa all'autorità nazionale.

Resta che la funzione economico-securitaria in esame e le altre già disciplinate a livello europeo e nazionale si basano su un problematico rapporto tra sicurezza nazionale e regolazione economica, ed il concetto di “sicurezza economica” che governa ora l'azione europea riflette la costitutiva ambiguità del concetto di “sicurezza”. Ogni discorso sul rapporto che si potrà configurare tra Europa e Italia, e tra Stato e mercato, dimostra l'esigenza di definire cosa si intende per esigenza securitaria, e fin dove può tracciarsi un confine tra tutela del mercato e interessi fondamentali della collettività. La disciplina sul controllo degli investimenti in uscita, ancora oggi in una fase iniziale, potrebbe spostare questo confine, estendendo l'interesse nazionale o europeo anche allo sviluppo di attività economiche all'estero.

ABSTRACT

The paper concerns the economic-security function of outbound investments screening, subject of a White Paper published by the European Commission and an Executive Order in the US. The paper aims to investigate the role this possible administrative power may have in the Italian legal system, on the basis of what competencies and in what relationship with the current economic-security functions: Italian FDI screening regulation (“golden power”) and dual-use items regulation. A study of early regulatory interventions and European and U.S. security strategies enables the elaboration of three categories of objectives for which outbound investment control is functional. These are countering technology leakages and the pursuit of economic autonomy and technological supremacy. Each of these objectives is related to a particular scope of application and in relation to the other economic-security functions. The first two objectives are characterized by defensive needs in the face of geopolitical risk, while the third, that of technological supremacy, evident in U.S. regulation and not unrelated to EU strategy as well, is more clearly situated in the perspective of interstate competition. It will be shown how pursuing this goal in turn requires a fundamental political decision inherent in the countries to which the regulation under consideration is to be applied, according to a list approach peculiar to the U.S. Executive Order but unlikely to be adopted in the EU system. Based on the purposes to be pursued, the contribution then investigates the relationship with the economic-security functions of “golden power” and dual-use items regulation. In doing so, it finds that, also in light of the current irrational overlap between “golden power” and export control regulation, the current economic-security functions already enable the pursuit of most of the goals of outbound investment control. There are transactions and cases falling outside the scope of current regulations, but the monitoring of these events presents issues under the the principle of proportionality. The relationship with other economic-security functions also allows for an assess-

ment of how outbound investments control should be regulated considering the relationship between national and EU competencies. Control of inbound investments and dual-use items offer two different models, both of which are based on the relationship between common trade policy - an exclusive EU competence - and national security. It seems that, pending the adoption of any EU regulation, member states may adopt national measures, and, in any case, any EU regulation can only delegate the administrative decision to the national authority. It remains that the economic-security function under consideration and others already regulated at the EU and national levels are based on a problematic relationship between national security and economic regulation, and the concept of “economic security” now governing EU action reflects the constitutive ambiguity of the concept of “security.” Any discussion of the relationship that may be shaped between EU and Italy, and between State and market, demonstrates the need to define what is meant by a securitarian requirement, and how far a line can be drawn between market protection and fundamental community interests. The regulations on outbound investments control, which are still at an early stage, could shift this boundary, extending the national or EU interest also to the development of economic activities abroad.

PAROLE CHIAVE: golden power – sicurezza nazionale – controllo degli investimenti – tecnologie critiche

KEYWORDS: FDI screening – national security – investment screening – critical technologies

INDICE: 1. Una nuova frontiera dei controlli securitari. 2. Cosa vuol dire controllare gli investimenti in uscita e perché farlo. 3. Ragionare sul modello: rapporto con il controllo dell'export e degli investimenti in entrata. 4. Il collegamento tra *list approach* e geopolitica della competizione nella decisione amministrativa. 5. Il rapporto con altre funzioni economico-securitarie: alternative e modelli. 6. Il rischio di un nuovo omertorinco. 7. Conclusioni: retorica securitaria e governo dell'economia.

1. Una nuova frontiera dei controlli securitari

La “corsa agli armamenti” che ha portato alla generale introduzione di meccanismi di controllo degli investimenti esteri diretti (IDE) in entrata sem-

bra oggi arrivata ad una nuova tappa: il controllo degli investimenti in uscita (*outbound investments*).

Il 24 gennaio scorso, la Commissione europea ha pubblicato un pacchetto di misure di sicurezza, tra cui anche il Libro Bianco sugli investimenti in uscita (*White Book on Outbound Investments*), che avvia una consultazione per valutare se e come introdurre in Europa un sistema di controllo di questi investimenti¹. Libro Bianco sugli investimenti in uscita (“Libro Bianco sugli IU”) non è, però, di un mero documento programmatico. La Commissione indica agli Stati Membri di avviare un monitoraggio sugli investimenti in uscita, le cui caratteristiche sembrano preludere all’impianto di una regolamentazione. E del resto, come si dirà nel seguito, potrebbe non doversi aspettare molto per vedere gli Stati membri anticipare l’Europa, sulla strada indicata dalla Commissione.

Lo strumento giuridico di per sé costituisce una novità sia per l’Unione Europea che per gli Stati membri, ma non solo. Anche la narrazione politico-giuridica in cui si inserisce è sostanzialmente nuova: quella della “sicurezza economica”, che ha determinato l’espansione delle funzioni amministrative caratterizzate dall’intervento pubblico negli affari economici per tutelare la sicurezza nazionale, e che possono quindi essere definite come “funzioni economico-securitarie”².

1 Il Libro Bianco sugli IU costituisce una delle cinque iniziative per la sicurezza economica contestualmente adottate dalla Commissione europea nel gennaio 2024. Le misure includono una proposta di riforma e due libri bianchi relativi ad altre due discipline volte alla tutela della sicurezza nazionale negli affari economici, e cioè il monitoraggio degli investimenti in entrata (disposto a livello europeo nel Regolamento (UE) n. 452/2019 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell’Unione) ed il controllo degli export, con particolare riguardo al dual use. Quest’ultimo consiste in una normativa europea (ad oggi, dal Regolamento (UE) 2021/821 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2021 che istituisce un regime dell’Unione di controllo delle esportazioni, dell’intermediazione, dell’assistenza tecnica, del transito e del trasferimento di prodotti a duplice uso) che istituisce un regime autorizzatorio per l’esportazione di prodotti, inclusi software e tecnologie, utilizzabili sia per finalità civili che militari.

2 Si tratta di normative il cui studio può considerarsi afferire alla disciplina del diritto pubblico dell’economia in quanto attinenti al rapporto tra poteri pubblici e mercato, nonché tra poteri pubblici e situazioni giuridiche soggettive che si configurano perlopiù come diritti economici (sul problema definitorio del diritto pubblico dell’economia, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell’economia e dinamiche istituzionali*, CEDAM, 2017), ferma restando la radicale diversità con il complesso di normative pro-concorrenziali legate al sistema delle autorità indipendenti. In que-

L'iniziativa europea sugli investimenti in uscita costituisce una peculiarità nello sviluppo delle altre funzioni economico-securitarie a cui si è assistito finora. Il controllo degli investimenti in entrata è stato avviato dagli Stati membri, anche se il suo successo è stato garantito anche e soprattutto dall'appoggio delle istituzioni europee, culminato nel regolamento (UE) n. 452/2019³. In questi anni, però, la Commissione ha fatto qualcosa di più. Ha sposato le nuove tendenze e ha condiviso le esigenze securitarie espresse da alcuni Stati Membri, nonostante la ritrosia di altri più preoccupati da una possibile svolta mercantilistica⁴. La strada della securitizzazione dell'economia, intrapresa dagli Stati membri, è stata dapprima condivisa dalla Commissione, e poi fatta oggetto dell'iniziativa europea. In questo contesto si inserisce la Strategia Europea per la Sicurezza Economica, e la generale emersione del concetto di "sicurezza economica" nella dialettica politica e nella letteratura giuridica⁵.

Da una parte, questa categoria sembra dimostrare come ancora l'azione europea non si affranchi dalle proprie radici ordoliberalistiche. Anche un concetto tradizionalmente collegato ai poteri sovrani e alla *raison d'être* dello Stato nazionale come la "sicurezza" viene collegata e giustificata nel fenomeno econo-

sto senso, sulla riconducibilità della disciplina sui prodotti a duplice uso al diritto pubblico dell'economia, già M. LO GULLO, *Politica commerciale comune, controlli all'esportazione e sistemi nazionali*, in *Economia Pubblica*, 3, 2019. La differenza tra le funzioni economico-securitarie e quelle pro-concorrenziali si può analizzare anche dal punto di vista della modalità di disciplina, essendo le seconde caratterizzate dal fenomeno della regolazione da parte delle autorità indipendenti, e le prime dalla regolamentazione attraverso normazione secondarie adottata da autorità politiche. Mi sia permesso di rinviare a A. GEMMI, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 1, 381-420.

³ Un discorso simile deve essere fatto per la normativa sul controllo dei prodotti dual use, che è stato regolato a livello europeo per impedire che l'eterogeneità dei sistemi nazionali pregiudicasse il funzionamento del mercato interno, e non per un'esigenza di tutela securitaria sollevata dall'Unione Europea. Sul tema, si veda M. LO GULLO, *Politica commerciale comune, controlli all'esportazione e sistemi nazionali*, cit.

⁴ J. LEWANDER, N. HELWIG, C. HÅKANSSON, T. ISO-MARKKU, e C. NISSEN, *Strategic autonomy – Views from the North*, Swedish Institute for European Policy Studies, 2021; M.O. IGLESIAS, A. ORTEGA and R. KORTEWEG, *A Spanish- Dutch view on open European strategic autonomy in trade, industry and digital policy: seven pitfalls to avoid*, Real Instituto Elcano, 2022.

⁵ Commissione europea, Comunicazione Congiunta al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio Sulla "Strategia Europea per la Sicurezza Economica", Bruxelles, 20.6.2023, JOIN(2023) 20 final.

mico⁶. Dall'altra, si tratta di un concetto che potrebbe aprire ad una notevolissima estensione degli strumenti securitari, e la discussione sulla regolamentazione degli investimenti in uscita si colloca in questa narrazione.

Ferma l'espansione del concetto di sicurezza, resta da verificare l'esigenza dell'introduzione di un potere di controllo degli investimenti in uscita. In questo senso, se la limitazione agli investimenti in entrata è volta a tutelare i beni e le attività strategici da acquisizioni rischiose, ci si potrebbe chiedere quale utilità abbia limitare l'acquisto di beni e attività estere da parte di soggetti italiani. In realtà, controllare gli investimenti in uscita risponde a varie esigenze securitarie, che però pongono, ciascuna di esse, peculiari problematiche in relazione al potere amministrativo esercitato e al rapporto con le attuali funzioni securitarie.

Pur trovandoci ancora in una fase di valutazione dell'opportunità di disciplinare un sistema di controllo degli investimenti in uscita, il Libro Bianco sugli IU e il sistema statunitense, già oggetto di una regolamentazione normativa, offrono preziosi elementi per comprendere la *ratio* di questa disciplina e come può strutturarsi.

Il presente contributo intende allora indagare come un tale potere amministrativo possa inserirsi nell'ordinamento italiano, sulla base di quali competenze e in che rapporto con le attuali funzioni economico-securitarie. Si intende quindi dimostrare che, pur nell'innovativo protagonismo dell'Unione Europea nell'ambito securitario, gran parte delle finalità espresse da Libro Bianco sugli IU possono essere perseguite con la disciplina di cui al d.l. n. 21/2012 (c.d. *golden power*) e dal controllo delle esportazioni, evidenziando invece gli aspetti per i quali un'autonoma disciplina sul controllo degli investimenti in uscita sarebbe astrattamente ipotizzabile. Si vedrà, però, che l'effettiva possibilità di un intervento innovativo potrebbe essere problematica alla luce del principio di proporzionalità.

⁶ Si veda M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica : corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli, 2019.

Il contributo si struttura attraverso l'analisi della (triplice) funzione di dei sistemi di controllo degli investimenti in uscita disciplinati dai documenti programmatici e testi giuridici di UE e USA (capitolo 2) e di come queste finalità possono essere concretamente perseguite, sulla base del modello statunitense e del monitoraggio disposto con il Libro Bianco sugli IU (capitolo 3). L'applicazione delle categorie del diritto amministrativo permetterà poi di sottolineare i limiti del recepimento del modello statunitense (capitolo 4). Infine, si indagherà il rapporto con le altre funzioni economico-securitarie per capire quale ruolo possa assumere la disciplina sul controllo degli investimenti in uscita (capitolo 5) e come si struttura il rapporto tra Italia e Istituzioni Europee su questo tema (capitolo 6). Si potrà così verificare se, al protagonismo europeo in ambito securitario, possa corrispondere una sostanziale innovazione delle funzioni economico-securitarie (capitolo 7).

