

UNIVERSITÀ degli STUDI di CASSINO e del LAZIO MERIDIONALE
Dipartimento di Economia e Giurisprudenza

DEMOCRAZIA E DIRITTI SOCIALI

Fascicolo speciale

**PANDEMIA, NORMAZIONE DELL'EMERGENZA
E MODELLI D'INTERVENTO
SOCIO-ECONOMICI**

a cura di Giancarlo Scalese



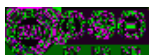
EDIZIONI UNIVERSITÀ DI CASSINO

2020

Copyright © 2020 – Edizioni Università di Cassino
Centro Editoriale di Ateneo
Palazzo degli Studi Località Folcara, Cassino (FR), Italia
e-ISSN 2610-9166

Il contenuto del presente volume può essere utilizzato in tutto o in parte purché se ne citi la fonte e non vengano modificati il senso ed il significato dei testi in esso contenuti. L'Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale non è in alcun modo responsabile dell'utilizzo che viene effettuato dei testi presenti nel volume, delle modificazioni ad essi apportate e delle conseguenze derivanti dal loro utilizzo.

I contributi sono stati sottoposti a referaggio anonimo in conformità ai criteri editoriali della rivista.



DEMOCRAZIA E DIRITTI SOCIALI

Fascicolo speciale

**PANDEMIA, NORMAZIONE DELL'EMERGENZA
E MODELLI D'INTERVENTO
SOCIO-ECONOMICI**

a cura di Giancarlo Scalese

DEMOCRAZIA E DIRITTI SOCIALI

e-ISSN 2610-9166

Fascicolo speciale

PANDEMIA, NORMAZIONE DELL'EMERGENZA E MODELLI D'INTERVENTO SOCIO-ECONOMICI

Direttore scientifico e responsabile
LUIGI DI SANTO

Vicedirettore
GENNARO GIUSEPPE CURCIO

Comitato scientifico

GIUSEPPE ACOCELLA (*Università di Napoli Federico II*) - EDOARDO ALES (*Università di Napoli Parthenope*) - DANIELE CANANZI (*Università Mediterranea di Reggio Calabria*) - ANTIMO CESARO (*Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*) - GENNARO GIUSEPPE CURCIO (*Istituto Internazionale Jacques Maritain - Roma*) - MARIA D'ARIENZO (*Università di Napoli Federico II*) - LUIGI DI SANTO (*Università di Cassino e del Lazio Meridionale*) - MAURIZIO ESPOSITO (*Università di Cassino e del Lazio Meridionale*) - ENRICO FERRI (*Università Niccolò Cusano*) - JOSÉ ANTONIO GARCÍA LÓPEZ (*Universidad de Jaén*) - NADER HAKIM (*Université de Bordeaux*) - JOSÉ ALBUCCÓ HENRÍQUEZ (*Universidad Católica Cardenal Raúl Silva Henríquez*) - FLOR MARIA AVILA HERNANDEZ (*Universidad Católica de Colombia*) - MARGHERITA INTERLANDI (*Università di Cassino e del Lazio Meridionale*) - NATALIA KOCHKINA (*Taras Shevchenko National University of Kyiv*) - SEBASTIANO MAFFETTONE (*Università Luiss Guido Carli*) - FRANCESCO MANCUSO (*Università di Salerno*) - LAURA MOSCATI (*Sapienza Università di Roma*) - PASQUALE PASSALACQUA (*Università di Cassino e del Lazio Meridionale*) - JULIO EDMUNDO PLAZA (*Universidad Nacional de Tucumán*) - ANTONIO PUNZI (*Università Luiss Guido Carli*) - GIUSEPPE RECINTO (*Università di Napoli Federico II*) - RENATO RUA DE ALMEIDA (*Pontificia Universidade Católica de São Paulo*) - STEFANO ZAMAGNI (*Università di Bologna*)

Comitato di redazione

GIULIO DONZELLI (*Coordinatore editoriale*) - NAUSICA LUCIA GUGLIELMO (*Caporedattore*) - LETIZIA SCHIETROMA (*Segreteria di redazione*) - ANDREA AVERSANO - FRANCESCO CAVINATO - ALESSANDRO CONTI - ALESSANDRA GARGANO - MARIKA GIMINI - SARAH GRIECO - MICHELE IASELLI - RAFFAELE MAIONE - ROSSELLA PINELLI - PIER FRANCESCO SAVONA

