

RIVISTA ELETTRONICA DI DIRITTO, ECONOMIA, MANAGEMENT



Inquadra il QR-CODE
per il download
degli altri numeri
della Rivista

Numero 3 - 2022

**Agid e PNRR - Crisi finanziaria, enti pubblici, mercati –
Guerra tra Russia e Ucraina: conflitto cibernetico –
Pagamenti elettronici – Politiche giovanili e programmi
comunitari – anticorruzione e società in controllo pubblico.**

FONDATA E DIRETTA DA
DONATO A. LIMONE

La “Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management” è un periodico totalmente digitale, accessibile e fruibile gratuitamente, che ha lo scopo di trattare le diverse tematiche giuridiche, economiche e manageriali con un approccio integrato e trasversale, di tipo comparato, in un contesto locale, nazionale, comunitario ed internazionale caratterizzato dalla società dell'informazione, dalla trasformazione digitale, dalla globalizzazione dei mercati, da processi innovativi di tipo manageriale ed organizzativo nei settori pubblico e privato.

La rivista ha anche la finalità di ospitare contributi di giovani studiosi per valorizzarne le attitudini alla ricerca e il loro contributo allo sviluppo delle scienze giuridiche, sociali, economiche e manageriali.

Direttore responsabile: Donato A. Limone

Comitato scientifico: Estanislao Arana García, Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Granada (Spagna); Piero Bergamini (Comitato Direttivo del Club degli Investitori di Torino); Francesco Capriglione (professore di diritto degli intermediari e dei mercati finanziari, Luiss, Roma); Mario Carta (Professore di diritto dell'Unione europea dell'Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza); Enzo Chilelli (esperto di sanità e di informatica pubblica); Claudio Clemente (Banca d'Italia); Fabrizio D'Ascenzo (professore ordinario, preside della Facoltà di Economia, Università “La Sapienza”); Angelo Del Favero (“Health and Welfare School”, Università degli Studi di Roma “Unitelma Sapienza”); Luigi Di Viggiano (Università del Salento; esperto di scienza dell'amministrazione digitale); Jorge Eduardo Douglas Price, ordinario di Teoria generale del diritto; Direttore del Centro di Studi Istituzionali Patagónico (CEIP), Facoltà di Giurisprudenza e Scienze Sociali dell'Università Nazionale di Comahue (Argentina); Maria Rita Fiasco (consulente, Vice Presidente Assinform); Donato A. Limone (professore di informatica giuridica, fondatore e direttore della “Rivista elettronica di diritto, economia, management”); Andrea Lisi (Avvocato, docente ed esperto di Diritto dell'Informatica; Presidente di Anorc Professioni); Valerio Maio (ordinario di diritto del lavoro, Università degli Studi di Roma, Unitelma Sapienza); Vincenzo Mongillo (ordinario di diritto penale, Università degli studi di Roma, Unitelma Sapienza); Mario Nobile (dirigente generale, responsabile della transizione digitale, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti); Roberto Pasca di Magliano (Professore di Economia e gestione dell'Innovazione; Direttore School of Financial Cooperation and Development, Unitelma Sapienza); Gianni Penzo Doria (dirigente universitario di ruolo, direttore dell'Archivio di Stato di Venezia e dell'annessa Scuola di archivistica, paleografia e diplomatica); Pier Luigi Petrillo (ordinario di diritto pubblico comparato, Università degli studi di Roma, Unitelma Sapienza); Nadezhda Nicolaevna Pokrovskaja, docente universitario presso Herzen State Pedagogical University of Russia e Peter the Great Saint-Petersburg Polytechnic University; Francesco Riccobono (ordinario di teoria generale del diritto, Università Federico II, Napoli); Sergio Sciarrelli (professore di economia aziendale, Università Federico II, Napoli); Marco Sepe (ordinario di diritto dell'economia, Università degli studi di Roma, Unitelma Sapienza).

Comitato di redazione: Alberto Bruni, Angelo Cappelli, Luca Caputo, Claudia Ciampi, Ersilia Crobe, Tiziana Croce, Wanda D'Avanzo, Sandro Di Minco, Paola Di Salvatore, Massimo Farina, Santo Gaetano, Paolo Galdieri, Salvatore Gallo, Fabio Garzia, Edoardo Limone, Emanuele Limone, Lucio Lussi, Marco Mancarella, Antonio Marrone, Alessio Mauro, Alberto Naticchioni, Cristina Evangelina Papadimitriou, Giulio Pascali, Gianpasquale Preite, Azzurra Rinaldi, Fabio Saponaro, Pasquale Sarnacchiaro, Sara Sergio, Franco Sciarretta.

Direzione e redazione: Via Riccardo Grazioli Lante, 15 – 00195 Roma - donato.limone@gmail.com

Gli articoli pubblicati nella rivista sono sottoposti ad una procedura di valutazione anonima. Gli articoli sottoposti alla rivista vanno spediti alla sede della redazione e saranno dati in lettura ai referees dei relativi settori scientifico disciplinari.

Anno XII, n. 3/2022

ISSN 2039-4926

Autorizzazione del Tribunale civile di Roma N. 329/2010 del 5 agosto 2010

Editor ClioEdu

Roma - Lecce

Tutti i diritti riservati.

È consentita la riproduzione a fini didattici e non commerciali, a condizione che venga citata la fonte. La rivista è fruibile dal sito www.clioedu.it gratuitamente.

Codice etico: www.clioedu.it/rivistaelettronica#codice-etico

Procedure di referaggio: www.clioedu.it/rivistaelettronica#referaggio

INDICE

Editoriale	
<i>Donato A. Limone</i>	2
Il ruolo dell’Agenzia per l’Italia Digitale (AGID) nel processo di trasformazione digitale e per il PNRR. Linee guida e regole tecniche	
<i>Donato A. Limone</i>	7
La crisi finanziaria degli enti pubblici e principio di stabilità dei mercati	
<i>C. Alessio Mauro</i>	20
Il conflitto cibernetico nella guerra tra Russia e Ucraina	
<i>Edoardo Limone</i>	50
Pagamenti elettronici e nuove tecnologie: profili giuridici	
<i>Cristina Evangelia Papadimitriu</i>	60
Le politiche giovanili ed i programmi comunitari	
<i>Paolo Pastore</i>	81
L’integrazione tra sistemi di compliance anticorruzione nelle società in controllo pubblico	
<i>Eliana La Gamma</i>	99

EDITORIALE

Questo numero si apre con un articolo del direttore della Rivista dedicato al ruolo dell'AGID, Agenzia per l'Italia Digitale, nel processo di trasformazione digitale e per l'attuazione del PNRR. Si parla molto di trasformazione digitale, di PNRR e molto poco delle "regole tecniche" che supportano necessariamente questo processo di profondo cambiamento istituzionale, organizzativo, amministrativo e tecnico e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Le linee guida dell'AGID sono quindi importanti e "cruciali" in questa fase di cambiamento paradigmatico. Il contributo si riferisce in particolare all'importanza del piano triennale dell'informatica e alle linee guida sulla formazione, gestione, conservazione dei documenti informatici. Due strumenti essenziali per il cambiamento e per il passaggio da amministrazioni pubbliche analogiche ad amministrazioni digitali. Il contributo quindi intende valorizzare il ruolo dell'Agid e l'utilizzo di metodi, di regole tecniche e di linee di indirizzo per le pubbliche amministrazioni.

Alessio Mauro nel suo articolo, *La crisi finanziaria degli enti pubblici e principio di stabilità dei mercati*, affronta in un'ottica sperimentale la ricostruzione della crisi finanziaria degli enti locali, delineando l'operatività e l'estensione dell'omologa concordataria prevista nell'ambito della disciplina privatistica con riguardo al dissesto delle pubbliche amministrazioni.