2. Perché controllare gli investimenti in uscita: la Geopolitica della competizione

Come anticipato, i discorsi in merito alla regolamentazione degli investimenti in uscita sono collegati all'emersione del concetto di "sicurezza economica"⁷. Si tratta di una formula utilizzata in connessione alla categoria della "sicu-

7 Non si vuole evidentemente sostenere che la letteratura non conoscesse fino a tempi recenti il concetto di "sicurezza economica", sia come influenza dell'economia sulla sicurezza militare (K. KNORR - F.N. TRAGER, *Economic Issues and National Security*, University Press of Kansas, Kansas City, 1977) che come dimensione autonoma del concetto di sicurezza. Quest'ultimo concetto fu criticato da BUZAN, in quanto, al contrario della sicurezza militare che si basa su una situazione di normale relazione eventualmente minacciata (la pace), nei rapporti tra stati esiste sempre il rischio economico (B. BUZAN, *People, States and Fear: the National Security Problem in International Relations*, Waetscheaf Books, Guilford 1983; G. LUCANI, *The Economic Content of Security*, in *Journal of Public Policy*, 2, 1989, 151-173). In altri termini, la competizione tra Stati è una condizione normale, e non si configurano perciò minacce né comportamenti pacifici (sul piano interno, però, si è anche riconosciuto che si può identificare una situazione normale di benessere, che può essere minacciata; B. BUZAN, *Is International Security Possible?*, in K. BOOTH, *New Thinking about Strategy and International security*, Harper Collins Academy, Londra 1991, pp. 2). In ragione di queste critiche, sono state identificate sicurezze settoriali, quali quella energetica e alimentare (*rectius*, "del cibo": F. FOSSATI, *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, 102, 4, 1994, pp. 677-690). Se questa prospettiva vedeva nella competizione tra stati una situazione normale, oggi la stessa viene considerata un motivo storico-politico per rivedere l'approccio delle istituzioni nazionali e sovranazionali al fenomeno economico, negando la competizione come situazione normale e imponendo una diversa situazione normale, quella della supremazia tecnologica occidentale e stabilità della catena di approvvigionamento, che può essere minacciata e da

rezza nazionale” per espanderla a valutazioni e interessi di tipo economico che, secondo la narrazione politica alla base del suo utilizzo, avrebbero un impatto sulla sicurezza nazionale⁸. Il successo di questa narrazione nell’ambito del controllo degli investimenti si deve ovviamente ai noti mutamenti geopolitici nel rapporto tra Cina ed occidente. È stato utilizzato dapprima nella narrazione politica di Stati Uniti e Cina, e poi recepito anche dalle politiche della Commissione⁹, e da questi meglio definita nella Strategia Europea per la Sicurezza Economica (nel seguito anche la “Strategia Europea”)¹⁰.

Quest’ultima indica gli elementi che caratterizzano la sicurezza economica nella (1) resilienza delle catene di approvvigionamento; (2) sicurezza fisica e informatica delle infrastrutture critiche; (3) sicurezza tecnologica e fuga di tecnologie; e (4) strumentalizzazione delle dipendenze economiche a fini bellici o coercizione economica¹¹. Con riguardo al punto (3), si spiega che *“In alcuni casi, la fuga delle tecnologie rischia di rafforzare le capacità militari/ di intelligence di coloro che potrebbero utilizzarle per minare la pace e la sicurezza”*¹². Tra le modalità per attuare la strategica in materia di sicurezza economica rientra quindi la *“promozione della competitività e della crescita dell’UE, rafforzamento del mercato unico, sostegno a un’econo-*

cui può quindi scaturire una narrazione securitaria. La sicurezza economica entra allora nel discorso giuridico nell’ambito del concetto indeterminato di “sicurezza nazionale”.

8 Sugli effetti di questo processo rispetto alla interpretazione della categoria di sicurezza nazionale, mi sia permesso di rinviare a A. GEMMI, *Elements for a study of administrative discretion in FDI screening regulations: enforcing a threat-based model*, in *Law and Economics Yearly Review*, 11, 2, Special Issue, 94-125;

9 Nel 2018, La strategia USA sulla sicurezza nazionale ha espressamente dichiarato che la “sicurezza economica è sicurezza nazionale”. Si veda White House, *National Security Strategy*, 18 dicembre 2017, in <https://trumpwhitehouse.archives.gov/>. La più recente menzione della sicurezza economica come obiettivo degli strumenti sul controllo degli investimenti nell’Unione Europea è nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni *Programma di lavoro della Commissione 2023 – Un’Unione salda e unita*, COM (2022)548 final, 18 ottobre 2022, punto 3.3. Sull’emersione di questo concetto e sulla sua rilevanza nell’ambito delle funzioni economico-securitarie, si veda l’attento studio di Y. YUAN, *Economic security considerations in FDI screening*, in *Law and Economics Yearly Review*, 11, 2, special issue, 2022, 64-93.

10 Commissione europea, Comunicazione Congiunta al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio Sulla “*Strategia Europea per la Sicurezza Economica*”, Bruxelles, 20.6.2023, JOIN(2023) 20 final.

11 *Id.*, punto 2.

12 *Id.*

mia forte e resiliente e promozione della base industriale, tecnologica e della ricerca dell'UE"¹³, per cui la Commissione e l'Alto rappresentante "sosterranno ulteriormente la sovranità tecnologica dell'UE e la resilienza delle catene del valore dell'UE"¹⁴.

Si possono qui identificare due prime dimensioni della tutela economico-securitaria, dalle quali muovono esigenze di controllo sugli investimenti esteri. La prima è legata alle dipendenze economiche, tra cui le dipendenze tecnologiche, che si determina allorché i fattori di produzione necessari all'economia nazionale o i beni di consumi necessari alla società provengono da un Paese terzo. Tale condizione, percepita come debolezza geopolitica, viene contrastata perseguendo la *autonomia economica*, che può assumere forme quali la sovranità tecnologica o l'autonomia energetica. Questa dimensione della protezione economico-securitaria apre l'oggetto della tutela ad elementi civili e solo indirettamente collegati al settore militare o di intelligence. Infatti, in primo luogo, viene interessata l'intera catena di approvvigionamento necessaria per il risultato finale militare (ad es., semiconduttori in generale). In secondo luogo, il rischio

13 *Id.*, punto 3, lett. (a).

14 Comunicazione della Commissione Europa sulla Next Generation EU, COM/2020/456 final, punto 5.1: "*A tal fine, l'Europa deve concentrarsi sul rafforzamento della sua autonomia strategica, della sua sicurezza economica e del suo potenziale per la creazione di posti di lavoro*". L'autonomia strategica aperta è anche espressamente richiamata dalla Strategia Europa per la Sicurezza Economica, cit. punto 1: "*La presente strategia si basa sui lavori già avviati a livello europeo, esaminando in modo critico la resilienza e le vulnerabilità dell'Unione al fine di rendere l'economia e l'industria europee più competitive e resilienti e rafforzare la nostra autonomia strategica aperta*". La sicurezza economica si intreccia quindi alla c.d. autonomia strategica aperta (*open strategic autonomy*), e cioè una strategia di sviluppo volto a coniugare i principi concorrenziali e di apertura dei mercati (dimensione "*open*") con gli obiettivi di riduzione delle dipendenze economiche e di sviluppo della competitività europea (dimensione "*strategic autonomy*"). Questa strategia ha come obiettivi, tra gli altri, proprio (a) la diversificazione e consolidamento della catena del valore, e quindi delle catene di approvvigionamento, e (b) la sovranità tecnologica. Si veda la Comunicazione della Commissione Europa sulla Next Generation EU, cit., punto 5.1: "*L'Europa perseguirà un modello di autonomia strategica aperta. Si tratterà di dar forma al nuovo sistema di governance economica globale e di sviluppare relazioni bilaterali reciprocamente vantaggiose, proteggendoci nel contempo da pratiche sleali e abusive. Riusciremo così anche a diversificare e rendere più solide le catene di approvvigionamento globali per proteggerci da crisi future e a rafforzare il ruolo internazionale dell'euro*" e "*Si conferma così la necessità che l'Europa non solo abbia una sua sovranità tecnologica laddove è fondamentale*". Si veda anche C. CAGNIN, S. MUENCH, F. SCAPOLO, E. STOERMER E L. VESNIC ALUJEVIC, "*Shaping and securing the EU's Open Strategic Autonomy by 2040 and beyond*", EPublications Office of the European Union, Luxembourg, 2021: "*If Europe is not strong enough in digital technologies and the regulation of cyberspace, European critical infrastructures (e.g. hospitals) as well as citizens will be vulnerable to potential disruptions by malicious actors*" (p. 72).

di cui si discute è che una dipendenza economica di natura civile venga sfruttata come arma geopolitica (*weaponized*), come nel caso della dipendenza energetica della Germania e dell'Italia dal petrolio Russo in occasione del conflitto Russo-Ucraino, o semplicemente costituire una vulnerabilità essenziale, che sono divenute evidenti allorché l'emergenza covid ha interrotto le catene di approvvigionamento mondiali.

Nell'ambito di questo rischio, il rilievo degli investimenti esteri è legato alla costruzione della catena di approvvigionamento delle imprese nazionali o europee attraverso gli investimenti esteri. La collocazione all'estero di un passaggio della catena di approvvigionamento – investendo in una società estera, anche nella forma dell'investimento c.d. *greenfield* o della *joint venture*, o acquistando una infrastruttura locale da utilizzare nel proprio processo produttivo – può concorrere a causare la citata dipendenza economica.

La seconda dimensione riguarda il rischio di *fuga di tecnologie*. Il rischio è quello di perdere tecnologie che possono essere pericolose in mani estere, e quindi principalmente tecnologie a duplice uso (militare e civile), militari e di intelligence. Viene qui in rilievo il rapporto con la normativa delle esportazioni, di cui si dirà nel séguito del presente contributo. Può però anticiparsi che la fuga di tecnologie attraverso un investimento estero si verifica poiché alcuni Paesi esteri richiedono che gli investitori costituiscano *joint venture* con i *partner* locali o comunque condividano informazioni tecnologiche¹⁵. Inoltre, al di là di questi eventuali vincoli in determinati Paesi, il rapporto con una società controllata all'estero può comunque richiedere di trasferire *know how* o tecnologia.

Questa duplice dimensione della sicurezza economica attiene a profili di protezione dell'autonomia economica e del patrimonio tecnologico. A ben vedere, però, esiste anche una terza dimensione, legata ad un ulteriore interesse, non direttamente collegato alla fuga di tecnologie e alle dipendenze economi-

15 J. SYKES, *The Law and Economics of "Forced" Technology Transfer and Its Implications for Trade and Investment Policy (and the U.S.–China Trade War)*, in *Journal of Legal Analysis*, 13, 1, 2021, 127–171.

che. La Strategia Europea indica anche il rischio che lo sviluppo tecnologico di altri “attori che possono utilizzarli per minare la pace e la sicurezza internazionali” sia “alimentato dal capitale, dalle competenze e dalle conoscenze delle nostre imprese”¹⁶. La formulazione sembra riprendere quella della *National security strategy* statunitense dell'anno precedente, che fa riferimento agli investimenti in uscita “per impedire ai concorrenti strategici di sfruttare investimenti e competenze in modi tali da minacciare la nostra sicurezza nazionale” e che trova oggi applicazione nella disciplina sul controllo degli investimenti in uscita adottata nell'ordinamento statunitense (su cui *infra*, par. 3)¹⁷. La prospettiva è qui diversa. Non si tratta più di verificare le conseguenze interne degli investimenti all'estero, bensì i vantaggi che tali investimenti producono nel Paese di arrivo, al di là di benefici o danni dal Paese di partenza. Con riferimento all'esercizio delle funzioni economico-securitarie rispetto agli investimenti in entrata si è parlato di “Geopolitica della protezione”¹⁸. Questo terzo elemento della sicurezza economica sembra però portare l'esercizio della funzione ad un passaggio ulteriore, non trattandosi più di proteggere il proprio patrimonio strategico, ma, al contrario, di non avvantaggiare (*i.e.* contrastare) Paesi concorrenti o percepiti come pericolosi. La formula utilizzata dal testo statunitense è significativa, riferendosi ai “*competitors*”. In tal senso, sembra possa parlarsi di “Geopolitica della competizione”. Si è consapevoli che la competizione tra Paesi è una condizione costitutiva dei rapporti internazionali, sicché la formulazione risulterebbe in una endiadi. Nella prospettiva del presente contributo, però, il termine indica l'intervento pubblico nel mercato che non trova giustificazione nella protezione di elementi dell'economia nazionale, ma nella mera competizione internazionale, sicché l'elemento strategico non è attuale e nel territorio nazionale, ma all'estero e meramente fu-

16 *Strategia Europea Per La Sicurezza Economica*, *cit.*, punto 3.2.

17 White House, *National Security Strategy*, 12 ottobre 2022, p. 33, in www.whitehouse.gov, traduzione nostra. Il testo originale cita: “to prevent strategic competitors from exploiting investments and expertise in ways that threaten our national security”.

18 A. ARESU, *Geopolitica della protezione*, in *Limes X*, 2018, pp. 71-83; A. ARESU, M. NEGRO, *La Geopolitica della protezione, investimenti e sicurezza nazionale: gli Stati Uniti, l'Italia e l'Ue*, Fondazione per lo studio sui mercati pubblici europei, Città di Castello 2018.

turo (lo sviluppo di tecnologie strategiche all'estero grazie all'investimento). Anche la geopolitica della competizione è volta alla "protezione", nel significato più ampio di protezione della sicurezza nazionale, ma non di protezione di asset/attività strategici oggetto dell'investimento¹⁹.

Anche la *ratio* della disciplina sugli investimenti esteri è quindi triplice: sia come *protezione* dalle dipendenze economiche e dal patrimonio tecnologico strategico (e in tal senso venendo in rapporto con la disciplina sul controllo dell'*export* e degli investimenti esteri in entrata (su cui, infra par. 5), sia come contrasto allo sviluppo tecnologico di Stati esteri in senso lato concorrenti, percepito come rischio per la propria sicurezza (*supremazia tecnologica*).

Le finalità così classificate – fuga di tecnologie, autonomia economica e supremazia tecnologica – non sono ovviamente direzioni diverse che può prendere la disciplina, ma una categorizzazione delle finalità che possono essere perseguite.

Resta che la stessa misura può perseguire più finalità (ad es., il controllo sul trasferimento all'estero di tecnologia che riguarda la produzione di semiconduttori critici persegue sia il contrasto alla fuga di tecnologia che l'autonomia economica), pur essendo possibile l'autonomo perseguimento soltanto di una di queste (ad es., il controllo sull'investimento all'estero nella ricerca di una tecnologia già esistente nel paese di partenza perseguirebbe soltanto finalità di supremazia tecnologica).

Nel seguente paragrafo si vedrà come queste dimensioni della *ratio* sul controllo degli investimenti in uscita (autonomia economica, fuga di tecnologie, e supremazia tecnologica) abbiano informato prima il modello USA, e, successivamente, la proposta europea.