JORGE LOZANO-MIRALLES, <i>Los mecanismos institucionales para la gestión de la pandemia Covid-19. El caso español</i>	191
CAMILLA PAGLIARI, <i>I presupposti di legittimità dell'inferenza presuntiva</i>	211
FULVIO MARIA PALOMBINO, <i>Golden Power e Power to Regulate a fronte dell'emergenza sanitaria: due facce della stessa medaglia</i>	237
PASQUALE PASSALACQUA, <i>La tortuosa strada del "blocco" dei licenziamenti durante la Pandemia attraverso il susseguirsi dei decreti legge fino alla legge di bilancio per il 2021</i>	249
FULVIO PASTORE, <i>Alcune brevi considerazioni sulle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito dell'emergenza Covid-19</i>	281
MARIA PORCELLI, <i>Covid-19 e responsabilità contrattuale: brevi riflessioni a margine dell'art. 91 del decreto "Cura Italia"</i>	289
IMMACOLATA PRISCO, <i>I contratti turistici tra normativa dell'emergenza, regole di settore e disciplina generale del contratto</i>	299
CHIARA RAPONI, <i>La ripartizione del sindacato sulle presunzioni semplici tra la violazione o falsa applicazione di legge e l'omesso esame di un fatto decisivo</i>	311
STEFANO REALI, <i>Il contributo a fondo perduto dell'art. 25 del decreto legge n. 34 del 19 maggio 2020: la ratio legis, la natura e le (tante) criticità della sua disciplina sostanziale</i>	327
STEFANO RECCHIONI, <i>Il cigno nero della pandemia Covid-19 e il processo civile: in difesa della audientia</i>	343
TOMMASO ALESSIO SALEMME, <i>Il contributo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità nella gestione della crisi sanitaria</i>	355
GIANCARLO SCALESE, <i>Il destino della clausola rebus sic stantibus quale causa d'inefficacia dei trattati tra situazioni emergenziali e interpretazioni evolutive</i>	373
ALBERTO MATTIA SERAFIN, <i>«Straordinarietà» e «imprevedibilità» dell'evento pandemico ex artt. 1467 ss. cod. civ.</i>	401
ANNA LUCIA VALVO, <i>Il nuovo ordine mondiale e le nuove minacce non convenzionali alla sicurezza degli Stati</i>	421
ISABEL RAMOS VÁZQUEZ, <i>La epidemia de 1918-1919 y la acción del Estado en España</i>	429
CAMILLO VERDE, <i>La nomogenesi restrittiva dello status personae nel contesto emergenziale</i>	449

INDICE

Editoriale	5
GIANCARLO SCALESE, <i>Presentazione</i>	7

PARTE I DIRITTO INTERNO E INTERNAZIONALE

CAMILLO VERDE, <i>Introduzione</i>	11
MARCO BADAGLIACCA, <i>Circostanze eccezionali, cancellazione del volo e diritti dei passeggeri</i>	13
CARLO BERSANI, <i>Eccezione, amministrazione, diritto coloniale in un “parere” di Santi Romano</i>	27
FRANCESCO BUONOMENNA, <i>L’identità della governance economica europea messa alla “prova” nelle misure anticrisi</i>	37
STEFANO CHERTI, <i>Gli effetti del “Coronavirus” sui contratti di locazione commerciale</i>	49
GIUSEPPE DELLA MONICA, <i>Il “distanziamento processuale”: misura dell’emergenza o prospettiva di riforma?</i>	65
LUIGI DI SANTO, <i>L’impatto del Covid-19 sullo stato dei diritti sociali</i>	81
MASSIMO LUIGI FERRANTE, <i>Responsabilità penale dei medici e pandemia</i>	97
MARIKA GIMINI, <i>Ordinamento sportivo e legislazione emergenziale</i>	109
MARÍA JOSÉ CARAZO LIÉBANA, <i>Limitación versus suspensión de derechos en el estado de alarma consecuencia de la Covid-19: el caso español</i>	121
FRANCESCO MAIELLO, <i>La possibile sospensione dei Trattati UE in conseguenza delle altre parti contraenti e l’inutilizzabilità del MES per far fronte alla pandemia da Covid-19</i>	151
RAFFAELE MAIONE, <i>Emergenza Covid-19: nota in margine alla pronuncia del Giudice di Pace di Frosinone sentenza n. 513/2020. Il ruolo chiave dell’invocata illegittimità dei provvedimenti del Governo</i>	175

PARTE II
AREA SOCIO-ECONOMICA E FINANZIARIA

VINCENZO FORMISANO, <i>Introduzione</i>	467
SIMONA BALZANO, MARIO ROSARIO GUARRACINO, LUISA NATALE, GIOVANNI CAMILLO PORZIO, <i>Monitoraggio del rischio sanitario ed emergenza Covid-19: alcune note a margine del d.m. salute 30 aprile 2020</i>	469
MARCELLO DE ROSA, ALESSIA MALLOZZI, CARLO RUSSO, <i>La resilienza delle aziende agricole di fronte al Covid-19</i>	489
MAURIZIO ESPOSITO, ELENA ADDESSI, <i>Il servizio sociale in Italia al tempo della pandemia. Per una presa in carico globale delle fragilità sociali</i>	509
MARIA FEDELE, VINCENZO FORMISANO, <i>La pandemia da Covid-19: uno shock esogeno anche per le imprese. Lo stato dell'arte del dibattito scientifico in ottica manageriale</i>	521
FRANCESCO FERRANTE, FABIO D'ORLANDO, <i>Modelli di regolazione sociale post Covid-19</i>	545
ANDREA FONTANELLA, <i>La responsabilità professionale medica oggi: da eroi ad inquisiti</i>	565
MASSIMILIANO FREZZA, SERGIO BIANCHI, AUGUSTO PIANESE, <i>L'impatto della pandemia Covid-19 sull'efficienza dei mercati azionari</i>	571
MARCO LACCHINI, SIMONE MANFREDI, MATTEO PALMACCIO, FLORINDA PETRECCA, <i>L'impatto dell'emergenza Covid-19 sull'economicità delle aziende e i riflessi in tema di continuità aziendale</i>	589
FRANCESCO MINNETTI, <i>Le banche nel finanziamento alle imprese nell'era del Covid-19 fra la politica espansiva della BCE e le misure di sostegno finanziario attivate dal Governo italiano</i>	611
MARCELLO SANSONE, ROBERTO BRUNI, ANNARITA COLAMATTEO, MARIA ANNA PAGNANELLI, <i>Strategie responsabili emergenti post Covid-19: Insights dai consumatori</i>	645
FRANCESCO ZEZZA, GENNARO ZEZZA, <i>L'economia italiana ai tempi del Covid-19</i>	657