Di Cristina Evangelia Papadimitriou un contributo su *Pagamenti elettronici e nuove tecnologie: profili giuridici*. Gli argomenti presi in considerazione sono quelli tipici di questo tema: la nozione di pagamenti elettronici; le linee guida della disciplina europea; il servizio di pagamento e i servizi collaterali; i tempi del pagamento elettronico; l'evoluzione delle carte di pagamento: tecnica e interpretazione; *Mobile e Internet Payments*: profili giuridici; l'implementazione della sicurezza: le misure normative; la responsabilità per pagamento non autorizzato nell'ambito delle nuove tecnologie; la responsabilità dei prestatori dei servizi di pagamento. Tutti questi aspetti sono trattati in modo organico.

Il contributo di Edoardo Limone riguarda la guerra tra la Russia e l'Ucraina: la prima nella storia dell'uomo ad essere stata combattuta su due piani: quello fisico e quello cibernetico. L'articolo ripercorre i fatti salienti sul piano cibernetico esaminando le implicazioni per l'Italia ed esaminando anche le azioni offensive accadute prima della data d'inizio della guerra. Lo scopo principale è mostrare come gli eventi del piano fisico siano strettamente interconnessi a quelli del piano cibernetico, con una reciproca capacità di influenza.

Nell'articolo di Paolo Pastore (*Le politiche giovanili ed i programmi comunitari*) sono stati approfonditi i diversi interventi normativi in campo comunitario (Comunicazioni, Risoluzione e Decisioni) che hanno favorito lo sviluppo di programmi a

favore del settore giovanile, instaurando una collaborazione più stretta tra le politiche relative ai giovani e altri settori strategici, come l'istruzione, l'occupazione, l'integrazione e la salute. Si tratta di una analisi degli interventi normativi ed economici in ambito comunitario verso il settore delle politiche giovanili, favorendo la nascita di imprenditoria e centri di formazione.

Di Eliana La Gamma un contributo su *L'integrazione tra sistemi di compliance anti-corrruzione nelle società in controllo pubblico*.

Il Direttore della Rivista

Donato A. Limone

Autori di questo numero

Eliana La Gamma

Laureata in Giurisprudenza con il massimo dei voti presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma, ha successivamente conseguito, con la medesima votazione, il Diploma di Specializzazione per le Professioni Legali presso l'Università La Sapienza di Roma. Oltre alla pratica forense presso uno studio legale in materia di diritto sia civile che penale, ha svolto proficuamente dapprima il tirocinio formativo di 6 mesi, ex art. 37 D.L. 98/2011, presso la Suprema Corte di Cassazione, e successivamente quello di 18 mesi, ex art. 73 D.L. 69/2013, presso il Tribunale delle Imprese di Roma. Avvocato dal 2017, ha superato con il voto massimo l'esame orale di abilitazione alla professione forense, ed è stata, inoltre, vincitrice della Toga d'Onore – "Premio Avvocato Paladino", consegnata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di appartenenza, per aver riportato, nella sessione 2016-2017 dell'Esame di Stato, la votazione più alta. Ha collaborato con primari Studi Legali, prestando assistenza e consulenza legale in materia di diritto penale, con particolare riferimento al diritto penale d'impresa e alla responsabilità amministrativa degli enti, e occupandosi della predisposizione e dell'aggiornamento di Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. n. 231/2001, nonché dell'elaborazione di procedure e *policy* afferenti al sistema di controllo interno. Ha di recente conseguito, con la votazione di 110/110 e Lode, il Diploma di Master di Secondo Livello in Diritto Penale d'Impresa presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma, discutendo una tesi in materia di Anticorruzione dal titolo "L'integrazione tra sistemi di *compliance* anticorruzione nelle società in controllo pubblico".
email: eliana.lg@hotmail.it

Donato A. Limone

Già professore ordinario di informatica giuridica; ha insegnato presso le università di Camerino, Lecce, Napoli Federico II, Sapienza, Unitelma Sapienza. Ha insegnato filosofia del diritto, scienza dell'amministrazione digitale, diritto dell'informatica, diritto dell'amministrazione digitale. Ha diretto dal 2000 diversi master universitari di primo e secondo livello sul diritto e le tecnologie dell'informazione, sull'amministrazione digitale, sulla trasformazione digitale. Ha fondato e dirige (dal 2010) la "Rivista elettronica di diritto, economia, management". Ha presieduto l'Associazione Nazionale dei docenti di informatica giuridica (ANDIG). Esperto di organizzazione e digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni.
email: donato.limone@gmail.com

Edoardo Limone

Consulente direzionale su progetti ICT, con una esperienza specifica in cybersecurity maturata in oltre dodici anni di attività ed in diversi ambiti della Pubblica Amministrazione centrale del Paese tra cui lo Stato Maggiore Difesa (dal 2008 al 2019),

il Ministero della salute (2017-2019), il Ministero di Giustizia (2016-2017), il Senato della Repubblica Italiana (2012), il Ministero dell'Economia e delle Finanze (2017-2018). Ha collaborato con le Direzioni Generali Europee (DG Connect, DG Devco, DG Home) per lo sviluppo di progetti ICT orientati all'antiterrorismo e al contrasto di minacce chimico batteriologiche. Attualmente coopera con diverse realtà private e pubbliche per lo sviluppo di processi di semplificazione e digitalizzazione delle procedure organizzative, affianca inoltre diverse realtà complesse come esperto di sicurezza informatica nel processo di adeguamento normativo alle regolamentazioni europee. Dal 2013 è docente di tecniche di cyber-security e mappatura dei rischi cibernetici, organizzato dall'Università Sapienza di Roma, all'interno del Master di II livello "Diritto dell'Informatica e Teoria e Tecnica della Normazione". Ha pubblicato articoli su cyber-security su testate editoriali quali: Key4Biz, CyberSecurity360, Agenda Digitale.

email: edoardo@edoardolimone.com

C. Alessio Mauro

Avvocato. Professore Straordinario di Diritto dell'Economia presso la *Link Campus University*, dove ricopre il ruolo di *Delegato per i rapporti istituzionali dell'Ateneo con gli enti territoriali*; dapprima è stato Professore Straordinario di Diritto Commerciale presso la medesima Università e, precedentemente, Straordinario di Diritto Pubblico dell'Economia presso l'Università Internazionale Telematica UniNettuno, dove è anche stato incaricato di Diritto Pubblico dell'Economia. È, quindi, stato Professore incaricato all'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale in "Partecipate Pubbliche e Project financing", nonché in Governance delle Società Europee. Ha, inoltre, assunto incarichi di co-docenza presso l'Università degli Studi di Siena nel gruppo seminariale sui "Beni e servizi pubblici, Modelli di gestione mediante le Società Partecipate, Trasparenza ed anticorruzione" presso il Dipartimento di scienze politiche internazionali, Corso di laurea Magistrale in Scienza dell'Amministrazione (Prof. Roberto Borrello, Ordinario di Diritto Costituzionale Comparato). È stato, altresì, Professore incaricato presso l'Università degli Studi della Tuscia di Viterbo. Nel 2019 è stato designato dal Ministro della Giustizia Presidente della Prima Commissione Esame Avvocato, Distretto della Corte d'Appello di Roma; ha anche ricoperto il ruolo di componente supplente nella Commissione per il Concorso in magistratura. È stato Presidente della Capo d'Anzio S.p.A., per il relativo rifacimento dell'ambito portuale d'interesse nella provincia di Roma. Ha scritto diverse pubblicazioni scientifiche nella materia del diritto dell'economia, tra le altre, in tema di criptovalute; *non performing loanes*; vigilanza bancaria; gruppo bancario cooperativo; servizi finanziari e società partecipate; fondi alternativi d'investimento; rigenerazione urbana; inquinamento ambientale.