¹⁹ Negli studi securitari, la sicurezza nazionale è un termine cieco rispetto all'oggetto della protezione, costituendo una narrazione politica volta a prioritizzare certi valori rispetto ad altri. Si veda A. WOLFERS, "National Security" as an Ambiguous Symbol, in *Political Science Quarterly*, 67, 4, 1952, p. 483; B. BUZAN-L. HANSEN, *The Evolution of International Security Studies*, Cambridge University Press, 2009; M.C. WILLIAMS, *Words, images, enemies: Securitization and international politics*, in *International Studies Quarterly*, 7(4), 2003, 511-553.

3. Come controllare gli investimenti in uscita: il modello USA e il Libro Bianco della Commissione Europea

L'attenzione dell'Unione Europea agli investimenti in uscita prende le mosse dal dibattito avviato negli USA già dal 2017-2018, che ha riguardato l'introduzione di un simile meccanismo, ha prodotto proposte legislative e recentemente ha portato all'adozione di una prima normativa²⁰. Risulta quindi opportuno soffermarsi brevemente sul modello statunitense, che resta ancora sostanzialmente unico nel mondo occidentale²¹.

La discussione sull'introduzione di un controllo degli investimenti in uscita ha trovato spazio già in occasione del Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018 (FIRRMA), con cui sono stati rivisti i poteri del CFIUS in materia di controllo degli investimenti in entrata. Nel 2021 era stata già formulata una proposta *bipartisan* (il National Critical Capabilities and Defence Act, NCCDA), ma il relativo procedimento non fu portato a termine²². Nella US National Security Strategy del 2022 è stato indicato l'obiettivo di "perseguire nuovi approcci, quali il controllo degli investimenti in uscita, per prevenire concorrenti strategici dallo sfruttamento di investimenti e conoscenze in modi che minaccino la sicurezza nazionale"²³. Il 9 agosto 2023 è stato invece adottato un ordine esecutivo dal Presidente Biden ("Ordine esecutivo sugli investimenti degli Stati Uniti in determinate tecnologie e prodotti per la sicurezza nazionale in paesi a rischio"; d'ora in poi, l'"Ordine esecutivo"), che costituisce un primo passo verso l'ado-

20 J. KATZ COGAN, *President Biden Issues Executive Order Restricting Outbound Investment in National Security Technologies and Products*, in *American Journal of International Law*, 117, 4, 2023, pp. 713-718. doi:10.1017/ajil.2023.51; ROBERTS, ANTHEA ET AL, "Toward a Geoeconomic Order in International Trade and Investment", in *Journal of International Economic Law*, 22, 4, 2019, pp. 655-676; Y. YUAN, *Economic security considerations in FDI screening*, cit.

21 Tra le maggiori economie OCSE, hanno adottato simili normative anche Giappone e Corea del Sud, insieme alla Cina (Commissione europea, *White Book on Outbound Investments*, 24 gennaio 2024, Bruxelles, COM(2024) 24 final, p. 4).

22 Per una analisi di questa proposta, si vedano N. ZAMANI, *A Legal Comparative Approach towards the Screening of Outbound FDI*, in *Erasmus Law Review*, 4, 2022, pp. 299-310 e J. FLETCHER, *Nächste Zündstufe Im Ausenwirtschaftsrecht? Der Fall Der Outbound Investitionskontrolle*, in *Die Verwaltung*, 56, 2023, 103-136.

23 Traduzione nostra; White House, *National Security Strategy*, 12 ottobre 2022, cit.

zione di un sistema di controllo²⁴. L'ordine esecutivo investe il Dipartimento del Tesoro, in concerto con altri dipartimenti e uffici, dell'adozione di atti esecutivi e integrativi. Quest'ultimo il 14 agosto 2023 ha adottato una proposta di regolamentazione oggetto di consultazione pubblica (Advance notice of proposed rulemaking, ANPRM). Inoltre, ci sono ancora recenti tentativi del legislatore statunitense, sia alla Camera che al Senato, di portare avanti un testo rivisto del NCDDA, anche con la denominazione di Outbound Investment Transparency Act (OITA) of 2023²⁵. Sicché, anche negli USA la disciplina resta un cantiere aperto. Cionondimeno, l'ordine esecutivo, per quanto di stretto ambito di applicazione (definito da molti "chirurgico")²⁶, offre già importanti elementi di analisi.

Innanzitutto, l'ordine esecutivo richiama il rischio che gli investimenti esteri aiutino determinati Paesi a sviluppare in settori sensibili capacità tecnologica, che, anche in ragione dell'eliminazione di barriere tra settori civili e militari, aumenta significativamente la loro capacità di condurre attività che minacciano la sicurezza nazionale degli Stati Uniti²⁷. L'obiettivo è quindi quello di evitare che gli investimenti comportino benefici intangibili, quali un migliorato *standing*, visibilità, possibilità di accesso ad assistenza, risorse umane, mercato e investimenti²⁸. Sicché, la ratio non è (solo) quella di evitare fughe di tecnologie, ma di ostacolare lo sviluppo tecnologico di "paesi preoccupanti", nella prospettiva già illustrata della Geopolitica della competizione.

I Paesi a cui si rivolge l'ordine esecutivo sono i "paesi preoccupanti" (*countries of concern*), definiti come i Paesi impegnati in una strategia globale e a

24 Exec. Order 14,105, Secs. 1(a), 9(c), 88 Fed. Reg. 54,867, 9 agosto 2023, "*Executive Order on Addressing United States Investments in Certain National Security Technologies and Products in Countries of Concern*".

25 Il testo è pubblicato sul sito del Congresso, <https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-bill/2678/text?s=1&r=9>, a cui si è fatto accesso il 18 febbraio 2024.

26 Si veda, tra i molti, E. BENSON, *The United States Prepares to Screen Outbound Investment*, in www.csis.org, 27 aprile 2023.

27 Ordine esecutivo, premessa.

28 Ordine esecutivo, premessa: "*enhanced standing and prominence, managerial assistance, investment and talent networks, market access, and enhanced access to additional financing*".

lungo termine che dirige, facilita o sostiene in altro modo l'avanzamento di tecnologie e prodotti sensibili che sono fondamentali per le capacità militari, di intelligence, di sorveglianza o informatiche di tale Paese per contrastare le capacità degli Stati Uniti in modo da minacciare la sicurezza nazionale degli Stati Uniti²⁹.

Nonostante questo ampio obiettivo geopolitico, si è detto che i poteri sono stati definiti chirurgici, nel senso che l'ambito di applicazione merceologico è limitato a quelle tecnologie che hanno una connessione più intensa con la sicurezza nazionale. Si tratta della dottrina della “*small yard, high fence*”, a sensi del quale viene assicurata la massima protezione ad un minimo nucleo di prodotti, tecnologie e attività³⁰. In particolare, i “*covered national and security technologies*” devono essere individuati dalla normativa secondaria nell'ambito dei settori dei semiconduttori, microelettronica, tecnologie quantistiche dell'informazione e intelligenza artificiale, che siano critici per la capacità militare, di intelligence, di sorveglianza e *cyber-enabled* dei “Paesi preoccupanti”³¹. A differenza di quanto disposto nella normativa europea e italiana sugli investimenti esteri diretti³², sembra quindi che la “criticità” della tecnologia non definisca necessariamente il rapporto tra questi e l'economia e società nazionale (prospettiva della protezione), ma tra il prodotto o attività e le capacità dello Stato estero, in coerenza con il citato approccio della Geopolitica della competizione.

29 Ordine esecutivo, sez. 9(a). La formula italiana qui utilizzata si basa sulla traduzione della corrispettiva formula “*destinations of concern*” usata dalla Commissione europea nella versione italiana della Strategia Europea per la Sicurezza Economica, che identifica le “destinazioni preoccupanti” come quelle “che attuano strategie di fusione militare-civile”.

30 La formula si deve al consigliere per la sicurezza nazionale Jake Sullivan, e che costituisce l'approccio dell'amministrazione Biden nel bilanciamento tra tutela della sicurezza e apertura al commercio nei rapporti soprattutto con la Cina. The White House, *Remarks by National Security Advisor Jake Sullivan on the Biden-Harris Administration's National Security Strategy*, 12 ottobre 2022, in [www.whitehouse.gov](https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/10/13/remarks-by-national-security-advisor-jake-sullivan-on-the-biden-harris-administrations-national-security-strategy/), reperibile al link <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/10/13/remarks-by-national-security-advisor-jake-sullivan-on-the-biden-harris-administrations-national-security-strategy/>.

31 Ordine esecutivo, sez. 9(c).

32 Quanto alla normativa italiana, si veda l'art. 2 del DPCM n. 179/2020. Questa formula riprende la definizione di infrastrutture critiche di cui all'art. 2 della Direttiva del Consiglio 2008/114/CE, 8 dicembre 2008, relativa all'individuazione e alla designazione delle infrastrutture critiche europee e alla valutazione della necessità di migliorarne la protezione.

Il meccanismo configurato dall'Ordine esecutivo si basa sul c.d. *list approach*, sicché l'applicazione della disciplina dipende dal Paese di destinazione. Allegato all'Ordine esecutivo sono pertanto indicati i “paesi preoccupanti” che saranno interessati dallo screening, fermo restando che anche questo allegato può essere ampliato con gli atti delegati³³. Ad oggi, l'unico Paese incluso in questa *black list* è la Repubblica Popolare Cinese, con le amministrazioni di Macao e Hong Kong³⁴.

Non sono però oggetto dell'Ordine esecutivo solo gli investimenti diretti in Cina (o altri “paesi preoccupanti” che siano eventualmente aggiunti alla lista), ma tutti quelli che “coinvolgono” un soggetto cinese, e cioè un individuo che sia cittadino o residente in Cina, o una persona giuridica costituita o con centro dell'attività principale in Cina, persone controllate dai soggetti citati, nonché il Governo cinese e qualsiasi suddivisione politica, partito, agenzia o ente strumentale, e ogni soggetto di proprietà di, controllato o diretto da, o che agisce per conto del governo³⁵.

Sarà il regolamento del Segretario del Tesoro a chiarire cosa si intenda per “coinvolgimento”, così come, più in generale, a dettagliare le operazioni rilevanti per la disciplina, nell'ambito delle categorie definite dall'Ordine esecutivo, e cioè (a) le operazioni soggette a notifica, e (b) le operazioni vietate³⁶. L'obbligo di notifica grava sui soggetti statunitensi, intesi come cittadini, individui legittimamente residenti, persone giuridiche costituite negli USA, inclusi i rami costituiti all'estero, e ogni persona negli USA³⁷. L'Ordine esecutivo conferisce anche al Segretario del Tesoro di ampliare le fattispecie di notifica, sotto due aspetti. In primo luogo, il Segretario del Tesoro potrà anche allargare le gli obblighi di notifiche e il divieto alle operazioni realizzate da società estere controllate da un soggetto statunitense³⁸. In secondo luogo, potrà proibire ad un

33 Ordine esecutivo, sez. 9(a).

34 Allegato all'Ordine esecutivo.

35 Ordine esecutivo, sez. 1(a), 9(b) e 9(e).

36 Ordine esecutivo, sez. 1(a), (b) e (c).

37 Ordine esecutivo, sez. 9(h).

38 Ordine esecutivo, sez. 9(d).

soggetto statunitense di dirigere consapevolmente operazioni che sarebbero vietate se realizzate da un soggetto statunitense.

L'ANPRM del Dipartimento del Tesoro include alcune fattispecie di notifica. Non si richiama espressamente il concetto di investimento estero "diretto" (come nel caso del Libro Bianco; cfr. *infra*), ma si richiede che l'operazione determini un collegamento più o meno stabile con la società o attivo oggetto dell'investimento, in quanto "*la ratio di questo approccio è che è più probabile che le operazioni sopra una certa soglia comportino il conferimento di benefici intangibili come quelli solitamente associati a più grandi investitori istituzionali, inclusi lo standing e visibilità, assistenza gestionale, e migliorato accesso a finanziamenti aggiuntivi*"³⁹.

La competenza al monitoraggio degli investimenti, sia nella forma del controllo delle notifiche ricevute che nella verifica di eventuali inadempimenti, è assegnata allo stesso Dipartimento del Tesoro⁴⁰.

Questo modello di monitoraggio attraverso la notifica o il divieto *ex lege* costituisce già una rilevante differenza rispetto al sistema del controllo degli investimenti in entrata, che, negli USA, non si basa esclusivamente sulla notifica dell'investitore o società oggetto dell'investimento, ma prevede un ampio un potere officioso e la conseguente possibilità di inviare una notifica volontaria⁴¹.

L'Ordine esecutivo, così illustrato, riprende elementi che già erano inclusi nel NCDDA, che però, nella stessa prospettiva del contrasto allo sviluppo tecnologico dei paesi concorrenti, aveva un ambito di applicazione più ampio. Come anticipato, lo stesso approccio era incluso nella Strategia Europea⁴². Il Libro Bianco richiama, invece, solo il rischio di fuga di tecnologie e *know-how*,

39 ANPRM, lett. e), che richiama così l'approccio indicato nella premessa dell'Ordine esecutivo.

40 Ordine esecutivo, sez. 1(b) e 2(f). Il Dipartimento del Tesoro presiede anche il CFIUS, che è un comitato interdipartimentale competente per il monitoraggio degli investimenti in entrata.

41 *Ex multis*, si veda A. GUACCERO, *Compliance e tutela degli investimenti esteri diretti. Spunti di comparazione tra Stati Uniti ed Europa*, in G. NAPOLITANO, *Foreign Direct Investment Screening – Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, Il Mulino, 2019, 145.

42 Commissione europea, Comunicazione Congiunta al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio Sulla "*Strategia Europea per la Sicurezza Economica*", Bruxelles, 20.6.2023, JOIN(2023) 20 final, par. 3.2.

senza invece indicare elementi collegati alla supremazia tecnologica, né alla autonomia economica⁴³. Questa diversa prospettiva può essere spiegata alla luce delle caratteristiche del Libro Bianco, che non costituisce solo una prima bozza di disciplina del controllo degli investimenti in uscita, ma un punto di partenza per un confronto con gli Stati Membri e la società civile sulla necessità e caratteristiche che la disciplina potrà assumere⁴⁴.