*GOLDEN POWER E POWER TO REGULATE A FRONTE DELL'EMERGENZA
SANITARIA: DUE FACCE DELLA STESSA MEDAGLIA*

1. Introduzione - 2. Il meccanismo di controllo degli investimenti esteri diretti istituito nella cornice dell'Unione europea - 2.1. I poteri di controllo statale degli investimenti diretti esteri, o *golden powers*, e il loro rafforzamento come effetto dell'emergenza epidemiologica. Il caso italiano - 3. Cenni alle modalità di esercizio dei *golden powers* nel contesto di Paesi extra-europei: il caso statunitense - 4. Il *power to regulate* quale interferenza ulteriore con il godimento e la profittabilità degli investimenti diretti esteri. Il controverso rapporto con i *golden powers* - 5. Conclusioni

1. Introduzione

La crisi economica diffusasi a partire dal 2008 a livello globale e aggravatasi inevitabilmente per effetto della recente emergenza epidemiologica da Covid-19, se per un verso ha evidenziato la necessità di rafforzare la cooperazione tra Stati in una molteplicità di settori, primo fra tutti quello sanitario, per altro verso è stata all'origine di politiche marcatamente protezionistiche, segnando una rinnovata espansione dell'intervento dello Stato nell'economia e con essa un inedito ritorno a teorie economiche che sembravano oramai superate. Tra queste politiche, le misure adottate sia dentro che fuori dal continente europeo in materia di investimenti esteri diretti (IED) assumono un rilievo affatto particolare¹ e offrono l'occasione per riflettere sulle due diverse tipologie di interferenza che uno Stato può realizzare con riferimento agli stessi: una interferenza *a monte* (o pre-ammissione), specie attraverso l'esercizio del cd. *golden power*, ossia un insieme di poteri speciali (ad esempio quello di opporsi all'acquisto di partecipazioni in società operanti in settori strategici) funzionali a scongiurare *preventivamente* i possibili effetti pregiudizievoli di un investimento straniero su taluni interessi pubblici preminenti; e una interferenza *a valle* (o post-ammissione), realizzata per lo più attraverso il cd. *power to regulate*, ossia il diritto sovrano di uno

¹ Più in generale, la crescente rilevanza di considerazioni sovraniste nel dibattito politico sembra riflettersi anche sul ruolo dello Stato nell'arbitrato in materia di investimenti, di cui è in atto da tempo una profonda rimediazione. Ci si riferisce alle diverse proposte di riforma volte sia ad affermare una competenza statale esclusiva circa la composizione di liste di potenziali arbitri internazionali sia ad istituzionalizzare maggiormente questa forma di arbitrato. Sul punto sia consentito rinviare ai lavori in corso nell'ambito del Working Group III dell'UNCITRAL (https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state), nonché alle discussioni e alle riforme realizzate in ambito europeo, per le quali si veda, tra gli altri, G. ZARRA, *The New Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Proposed by the EU and the Geneva Centre for International Dispute Settlement. A Step forward or a Hasty Reform?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, pp. 389 ss.

Stato di assumere provvedimenti lesivi degli interessi degli investitori laddove ciò si renda necessario, ancora una volta, per tutelare un interesse pubblico rilevante.

Sia del primo che del secondo potere daremo conto nelle pagine che seguono. Segnatamente, muovendo dal rilievo per cui il *golden power* e il *power to regulate* sono esercitabili sulla base di presupposti (quale l'esigenza di tutela della salute) che spesso coincidono, la questione che si intende indagare è se uno Stato che interferisce con la profittabilità di un investimento attraverso l'esercizio del primo potere sia poi legittimato a realizzare una interferenza ulteriore attraverso l'esercizio del secondo; e ciò nonostante sia *l'interesse pubblico da proteggere* sia *le circostanze di fatto esistenti al momento dell'investimento* siano gli stessi. Detto diversamente, si tratta di stabilire se in un caso come questo il controllo preventivo esercitato dallo Stato ospite sia idoneo a generare nell'investitore la legittima aspettativa per cui il suo *asset, una volta ammesso*, sarà al riparo da eventuali misure che possano pregiudicarne il godimento.