email: avv.alessio.mauro@gmail.com

Cristina Evangelia Papadimitriu

La Dottoressa Cristina Evangelia Papadimitriu si è laureata in Giurisprudenza con una tesi sul Project Financing presso l'Università degli studi di Messina. Ha svolto il Dottorato di ricerca in diritto dei mercati finanziari presso l'Università Commerciale "Luigi Boccon" di Milano, dove ha ricoperto anche l'incarico di Teaching Assistant. Nello specifico, i suoi ambiti di interesse sono il diritto dei mercati finanziari, il diritto bancario e il diritto dell'economia, con particolare riguardo al settore del Fintech e della finanza digitale. È autrice di una monografia in tema di "squeeze-out" e offerte pubbliche di acquisto. È avvocato ed ha esercitato la professione legale presso alcuni importanti studi internazionali di Milano. È stata docente a contratto in diritto dell'economia digitale ed è attualmente Ricercatrice di diritto dell'economia.
email: cristina.papadimitriu@unibocconi.it

Paolo Pastore

Paolo Pastore è nato nel 1970 a Roma. Si è laureato in Fisica nel 1994 presso l'Università degli Studi "La Sapienza". Nel 2010 ha conseguito il Dottorato di ricerca in Fisica Tecnica Ambientale. Nel 2011 ha conseguito la laurea triennale in scienze dell'Amministrazione. Nel 2012 ha conseguito la laurea specialistica in Management Pubblico ed e-Government. Nel 2013 ha conseguito il Master di II livello in "Management e Politiche delle Pubbliche Amministrazioni" presso la LUISS. Dal 1997 è dipendente pubblico presso la Presidenza del consiglio dei Ministri con la qualifica di funzionario informatico. L'attività di interesse riguarda la gestione dei fondi strutturali e la promozione di modelli di governance.
email: paolopastore@gmail.com

IL RUOLO DELL'AGENZIA PER L'ITALIA DIGITALE (AGID) NEL PROCESSO DI TRASFORMAZIONE DIGITALE E PER IL PNRR. LINEE GUIDA E REGOLE TECNICHE

Donato A. Limone

Abstract: Nel processo di trasformazione digitale e nel PNRR è necessario che tutte le Pubbliche amministrazioni applichino le regole tecniche stabilite dalle linee guida dell'AGID. Il rispetto delle linee guida è garanzia di successo per la transizione digitale e per l'attuazione del PNRR.

In the digital transformation process and in the PNRR it is necessary that all public administration apply the technical rules established by the AGID guidelines. Compliance with the guidelines is a guarantee of success for the digital transition and for the implementation of the PNRR.

Parole chiave: Agid – trasformazione digitale – transizione digitale – PNRR – linee guida – regole tecniche – piano triennale dell'informatica – il sistema documentale.

Sommario: 1. Premessa. Il ruolo di AGID nella trasformazione digitale. 2. Processi di trasformazione e transizione digitale: verso amministrazioni nativamente digitali. 3. Istituzione e compiti dell'AGID. 4. Il piano triennale dell'informatica (2021-2023). 5. Linee guida sulla formazione, gestione, conservazione dei documenti informatici.

1. Premessa. Il ruolo di AGID nella trasformazione digitale

Quale è il ruolo fondamentale di Agid per la trasformazione e la transizione digitale e per l'attuazione del PNRR? E' un ruolo fondamentale, necessario ed indispensabile sia per aspetti normativi e sia per aspetti tecnici.

Si parla molto di PNRR (bene o male) e poco si parla degli strumenti che abbiamo a portata di mano per realizzare concretamente ed utilmente il processo di trasformazione digitale ed il PNRR (non perdere il treno del cambiamento; utilizzare le risorse che abbiamo a portata di mano con progetti "veri", consistenti, sostenibili, con risultati concreti ed utili per il sistema sociale e produttivo, per le prossime generazioni). Quali sono gli strumenti necessari, quelli definiti "a norma" (gli unici strumenti stabiliti dalla normativa vigente) che dobbiamo utilizzare per garantire una utile e

funzionale transizione digitale e l'attuazione senza sprechi del PNRR?

Sono esattamente quelli definiti da Agid in attuazione del “Codice dell’amministrazione digitale”. Sono elementi metodologici e regole tecniche che costituiscono un “vincolo progettuale” (quindi una grande opportunità progettuale ed attuativa) oltre che un vincolo normativo (strumenti necessari ed obbligo di usare questi strumenti). Eppure non si parla di questo; come se fossero scelte tecniche opzionali nella logica “i soldi ci sono e non ci preoccupiamo delle regole che devono governare i progetti”. Peraltro, le linee guida Agid contribuiscono alla formazione di una “nuova cultura amministrativa pubblica” basata su modelli organizzativi digitali, sulla qualità dei servizi in rete, sulla qualità dei dati/documenti/informazioni digitali (il patrimonio dei dati pubblici digitali).

Ecco, noi vogliamo parlare di Agid come Agenzia governativa senza la quale non si assicura il processo di transizione digitale e quindi il processo di trasformazione digitale e di conseguenza l’attuazione del PNRR.

E ne parleremo facendo riferimento (concretamente) all’operato dell’Agenzia attraverso la presentazione e l’analisi delle linee guida/regole tecniche definite dalla stessa Agenzia.

Vogliamo quindi “indicare/ricordare” alle Pubbliche amministrazioni che sono “obbligate” a fare riferimento alle linee guida/regole tecniche (ovviamente non solo per un fatto formale)

- a) sia nelle loro decisioni strategiche per la trasformazione digitale: *di strategia se ne parla poco e se ne vede poca nei progetti;*
- b) sia nei processi di transizione digitale (organizzazione, semplificazione, digitalizzazione): *non c’è un approccio sistemico a supporto della transizione digitale;*
- c) sia nell’acquisizione di tecnologie ict: *operiamo ancora nella logica dell’automazione come fenomeno legato solo al “mercato” delle macchine informatiche.*

Nei progetti PNRR le Amministrazioni interessate devono fare riferimento alle linee guida e agli indirizzi metodologici di Agid con la finalità di “dichiarare” come intendono muoversi sulla “partita” del cambiamento, dell’innovazione, della trasformazione. Dobbiamo invece registrare che i progetti (i primi progetti approvati; poi vedremo a settembre cosa realmente succederà al PNRR) fanno “vagamente” riferimento ai processi di riorganizzazione, di semplificazione, di digitalizzazione. La vaghezza progettuale esprime il “rischio” di un potenziale “insuccesso” dei progetti approvati, con un grave danno istituzionale, organizzativo ed economico per il Paese (ricordo che il finanziamento del Piano è strettamente legato ad un debito pubblico da onorare con la relativa restituzione del capitale e degli interessi).

2. Processi di trasformazione e transizione digitale: verso amministrazioni nativamente digitali

Alcune considerazioni generali sul processo di trasformazione digitale, sul processo di transizione digitale, sulla realizzazione di amministrazioni nativamente digitali. Queste considerazioni sono necessarie per definire gli “ambiti” di decisioni, di operatività, di progettazione.

2.1. La trasformazione digitale: creazione di ecosistemi amministrativi pubblici digitali.

- La trasformazione digitale delle PA è un processo integrato finalizzato alla costruzione di ecosistemi amministrativi digitali che sono organizzazioni pubbliche semplificate, trasparenti, aperte, digitalizzate e con servizi di qualità erogati in rete (legge 241/90; dlgs 33/2013; Codice amministrazione digitale; linee guida Agid)
- Il processo di trasformazione delle PA richiede il transito da organizzazioni analogiche ad amministrazioni nativamente digitali.
- Il processo di trasformazione comporta la revisione dei modelli organizzativi delle PA attraverso un processo di semplificazione “preliminare” al processo di riorganizzazione (art. 15 CAD: prima si semplifica e poi si digitalizza).
- Il processo di trasformazione digitale coinvolge decisori pubblici, dirigenza pubblica, cittadini ed imprese nella logica della partecipazione e della consultazione (art. 2,12; art. 8,13,17 CAD).
- Il processo richiede risorse per la progettazione della trasformazione, della transizione, per la riorganizzazione, per la qualificazione dei servizi in rete, per la formazione dei dipendenti non solo per l'utilizzo delle tecnologie ma soprattutto per i nuovi modelli di organizzazione del lavoro (agile e telelavoro).
- Il processo richiede quindi una strategia precisa per la fase di programmazione ed attuazione.