Il Libro Bianco prende le mosse dalla considerazione non solo dell'assenza di monitoraggi degli investimenti in uscita da parte degli Stati Membri per finalità securitarie, ma anche, più radicalmente, di una carenza informativa su questi flussi. Inoltre, l'intervento regolamentare è delicato in ragione del bilanciamento tra interessi geopolitici e possibili impatti economici, nonché dell'esigenza che l'intervento sia effettivo, proporzionato, mirato e possa essere adeguatamente applicato dalle autorità pubbliche. Sicché, prima di valutare un intervento rispetto a questo fenomeno (anche nella forma della revisione di strumenti esistenti; si veda *infra*), occorre avviare un processo di raccolta informativa, valutazione e confronto, per pervenire infine ad una prospettiva condivisa⁴⁵.

In particolare, viene fissata una scansione temporale che vede i seguenti passaggi: (a) da gennaio 2024 ad aprile 2024, una consultazione pubblica sul contenuto del Libro Bianco; (b) nell'estate del 2024, valutazione dei risultati della consultazione e adozione di Raccomandazioni della Commissione agli Stati Membri con cui lanciare il proposto monitoraggio degli investimenti in

43 Commissione, *White Book on Outbound Investments*, cit., par. 1, secondo cui la Strategia Europea per la Sicurezza Economica “*refers to the risks of technology and know-how leakage as a result of outbound investments (i.e., investments made by EU companies in third countries) in a narrow set of advanced technologies that could enhance military and intelligence capacities of actors who may use these capabilities to threaten international peace and security*”.

44 Il Libro Bianco sugli IU si pone a valle di un lavoro preliminare svolto dall'*Expert Group on Outbound Investment*, costituito presso la Commissione, avente lo scopo di raccogliere informazioni e prassi su questa disciplina.

45 Il Libro Bianco sugli IU elenca le informazioni da raccogliere, tra cui i dati identificativi e dell'attività delle parti, il tipo e valore delle operazioni, i singoli individui coinvolti, i riferimenti temporali e le eventuali connesse operazioni precedenti, successive e future (par. 3.1 n. 6).

uscita; (c) nell'estate 2025, conclusione del monitoraggio e valutazione dei rischi che emergono dai risultati informativi; (d) nell'autunno 2025, valutazione della Commissione sul contenuto di eventuali misure in questo settore⁴⁶.

Il Libro Bianco fornisce quindi indicazioni sul contenuto del monitoraggio che gli Stati Membri sarebbero chiamati a porre in essere, sia per quanto riguarda la tipologia di operazioni da monitorare e l'ambito merceologico rilevante, che le informazioni da raccogliere⁴⁷.

Nonostante si tratti ancora di un semplice processo di raccolta informativa, la struttura del monitoraggio fornita nel libro bianco può, da una parte, anticipare il modello di controllo degli investimenti esteri oggetto di valutazione da parte delle istituzioni europee nonché essere posto alla base di un eventuale sistema nazionale (si veda *infra*, capitolo 6); dall'altra, chiarire la differenza di prospettiva rispetto al modello statunitense.

Per quanto riguarda gli investimenti da monitorare, il riferimento sembra innanzitutto agli Investimenti Diretti Esteri (IDE)⁴⁸. Sono infatti esclusi gli investimenti di portfolio, in coerenza con quanto viene previsto per gli investimenti in entrata (reg. UE n. 452/2019). Più che una questione di competenza europea, questa limitazione sembra dovuta al principio di proporzionalità e alla *ratio* del meccanismo, avendo gli investimenti di portfolio mero carattere finanziario⁴⁹.

Quanto al profilo soggettivo, il monitoraggio riguarda gli investimenti effettuati da persone fisiche o giuridiche residenti o stabilite nell'UE, ivi inclusi

46 Commissione, *White Book on Outbound Investments*, *cit.*, pp. 13 e 14.

47 Resta fermo che, come anticipato, questi elementi sono oggetto di consultazione in scadenza ad aprile.

48 Il reg. n. 452/2019 definisce gli IDE in entrata, in linea con la definizione fornita dall'OCSE (*OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment 2008: Fourth Edition*, OECD Publishing, Parigi, p. 17). Quest'ultima definisce più in generale gli IDE come una categoria di investimenti transfrontalieri effettuati da un residente in un'economia con l'obiettivo di stabilire un interesse duraturo in un'altra economia diversa da quella di un'impresa residente in un'economia diversa da quella dell'investitore diretto. L'interesse duraturo non richiede il controllo, ma emerge anche laddove l'acquirente detenga il 10% della società oggetto dell'investimento.

49 In questo senso, N. ZAMANI, *A Legal Comparative Approach towards the Screening of Outbound FDI*, *Erasmus Law Review*, 4, 2022, 299-310.

investimenti effettuati tramite una società estera (controllata o *joint venture*). Rispetto all'Ordine esecutivo, le controllate estere vengono equiparate alla società europea controllante. Però, non sembra esserci un interesse a monitorare anche il ruolo di cittadini europei nell'ambito di operazioni. Questa distinzione è dovuta alla citata diversa prospettiva delle due normative. Nell'ottica della protezione della tecnologia europea, l'attività direttiva di queste operazioni da parte di singoli soggetti è irrilevante.

Quanto alla tipologia di operazioni, il Libro Bianco distingue tra monitoraggio obbligatorio e opzionale. Nel primo rientrano le acquisizioni, fusioni, trasferimenti di singoli beni, *joint venture*, investimenti *greenfield*, e investimenti di *venture capital*. Sarebbe invece opzionale per gli Stati membri il monitoraggio delle cooperazioni tra enti nazionali ed esteri per la ricerca, nonché del trasferimento di personale altamente specializzato all'estero, come tecnici o dirigenti aventi esperienza nei settori rilevanti, per beneficiare del relativo *know how*⁵⁰. Non rilevano invece diverse operazioni, quali, ad esempio, meri finanziamenti (al netto di eventuali garanzie su azioni o altri aspetti che rendono l'operazione rilevante). Eppure, anche una operazione di questo tipo potrebbe determinare il rischio che lo sviluppo tecnologico di altri "attori" sia "alimentato dal capitale [...] delle nostre imprese", come denunciato dalla *Strategia Europea*⁵¹. Come anticipato, invece, la prospettiva del Libro Bianco è più ristretta, con un *focus* specifico sul rischio della fuga di tecnologie.

A quest'ultimo riguardo, però, occorre una considerazione aggiuntiva. Le operazioni indicate nel Libro Bianco si possono distinguere in trasferimento

50 Ai sensi del Libro Bianco sugli IU, per cooperazione "si intende la cooperazione tra un ente stabilita nell'UE e un ente stabilito in un Paese terzo relativa al trasferimento di beni materiali o immateriali nei quattro settori tecnologici critici [...] Questa potrebbe includere la cooperazione tra entità quali istituzioni di ricerca e accademiche, o tra queste istituzioni e entità del settore pubblico o privato. Questo monitoraggio facoltativo va visto alla luce degli sforzi esistenti o in corso degli Stati membri per sviluppare un approccio per rafforzare la sicurezza della ricerca, anche in linea con la proposta di raccomandazione del Consiglio sulla sicurezza della ricerca adottata dalla Commissione il 24 gennaio 2024" (Commissione, *White Book on Outbound Investments*, cit., par. 3.1 n. 2, traduzione nostra).

51 Commissione europea, Comunicazione Congiunta al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio Sulla "Strategia Europea per la Sicurezza Economica", Bruxelles, 20.6.2023, JOIN(2023) 20 final, par. 3.2.

all'estero di tecnologia, da una parte, e operazioni societarie diverse, che non determinano tale effetto di per sé (ed altrimenti non sarebbe necessaria la loro elencazione) ma che comportano il rischio che, a seguito dell'operazione, si determini tale circostanza (ad es. investimento *greenfield*). A questo proposito, la Strategia Europea sottolinea la “*necessità di sottoporre non solo i beni esportati, ma anche determinati investimenti in uscita a controlli volti a contrastare il rischio di fuga di tecnologie e know-how nell'ambito di tali investimenti*”. In tal modo, da una parte si potrebbe sostenere che la tutela viene anticipata ad una fase precedente il trasferimento di tecnologia a maggiore protezione del rischio di fuga di tecnologie, data la delicatezza degli interessi tutelati. Tale anticipazione dovrebbe però essere valutata alla luce del principio di proporzionalità. Dall'altra parte, l'ampliamento dell'oggetto del controllo dalle tecnologie alle operazioni si spiega anche in ragione della finalità della autonomia economica. Gli investimenti all'estero, al netto di eventuali trasferimenti di *know how*, possono comportare il rischio di dipendenze, sviluppando all'estero le tecnologie necessarie al mercato europeo. Sicché, monitorare i meri investimenti non è solo una anticipazione del contrasto alla fuga di tecnologie, ma lo strumento proprio di tutela dell'autonomia economica.

Quanto al profilo merceologico, il Libro Bianco indica quale monitoraggio prioritario quello dei settori già individuati nella Raccomandazione (UE) 2023/2113 della Commissione, del 3 ottobre 2023, relativa ai settori tecnologici critici per la sicurezza economica dell'UE, e cioè ai “*quattro settori tecnologici che si ritiene abbiano un'elevata probabilità di presentare rischi più sensibili e immediati connessi alla sicurezza tecnologica e alla fuga di tecnologie*”⁵². Si tratta di semiconduttori avanzati, intelligenza artificiale, tecnologie quantistiche, e biotecnologie. Rispetto all'Ordine esecutivo, manca la microelettronica, mentre vengono aggiunte le biotecnologie, la cui assenza nell'Ordine esecutivo è stata oggetto di critiche⁵³.

52 Raccomandazione (UE) 2023/2113 della Commissione del 3 ottobre 2023 relativa ai settori tecnologici critici per la sicurezza economica dell'UE ai fini di un'ulteriore valutazione dei rischi con gli Stati membri, considerando n. 12.

53 J. KATZ COGAN, cit., p. 716.

Quanto al profilo geografico, il monitoraggio non si basa sul menzionato *list approach*. La Commissione, da una parte, suggerisce che gli Stati membri non dovrebbero escludere a priori specifiche destinazioni. Dall'altra, però, si consiglia di prioritizzare l'attività di monitoraggio sulla base delle loro valutazioni di rischio riguardo determinati Paesi⁵⁴.

Questo elemento costituisce la principale differenza, ad oggi, tra l'approccio europeo e quello USA. Nell'ambito della regolamentazione del commercio, non è estranea alla normativa europea una distinzione della disciplina applicabile in base al Paese coinvolto⁵⁵. Un'altra funzione economico-securitaria, e cioè la normativa sul *dual use*, dispone una certa differenziazione nella disciplina in concreto applicabile in base allo Stato che viene in rilievo. Cionondimeno, si tratta più che altro di autorizzazioni generali relative a certi paesi di destinazione degli *export*, e quindi a forme di semplificazione autorizzativa che possono includere o meno certi Paesi. Le funzioni-economico securitarie europee non sono espressamente dedicate a certi Paesi, come nel caso dell'Ordine esecutivo, ma, piuttosto, prevedono esclusioni o semplificazioni per un gruppo di Paesi considerati di minore pericolo, quali i Paesi membri dell'Unione Europea, o dello Spazio Economico Europeo, o della Nato, o ancora dell'OCSE⁵⁶. Da un punto di vista geopolitico, non è seriamente dubitabile che l'intera disciplina sul controllo degli investimenti diretti esteri sia nata in

54 Commissione, *White Book on Outbound Investments*, cit., p. 8. La Commissione specifica che la valutazione del rischio dovrebbe considerare la condotta del Paese interessato, incluse le violazioni della Carta delle Nazioni Unite, con riguardo al rischio che le tecnologie o i prodotti vengano utilizzati in situazioni di guerra o di conflitto, per violazioni dei diritti umani o per consentire la proliferazione di armi di distruzione di massa, nel pieno rispetto degli obblighi e degli impegni assunti dagli Stati membri o dall'UE in quanto membri di accordi internazionali di non proliferazione e di regimi multilaterali di controllo delle esportazioni. Questi riferimenti sembrano richiamare le finalità proprie della normativa sui prodotti a duplice uso, sul cui rapporto con la disciplina degli investimenti in uscita si dirà infra, par. 5.

55 Sul paragone, anche *The New U.S. Outbound Investment Screening: A Model for the EU?*, in www.blomstein.com, disponibile al sito <https://www.blomstein.com/en/news/the-new-us-outbound-investment-screening-a-model-for-the-eu>.

56 OCSE, *Framework for Screening Foreign Direct Investment into the EU*, OECD Publishing, Parigi, 2022.

ragione di eventi geopolitici che hanno riguardato prima di tutto la Cina⁵⁷. Ciononostante, soprattutto nell'ambito del controllo degli IDE in entrata, l'Unione Europea ed i suoi Stati membri hanno preferito un approccio in apparenza neutro. Resta fermo che, concretamente, l'esercizio di ampie facoltà discrezionali nel valutare il singolo investimento da monitorare permette di orientare sostanzialmente i poteri verso determinati Paesi percepiti come concorrenti⁵⁸.

Alla luce delle caratteristiche dell'Ordine esecutivo e del Libro Bianco si può quindi spiegare poiché, pur partendo da premesse simili, i due modelli differiscano. Entrambi ricostruiscono i rischi derivanti dagli investimenti in uscita anche nel senso che gli stessi potrebbero portare allo sviluppo di Paesi concorrenti, o "preoccupanti", grazie a conoscenze e capitali dello Stato di provenienza degli investimenti. Cionondimeno, il Libro Bianco non include un espresso richiamo al tema della supremazia tecnologica e dell'autonomia economica, ma solo al rischio di fuga di tecnologie. Sembrerebbe quindi, *prime facie*, che la prospettiva di competizione geopolitica non rientri nel modello proposto dal Libro Bianco. In realtà, questo dato non sembra determinante.