2. Il meccanismo di controllo degli investimenti esteri diretti istituito nella cornice dell'Unione europea

Per inquadrare correttamente la questione *de qua*, e avendo anzitutto riguardo al contesto europeo, occorre muovere dal regolamento n. 2019/452 del Parlamento e del Consiglio del 19 marzo 2019², il quale, in vigore dal 10 aprile dello stesso anno ma applicabile solo a partire dall'11 ottobre scorso, istituisce un quadro per il controllo degli IED realizzati da operatori extra-europei (art. 1, par. 1). Si tratta in particolare di una disciplina adottata nella cornice dell'azione europea in materia di politica commerciale comune³ e che pur ribadendo l'importanza degli IED ai fini della crescita dell'Unione (di cui rafforzerebbero «la competitività, creando posti di lavoro ed economie di scala, apportando capitali, tecnologie, innovazione e competenze e aprendo nuovi mercati per le esportazioni dell'Unione», *considerando* n. 1), consente agli Stati di sottoporli a controllo, ancorché nel rispetto di un insieme di regole comuni volte, almeno in linea di princi-

² Il regolamento è consultabile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452&from=IT>. Al riguardo si vedano, tra gli altri, i diversi contributi apparsi in G. NAPOLITANO (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, pp. 57 ss. e S. SCHILL, *The European Union's Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2019, pp. 105 ss.

³ Come è noto, infatti, con le modifiche intervenute nel 2009 con il Trattato di Lisbona, il settore degli IED è stato incluso nella più ampia azione europea in materia di politica commerciale comune (art. 207 TFUE), la quale, ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. e), TFUE, è di competenza esclusiva dell'Unione.

pio, a favorire una più stretta cooperazione sia nei loro rapporti reciproci sia nei rapporti con la Commissione.

Ora, come è stato efficacemente sintetizzato in dottrina⁴, il regolamento si muove lungo tre diverse linee direttrici: i) la *procedimentalizzazione* dello scrutinio degli investimenti; ii) l'*oggettivizzazione* dei criteri sulla base dei quali accertare la pericolosità dell'investimento in termini di sicurezza e ordine pubblico; e infine iii) l'*istituzionalizzazione* dei meccanismi di cooperazione.

Per quanto riguarda il punto *sub i*) a venire in rilievo è l'art. 3, ossia la norma che dopo aver ribadito la facoltà per gli Stati membri di «mantenere, modificare o adottare meccanismi per controllare gli investimenti esteri diretti nel loro territorio per motivi di sicurezza o di ordine pubblico», fissa le caratteristiche a cui detti meccanismi andrebbero informati e che sono: la trasparenza («[l]e norme e le procedure connesse ai meccanismi di controllo, compresi i termini temporali pertinenti, devono essere trasparenti e non operano discriminazioni tra paesi terzi», par. 2), la certezza dei tempi («[g]li Stati membri applicano termini temporali nel quadro dei rispettivi meccanismi di controllo», par. 3), l'effettività («[g]li Stati membri che dispongono di un meccanismo di controllo mantengono, modificano o adottano le misure necessarie a individuare e prevenire l'elusione dei meccanismi di controllo e delle decisioni di controllo», par. 6) e infine la possibilità di essere contestati dagli investitori attraverso la predisposizione di adeguati mezzi di ricorso («[g]li investitori e le imprese interessati hanno la possibilità di presentare ricorso contro le decisioni di controllo delle autorità nazionali», par. 5). La procedimentalizzazione finisce dunque per rappresentare una garanzia anzitutto per gli operatori stranieri che di fatto vengono messi nella condizione di conoscere in anticipo i margini entro cui gli Stati possono muoversi. Che sia così del resto si desume chiaramente dal *considerando* n. 7 del regolamento, e dall'importanza che esso attribuisce alla garanzia della «*certezza del diritto* per quanto riguarda i meccanismi di controllo» (corsivo aggiunto).

Passando ora alla seconda linea direttrice, ossia all'*oggettivizzazione* dei criteri che consentono finanche di impedire l'operazione di un investitore straniero, ad assumere importanza è l'art. 4 del regolamento (rubricato «[f]attori che possono essere presi in considerazione dagli Stati membri e dalla Commissione»). Così, il par. 1, sul presupposto che è di competenza esclusiva degli Stati dare contenuto ai valori della «sicurezza» e dell'«ordine pubblico», elenca (senza pretesa di

⁴ G. SCARCHILLO, *Golden Powers e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei. Un primo commento al Regolamento (Ue) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2020, pp. 569 ss., in particolare p. 593.

esaustività) una serie di settori essenziali per la difesa dei valori in questione (ad esempio infrastrutture critiche quali energia, trasporti, acqua, salute ecc.), invitando gli Stati e la Commissione a considerare gli effetti potenziali di un investimento diretto estero su tali settori e dunque, di riflesso, sulla sicurezza e l'ordine pubblico. Anche il par. 2, d'altra parte, si muove nella stessa logica dell'oggettivizzazione, ma con riferimento ai requisiti soggettivi dell'investitore straniero: «Nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, gli Stati membri e la Commissione tengono altresì conto, in particolare, se: a) l'investitore estero sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, inclusi organismi statali o forze armate, di un paese terzo, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti; b) l'investitore estero sia già stato coinvolto in attività che incidono sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in uno Stato membro; o c) vi sia un grave rischio che l'investitore intraprenda attività illegali o criminali».