2.2. Il processo di transizione digitale: come transitare da amministrazioni analogiche ad amministrazioni digitali

- La transizione è il processo di passaggio da PA strutturate su attività e processi amministrativi (di tipo analogico o misto) ad amministrazioni nativamente digitali che formano, gestiscono, conservano dati/documenti/informazioni in

modalità “esclusivamente” digitale e validi giuridicamente.

- La transizione deve essere pianificata dai decisori pubblici (fase di programmazione strategica) unitamente alla dirigenza (fase di attuazione).
- Fuori da questo contesto istituzionale (programmazione ed attuazione) il processo di transizione non può essere avviato.

2.3. Le Amministrazioni nativamente digitali: le specifiche connotazioni normative, organizzative e funzionali

Il transito deve portare verso la realizzazioni di amministrazioni digitali che corrispondono ad un nuovo modello di organizzazione pubblica che si caratterizza (art.2 e 12 CAD):

- a) per essere un'amministrazione aperta, accessibile, trasparente, semplificata, con nuovi diritti (digitali) per i cittadini nel rispetto della Carta della cittadinanza digitale (legge 241/90; legge 124/2015; art. 3 e ss. del CAD; dlgs 33/2013; dlgs 97/2016; Reg. UE 679/2016, trattamento e protezione dei dati personali);
- b) per essere un'amministrazione che opera in modalità prevalentemente digitale (linee guida Agid 2020, formazione gestione conservazione dei documenti informatici; in attuazione dal 1.1.2022);
- c) per essere una amministrazione che opera in rete tramite interconnessione con altri sistemi amministrativi pubblici;
- d) per offrire servizi semplificati, integrati ed in rete ai cittadini e alle imprese (art. 7 CAD).

3. Istituzione e compiti dell'AGID

L'Agenzia per l'Italia Digitale è stata istituita con DL 22 giugno 2012, n.83 “Misure urgenti per la crescita del Paese” (convertito con modificazioni dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134) ed è sottoposta ai poteri di indirizzo e vigilanza del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro da lui delegato.

Le finalità ed i compiti dell'Agenzia sono definiti nell'art. 14 bis del dlgs 82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale):

“1. L'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) è preposta alla realizzazione degli obiettivi dell'Agenda Digitale Italiana, in coerenza con gli indirizzi dettati dal Presidente del Consiglio dei ministri o dal Ministro delegato, e con l'Agenda digitale europea. AgID, in particolare, promuove l'innovazione digitale nel Paese e l'utilizzo delle tecnologie digitali nell'organizzazione della pubblica amministrazione e nel rapporto tra questa, i cittadini e le imprese, nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità e trasparenza e secondo criteri di efficienza, economicità ed efficacia. Essa presta la propria collaborazione alle istituzioni dell'Unione europea e svolge

i compiti necessari per l'adempimento degli obblighi internazionali assunti dallo Stato nelle materie di competenza.”

Sul sito di Agid sono in sintesi indicati il ruolo ed i compiti dell'Agenzia che riportiamo di seguito:

- L'Agenzia per l'Italia Digitale è l'agenzia tecnica della Presidenza del Consiglio che ha il compito di garantire la realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana e contribuire alla diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, favorendo l'innovazione e la crescita economica.
- Agid ha il compito di coordinare le amministrazioni nel percorso di attuazione del Piano Triennale per l'informatica della Pubblica amministrazione, favorendo la trasformazione digitale del Paese.
- Agid sostiene l'innovazione digitale e promuove la diffusione delle competenze digitali anche in collaborazione con le istituzioni e gli organismi internazionali, nazionali e locali.
- L'Agenzia per l'Italia Digitale è preposta alla realizzazione degli obiettivi dell'agenda digitale italiana, in coerenza con l'agenda digitale europea.
- L'Agenzia assicura il coordinamento informatico dell'amministrazione statale, regionale e locale, in attuazione dell'articolo 117, comma 2, lettera r), della Costituzione.

L'Agenzia, fra l'altro:

- contribuisce alla diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, allo scopo di favorire l'innovazione e la crescita economica;
- elabora indirizzi, regole tecniche e linee guida in materia di omogeneità dei linguaggi, delle procedure e degli standard per la piena interoperabilità e uniformità dei sistemi informatici della pubblica amministrazione;
- vigila sulla qualità dei servizi e sulla razionalizzazione della spesa informatica della pubblica amministrazione;
- promuove e diffonde le iniziative di alfabetizzazione digitale.

4. Il piano triennale dell'informatica (2021-2023)

Il Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica amministrazione è il documento di indirizzo strategico ed economico che nasce per guidare operativamente la trasformazione digitale del Paese e diventa riferimento per le amministrazioni centrali e locali nello sviluppo dei propri sistemi informativi.

Il Piano definisce il modello di riferimento per lo sviluppo dell'informatica pubblica italiana fissando i principi architetturali fondamentali, le regole di usabilità e interoperabilità, precisando la logica di classificazione delle spese ICT.

In linea con la Legge di stabilità 2016, il Piano dà il via al percorso di accompagnamento che consentirà alle amministrazioni di adeguarsi a livello nazionale all'obiettivo di risparmio della spesa annuale per la gestione corrente del settore informatico. AgID ha il compito di guidare le amministrazioni nella fase di adeguamento, assicurando la piena coerenza tra attività regionali e centrali, e condividendo con le singole PA le esigenze di coordinamento, il modello di governance e il monitoraggio, e assicurando la piena coerenza tra attività regionali e centrali.

Il Piano identifica un modello per lo sviluppo del digitale secondo cui:

- il livello nazionale definisce regole, standard e realizza piattaforme abilitanti che ottimizzano investimenti;
- le amministrazioni - centrali e locali - sviluppano servizi secondo le proprie specificità utilizzando competenze interne e/o di mercato;
- il privato, compresa la strategia di paese, programma investimenti di lungo periodo e sfrutta nuove opportunità di mercato creando soluzioni che si integrino con le piattaforme nazionali.

L'obiettivo del Piano è quello di rifocalizzare la spesa delle amministrazioni, migliorare la qualità dei servizi offerti a cittadini e imprese e degli strumenti messi a disposizione degli operatori della PA.

Il Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione è uno strumento essenziale per promuovere la trasformazione digitale del Paese e, in particolare, quella della Pubblica Amministrazione italiana.

Con decreto del Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale 24 febbraio 2022, registrato dalla Corte dei Conti al n. 797/2022, è approvato, ai sensi dell'14-bis, comma 2, lettera b), del decreto legislativo 7 marzo 2005, n.82, il piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2021-2023. L'informazione è pubblicata nella G.U. della Repubblica Italiana, serie generale, n. 105. Il decreto e il piano triennale dell'informatica delle pubbliche amministrazioni(2021-2023) sono pubblicati www.innovazione.gov.it e www.agid.gov.it

L'aggiornamento 2021 – 2023 (siamo al terzo Piano (primo, 2017-2019; secondo, 2019-2021) rappresenta la naturale evoluzione della precedente edizione. In particolare:

- consolida l'attenzione sulla realizzazione delle azioni previste e sul monitoraggio dei risultati;
- introduce alcuni elementi di novità connessi all'attuazione PNRR e alla vigilanza sugli obblighi di trasformazione digitale della PA.