Occorre infatti considerare la natura preliminare del Libro Bianco, che costituisce un documento di consultazione ed il quadro per un monitoraggio informativo. Come espressamente dichiarato nello stesso, lo scopo di questo processo è anche pervenire ad una valutazione, insieme agli Stati membri, dei rischi derivanti dagli investimenti in uscita. A questo proposito, viene citata l'esigenza di valutare la "*catena del valore e della catena di approvvigionamento della tecnologia coinvolta, dell'evoluzione dei rischi e degli sviluppi tecnologici rilevanti, nonché*

57 *Ex multis*, A. ARESU, *Golden power e interesse nazionale. Tra geodiritto e geotecnologia*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica.

58 Alla fine del 2023, su 10 esercizi del potere di veto e di opposizione all'acquisto, 6 hanno riguardato operazioni in cui erano coinvolte società riconducibili a soggetti cinesi. Delle restanti, due riguardavano soggetti russi, rispetto a cui la posizione dell'Unione Europea è ben più esplicita. In aggiunta alle sanzioni internazionali, con precipuo riguardo al controllo degli investimenti esteri, si veda la Comunicazione della Commissione, 6 aprile 2022, 2022/C 151 I/01, avente ad oggetto "Orientamenti ad uso degli Stati membri riguardanti gli investimenti esteri diretti dalla Russia e dalla Bielorussia in considerazione dell'aggressione militare contro l'Ucraina e delle misure restrittive stabilite in recenti regolamenti del Consiglio sulle sanzioni".

dell'interconnettività globale dell'ecosistema della tecnologia critica interessata”⁵⁹. Sembra che tale formulazione possa richiamare l'attenzione sulla dimensione della autonomia economica, e quindi il rischio di dipendenze economiche nell'ambito della catena di approvvigionamento che esponano a potenziali tentativi di coercizione economica.

Il Libro Bianco sugli IU apre ad un confronto non solo in merito a se e come strutturare il controllo degli investimenti in uscita, ma anche a quelli finalità dovrebbe essere volto, sollecitando una discussione in merito a quali siano i possibili rischi per la sicurezza. Non può pertanto escludersi che la disciplina europea, alla luce dei dati fattuali raccolti in questo primo monitoraggio, possa prendere in considerazione anche la dimensione della supremazia tecnologica, nella prospettiva della geopolitica della competizione.

Tale approccio risulterebbe però problematico nel contesto configurato dal Libro Bianco e nel quadro generale in cui l'Unione Europea struttura il monitoraggio degli investimenti, in relazione alle categorie del potere autoritativo. Nel seguente paragrafo si analizzerà questo aspetto.

4. Il collegamento tra *list approach* e geopolitica della competizione nella decisione amministrativa

Nell'Ordine esecutivo, lo scopo che emerge è quello di contrastare investimenti che possano agevolare lo sviluppo di tecnologie critiche in Paesi “preoccupanti”. L'Ordine esecutivo indica quindi una lista di tali Paesi. Si è detto che né l'esperienza nazionale sul controllo degli IDE né la normativa europea sul controllo delle esportazioni sono espressamente indirizzate a determinati Paesi, al contrario dell'Ordine esecutivo. Considerando i precedenti, è improbabile che l'Unione Europea o gli Stati membri adottino il *list approach* per il controllo degli investimenti in uscita. Questa circostanza significa che non esiste una predeterminazione a livello politico dei Paesi “preoccupanti”. Per comprendere l'impatto di questa circostanza sulla configurazione del sistema di

⁵⁹ Commissione, *White Book on Outbound Investments*, cit., par. 3.2, traduzione nostra.

controllo degli investimenti in uscita, occorre considerare le caratteristiche della decisione amministrativa in materia di controllo degli IDE.

Si tratta di una decisione comunemente qualificata come di “alta amministrazione”⁶⁰. Questa categoria è invero molto dibattuta, ma ai fini del presente contributo è sufficiente rilevare che la stessa non costituirebbe un *tertium genus* tra atti amministrativi e atti politici, bensì qualificherebbe talune decisioni discrezionali attribuite ai vertici dell'amministrazione, rispetto a cui sembra meno stringente il vincolo relativo allo scopo da perseguire (proprio dell'atto amministrativo), e che quindi presentano un peculiare rapporto con la scelta politica posta a monte della stessa decisione amministrativa.

La categoria degli atti politici, invece, si caratterizza per l'insindacabilità disposta dall'art. 7 c.p.a. La categoria è invero di risalente teorizzazione ed oggetto di un ricco dibattito⁶¹. Ancora una volta, ci si dovrà limitare qui ad indicare gli elementi essenziali che siano utili al presente contributo. I confini di questa figura sono dibattuti e da tempo erosi dalla emersione della categoria dell'atto di alta amministrazione⁶². Sembra comunque possano rilevarsi due caratteristiche pacifiche. La prima è che una lettura dell'art. 7 citato conforme al diritto alla tutela giurisdizionale ex artt. 24 e 113 cost. e 6 CEDU impone di escludere che possa qualificarsi come atto pubblico un provvedimento idoneo

60 Sul tema, *ex multis*, P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in Enc. dir., vol. IV, Milano 1959, 220 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti <<politici>> e atti <<di alta amministrazione>>*, in *Dir. pubbl.*, 2009; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961; G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, Cedam, 1973; G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello stato liberale*, Milano, Giuffrè, 1984; M. DOGLIANO, *Indirizzo politico*, in *Dig. disc. pubbl.*, pp. 244 ss.; M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Torino, Jovene, 2009.

61 Per una attenta ricostruzione storica, G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *dir. amm.*, 2012, 3, 339-414.

62 G. TROPEA, *cit.*; Cfr. C. CUGURRA, *cit.* 174 ss.; C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, I, 516 ss.; V. CERULLI IRELLI, *cit.*, 121; M.P. GENESIN, *cit.*, 95 ss.

a ledere situazioni soggettive⁶³. Il secondo è che alla valutazione politica siano da ricondurre le decisioni che attengono alle relazioni internazionali⁶⁴.

Da un lato, l'ampliamento della categoria dell'atto di alta amministrazione ha il merito di riaffermare la sindacabilità degli atti che, pur muovendo dall'ampia discrezionalità degli organi di vertice dell'amministrazione, pregiudicano situazioni giuridiche soggettive, erodendo così la casistica di decisioni ricondotte tradizionalmente all'atto politico. Dall'altro, non può astenersi dal notare che la valorizzazione di questa figura rischia di indebolire il confine tra politica e amministrazione. La funzione amministrativa è vincolata nei fini, a differenza del potere politico, ed è regolata dalla legge in ragione del principio di legalità. Il rischio è che l'espansione dell'atto di alta amministrazione legittimi decisioni amministrative che includano anche valutazioni politiche, sicché l'amministrazione decidente, nella stessa sede, definisce le finalità della propria funzione e la esercita con potere autoritativo. Si introducono così elementi politici solo formalmente sindacabili, e che invece pregiudicano di fatto la tutela.

Come anticipato, si discute della natura ampiamente discrezionale della decisione *golden power*, ma resta fuor di dubbio che si tratta di una decisione amministrativa e non politica. Né potrebbe essere altrimenti, dato che si tratta di un provvedimento ablativo, rispetto a cui trova applicazione la garanzia di tutela giurisdizionale⁶⁵. Lo Stato di provenienza dell'investitore e altri Stati con cui vi siano collegamenti significativi hanno un rilievo nella decisione, secondo i

63 G. TROPEA, *cit.*; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'Esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966, p. 46 ss.; P. BARILE, *cit.*; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, Padova, 1969, p. 74; P. ZICCHITTO, *Una "nuova stagione" per l'atto politico? Alcune riflessioni tra teoria e prassi costituzionale in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 11, 2018, pp. 1-38. Corte di cassazione civile, sez. un., ord., 22 settembre 2023 n. 27177.

64 Consiglio di Stato sez. IV, 29 ottobre 2021, n. 7250; A. ROTTOLA, *Controllo giurisdizionale e atti politici nel diritto dell'Unione Europea e nel diritto interno in materia internazionale*, Bari, Cacucci Editore, 2001. L. CONDORELLI, *Atti del Governo italiano in materia internazionale dinanzi al giudice interno*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2, 1976, pp. 178-200; G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2000.

65 Lo stesso art. 3, co. 5, del Regolamento (UE) n. 452/2019 garantisce la tutela giudiziale. Il sistema di monitoraggio degli investimenti nell'unione Europea è in questo aspetto diverso dal sistema statunitense, che non prevede una sindacabilità della decisione con l'eccezione degli aspetti di *due process*.

criteri di cui agli artt. 1, co. 3 lett. a) e 3-bis lett. a), e 2, co. 6 lett. a) e 7 lett. a), del d.l. n. 21/2012, che delineano due diversi parametri: (i) la riconducibilità dell'investitore ad un Paese terzo rispetto all'Unione Europea, e (ii) i collegamenti con Paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia, non rispettano le norme del diritto internazionale o che hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale, anche (ma non solo) tenendo conto delle posizioni ufficiali dell'Unione Europea⁶⁶. Questo secondo criterio apre ad una valutazione dell'autorità sulle caratteristiche del Paese terzo, ma fondate su elementi normativi e non politici⁶⁷. Lo stesso può, in altre parole, essere letto non nel senso di disporre una valutazione che attenga alle relazioni internazionali, ma una valutazione fondata su elementi propri del diritto costituzionale e internazionale⁶⁸.

66 Resta che gli artt. 1 co. 3 lett. a) e 2, co. 7, lett. b-bis), del d.l. 21/2012 fanno riferimento, in via residuale, ai pericoli per l'ordine pubblico e la sicurezza. Questo criterio può essere considerato come clausola residuale, che pone un problema di tassatività dei fattori di valutazione e quindi di compatibilità della disciplina con il principio di legalità. Sul rapporto tra *golden power* e principio di legalità, si vedano A. PACCIONE, *Il golden power e il principio di legalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2022, 656 ss.; A. GEMMI, *Il principio di legalità tra authorities e golden power: quale spazio per i poteri impliciti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2021, 388-393; ID., *Elements for a study of administrative discretion in FDI screening regulations: enforcing a threat-based model*, *cit.*

67 Nella prassi delle decisioni *golden power*, le decisioni non sono motivate rispetto al giudizio sul Paese di provenienza dell'investitore. Questa problematica si inserisce in una più generale inadeguata motivazione ai provvedimenti, sia di esercizio dei poteri che di non esercizio. I motivi sembrano essere vari. Tra questi, la mole di lavoro in capo agli uffici e la celerità di questo procedimento. Non si tratta però di elementi che giustifichino questa prassi, considerando che l'obbligo di motivazione (art. 3 della l. n. 241/1990) non è derogato né derogabile dalla normativa, e la stessa, come noto, non costituisce solo elemento imprescindibile di tutela – anche in prospettiva giudiziale – del destinatario del potere (art. 25 Cost.) ma anche un criterio di logicità e razionalità dell'esercizio del potere, e quindi di buon andamento (art. 97 Cost.). La mancata motivazione in merito alle caratteristiche dell'investitore che rendono necessario l'esercizio del potere costituisce però una criticità strutturale della prassi. Il potere di esercizio deve avere come precipuo oggetto la specifica affidabilità dell'investitore, e non solo la rilevanza degli attivi acquisti. Si veda A. GEMMI, *Elements for a study of administrative discretion in FDI screening regulations: enforcing a threat-based model*, *cit.*

68 La natura giuridica dei parametri di valutazione è chiara nel riferimento ai “principi di democrazia” alle “norme del diritto internazionale”. Più problematico può essere il riferimento ai “comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale”. Una lettura della disposizione conforme alla distinzione tra politica e amministrazione impone di escludere che l'autorità amministrativa possa valutare la condotta di un Paese estero valutandola come adeguata ovvero pericolosa nei rapporti geopolitici internazionali. Occorre invece valorizzare il riferimento dello stesso art. 2, co. 7, lett. a), del d.l. n. 21/2012 alle posizioni ufficiali dell'Unione Europea. L'autorità amministrativa dovrà quindi fare riferimento alle posizioni ufficiali, assunte a livello politico, che determinano le relazioni internazionali anche qualificando la condotta dei

Le stesse caratteristiche può avere la valutazione degli investimenti in uscita per finalità di autonomia economica o fuga di tecnologie. In queste prospettive, la valutazione attiene ai rischi per la catena di approvvigionamento nell'economia italiana o europea, ovvero ai rischi che una tecnologia sia trasferita al o condivisa con l'estero. I rischi dipendono dalla strategicità di tale elemento (tecnologia e catena di approvvigionamento), e le caratteristiche dello Stato di destinazione sono un elemento che può attenuare o peggiorare il rischio. Ed allora, tale Paese può essere valutato secondo parametri prestabiliti, come nel caso della normativa *golden power*.

Il monitoraggio volto a perseguire la supremazia tecnologica, invece, ha ad oggetto l'apporto di capitali o altre utilità per lo sviluppo di tecnologie all'estero, sicché lo Stato di destinazione non è un elemento che influisca sulla valutazione del rischio, ma costituisce la causa del rischio. Potrebbero infatti non essere trasferite specifiche tecnologie. Non potendosi qualificare gli investimenti all'estero in un determinato settore come rischiosi a prescindere, il rischio deriva dal fatto che lo specifico Paese di destinazione è un "concorrente strategico". Nell'ambito del *list approach*, l'autorità amministrativa è chiamata a valutare, nel concreto, se e come lo specifico investimento avvantaggerebbe tale Paese nella ricerca tecnologica nel settore strategico. Ma, in assenza dell'indicazione, a monte della decisione amministrativa, di quali siano i Paesi "preoccupanti", la valutazione dell'autorità amministrativa dovrebbe avere anche ad oggetto un ulteriore profilo, che riguarda l'identificazione del Paese estero come concorrente strategico. Si tratta di una valutazione che sembra attenersi alla definizione delle relazioni internazionali, che, come già illustrato, costituisce pacificamente una valutazione di natura politica e, quindi, un atto politico. Come già rilevato con riguardo alle decisioni autorizzative delle esportazioni di beni a duplice uso, le determinazioni di politica estera alla base delle decisio-

Paesi terzi come a rischio nei confronti della comunità internazionale.

ni amministrative autorizzative dovrebbero essere elaborate in sede politica, e non di decisione amministrativa, che non può essere libera nei fini⁶⁹.