Per quanto riguarda l'*istituzionalizzazione*, infine, gli articoli 6, 7 e 8 indicano le modalità attraverso cui gli Stati membri (sia nei loro rapporti reciproci, sia nei rapporti con la Commissione) cooperano in relazione rispettivamente a i) investimenti esteri diretti oggetto di un controllo in corso; ii) investimenti esteri diretti non oggetto di un controllo in corso e infine iii) investimenti esteri diretti che possono incidere su progetti o programmi di interesse per l'Unione. Si tratta dunque di meccanismi che, attraverso una serie di regole procedurali, istituzionalizzano la cooperazione in un settore ove sembra ve ne sia particolarmente bisogno; basti pensare all'ipotesi (contemplata dall'art. 6, par. 3) in cui un investimento estero diretto sia idoneo a incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico di più di uno Stato.

2.1. I poteri di controllo statale degli investimenti diretti esteri, o *golden powers*, e il loro rafforzamento come effetto dell'emergenza epidemiologica. Il caso italiano

Senza entrare nel dettaglio delle singole legislazioni nazionali, è sufficiente ricordare che gli Stati membri si sono progressivamente adeguati al nuovo regolamento dell'Unione. Così ha fatto anche l'Italia, che da un lato, già con la disciplina *golden power* di cui ai d.l. nn. 21/2012⁵ e

⁵ Decreto legge 15 marzo 2012, n. 21, *Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, G.U. Serie Generale n. 63 del 15 marzo 2012 (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2012/03/15/012G0040/sg>).

22/2019⁶, aveva anticipato parte delle soluzioni adottate nel regolamento, e dall'altro lato, con d.l. n. 105/2019⁷, ha provveduto all'adeguamento di tale disciplina al suo contenuto.

L'emergenza epidemiologica, peraltro, è stata all'origine di un rafforzamento ulteriore dei poteri speciali, grazie soprattutto alla comunicazione della Commissione europea del 25 marzo 2020⁸. La Commissione, infatti, consapevole che in una situazione del genere l'apertura dell'Ue agli investimenti esteri andasse bilanciata da adeguati strumenti di controllo onde evitare scalate ostili su *asset* strategici, ha anzitutto invitato «gli Stati membri ad avvalersi, appieno, dei meccanismi di controllo degli IED per tenere conto di tutti i rischi per le infrastrutture sanitarie critiche, per l'approvvigionamento di fattori produttivi critici e per altri settori critici, come previsto nel quadro giuridico dell'Ue». La stessa Commissione, d'altra parte, ha invitato «quegli Stati membri che attualmente non dispongono di un meccanismo di controllo, o i cui meccanismi di controllo non riguardano tutte le operazioni pertinenti, a istituire un meccanismo di controllo completo e, nel frattempo, ad avvalersi di tutte le altre opzioni disponibili per far fronte ai casi in cui l'acquisizione o il controllo di una determinata impresa, infrastruttura o tecnologia comporti un rischio per la sicurezza o l'ordine pubblico nell'Ue, compresi i rischi per le infrastrutture sanitarie critiche e per l'approvvigionamento di fattori produttivi critici».

Il monito della Commissione non ha tardato a trovare riscontro anche nel nostro ordinamento giuridico. Così, il decreto liquidità (d.l. n. 23/2020)⁹ ha reso più efficaci i meccanismi già esistenti ed esteso l'ambito di applicazione della disciplina *golden power* sia *ratione materiae*, includendovi tutti i settori strategici indicati dal già citato art. 4 del regolamento Ue del 2019

⁶ Decreto legge 25 marzo 2019, n. 22, *Misure urgenti per assicurare sicurezza, stabilità finanziaria e integrità dei mercati, nonché tutela della salute e della libertà di soggiorno dei cittadini italiani e di quelli del Regno Unito, in caso di recesso di quest'ultimo dall'Unione europea*, G.U. Serie Generale n. 71 del 25 marzo 2019 (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/03/25/19G00032/sg>).

⁷ Decreto legge 21 settembre 2019, n. 105, *Disposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica*, G.U. Serie Generale n. 222 del 21 settembre 2019 (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/09/21/19G00111/sg>).

⁸ Comunicazione della Commissione europea, *Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452 (regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti)*, 25 marzo 2020, C(2020) 1981 (https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/march/tradoc_158676.pdf).

⁹ Decreto legge 8 aprile 2020, n. 23, *Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*, G.U. Serie Generale n. 94 dell'8 aprile 2020 (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/04/08/20G00043/s>).

(compresi il settore finanziario, creditizio e assicurativo)¹⁰, sia *ratione personarum*, estendendone parzialmente l'efficacia anche a soggetti esteri intraeuropei, ossia provenienti da altri Stati membri dell'Unione, ancorché con un limite temporale fissato al 31 dicembre 2020; si tratta nello specifico del caso in cui un investitore o anche un'amministrazione pubblica di uno Stato membro acquisisca il controllo di società operanti nei settori strategici appena richiamati¹¹.