4.1. Strategia e principi guida del piano triennale dell'informatica

Di seguito in *corsivo* facciamo alcune considerazioni a commento del testo Agid in merito alla strategia e ai principi guida. La strategia è volta a:

-
- favorire lo sviluppo di una società digitale, dove i servizi mettono al centro i cittadini e le imprese, attraverso la digitalizzazione della pubblica amministrazione che costituisce il motore di sviluppo per tutto il Paese, *[il livello di digitalizzazione delle P.A. è poco significativo anche in considerazione dell'indice Desi 2021; abbiamo sviluppato gli strumenti di accesso, di identità digitale e di firma elettronica ma dobbiamo registrare un livello di sviluppo dei servizi in rete poco significativo]*
 - promuovere lo sviluppo sostenibile, etico ed inclusivo, attraverso l'innovazione e la digitalizzazione al servizio delle persone, delle comunità e dei territori, nel rispetto della sostenibilità ambientale, *[per promuovere lo sviluppo sostenibile, etico ed inclusivo è necessario sviluppare un servizio di digitalizzazione per territori e comunità "intelligenti", creando basi/banche di dati integrati ed interconnessi; oggi non siamo in questa considerazione];*
 - contribuire alla diffusione delle nuove tecnologie digitali nel tessuto produttivo italiano, incentivando la standardizzazione, l'innovazione e la sperimentazione nell'ambito dei servizi pubblici. *[il contesto dimostra che sarà necessario imprimere velocità e diffusione di processi innovativi, standardizzati per i servizi pubblici].*

I principi guida del Piano sono:

- digital & mobile first per i servizi, che devono essere accessibili in via esclusiva con sistemi di identità digitale definiti dalla normativa assicurando almeno l'accesso tramite SPID; *[su questo punto siamo in una buona situazione ma sarà necessario sviluppare i servizi in rete]*
- cloud first (cloud come prima opzione): le pubbliche amministrazioni, in fase di definizione di un nuovo progetto e di sviluppo di nuovi servizi, adottano primariamente il paradigma cloud, tenendo conto della necessità di prevenire il rischio di lock-in; *[il paradigma "cloud" è veramente allo stato nascente di pura teoria per la maggior parte delle P.A.; come la cultura della progettazione e della "pratica" dei sistemi documentali e dei nuovi servizi è tutta da costruire];*
- servizi inclusivi e accessibili che vengano incontro alle diverse esigenze delle persone e dei singoli territori e siano interoperabili by design in modo da poter funzionare in modalità integrata e senza interruzioni in tutto il mercato unico esponendo le opportune API; *[l'interoperabilità by design dei sistemi dei servizi e la interconnessione dei sistemi di dati digitali non fa parte della nostra cultura amministrativa moderna; le amministrazioni non progettano "prima" i servizi nella logica della digitalizzazione nativa e dei servizi integrati ed in rete];*
- sicurezza e privacy by design: i servizi digitali devono essere progettati ed erogati in modo sicuro e garantire la protezione dei dati personali; *[su questo punto le PA devono uscire fuori dalla logica dell'adempimento (che è l'opposto del by design) e devono considerare la sicurezza come un sistema,*

con una organizzazione moderna delle burocrazie (semplificate, trasparenti, digitali), del lavoro pubblico digitale, dei servizi ai cittadini. La sicurezza e la protezione dei dati personali non è solo un problema tecnologico. In Italia le PA in tema di trattamento e protezione dei dati personali non operano ancora secondo la nuova normativa UE entrata in vigore dal 2018];

- *user-centric, data driven e agile: le amministrazioni sviluppano i servizi digitali, prevedendo modalità agili di miglioramento continuo, partendo dall'esperienza dell'utente e basandosi sulla continua misurazione di prestazioni e utilizzo e rendono disponibili a livello transfrontaliero i servizi pubblici digitali rilevanti secondo il principio transfrontaliero by design; [centralità degli utenti, dei cittadini: non abbiamo ancora, nella maggior parte dei casi, amministrazioni che mettono al centro della propria azione i cittadini, fuori di frasi retoriche e vuote; come è necessario diffondere il principio delle prestazioni e dei servizi valutati sistematicamente; siamo ancora fuori dalla logica del lavoro agile e dal lavoro digitale];*
- *once only: le pubbliche amministrazioni devono evitare di chiedere ai cittadini e alle imprese informazioni già fornite; [questo è punto cruciale per abbattere una burocrazia ridondante, che chiede al cittadino di fornire dati e certificati su stati, fatti e qualità già in possesso delle amministrazioni; più avanti le grandi amministrazioni centrali; in ritardo le amministrazioni territoriali e locali; fatte le debite eccezioni];*
- *dati pubblici un bene comune: il patrimonio informativo della pubblica amministrazione è un bene fondamentale per lo sviluppo del Paese e deve essere valorizzato e reso disponibile ai cittadini e alle imprese, in forma aperta e interoperabile; [anche su questo punto dobbiamo registrare la carenza di una cultura del patrimonio informativo digitale pubblico utile per lo sviluppo del Paese (la centralità e la valorizzazione dei dati pubblici per lo sviluppo, le decisioni, il controllo ed il monitoraggio); sarà necessario sviluppare e realizzare piattaforme nazionale per i dati pubblici per le strategie e lo sviluppo del Paese];*
- *codice aperto: le pubbliche amministrazioni devono prediligere l'utilizzo di software con codice aperto e, nel caso di software sviluppato per loro conto, deve essere reso disponibile il codice sorgente. [su questo punto il Piano deve operare in modo più incisivo rispetto al passato].*

Il PNRR deve sicuramente considerare il Piano triennale dell'informatica per le pubbliche amministrazioni come uno strumento che ha raggiunto una rispettabile e funzionale "maturità" sotto il profilo strategico, metodologico e che permette quindi un supporto significativo ed operativo per lo sviluppo dello stesso PNRR. Il Piano triennale è quindi "strategico" per i prossimi tre anni per contribuire concretamente al cambiamento delle nostre macchine burocratiche: verso amministrazioni nativamente digitali per servizi in rete ai cittadini, eliminando vincoli burocratici che spesso bloccano le attività produttive ed economiche.

5. Linee guida sulla formazione, gestione, conservazione dei documenti informatici

5.1. Premessa

Chi opera sui processi di riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione amministrativa (come chi scrive) è in grado di verificare in modo permanente come le “linee guida” *non facciano ancora parte di una nuova cultura dell’amministrare* e che i processi di digitalizzazione ancora sono legati alla “cultura degli applicativi” (è molto semplice e facile acquisire applicativi “confezionati”; utilizzarli ma senza integrarli con un approccio sistemico [organizzazione; processi; digitalizzazione] come è l’approccio della trasformazione digitale). Questo modo di considerare la digitalizzazione ancora in termini solo di “automazione” è presente anche nei soggetti pubblici che hanno proposto progetti nel PNRR, con il risultato di non contribuire alla transizione digitale.

La conoscenza delle linee guida AGID permette quindi di sviluppare questa nuova cultura dell’amministrare: considerare tutti gli aspetti che supportano l’amministrare (organizzativi, procedurali, procedimentali, documentali, funzionali e tecnici; di servizio in rete). Il Governo e i decisori pubblici che si occupano primariamente del digitale dovrebbero dare particolare risalto all’AGID ed al suo ruolo: l’Agenzia è stata fino ad oggi considerata *solo* come un ente strumentale “per fare regole” ma non anche come una Agenzia che può e deve contribuire alla transizione digitale che non è solo espressione tecnologica. Con questo articolo abbiamo inteso quindi dare un contributo per un “rilancio” dell’Agenzia nella logica “abbiamo una Agenzia facciamola funzionare per quello che deve fare”. In questo paragrafo tratteremo della “centralità” del sistema documentale digitale delle P.A.