Sicché, non sembra percorribile una applicazione del modello statunitense senza una scelta, a livello politico, dei Paesi la cui ricerca tecnologica si intende ostacolare, che nell'Ordinanza esecutiva è disposta con apposito allegato.

Ferma questa valutazione, occorre però considerare che, mentre il modello statunitense di supremazia tecnologica è chiaramente improntato alla geopolitica della competizione, la strategia europea sembra indicare anche un altro modello di tutela. Il concetto di “Paese preoccupante” viene ripreso dalla Strategia Europea nella formula “destinazione preoccupante”, che però viene definita come destinazione “*che attu[a] strategie di fusione militare-civile*”. Tale formulazione viene utilizzata dalla strategia anche per trattare delle prospettive di ampliamento della disciplina del controllo sui prodotti a duplice uso, ed infatti la commistione militare e civile ne costituisce la caratteristica principale. Proprio questa normativa è poi ampiamente richiamata dal Libro Bianco sugli IU e, più della disciplina sugli investimenti in entrata, sembra costituire lo strumento da ampliare per garantire le esigenze segnalate in materia di investimenti in uscita oppure a coordinare con una nuova disciplina⁷⁰. Nel seguente paragrafo si esaminerà quindi il rapporto tra monitoraggio degli investimenti e di movimentazioni di prodotti c.d. *dual use*.

69 In materia di *dual use*, si veda M. LO GULLO, *Politica commerciale comune, controlli all'esportazione e sistemi nazionali*, cit., p. 72: “[...] non dovrebbe essere di competenza di organi amministrativi (e non politici) di uno Stato membro dichiarare un paese terzo come ordinamento in cui sia possibile l'impiego di materiali strategici per attività repressive, in assenza di interventi, in tal senso, di organi di potere politico”. Si sottolinea però che nell'ambito della disciplina dei prodotti a duplice uso il tema presenta un profilo ulteriore, poché la decisione è adottata dall'UAMA, e cioè un organo amministrativo del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale. La decisione di esercizio dei poteri di *golden power* è adottata dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro e istruttoria del Gruppo di coordinamento. È anche possibile, però, che la decisione di non esercizio sia adottata direttamente dal gruppo di coordinamento, laddove siano manifestamente insussistenti i requisiti per l'esercizio dei poteri (artt. 6 e 7 del DPCM 1° agosto 2022, n. 133).

70 Commissione europea, *White Book on Outbound Investments*, cit., par. 3.5.

5. Il rapporto con altre funzioni economico-securitarie: alternative e modelli

Il Libro Bianco sugli IU indica che, prioritariamente all'adozione di nuove misure, occorre valutare se i rischi evidenziati dal documento o dal monitoraggio conoscitivo con lo stesso avviato possano essere adeguatamente affrontati utilizzando e/o riformando gli strumenti già a disposizione, da individuarsi principalmente in due discipline. La prima è il controllo degli IDE in entrata, disposta con il reg. (UE) n. 452/2019 a livello europeo e con specifiche ed eterogenee misure nazionali (in Italia, dalla già citata *golden power*). La seconda è la disciplina sui controlli in merito alla movimentazione di prodotti a duplice uso, e cioè quei prodotti, inclusi il software e le tecnologie, che possono avere un utilizzo sia civile sia militare. La normativa è disposta a livello europeo dal reg. (UE) n. 821/2019, integrato a livello nazionale dal d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 221.

Occorre allora verificare se e come queste normative possano concorrere alle specifiche finalità del controllo degli investimenti in uscita enunciate al par. 2, e quindi la fuga di tecnologie, l'autonomia economica, quale resilienza delle catene di approvvigionamento e la protezione dalle dipendenze economiche, e la supremazia strategica, nel senso già illustrato di supporto con investimenti o risorse essenziali della ricerca tecnologica estera. Da questo confronto potrà anche evincersi quale sia lo spazio e l'effettiva necessità di un'autonoma disciplina sul controllo degli investimenti in uscita, nonché le modalità per la sua implementazione sulla base dei "precedenti" costituiti da *dual use* e controllo degli IDE in entrata.

L'analisi può essere strutturata sulla base della tripla finalità della disciplina sugli investimenti in uscita. Si è detto che il Libro Bianco pone a base della disciplina l'esigenza di contrastare la fuga di tecnologie, e cioè il rischio che tecnologie critiche siano trasferite o condivise con Paesi terzi, pregiudicando la sovranità tecnologica. Risulta immediato rilevare un rischio di sovrapposizione con le normative che riguardano il controllo delle esportazioni.

Ai sensi del reg. (UE) n. 821/2021, l'autorizzazione all'esportazione o trasferimento intracomunitario di prodotti, fra cui le tecnologie, viene concessa sulla base anche delle “*considerazioni di politica estera e di sicurezza nazionale*”⁷¹. La vaghezza del concetto di sicurezza nazionale consente di utilizzare le funzioni economico-securitarie con una certa elasticità, perseguendo quegli interessi che vengono avvertiti come prioritari. Se la autonomia tecnologica è considerato un obiettivo securitario, allora la disciplina *dual use* sembra poterlo perseguire. Occorre però tener conto delle rispettive peculiarità.

Innanzitutto, affinché vi sia una sovrapposizione col sistema autorizzatorio previsto dalle relative discipline è necessario che le tecnologie critiche appartenenti ai quattro settori individuati dal Libro Bianco sugli IU siano anche qualificabili come prodotti a duplice uso. E le tecnologie *dual use* sembrano oggetto di particolare attenzione nell'ambito della politica volta alla sicurezza tecnologica. La Strategia Europea sulla Sicurezza Economica, trattando degli investimenti in uscita, si riferisce a “*tecnologie emergenti sensibili, nonché di altri prodotti a duplice uso*”. Ciononostante, non sembra vi siano preclusioni derivanti dai vincoli europei o costituzionali ad instaurare un sistema di monitoraggio anche per tecnologie non *dual use*, ma il cui trasferimento o condivisione può comunque comportare un pregiudizio agli interessi fondamentali nazionali od europeo, e quindi alla sicurezza nazionale o europea. Il concetto di “sicurezza nazionale”, così come le analoghe formule di “pubblica sicurezza e ordine pubblico”, non richiedono affatto che vi sia un qualche profilo militare, che invece caratterizza il prodotto a duplice uso.

Inoltre, il controllo degli IDE non riguarda, per definizione, la cessione di un singolo attivo. Secondo la definizione del reg. (UE) n. 452/2019, l'IDE è un investimento “*di qualsiasi tipo da parte di un investitore estero inteso a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore estero e l'imprenditore o l'impresa cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato mem-*

⁷¹ In merito agli elementi della decisione autorizzatoria sulle licenze per prodotti a duplice uso, si veda la lucida analisi di M. LO GULLO, *cit.*

bro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un'attività economica⁷². L'investimento diretto è un investimento con cui un soggetto instaura un legame durevole con una attività economica, nel territorio (estero o europeo a seconda che si tratti di investimenti in uscita o in entrata). Il trasferimento di un attivo, tangibile o meno, non sembra di per sé un investimento diretto, né in entrata né in uscita, se non accompagnato da ulteriori elementi che qualificano il rapporto stabile con l'attività economica esercitata (quale il riferimento, incluso nel Libro Bianco sugli IU, alla necessità di tale trasferimento “per l'avvio o il mantenimento di un'attività economica”)⁷³. Di conseguenza, l'acquisto di una tecnologia critica di per sé potrebbe non rientrare nel reg. (UE) n. 452/2019.

In questo senso il Libro Bianco sugli IU, che riguarda comunque investimenti diretti, non include ogni acquisto di attivo intangibile, ma quelli che siano “necessari per l'avvio o il mantenimento di un'attività economica”. In assenza, la cessione di un bene può rientrare nella disciplina sulle esportazioni. Sembra che sia questa la prospettiva con cui il Libro Bianco sul controllo delle esportazioni, pubblicato insieme al Libro Bianco sugli IU, propone di introdurre maggiore flessibilità nella modifica dell'Allegato A al reg. UE 821/2021, per conferire alla Commissione la competenza ad aggiornarlo senza che a tale fine sia necessario recepire una specifica convenzione internazionale⁷⁴. Occorre allora interrogarsi fino a dove la disciplina sui prodotti a duplice uso possa concorrere alla sicurezza tecnologica. Si è detto che le esigenze securitarie non si esauriscono nei rilievi militari, estendendosi invece, come si vedrà meglio *infra*, ad ogni interesse essenziale dello Stato. Perciò, è possibile ipotizzare la sussistenza di tecnologie che non abbiano un possibile utilizzo militare, e quindi non siano qualificabili come beni a duplice uso, ma che abbiano cionondimeno una rilevanza per la sicurezza nazionale in ragione della criticità per quelle attività economiche che

72 Art. 2, n. 1, del reg. (UE) n. 452/2019.

73 Commissione europea, *White Book on Outbound Investments*, cit., par. 3.1.

74 Commissione europea, *White Book on Export Controls*, 24 gennaio 2024, Bruxelles, COM(2024) 25 final, p. 12.

possono impattare sugli interessi essenziali. L'esportazione di tale tecnologia senza che vi sia una connessione con l'esercizio di una attività economica all'estero resterebbe quindi estranea sia ad un sistema di monitoraggio degli investimenti in uscita che al controllo dei beni *dual use*. Senonché, tale lacuna sembra solo ipotetica.

In concreto, includere o meno un bene o tecnologia nell'Allegato A del reg. (UE) n. 821/2021 sembra dipendere da una scelta meramente politica, e legittima fintanto che l'inclusione sia coerente con l'obiettivo della normativa, che include anche la sicurezza nazionale⁷⁵. Gli stessi Stati membri possono autonomamente ampliare l'ambito di applicazione della normativa laddove richiesto da ragioni di sicurezza pubblica, secondo la competenza esclusiva attribuitagli dall'art. 36 TFEU e come riconosciuto dallo stesso art. 9 del reg. (UE) 821/2021.

Inoltre, e soprattutto, a tale lacuna possono e hanno rimediato gli Stati membri attraverso le normative che regolamentano funzioni economico-securitarie. Si è detto che il reg. (UE) n. 452/2019 non include anche il mero trasferimento di attivo o tecnologia all'estero. Ciononostante, l'Italia ha adottato normative economico-securitarie che non sono collegate alla definizione di IDE. Ed infatti, la disciplina c.d. *golden power* non è solo una normativa sul controllo degli investimenti esteri diretti, ma una più generale regolamentazione delle vicende economiche e societarie che possono pregiudicare gli interessi essenziali dello Stato. In aggiunta alle acquisizioni del controllo di una impresa, di una certa soglia di partecipazioni al capitale o di diritti di voto, o di investimenti *greenfield* (artt. 1, co. 5 e 8 *bis*, e 2, co. 5 e 7 *bis*, del d.l. n. 21/2012), sono oggetto di notifica anche mutamenti di controllo, proprietà o disponibilità di attivi strategici, nonché altre vicende societarie come la modifica dell'oggetto sociale o lo spostamento all'estero della sede sociale (art. 1, co. 4, e 2, co. 2 e 2 *bis* del d.l. n.

⁷⁵ Art. 15, del reg. (UE) n. 821/2021.

21/2012), e finanche la stipula di determinati contratti commerciali (art. 1 bis del d.l. n. 21/2012).

Quanto al trasferimento di tecnologie, risulta allora già una possibile interferenza tra disciplina sui prodotti a duplice uso e la normativa *golden power*. La prima pone particolare attenzione alle tecnologie, che sono disciplinate sia in quanto autonomi prodotti a duplice uso (si pensi alle tecnologie relative ai motori, propulsori e altri componenti aeronautici, menzionati dall'Allegato I al reg. (UE) n. 821/2021) che come assistenza tecnica riferita a prodotti a duplice uso⁷⁶. Il reg. (UE) n. 821/2021 fornisce inoltre una definizione di “tecnologia”, che si distingue in “dati tecnici”, quali manuali, copie cianografiche, modelli, ma anche “assistenza tecnica”, che include “trasferimento di specializzazioni, “addestramento, “organizzazione del lavoro” e “servizi di consulenza”⁷⁷. Sembra quindi che la definizione sia abbastanza ampia da ricomprendere la fattispecie di mobilità o trasferimento di personale altamente specializzato all'estero, per beneficiare del relativo *know how*, di cui al Libro Bianco sugli IU⁷⁸.

Il trasferimento all'estero di tecnologie può anche essere soggetto alla disciplina *golden power*. Tra gli attivi strategici elencati dai DPCM n. 108/2014 e n. 179/2020 vi sono anche tecnologie critiche. Ad esempio, le citate tecnologie relative ai motori, propulsori e altri componenti aeronautici possono anche essere soggette a *golden power* ai sensi del generico riferimento dell'art. 10 del DPCM 179/2020 a “tecnologie e le infrastrutture critiche funzionali alla progettazione, allo sviluppo, alla realizzazione e alla fornitura di prodotti e servizi spaziali e aerospaziali e delle correlate soluzioni applicative”. Né il d.l. n. 21/2012 né i decreti attuativi includono una definizione di tecnologia o di trasferimento della disponibilità della stessa, in linea con una generale carenza di specificità della normativa, in rapporto

⁷⁶ Art. 8 del reg. (UE) n. 821/2019. Ai sensi del relativo comma 4, uno Stato membro può estendere l'applicazione del paragrafo 1 ai prodotti a duplice uso non compresi negli elenchi.

⁷⁷ Glossario dell'Allegato I al reg. (UE) n. 821/2021. Vedasi anche art. 2, n. 9), dello stesso reg. Si veda anche la raccomandazione (UE) 2021/1700 della Commissione del 15 settembre 2021 sui programmi interni di conformità relativi ai controlli della ricerca riguardante prodotti a duplice uso, par. 2.3.4.