In estrema sintesi, allo stato attuale, una impresa (di un Paese terzo o europeo a seconda dei casi) attiva nei settori in questione è tenuta a notificare al Governo una informativa completa su talune delibere e atti societari; il Governo, a sua volta, nell'esercizio dei poteri speciali, può: i) opporsi all'acquisto di partecipazioni; ii) porre il veto all'adozione di delibere societarie; e infine iii) imporre specifiche prescrizioni e condizioni. Inoltre, sempre il decreto liquidità ha previsto la possibilità per il Governo di aprire il procedimento anche d'ufficio, laddove le imprese interessate non adempiano i summenzionati obblighi di notifica¹².

3. Cenni alla modalità di esercizio dei *golden powers* nel contesto di Paesi extra-europei: il caso statunitense

Anche fuori dal continente europeo, invero, il controllo sugli investimenti esteri diretti si è progressivamente rafforzato. E ciò a prescindere dalla situazione emergenziale causata dalla pandemia da Covid-19.

Solo per limitarsi a un esempio piuttosto significativo, basti pensare all'ampliamento dei poteri del Comitato sugli investimenti esteri negli Stati Uniti (CFIUS, secondo l'acronimo inglese), ossia il Comitato del Governo federale americano presieduto dal Segretario al Tesoro, e il cui compito è quello di analizzare le implicazioni per la sicurezza nazionale degli investimenti stranieri in alcuni settori strategici, tra cui (oltre alla sicurezza) la tecnologia, le telecomunicazioni, le infrastrutture e l'energia¹³.

¹⁰ Si veda *supra* par. 2.

¹¹ Artt. 15-17, d.l. 8 aprile 2020, n. 23.

¹² Per una ricostruzione del quadro normativo italiano in materia si vedano i diversi contributi apparsi in G. NAPOLITANO (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., pp. 141 ss.; G. SCARCHILLO, *Golden Powers e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei. Un primo commento al Regolamento (Ue) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti*, cit., pp. 584 ss.; F. TOSI, *L'attuale fisionomia del Golden Power nell'ordinamento giuridico italiano*, in *diritto.it*, 2017.

¹³ Per un'analisi del meccanismo statunitense di controllo degli investimenti esteri diretti si veda di recente C. MANN, *The Global Rush Toward Foreign Direct Investment Screening: Lessons from the United States*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., pp. 15 ss. Più in generale, poi, per una analisi

In particolare, il meccanismo di funzionamento del Comitato non è molto dissimile dalla procedura adottata in Italia, nel senso che è suo potere avviare l'esame di una operazione a seguito della notifica volontaria da parte degli investitori o di una segnalazione da parte di terzi ovvero anche a prescindere dall'una e dall'altra; laddove l'operazione sia ritenuta rischiosa per la sicurezza nazionale, è possibile imporre determinati requisiti e finanche bloccarla.

Ebbene, per far fronte al crescente pericolo di acquisizioni estere di settori strategici, i poteri del Comitato sono stati significativamente rafforzati grazie al *Foreign Investment Risk Review Modernization Act*, promulgato ad agosto 2018 ed entrato in vigore lo scorso 13 febbraio 2020¹⁴. Così, ad oggi, gli investimenti soggetti a monitoraggio includono nuove tipologie di transazioni, tra cui acquisizioni immobiliari in aree sensibili e partecipazioni societarie, comprese quelle minoritarie, che fornirebbero accesso a informazioni sensibili o tecnologie afferenti al business della società.

4. Il *power to regulate* quale interferenza ulteriore con il godimento e la profittabilità degli investimenti diretti esteri. Il controverso rapporto con i *golden powers*

L'esame svolto finora mostra una chiara tendenza, sia dentro che fuori il continente europeo, a controllare l'accesso degli investimenti esteri diretti sulla base di criteri stringenti, posti da normative che se da un lato recano con sé l'indubbio vantaggio di essere particolarmente dettagliate, e dunque "certe" in termini di prevedibilità riguardo la loro applicazione, dall'altro lato, e almeno in apparenza, si atteggiano a strumenti intrinsecamente protezionistici. La prospettiva però cambia, e di non poco, se la questione viene esaminata avendo riguardo all'intera durata economica dell'investimento, ossia: alla luce degli ulteriori poteri che lo Stato ospite può esercitare su di esso nella fase successiva all'ammissione nel territorio nazionale; e che l'attuale situazione di emergenza sanitaria rende sempre più incisivi nell'ottica di tutelare la vita della popolazione. Il riferimento va al cd. *power to regulate* e agli effetti pregiudizievoli che il suo esercizio può produrre sul godimento e la profittabilità dell'investimento. Sul punto valgono le considerazioni che seguono.

L'interferenza con gli investimenti diretti esteri realizzata in via preventiva e sempre più frequentemente a livello nazionale va di pari passo con gli impegni che un numero crescente di Stati assume a livello internazionale con il fine precipuo di favorire l'afflusso di capitale straniero. E in-

in chiave comparatistica dei meccanismi di screening, si rimanda allo studio della International Bar Association, *Summary of the System of State Intervention in Foreign Investments in Selected Jurisdictions*, 2020, pp. 68-69.