5.2. Il sistema documentale pubblico digitale

Le linee guida sul sistema documentale pubblico digitale (le regole tecniche del 2013/2014 e le linee guida vigenti 2020, in attuazione dal 1 gennaio 2022) hanno stabilito alcuni principi basilari che governano tutta la filiera documentale del sistema amministrativo pubblico: formazione, gestione, conservazione dei dati/documenti/informazioni.

I principi guida sono:

- a) il sistema documentale pubblico deve essere formato, gestito, conservato “solo” in modalità nativamente digitale;
- b) “nativamente digitale” significa che ciascun documento che faccia parte di un sistema documentale deve essere formato nel rispetto dei principi di cui all’art. 20, comma 1-bis del Codice dell’amministrazione digitale (integrità,

-
- immodificabilità, certezza dell'autore del documento informatico e del firmatario elettronico, ecc.);
- c) le P.A. devono formare solo documenti informatici che presentano le caratteristiche per essere considerati validi a tutti gli effetti di legge;
 - d) il sistema documentale di una amministrazione deve necessariamente essere progettato in tutte le sue parti per essere in linea con la normativa (sistema documentale by design);
 - e) è necessario quindi che le P.A. stabiliscano la *data di avvio* della produzione dei documenti solo in modalità digitale; oggi quasi tutte le amministrazioni procedono in modo “anarchico” generando sistemi misti analogico/digitale che costituiscono il blocco allo sviluppo del digitale nativo, funzionale, utile e dei servizi in rete;
 - f) le P.A. devono quindi stabilire di usare uno standard documentale (vedi allegati alle linee guida del 2020) ed essere in possesso di un gestionale documentale con il quale formare, gestire, conservare i documenti informatici, secondo quanto stabilito dai manuali per la formazione, la gestione, la conservazione degli stessi documenti informatici;
 - g) le linee guida Agid riguardano tutti gli aspetti relativi al sistema documentale, considerando quest'ultimo appunto un “sistema”;
 - h) tutti i dipendenti pubblici devono operare solo secondo le regole tecniche Agid e utilizzando il gestionale documentale acquisito che deve operare secondo le linee guida Agid;
 - i) tutti i dipendenti devono quindi avere una formazione di base per formare, gestire, conservare documenti informatici;
 - j) tutti i cittadini devono sapere come opera il sistema documentale digitale (pubblicare quindi sul sito non solo i manuali per la formazione, la gestione e la conservazione ma come devono funzionare i procedimenti amministrativi informatici e come i cittadini possono presentare istanze per ottenere risposte utili alla stesse loro richieste).

5.3. Lo scopo delle linee guida Agid

In particolare, lo scopo delle linee guida è duplice:

- “a) aggiornare le attuali regole tecniche in base all’art. 71 del Codice dell’amministrazione digitale (da ora in avanti CAD), concernenti la formazione, protocollazione, gestione e conservazione dei documenti informatici;*
- b) incorporare in un’unica linea guida le regole tecniche e le circolari in materia, addivenendo ad un “unicum” normativo che disciplini gli ambiti sopracitati, nel rispetto della disciplina in materia di Beni culturali”.*

5.4. Ambito soggettivo di applicazione

Le “linee guida” sono applicabili ai soggetti indicati nell’art. 2 commi 2 e 3 del CAD, fatti salvi gli specifici riferimenti alla Pubblica Amministrazione.

5.5. Ambito oggettivo di applicazione

Le “linee guida” contengono le regole tecniche sugli ambiti disciplinati dalle seguenti disposizioni del CAD: validità ed efficacia probatoria dei documenti informatici (art. 20); disposizioni in materia di copie informatiche dei documenti analogici (art. 22, commi 2 e 3); copie analogiche di documenti informatici (art. 23); duplicati e copie informatiche di documenti informatici (art. 23-bis); documenti amministrativi informatici (art. 23-ter); riproduzioni informatiche (art. 23-quater); norme particolari per le P.A. (art. 34); di formazione di documenti informatici (art. 40); di protocollo informatico (art. 40-bis); di procedimento e fascicolo informatico (art. 41); dematerializzazione dei documenti delle P.A. (art. 43); conservazione ed esibizione dei documenti; requisiti per la conservazione dei documenti informatici (art. 44); valore giuridico della trasmissione (art. 45); dati particolari contenuti nei documenti trasmessi (art. 46); trasmissione dei documenti tra le P.A. (art. 47); segretezza della corrispondenza trasmessa per via telematica (art. 49); disponibilità dei dati delle P.A. (art. 50); sicurezza e disponibilità dei dati, dei sistemi e delle infrastrutture delle P.A. (art. 51); accesso telematico ai servizi della P.A. (art. 64-bis); istanze e dichiarazioni presentate alle P.A. per via telematica (art. 65).

5.6. Le “linee guida” sul documentale interessano gli articoli più importanti del Codice dell’amministrazione digitale ed anche per questo sono “fondamentali” nel processo di trasformazione e di transito digitale.

Le linee guida sono composte quindi da un documento di base e da 6 allegati: 1. Glossario dei termini e degli acronimi; 2. Formati di file e riversamento; 3. Certificazione di processo; 4. Standard e specifiche tecniche; 5. Metadati; 6. Comunicazione tra AOO di Documenti Amministrativi Protocollati, che sostituisce la circolare 60/2013 dell’AgID.

5.7. Elementi metodologici delle linee guida

Le linee guida sono state strutturate sulla base di alcuni elementi metodologici che riportiamo di seguito con una sintesi di testi delle stesse linee guida:

“Obiettivo generale del documento è che la gestione complessiva del documento informatico risulti semplificata attraverso una visione d’insieme che aggrega in un

“corpo unico” materie prima disciplinate separatamente”.

“L’approccio utilizzato è di tipo olistico, ossia diretto a mettere in evidenza e a rappresentare le interdipendenze funzionali tra le varie fasi della gestione documentale dal momento della formazione fino alla selezione per lo scarto o la conservazione permanente”.

“Le linee guida hanno carattere vincolante e assumono valenza erga omnes. Le linee guida sono inquadrare come un atto di regolamentazione, seppur di natura tecnica, con la conseguenza che esse sono pienamente azionabili davanti al giudice amministrativo in caso di violazione delle prescrizioni ivi contenute”.

“La gestione documentale è un processo che può essere suddiviso in tre fasi principali: formazione, gestione e conservazione. Nell’ambito di ognuna delle suddette fasi si svolgono una serie di attività che si distinguono per complessità, impatto, natura, finalità e/o effetto, anche giuridico, alle quali corrispondono approcci metodologici e prassi operative distinte”.

“Il sistema di gestione informatico dei documenti, la cui tenuta può anche essere delegata a terzi, affinché possa essere efficiente e sicuro deve essere necessariamente presidiato da specifiche procedure e strumenti informatici, in grado di governare con efficacia ogni singolo accadimento che coinvolge la vita del documento ed effettuata secondo i principi generali applicabili in materia di trattamento dei dati personali anche mediante un’adeguata analisi del rischio.”

“Una corretta gestione dei documenti sin dalla loro fase di formazione rappresenta inoltre la migliore garanzia per il corretto adempimento degli obblighi di natura amministrativa, giuridica e archivistica tipici della gestione degli archivi pubblici”.

5.8. Il “Manuale di gestione documentale”

Per garantire un sistema documentale corretto e funzionale è necessario avvalersi di un “Manuale di gestione” completo per la gestione documentale, per il workflow documentale e degli applicativi utilizzati oltre che dei principi e delle regole per una corretta formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici. *Ciò significa che tutte le Amministrazioni devono avere effettuato una razionalizzazione e semplificazione dei processi amministrativi e devono avere progettato il proprio sistema documentale. Peraltro tutte le P.A. devono sottoporre a semplificazione amministrativa il sistema documentale sia per effettuare controlli di gestione, sia per il trattamento e la protezione dei dati personali, sia per valutare le performance dei dirigenti pubblici, sia per valutare la qualità dell’azione amministrativa e la qualità dei servizi ai cittadini e alle imprese.*

L’adozione e l’aggiornamento del “Manuale” costituisce obbligo di legge e devono essere resi pubblici sul sito dell’amministrazione. *Un manuale da approvare non solo come un adempimento ma soprattutto come strumento indispensabile per una valorizzazione dei dati e dei documenti a fini di programmazione, direzione, gestione, controlli e monitoraggio.* Le linee guida indicano tutti gli elementi che devono essere contenuti nel Manuale e che si riferiscono alla specifica amministrazione che

ha adottato il Manuale.