⁷⁸ Commissione, *White Book on Outbound Investments*, cit., par. 3.1 n. 2, traduzione nostra.

problematico con il principio di legalità e tassatività delle fattispecie sanzionatorie. In difetto, può ipotizzarsi di farsi riferimento alle definizioni del reg. (UE) n. 821/2021 in quanto analogo presidio securitario. Si noti che una sovrapposizione degli ambiti di applicazione si avrebbe anche laddove si limitasse la *golden power* al mero trasferimento di diritti di proprietà intellettuale. Questo intreccio di funzioni economico-securitarie ha alla base anche un rapporto problematico tra competenze europee e nazionali, come si vedrà *infra*.

Quanto all'obiettivo dell'autonomia economica, e cioè al contrasto alla creazione di dipendenze economiche, avendo a mente le fattispecie considerate dal Libro Bianco degli IU si possono considerare le seguenti diverse ipotesi concrete: (a) trasferimento all'estero di tecnologie critiche che sviluppano una attività economica rilevante per la la catena di valore e di approvvigionamento, generando dipendenze economiche; (b) trasferimento all'estero di attività economiche senza tecnologie critiche (ad es. cessione di ramo d'azienda privo di tecnologie); o (c) investimenti per sviluppare all'estero una attività economica (ad es., investimento *greenfield*).

La prima ipotesi si rapporta alle esistenti funzioni economico-securitarie analogamente a quanto visto per l'obiettivo del contrasto alla fuga di tecnologie.

Quanto alla seconda ipotesi, viene ancora una volta in rilievo la disciplina *golden power*, che già impone la notifica di cessione di rami d'azienda o attivi strategici, per finalità di pubblica sicurezza, al di là della inclusione o meno di tecnologie critiche⁷⁹. Si noti che la sicurezza degli approvvigionamenti costituisce un obiettivo proprio di questa disciplina, e il contrasto alla creazione di dipendenze economiche può essere sussunta entro la finalità di garantire l'approvvigionamento. A prescindere da questa valutazione, resta che la *golden power* persegue, in via generale, ogni interesse di sicurezza pubblica. Sicché, già oggi la normativa *golden power* può essere utile a tutelare gli interessi nazionali ri-

⁷⁹ Art. 1, co. 1, lett. b), e 2, co. 2 e 2 *bis*, del d.l. n. 21/2012.

spetto alla creazione di dipendenze economiche, rilevando un collegamento tra questo fenomeno economico e la sicurezza nazionale.

La seconda ipotesi, e cioè la creazione all'estero di attività economiche in ragione del mero investimento e senza trasferimenti di attivi, non sembra invece oggetto di esistenti funzioni economico-securitarie. Stesso discorso deve essere fatto per la finalità della supremazia tecnologica, quale contrasto al rafforzamento della ricerca tecnologica di un Paese preoccupante. Questa finalità si caratterizza in ragione dei rischi che derivano dall'investimento, e si può concretizzare in un investimento senza trasferimento di attivi. Trovandoci nell'ambito della sicurezza economica, gli aspetti securitari potrebbero considerarsi inclusi negli obiettivi securitari tipici degli strumenti di controllo degli IDE in entrata. Però, questi hanno ad oggetto investimenti che vengono posti in essere nello Stato, e non all'estero. Da qui, l'esigenza di valutare l'adozione di una nuova normativa che abbia ad oggetto anche gli investimenti in uscita, che potrebbe avere una sua autonomia. Resta fermo quanto visto nel paragrafo precedente in merito alla difficoltà di perseguire la supremazia tecnologica senza una scelta politica a monte che identifichi i Paesi preoccupanti.

Da queste analisi discendono due ordini di conseguenze.

In primo luogo, si rileva un rischio di sovrapposizione tra un eventuale sistema di controllo degli investimenti in uscita di iniziativa europea e la normativa nazionale che già oggi dispone un controllo della cessione all'estero di attivi strategici, anche immateriali. La disciplina *golden power* può quindi tutelare esigenze securitarie collegate alle operazioni di cessione di tecnologie. Esiste inoltre già oggi una irrazionale sovrapposizione tra disciplina *golden power* e disciplina *dual use*, per quanto riguarda la cessione di tecnologie che siano sia strategiche che a duplice uso⁸⁰. Tale duplicazione dei controlli securitari non sem-

⁸⁰ Ai sensi degli artt.4 del DPCM n. 180/2020 e 14 del DPCM n. 179/2020, i poteri speciali possono essere esercitati laddove le stesse esigenze non siano soddisfatte da regolamentazioni di settore, ma non esenta dall'obbligo di notifica operazioni già oggetto di altro scrutinio. Questa norma, dovuta al principio di proporzionalità, non sembra comunque idonea a legittimare una duplicazione di funzioni economico-securitarie. Già la mera sottoposizione a notifica, per pacifica giurisprudenza della CGUE, costituisce una restrizione rilevante. Inoltre, la stessa

bra conforme al principio di proporzionalità, che impone la necessità della misura. È evidente che, se un'operazione è soggetta a due diverse normative che perseguono lo stesso scopo – la sicurezza nazionale, una delle due non può dirsi necessaria. Nel caso di specie, la disciplina sui prodotti a duplice uso persegue anche ulteriori finalità, quali il contrasto alla proliferazione, che potrebbero giustificare la necessità di una autorizzazione nonostante la notifica *golden power*⁸¹. Ma, in questo quadro, ci si potrebbe chiedere come mai la *golden power* dovrebbe trovare applicazione, già tutelando la disciplina sui prodotti a duplice uso la sicurezza nazionale, che comprende anche la garanzia degli approvvigionamenti, tutela delle reti e le altre finalità indicate dal d.l. n. 21/2012⁸².

In secondo luogo, resta che, in assenza del trasferimento di un attivo o attività critica, non sembra agevole ipotizzare che un investimento, di per sé solo, sia tale da determinare un rischio serio ed effettivo per gli interessi fondamentali della comunità. Non sembra infatti agevole prospettare un singolo investimento che possa essere idoneo a creare una rilevante dipendenza economica per lo Stato di investimento, o di agevolare le capacità tecnologica dello Stato di destinazione. Sembra allora difficile ipotizzare che un mero investimento all'estero possa determinare, in assenza di un attuale cessione di attivi o attività strategiche un rischio abbastanza serio da soddisfare il principio di proporzionalità. Nel caso di iniziative nazionali, inoltre, occorre considerare i requisiti di effettività e gravità del rischio, più volte sottolineati dalla Corte di Giustizia, alla base delle eccezioni securitarie alle libertà economiche del merca-

norma non è disposta dal DPCM n. 108/2014 con riferimento al settore della difesa e pubblica sicurezza.

81 Art. 15 del reg. (UE) n. 821/2012.

82 Laddove le altre finalità indicate da d.l. n. 21/2012 non siano da considerarsi ricomprese nella sicurezza nazionale, e quindi negli interessi essenziali nazionali, il d.l. n. 21/2012 non potrebbe trovare fondamento nell'art. 65 TFUE.

to unico⁸³. Questo tema si collega all'indagine sulla prospettiva di una possibile iniziativa nazionale, di cui si tratterà nel seguente paragrafo.

6. Il rischio di un nuovo ornitorinco

Si è visto che il rapporto con la disciplina sui prodotti a duplice uso e con la *golden power* permette di indagare l'ambito di autonomia che una disciplina sul controllo degli investimenti in uscita può avere. Lo stesso confronto permette di verificare la possibilità di una iniziativa nazionale nelle more del procedimento avviato con il Libro Bianco sugli IU.

Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea dispone infatti la possibilità per gli Stati membri di introdurre misure che ostacolano la libera circolazione di merci (artt. 36 TFEU), libera circolazione dei lavoratori (artt. 45 TFEU) libertà di stabilimento (artt. 52 TFEU) e libera circolazione dei capitali (artt. 65 TFEU), sulla base di esigenze legate a “ordine pubblico e sicurezza pubblica”⁸⁴. La formula utilizzata è considerata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) un'endiadi, costituita a sua volta da due ordini di requisiti: la sussistenza di una minaccia “effettiva e sufficientemente grave” ad un “interesse fondamentale della società”⁸⁵.

83 Si veda, *ex multis*, CGUE, sentenza del 13 luglio 2023, Xella Magyarország Építőanyagipari, C-106/22, ECLI:EU:C:2023:568, punto 66: “[...] L'ordine pubblico e la pubblica sicurezza possono essere invocati solamente in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività. Tali motivi non possono essere inoltre distolti dalla loro propria funzione per essere utilizzati, in realtà, a fini puramente economici (v., in tal senso, sentenza del 14 marzo 2000, Église de scientologie, C-54/99, EU:C:2000:124, punto 17 e giurisprudenza citata)”.

84 Sul tema, si veda T. HOSKO, *Public Policy as an Exception to Free Movement within the Internal Market and the European Judicial Area: A Comparison*, Croatian Yearbook of European Law and Policy, 10, 2014, 189-90. N. ZAMANI nota come “The rationale behind these grounds is the recognition that, despite the integration process, Member States have structured their societies in different ways with different norms and values” (*A Legal Comparative Approach towards the Screening of Outbound FDI*, *cit.*, 303).

85 Da ultimo CGUE, sentenza del 13 luglio 2023, Xella Magyarország Építőanyagipari, C-106/22, ECLI:EU:C:2023:568, punto 66. si vedano anche sentenza del 14 marzo 2000, Église de scientologie, C-54/99, EU:C:2000:124, punto 17, e sentenza del 28 ottobre 1975, Rutili, C-36/75, EU:C:1975: 137, punto 28. Per un attento confronto con le analoghe formulazioni dell'Accordo Generale sul Commercio di Servizi (GATS), si veda J. VELTEN, *Screening Foreign Direct Investment in the EU*, Springer Charm, 2022.

Quanto al primo requisito, il riferimento alla effettività della minaccia attiene alla probabilità della stessa, che deve essere “reale e specifica”⁸⁶. La gravità, invece, riguarda le conseguenze sull'interesse compromesso, in termini quindi di entità del pregiudizio. Non è richiesto anche che il rischio sia immediato⁸⁷.

Quanto al secondo requisito, in via di principio, è lo Stato a determinare gli interessi della propria collettività, ma la sua applicazione resta soggetta allo scrutinio della CGUE⁸⁸. Sembra comunque trattarsi di clausole indeterminate, che rimandano a concetti extragiuridici, e quindi non immune all'evoluzione della categoria della sicurezza nazionale come narrazione politica⁸⁹. Sulla base della giurisprudenza della CGUE, è fuori di dubbio che nel concetto rientri la sicurezza nazionale, sia come sicurezza interna che esterna⁹⁰. Il rapporto con gli interessi economici è invece più complesso. Da una parte, si esclude che possano rilevare interessi meramente economici⁹¹. Dall'altra, si riconosce che l'ineffi-

86 CGUE, sentenza del 13 luglio 2000, Albore, C-423/98, EU:C:2000:401, punti 22 e 24.

87 CGUE, sentenza dell'11 novembre 2010, Commissione europea c. Repubblica del Portogallo, C-543/08, EU:C:2010:669, punti 86-87.

88 CGUE, sentenza del 4 giugno 2002, Commissione c. Belgio, C-503/99, EU:C:2002:328, punto 47, che cita la sentenza del 14 marzo 2000, Église de scientologie, C-54/99, EU:C:2000:124, punto 17. Per la natura *self-judging* delle clausole sulla sicurezza negli accordi internazionali, si veda R. ALFORD, *The Self-Judging WTO Security Exception*, in *Utah L. Rev.* 697, 2011.

89 Sulle clausole indeterminate si veda, *ex multis*, L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, 21-3, 2013, 309-400. Sul concetto di sicurezza nazionale come discorso politico, si veda A. WOLFERS, “National Security” as an Ambiguous Symbol, in *Political Science Quarterly*, 67, 4, 1952, p. 483; B. BUZAN-L. HANSEN, *The Evolution of International Security Studies*, Cambridge University Press, 2009; M.C. WILLIAMS, *Words, images, enemies: Securitization and international politics*, in *International Studies Quarterly*, 7(4), 2003, 511-553. Sul rapporto problematico tra l'utilizzo della categoria di sicurezza nazionale e principio di legalità dei poteri amministrativi nel controllo degli IDE, mi sia permesso di richiamare A. GEMMI, *Elements for a study of administrative discretion in FDI screening regulations: enforcing a threat-based model*, *cit.* Una modifica del concetto può notarsi avendo riguardo alla giurisprudenza della CGUE, che sentenza del 200, aveva censurato la normativa spagnola in quanto aveva ad oggetto anche istituti bancari diversi dalla banca centrale “o organi simili”, e che quindi non svolgevano un pubblico servizio (sentenza del 13 maggio 2003, Commissione c. Spagna, C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272). Ad oggi, non solo la disciplina *golden power* trova applicazione – ed ha trovato concretamente applicazione – anche a istituti bancari privati, ma l'art. 4 del reg. (UE) n. 452/2019 cita espressamente le infrastrutture finanziarie.

90 CGUE, sentenza del 4 ottobre 1991, Richardt e Les Accessoires Scientifiques, C-367/89, ECLI:EU:C:1991:376.

91 CGUE, sentenza del 14 marzo 2000, Église de scientologie, C-54/99, EU:C:2000:124. Si vedano anche le sentenze del 13 maggio 2003, Commissione c. Spagna, C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272, punto 44, e sentenza dell'11 novembre 2010, Commissione europea c.

cienza di alcune dinamiche economiche si può ripercuotere sugli interessi fondamentali della società. Obiettivi quali la sicurezza energetica sono ritenuti appartenere agli interessi fondamentali della società⁹². In questa prospettiva, la sicurezza economica può rientrare tra gli interessi fondamentali della comunità. Quanto agli obiettivi della disciplina sugli investimenti in uscita, non sembra possano porsi dubbi circa la riconducibilità alla formula di “ordine pubblico e sicurezza pubblica” l’ipotesi di controlli volti a contrastare la fuga di attivi intrinsecamente strategici, quali le tecnologie critiche. Meno ovvia è la rilevanza dell’autonomia economica. Anche in questo caso, però, il profilo securitario si può cogliere nel rilievo che certi approvvigionamenti hanno per i servizi pubblici (ad es., energia), e nel rischio che le dipendenze economiche determinino criticità strategiche in ragione di emergenze, come si è verificato nel caso del Covid-19, o siano sfruttate per finalità geopolitiche, come già accennato al par. 2⁹³. Resta ferma, comunque, la necessaria verifica del requisito inerente all’effettività di un serio rischio per gli interessi nazionali fondamentali.