¹⁴ <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/285/united-states-of-america-foreign-investment-risk-review-modernization-act>.

fatti se è vero che il diritto internazionale generale non pone alcun margine a meccanismi di *screening* preventivi (tanto da indurre taluno a parlare di una sorta di “autodeterminazione economica”¹⁵), e che sul piano pattizio gli Stati si limitano per lo più a regolamentare l’ammissione degli investimenti esteri in linea con la disciplina nazionale, ossia conservando un’ampia discrezionalità¹⁶, è altrettanto vero che sempre sul piano pattizio, ma con riferimento a investimenti già ammessi nel territorio del Paese ospite, gli stessi Stati sono invece inclini a limitare la propria sovranità. Si tratta soprattutto di accordi bilaterali conclusi tra lo Stato ospite e lo Stato dell’investitore, e contenenti una serie di garanzie materiali, tra cui il principio del trattamento giusto ed equo, che i due Stati riconoscono reciprocamente agli investitori dell’altro Stato. Questa circostanza, per quanto possa apparire paradossale, in realtà si spiega agevolmente: la decisione se investire o meno in un Paese straniero dipende non solo e non tanto delle eventuali restrizioni che potrebbero incontrarsi al momento dell’accesso, ma soprattutto dal quadro normativo in cui l’investimento (una volta ammesso nel territorio dello Stato ospite) è destinato a inserirsi.

D’altra parte, il fatto che lo Stato ospite assuma degli impegni convenzionali nei confronti degli investitori di un altro Stato non gli impedisce di disattenderli, laddove ciò sia richiesto dalla necessità di tutelare un interesse pubblico rilevante. Questa deroga agli obblighi internazionali si realizza proprio attraverso l’esercizio del *power to regulate*, il quale, come già anticipato, si identifica con il potere dello Stato di comprimere i diritti degli investitori nel legittimo perseguimento di interessi collettivi essenziali¹⁷.

¹⁵ Sul punto si veda di recente L. FUMAGALLI, *The Global Rush Towards National Screening Systems on Foreign Direct Investment: A Movement Facing No Limits? Remarks from the Point of View of Public International Law*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., pp. 45 ss., in particolare p. 47: «Rules of customary international law [...] do not deal with the ‘admission’ of FDIs. Those rules of general international law, in other words, do not put any limit of principle to the freedom of States to govern, or even forbid, foreign investment. Therefore, no limits are put to the screening of FDIs, through the mechanisms set by States in order to define the procedures for the exercise of such sovereign right. Control on admission of foreign investment is a component of the sovereignty of States and an apparent application of a sort of ‘economic self-determination’».

¹⁶ Con riguardo ai diversi approcci seguiti in tema di ammissione degli IED si veda di recente G. ROJAS EL-GUETA, *Il rapporto tra discipline nazionali in materia di foreign direct investment screening e diritto internazionale degli investimenti*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., pp. 175 ss.

¹⁷ Sul *power to regulate* si vedano, in generale, C. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Oxford, 2014; A. PELLET, *Police Powers or the State’s Right to Regulate*, in M. KINNEAR (a cura di), *Building International Investment Law: The First 50 years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, 2015, pp. 447 ss.; G. ZARRA, *Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay*, in *Brazilian Journal of International Law*, 2017, pp. 95 ss.

Più nello specifico, il potere in parola ha trovato un ampio riconoscimento sia nella prassi arbitrale sia nella prassi convenzionale, fino al punto da rendere per lo meno plausibile l'esistenza al riguardo di una vera e propria norma di diritto internazionale generale¹⁸.

Così, già nel lodo nel caso *Marvin Feldman c. Messico*¹⁹, il tribunale arbitrale investito della controversia ha riconosciuto espressamente l'esistenza di una consuetudine per cui ogni governo avrebbe il potere di agire per la protezione di un interesse pubblico essenziale, anche laddove ciò comporti l'adozione di misure pregiudizievoli per gli investitori stranieri e senza peraltro l'obbligo di provvedere alla riparazione del danno²⁰.

D'altra parte, il numero di accordi o modelli di accordi bilaterali contenenti una clausola specifica al riguardo aumenta costantemente.

Per i primi, si pensi all'art. 23 dell'accordo Nigeria-Marocco²¹, in base al quale «in accordance with customary international law and other general principles of international, the Host State has the right to take regulatory or other measures to ensure that development in its territory is consistent with the goals and principles of sustainable development, and with other legitimate social and economic policy objectives».