Il Manuale quindi non è una *operazione “standard”* (forte tentazione di copiare i manuali di altre amministrazioni, a volte dimenticando di cancellare il nome dell’ente rispetto al quale è stata effettuata la copiatura) ma costituisce una grande occasione di *riorganizzazione, di semplificazione dei processi, di riordino delle procedure e degli archivi, di qualificazione dei servizi e quindi una occasione di “apertura” dell’amministrazione verso l’esterno, le comunità locali, le altre amministrazioni e le organizzazioni private. Il sistema dei dati, dei documenti, delle informazioni come centrale nella vita delle amministrazioni.*

Fuori da questo contesto istituzionale innovativo (questa sì che è innovazione che riguarda 30 mila organizzazioni pubbliche ed oltre 3 milioni di pubblici dipendenti) non vi è trasformazione digitale e il PNRR si risolverà in una distribuzione di risorse finanziarie senza senso e risultati.

LA CRISI FINANZIARIA DEGLI ENTI PUBBLICI E PRINCIPIO DI STABILITÀ DEI MERCATI

C. Alessio Mauro

Abstract: Il presente contributo affronta in un'ottica sperimentale la ricostruzione della crisi finanziaria degli enti locali, delineando l'operatività e l'estensione dell'omologa concordataria prevista nell'ambito della disciplina privatistica con riguardo al dissesto delle pubbliche amministrazioni.

This contribution deals with the reconstruction of the financial crisis of local authorities from an experimental point of view, outlining the operation and extension of the composition agreement provided for in the context of private law with regard to the failure of public administrations.

Parole chiave: dissesto, dissesto guidato, riequilibrio finanziario pluriennale, predissesto, controlli, crisi finanziaria.

Sommario: 1. - Introduzione. 2. - La procedura di Dissesto nel Testo Unico degli Enti locali: premessa generale. 3. - Il dissesto. 4. - Il dissesto guidato e la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale (c.d. predissesto). 4.1 - Il dissesto guidato. 4.2. - la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale (c.d. predissesto). 5. - Riflessioni a margine dei controlli: fra paradigmi costituzionali ed esigenze di riforma. 6. - Prospettive *de iure condendo*: verso un nuovo paradigma normativo

1. Introduzione

Con il presente contributo s'intende offrire una ricostruzione preliminare della normativa in tema di crisi finanziaria degli Enti locali¹, al fine di assicurare una riflessione in merito agli strumenti previsti nel Titolo VIII del decreto legislativo 18 agosto

¹ Sul punto si veda SUCAMELI, *La crisi dell'equilibrio del bilancio dell'Ente Locale: blocco della spesa, piani di riequilibrio e dissesto*, in TENORE - NAPOLI, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei Conti*, Cap. VI (parte II), Esi, Napoli, 2020, 544 e ss.; Id, *L'equilibrio dei bilanci pubblici nella carta costituzionale e nella legislazione ordinaria. Presupposti e limiti al ripiano pluriennale dei disavanzi di amministrazione degli enti locali e delle regioni*, in CANALE - CENTRONE - FRENI - SMIROLDO (a cura di), *La Corte dei Conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Giuffrè, Milano, 2022, 773 e ss.; LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Costituzione e pareggio di bilancio*, in Il Filangieri, *Quaderno 2011*, Jovene, Napoli, 2012, 89-144; DAGOSTINO, *Il "commissariamento" della Corte dei Conti sugli Enti locali in crisi finanziaria*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2019, 445-479. Cfr. COLOMBINI, *I decreti semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica ovvero dei falsari di parole*, in *Federalismi*, 03/2021, 21 e ss.

2000, n. 267, con l'auspicabile coinvolgimento degli attori a diverso titolo competenti in materia.

La costante evoluzione del sistema economico e la conseguente estensione degli strumenti di scambio e d'investimento nel mercato hanno determinato, sia a livello nazionale che su base eurounitaria, un significativo mutamento del ruolo classico attribuito alla pubblica amministrazione. Sino alla seconda metà del XX secolo, infatti, si è registrata una netta contrapposizione tra pubblica amministrazione ed impresa privata, prediligendosi una concezione del soggetto pubblico quale espressione della tutela dell'interesse collettivo. È la stessa letteratura giuridica in materia che dapprincipio è apparsa proclive a circoscrivere la pubblica amministrazione nella rosa rifrangente dell'esercizio dei poteri pubblici, quale fenomeno distinto e contrapposto rispetto agli altri soggetti, comunque, presenti nel quadro dei rapporti economici ed istituzionali.

Il concetto che vedeva irriducibilmente ancorata la pubblica amministrazione a quell'*unicum* nei termini appena esposti ha subito un temperamento conseguentemente all'emersione di fenomenologie giuridiche che si distinguevano dalla storica visione dello Stato nel mercato. Nella dottrina si è, dunque, fatta strada l'idea del soggetto pubblico come "*organizzazione complessa*"² nella riconsiderazione del contesto ambientale in cui esso opera. È grazie alla costante dialettica che si è registrata tra la pubblica amministrazione e l'operatore privato che si è reso possibile restituire al mercato quella funzione di interdipendenza che, a quel punto, ha rappresentato il momento di sintesi tra le diverse istanze, prima fra tutte la comune esigenza di garantire la stabilità del sistema economico³. Il contemporaneo contesto interno e dell'Unione europea appare caratterizzato dalla richiesta di elevati *standard*, qualitativi e quantitativi, nei confronti della pubblica amministrazione ancorata a logiche di efficientamento che si profilano innovative rispetto al passato.

L'interprete è chiamato a riconsiderare la portata precettiva dell'art. 97 Cost., simboleggiandosi a margine dei recenti strumenti di programmazione industriale la fioritura di un innovativo concetto di efficienza, efficacia e buon andamento che imprime nuovi colori all'*agere* pubblicistico, nella declinazione che esso assume sul piano della pianificazione economica. Da notare che, per volontà dello stesso legislatore eurounitario, il pacchetto meglio conosciuto come *NextGeneration EU*, nonché lo stesso Piano nazionale di ripresa e di resilienza (PNRR), appare traguardare la macchina amministrativa verso un paradigma pubblicistico funzionalizzato al bene comune, nel cui novero si sintetizza il dedalo degli obiettivi sanciti dai *Pillars* dell'Unione europea. Il tutto all'impronta di un sistema (*rectius*, mercato dei servizi)

² CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 3, 2001, 601-650; ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1932. DE DOMINICIS, *Dissesto degli Enti locali, Contenuto, effetti, responsabilità. Teoria e pratica del diritto. Diritto amministrativo*. Giuffrè, Milano, 2000. GRIBAUDO - PATUMI, *I controlli della Corte dei Conti sugli Enti territoriali e gli altri Enti pubblici*, con prefazione di BUSCEMA. Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2020.