Da quanto sopra si potrebbe ricavare la competenza degli Stati membri ad adottare misure nazionali di controllo degli investimenti esteri. Senonché, concorrono due elementi a complicare il quadro. Viene in rilievo, in primo luogo, la competenza esclusiva europea in materia di Politica Commerciale Comune (PCC) di cui all’art. 207 del Trattato TFUE. Da una parte, questa disposizione menziona oggi espressamente gli IDE, che sembrano quindi inerire alla PCC. Dall’altra, gli IDE costituirebbero anche movimentazione di capitali, che costituisce competenza congiunta ai sensi dell’art. 63, a sua volta derogata

Repubblica del Portogallo, C-543/08, EU:C:2010:669, punto 50.

⁹² CGUE, sentenza dell’11 novembre 2010, Commissione europea c. Repubblica del Portogallo, C-543/08, EU:C:2010:669. È stato notato che un interesse sarebbe fondamentale quanto attiene al funzionamento della economia di uno Stato, nonché se relativo agli “general interests of national economy”, fermo restando che “long-term industrial, economic, and geopolitical goals may be strategically helpful, but not vital to basic state functions” (J. VELTEN, *Screening Foreign Direct Investment in the EU*, cit., pp. 108-09).

⁹³ Sul rilievo securitario delle catene di approvvigionamento, si veda anche la Comunicazione della Commissione del 13 marzo 2020, 2020/C 99 I/01, con cui la Commissione ha sollecitato il ricorso agli strumenti di controllo degli IDE in relazione alle criticità provocate dal Covid-19.

dall'art. 65 in caso di esigenze securitarie⁹⁴. Si pone quindi un complesso tema di rapporto tra queste disposizioni⁹⁵. Discorso simile può essere fatto con riguardo alla disciplina della libera circolazione delle merci, dato il riferimento dell'art. 207 a “la politica di esportazione e le misure di protezione commerciale”. In secondo luogo, la CGUE sembrerebbe in alcuni casi aver sostenuto che gli Stati membri non possano esercitare il potere, di cui all'art. 36 TFEU, di introdurre limitazioni alla libera circolazione delle merci laddove vi sia una normativa europea di armonizzazione che persegua lo stesso obiettivo⁹⁶. In questo senso

94 Sulla riconducibilità degli IDE all'art. 63, si veda CGUE, sentenza del 2 giugno 2005, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana, C-174/04, ECLI:EU:C:2005:350, nonché Allegato I (“Nomenclatura dei movimenti di capitali di cui all'articolo 1 della direttiva”), punto I (“Investimenti diretti”) alla Direttiva 88/361/CEE del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato.

95 Si veda J. VELTEN, *Screening Foreign Direct Investment in the EU*, cit., 4.1. Si vedano anche, nel senso della qualifica degli art. 4 co. 2 secondo e terzo period, TUE e art. 65 co. 1 lett. b) TFEU come deroga alla competenza di cui all'art. 207 TFUE, F.S. BENYON, *Direct investment, national champions and EU treaty freedoms: from Maastricht to Lisbon*, Hart, Oxford, 2010, p. 98; A. DIMOPOULOS, *EU foreign investment law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 77. *Contra*, R.V. PUIG, *The scope of the new exclusive competence of the European Union with regard to 'foreign direct investment'*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 40, 2013, 158-159. Secondo un'autorevole ricostruzione, quanto agli IDE, l'art. 207 conferirebbe alle Istituzioni Europee la competenza a recepire il contenuto di accordi internazionali, ad estendere a Paesi terzi standard europei già esistenti, e ad introdurre una cornice giuridica entro cui gli Stati Membri esercitano i propri poteri, senza armonizzare la disciplina. Laddove si tratti, invece, di introdurre nuovi controlli e armonizzare quelli esistenti, la scelta tra Politica Commerciale Comune e libera circolazione dei capitali dipenderebbe dalla considerazione che il mercato interno sia o meno l'obiettivo principale della misura (M. CREMONA, *Regulating FDI in the EU Legal Framework*, in J.H.J. BOURGEOIS (a cura di), *EU Framework for Foreign Direct Investment Control*, Wolters Kluwer, 2020, 31-55). Si veda anche N. ZAMANI, *A Legal Comparative Approach towards the Screening of Outbound FDI*, cit., 307. FETCHER ritiene invece che l'art. 207, pur in presenza di elementi securitari, trovi applicazione in quanto *lex specialis* e *posterior* rispetto all'art. 64 TFUE (J. FECHTER, *Next-level Screening? The Case of Outbound Investment Screening*, in J. HILLEBRAND Pohl, T. PAPADOPOULOS, J. WIESENTHAL, J. WARCHOL (a cura di), *Weaponising Investments. Springer Studies - vol 2.*, Springer, Cham, 2023, par. 4.1).

96 CGUE, sentenza 5 ottobre 1977, Tadeschi c. Denkavit, C-5/77, ECLI:EU:C:1977:144, e sentenza dell'11 luglio 2000, Kemikalieinspektionen c. Toolex Alpha C-473/98, ECLI:EU:C:2000:379; che, al punto 25, osserva che: “[...] pur se il ricorso all'art. 36 del Trattato consente di mantenere in vigore restrizioni alla libera circolazione delle merci giustificate da taluni motivi che costituiscono esigenze fondamentali riconosciute dal diritto comunitario, tale ricorso non è più possibile quando direttive comunitarie prevedano l'armonizzazione delle misure necessarie per la realizzazione dello specifico obiettivo che verrebbe perseguito in base all'art. 36”. In tal senso, anche CGUE, sentenza 23 maggio 1996, Hedley Lomas, C-5/94, ECLI:EU:C:1996:205, punto 18). Sulla possibilità di armonizzazione *ex art.* 114 TFEU di materie dove vengano in rilievo considerazioni di sicurezza pubblica, si veda CGUE, sentenza del 3 dicembre 2019, Repubblica Ceca c. Parlamento Europea, C- 482/17, EU:C:2019:1035.

sembra essere oggi l'art. 114(4) TFEU oggi prevede la possibilità che un Paese membro introduca misure nazionali fondate sull'art. 36 TFUE pur in presenza di una armonizzazione europea. In ogni caso, la decisione autorizzatoria amministrativa di applicazione della normativa non sembra possa essere che nazionale, laddove la funzione esercitata sia volta o coinvolga la tutela degli interessi fondamentali nazionali.

In questo quadro di incerti rapporti di competenze, si inseriscono i modelli a cui la nuova disciplina può guardare, e cioè il regolamento sui prodotti a duplice uso (reg. UE n. 821/2021) e quello sul controllo degli IDE in entrata (reg. UE n. 452/2019). Entrambi trovano base giuridica nella PCC, pur rapportandosi molto diversamente alle competenze nazionali. Mentre il primo instaura un sistema di controllo fondato su regole comuni, il secondo riconosce l'esistenza di sistemi nazionali di controllo e regola un meccanismo di coordinamento, senza imporre obblighi agli Stati membri. Questa peculiarità ha portato l'Avvocato Generale a definire il regolamento una "specie di ornitorinco"⁹⁷. La proposta di riforma presentata contestualmente al Libro Bianco intende superare questa impostazione, trovando base giuridica non solo nell'art. 207 TFUE ma anche nell'art. 114 TFUE, e quindi ponendosi anche l'obbiettivo di armonizzare le discipline nazionali. Considerando che il processo di espansione degli strumenti di controllo degli IDE è stato avviato intorno al 2017-2018, occorre considerare che da molti anni la sostanziale disciplina dei sistemi di controllo degli IDE viene regolamentata e attuata dagli Stati nazionali. Ad oggi, è questo il modello a cui gli Stati possono guardare per disciplinare il controllo degli investimenti in uscita. La normativa sui controlli dei prodotti a duplice uso resta un modello alternativo, ma anche in quel caso agli Stati viene riconosciuta la possibilità di ampliare con misure interne il sistema di controllo, e tale potere sembra ancora più ampio laddove non riguardi prodotti a duplice uso⁹⁸. Inoltre,

⁹⁷ Il riferimento è all'immagine utilizzata dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni relative al citato caso Xella (conclusioni del 30 marzo 2023 dell'Avvocato Generale Tamara Capeta, Xella Magyarország Építőanyagipari, C-106/22, ECLI:EU:C:2023:267, punto 32).

⁹⁸ Art. 36 TFEU e art. 9 del reg. (UE) n. 821/2021.

la decisione autorizzatoria resta di competenza delle autorità nazionali, con pochi e inefficaci obblighi di coordinamento e coerenza⁹⁹.

In conclusione, non si può escludere l'ipotesi che gli Stati anticipino l'iniziativa europea introducendo sistemi nazionali di controllo, anche sfruttando le citate clausole di riserva di competenza esclusiva degli Stati membri per ragioni di politiche pubbliche e sicurezza pubblica, e quindi securitarie. Alla iniziativa nazionale potrà fare seguito una normativa europea che fornisca una "cornice" procedimentale o una più o meno intensa armonizzazione. Le misure europee dovranno comunque confrontarsi sia con la competenza normativa esclusiva degli Stati per ragioni securitarie che con la necessaria titolarità nazionale della decisione amministrativa in relazione agli interessi securitari nazionali, o nella forma della "specie di ornitorinco" costituita dal reg. (UE) n. 452/2019, o, come sembra più probabile in ragione della proposta di riforma dello stesso, un sistema simile al reg. 821/2021 con imposizione di obblighi agli Stati.

7. Conclusioni: retorica securitaria e governo dell'economia

Nel precedente paragrafo si è illustrata la possibilità di una iniziativa nazionale per l'introduzione di una disciplina sul controllo degli investimenti in uscita, nelle more del procedimento di monitoraggio, consultazione ed eventuale legiferazione avviato con il Libro Bianco sugli IU. L'indagine condotta ha permesso di rilevare che, da una parte, laddove l'investimento in uscita comporti anche il trasferimento di un attivo (tra cui, le tecnologie) o attività, l'ordinamento italiano già dispone di istituti che permettono allo Stato di monitorare l'operazione e intervenire per tutelare interessi securitari. La sovrapposizione di più strumenti, non adeguatamente coordinati, non pare compatibile con il principio di proporzionalità.

Dall'altra parte, la possibilità di controllare investimenti in uscita che non comportino trasferimenti di attivi o attività resta problematica, essendo difficile ipotizzare che la stessa possa configurare una minaccia effettiva e sufficiente-

⁹⁹ M. LO GULLO, *Politica commerciale comune, controlli all'esportazione e sistemi nazionali*, cit.

mente grave ad un interesse fondamentale della società. Resta fermo che, al contrario dell'iniziativa nazionale, l'intervento europeo non è condizionato a questo requisito, in ragione della competenza in materia di politica commerciale comune. Quand'anche su questo fronte l'iniziativa fosse concretamente esercitata dalle Istituzioni Europee, sembrerebbe però anomalo che la decisione amministrativa, di natura securitaria, non fosse attribuita agli Stati membri.

Senonché, è proprio il doppio binario europeo-nazionale a costituire un'anomalia nell'ambito securitario. Si è detto che il concetto di "sicurezza" pubblica richiama gli interessi fondamentali di una collettività, e costituisce una deroga alle libertà economiche ed alla competenza europea. Ciononostante, l'espansione del discorso securitario nelle politiche nazionali dal 2017 in poi è stato condiviso dalle Istituzioni Europee, ed oggi è un elemento centrale delle politiche europee. Senonché, la sicurezza è per l'Europa un'arma a doppio taglio. Da una parte, permette di giustificare un interventismo pubblico nell'economia per ragioni diverse da quelle proconcorrenziali, determinando rilevanti crepe nella tradizionale apertura del mercato europeo. Dall'altra, però, la sicurezza è legata a una riserva di competenza nazionale, in quanto collegata al modo in cui una collettività ritiene di ordinare la propria società, e quindi ai suoi interessi fondamentali. L'intervento europeo per finalità securitarie rimane un'azione di supporto, se non si accompagna alla definizione di un novero di interessi proprio della comunità europea da riconnettere al concetto di sicurezza.

È a questa sfida che sono chiamati i prossimi interventi legislativi in materia securitaria, tra cui quella che potrebbe introdurre un sistema di controllo degli investimenti in uscita. Questo meccanismo può essere introdotto come uno strumento in linea con la consolidata narrazione securitaria, fornendo quindi agli Stati membri un quadro di coordinamento e, dove possibile, procedure uniformi per il perseguimento di propri interessi nazionali. Però, la peculiare iniziativa europea potrebbe anche portare a superare la logica securitaria

nazionale. Come si è anticipato in premessa, l'Unione Europea esprime soprattutto una logica e una razionalità economica, comune ai Paesi membri. La sicurezza economica potrebbe allora non soltanto configurarsi come espansione, o quantomeno formalizzazione di una avvenuta espansione, della sicurezza nazionale tradizionale, ma una nuova dimensione degli interessi fondamentali della collettività europea.

Sembra così che ogni discorso sul ruolo che possa avere uno strumento securitario debba confrontarsi con l'ineliminabile e intrinseca vaghezza del concetto stesso di sicurezza pubblica. Ogni discorso sul rapporto che si potrà configurare tra Europa e Italia, e tra Stato e mercato, dimostra l'esigenza di definire cosa si intende per esigenza securitaria, e fin dove può tracciarsi un confine tra tutela del mercato e interessi fondamentali della collettività. La disciplina sul controllo degli investimenti in uscita, ancora oggi in una fase iniziale, potrebbe spostare questo confine, estendendo l'interesse nazionale o europeo anche allo sviluppo di attività economiche all'estero.