Per i secondi, si abbia riguardo proprio all'esperienza italiana. L'art. 4 della bozza del nuovo modello di trattato bilaterale di investimento (rubricato *Investment and Regulatory Measures*) stabilisce infatti quanto segue: «1. For the purpose of this Agreement, the Contracting Parties reaffirm within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment, or the promotion and protection of cultural diversity. 2. For greater certainty, the mere fact that a Contracting Party regulates, including through a modi-

¹⁸ In proposito cfr. *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA/UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 agosto 2005, Part IV, Chapter D, par. 7; *Saluka Investment B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 marzo 2006, par. 253 ss.; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 luglio 2016, par. 290 ss. Per la prassi più risalente in materia, ma in un contesto diverso da quello dell'arbitrato in materia di investimenti, cfr. *Iran – U.S. Claims Tribunal, Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran*, IUSCT Case Nos. 128 and 129, Interlocutory Award (Award No. ITL 55-129-3), in *Iran – U.S. Claims Tribunal Reports*, 1985, Vol. IX, pp. 248 ss. (in particolare, par. 90); *Iran – U.S. Claims Tribunal, Emanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and The United States of America*, IUSCT Case No. 880, Award (Award No. 460-880-2), 29 dicembre 1989, in *Iran – U.S. Claims Tribunal Reports*, 1989, Vol. XXIII, pp. 378 ss., par. 26.

¹⁹ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 dicembre 2002.

²⁰ *Ibid.*, par. 103.

²¹ Accordo sulla reciproca promozione e protezione degli investimenti tra il Governo del Regno del Marocco e il Governo della Repubblica federale della Nigeria, firmato il 3 dicembre 2016 e non ancora entrato in vigore (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>).

fication to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor's expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Agreement». In breve, dunque, non solo lo Stato ha il potere di adottare misure regolatorie per fini legittimi quali la protezione della salute pubblica, ma anche di farlo compromettendo la profittabilità di un investimento e senza che ciò assurga a una violazione di un obbligo convenzionale²².

Ora, indipendentemente dalla natura giuridica del *power to regulate*, resta il fatto che un numero significativo di Stati ne fa applicazione e che molti dei presupposti che ne giustificano l'esercizio sono gli stessi sottesi ai *golden powers*. Si tratta di una circostanza tutt'altro che irrilevante, specie ove si consideri il cortocircuito nel quale si potrebbe cadere.

Poniamo il caso che un investitore, nell'attuale situazione di emergenza sanitaria, decida di investire in Italia in un settore critico qual è quello della salute pubblica, ad esempio acquistando partecipazioni in una società privata di produzione di mascherine chirurgiche, e si attivi per conseguenza il meccanismo di controllo tipico della disciplina *golden power*. La questione è quella di stabilire se, una volta superato positivamente lo *screening* in entrata e ammesso nel territorio italiano, lo stesso investimento, sulla base della medesima esigenza di tutela della salute e in presenza delle stesse condizioni esistenti al momento dell'ammissione, possa essere interessato da una ulteriore interferenza dello Stato ospite che nell'esercizio del *power to regulate*, e dunque senza alcun obbligo di risarcire il pregiudizio arrecato, decida ad esempio di nazionalizzare quella società²³.

Ebbene, a noi sembra che la risposta non possa che essere negativa, nel senso che nell'ipotesi appena prospettata l'esercizio dei poteri speciali da parte del governo genera inevitabilmente nell'investitore la legittima aspettativa (tutelata da un principio dell'ordinamento internazionale)²⁴ per cui il suo investimento sarà stabile e duraturo. Del resto, qualora detta aspettativa venisse disattesa, vi sarebbero senz'altro le condizioni per lamentarne la violazione, ad esempio –

²² Una bozza del modello è stata pubblicata in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2017, pp. 396 ss. Si veda anche il commento di A. PETRANGELI, M. SILVI, M. MALAGUTI, *Why and How to Upgrade the Italian Model BIT*, pp. 389 ss.

²³ Sul tema si veda G. LAMPO, *L'impatto del Covid-19 sui diritti degli investitori stranieri: le misure di contenimento dell'epidemia come espressione del "power to regulate" dello Stato ospite*, in P. ACCONCI ed E. BARONCINI (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione. Una prospettiva italiana*, Bologna, 2020, pp. 239 ss.

²⁴ Si tratta in particolare del principio che impone agli Stati di non frustrare l'affidamento generato in un soggetto da una condotta altrui, inducendolo a confidare nel conseguimento di un determinato risultato. Si veda in proposito, anche per la bibliografia ivi citata, F.M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, L'Aja-Heidelberg, 2018, pp. 86 ss.

in presenza di una clausola arbitrale inserita nel trattato bilaterale di investimento tra lo Stato ospite e lo Stato di nazionalità dell'investitore – rivolgendosi al competente tribunale arbitrale.

5. Conclusioni

In definitiva, le considerazioni che precedono, svolte anche attraverso la lente dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, convergono nel porre in luce la natura caleidoscopica dei *golden powers*, la cui funzione muta inevitabilmente a seconda della prospettiva da cui vengono osservati. E infatti se per un verso i poteri speciali rimangono uno dei tipici strumenti tramite cui lo Stato interviene nell'economia, limitando l'accesso di investimenti esteri diretti suscettibili di incidere negativamente sull'ordine pubblico e la sicurezza nazionale; per altro verso questi stessi poteri, laddove “certifichino” la compatibilità dell'investimento con le esigenze sovrane dello Stato che li ospita, ne assicurano la stabilità e la durevolezza, assumendo le sembianze di un altrettanto tipico strumento di garanzia.

FULVIO MARIA PALOMBINO
Università degli Studi di Napoli Federico II