³ KLIJN, *Governance and Governance Networks in Europe: An Assessment of 10 years of research on the theme*, *Public Management Review*, vol. 10, n. 4, 2008, 505-525.

equo, compatibile e sostenibile, orientato al benessere della persona, *uti singuli* ed *uti cives*⁴, nonché volto ad assicurare un'economia collaborativa⁵. Emerge, quindi, l'esigenza che le scelte amministrative siano ancor più ponderate rispetto al passato⁶. Il mutato scenario, anche in quanto caratterizzato dalle costanti sfide comunitarie ha, sul versante privatistico, comportato un'opera di costante adeguamento della disciplina settoriale ai parametri sanciti con la Direttiva *Insolvency*⁷, la quale

⁴ Per la portata, sul piano storico, della prefigurazione di una Europa giusta ed unita, si consiglia la consultazione di VICTOR HUGO, Discorso al Congresso della Pace di Parigi, 1849, dove si prospetta l'istituzione degli Stati Uniti d'Europa e, già in tale sede, il primario ruolo del diritto nell'economia per la tutela dei diritti sociali per il benessere comune. Audizione disponibile su http://www.eurohope.eu/eu_ipotesifuturo.htm.

⁵ RAIMONDI, *Mercati, utility: arriva il sistema Totex. Le valutazioni degli analisti*, in *Mercati*, 5 luglio 2021, disponibile su <https://www.bluerating.com/mercato/734296/mercato-utility-arriva-il-sistema-totex-le-valutazioni-degli-analisti>.

⁶ Con la nota riforma Bassanini dapprincipio avviata a mezzo della n. 59/1997 e successive integrazioni e modificazioni, sembrava imperare la necessità di funzionalizzare la macchina amministrativa a logiche di risultato nell'interesse comune.

⁷ Cfr. D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, la cui entrata in vigore è stata prevista gradualmente, ovvero al 15 agosto 2020 salvo gli artt. 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388, entrati in vigore già al 16 marzo 2019. Successivamente, il D.L. 8 aprile 2020, n. 23 ha posticipato l'entrata in vigore al 1 settembre 2021. Ancora, il D.L. 24 agosto 2021, n. 118 ha in seguito disposto l'entrata in vigore del provvedimento al 16 maggio 2022, salvo il titolo II della Parte prima (al 31 dicembre 2023). Da ultimo e salvo eventuali ulteriori proroghe, il D.L. 30 aprile 2022, n. 36 ha rinviato l'entrata in vigore del provvedimento al 15 luglio 2022. Cfr. altresì Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza): "(1) *L'obiettivo della presente direttiva è contribuire al corretto funzionamento del mercato interno nonché eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali, quali la libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento, che derivano dalle differenze tra le legislazioni e procedure nazionali in materia di ristrutturazione preventiva, insolvenza, esdebitazione e interdizioni. Senza pregiudicare i diritti e le libertà fondamentali dei lavoratori, la presente direttiva mira a rimuovere tali ostacoli garantendo alle imprese e agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare a operare, agli imprenditori onesti insolventi o sovraindebitati di poter beneficiare di una seconda opportunità mediante l'esdebitazione dopo un ragionevole periodo di tempo, e a conseguire una maggiore efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, in particolare attraverso una riduzione della loro durata. (2) La ristrutturazione dovrebbe consentire ai debitori in difficoltà finanziarie di continuare a operare, in tutto o in parte, modificando la composizione, le condizioni o la struttura delle loro attività e delle loro passività o di una qualunque altra parte della loro struttura del capitale, anche mediante la vendita di attività o parti dell'impresa o, se previsto dal diritto nazionale, dell'impresa nel suo complesso, come anche apportando cambiamenti operativi. Salvo specifica disposizione contraria del diritto nazionale, i cambiamenti operativi, come la risoluzione o la modifica dei contratti o la vendita o altro atto dispositivo delle attività, dovrebbero rispettare i requisiti generali previsti dal diritto nazionale per tali misure, in particolare il diritto civile e il diritto del lavoro. Qualsiasi conversione del debito in capitale dovrebbe altresì rispettare le garanzie previste dal diritto nazionale. I quadri di ristrutturazione preventiva dovrebbero innanzitutto permettere ai debitori di ristrutturarsi efficacemente in una fase precoce e prevenire l'insolvenza e quindi evitare la liquidazione di imprese sane. Tali quadri dovrebbero impedire la perdita di posti di lavoro nonché la perdita di conoscenze e competenze e massimizzare il valore totale per i creditori, rispetto a quanto avrebbero ricevuto in caso di liquidazione degli attivi della società o nel caso del migliore scenario alternativo possibile in mancanza di un piano, così come per i proprietari e per l'economia nel suo complesso*".

ha postulato la complessiva sistematizzazione della c.d. “crisi d’impresa”⁸. Quest’ultima ha, infatti, abbandonato l’ottica dequalificatoria del *decoctor*, valorizzando il superamento della decozione aziendale⁹, prospettandosi l’intendimento che anche nel settore privatistico il fallimento non integri la soluzione migliore ai fini della tutela del mercato. Dall’altro lato, anche sul versante pubblicistico è recente l’iniziativa volta ad assicurare, attraverso una riforma del settore, che la stessa normativa sul dissesto riesca meglio a garantire il controllo finanziario sugli Enti locali. Basti considerare al riguardo il progetto di legge, n. A.C. 3149, n. 497 del 9 novembre 2021, nonché la costante opera di controllo assolta dalla Corte dei conti, quanto alle variegate criticità emerse in sede di controllo¹⁰: non è stata sufficiente la connaturata “non fallibilità” dello stesso Ente locale ed i rimedi approntati dal Tuel, a sottacere le criticità evidenziate ad opera dai primi commentatori.¹¹ È nella complessiva ottica di ammodernamento della disciplina pubblicistica che nel sistema si è proceduto al superamento della tralatizia impostazione che negava la fallibilità della società pubbliche (all’oggi riconosciuta agli effetti dell’art. all’art. 14 del d.lgs. n. 175/2016)¹². Alla luce di tali considerazioni s’intende, conseguentemente, affrontare la tematica del dissesto degli Enti locali, nelle diversificate forme che esso assume alla luce dell’attuale contesto normativo. È nella trattazione, quindi, delle fasi che ne scandiscono la procedura che verrà posto in evidenza il ruolo del Giudice contabile. Il fenomeno del dissesto degli Enti locali sarà anche vagliato alla stregua di quanto è emerso nella Relazione sulla gestione finanziaria della Corte dei Conti del giugno 2021, nonché tenendo conto delle recenti proposte di riforma del Titolo VIII del d.lgs. n. 267/2000 (Tuel). Il tutto, al fine di descrivere le potenziali inadeguatezze dell’attuale apparato normativo, nella declinata ottica di prevedere nella *rosa rifrangente* dei controlli contabili riservati alle sezioni regionali, maggiori attribuzioni (*ad*

⁸ Per una compiuta disamina della legge n. 147/2021 in tema di crisi d’impresa, ILACQUA, *Profili della crisi d’impresa e dell’insolvenza, Analisi, prospettive e sviluppi*, Giappichelli, Torino, 2022; per una visione interdisciplinare, Cfr. BONFATTI, *La disciplina delle situazioni di crisi degli intermediari finanziari, Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 2021.

⁹ LINARDI, *Il concordato in bianco fra genesi della disciplina del “decoctor” e codice dei contratti pubblici* (nota a Ad. Plen. n. 9/2021), in *Giustizia Insieme*, 3 febbraio 2022. Appare condivisibile la ricostruzione effettuata dall’Autore, dacché nel novero del procedimento di evidenza pubblica (in cui abbia partecipato un operatore economico che abbia presentato istanza di concordato preventivo in bianco), viene posta in risalto l’esigenza di assicurare il controllo del Giudice ancor prima che venga resa l’aggiudicazione.

¹⁰ DORIGO, *Le situazioni di crisi finanziaria degli enti locali: i piani di riequilibrio finanziario pluriennale e la procedura di dissesto guidato*, in CANALE, CENTRONE, FRENI, SMIROLDO, *La Corte dei conti, Responsabilità, contabilità, controllo*, Giuffrè, Milano, 2022, 1309 e ss.

¹¹ DOMINICIS, *Dissesto degli Enti locali, Contenuto, effetti, responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2010, 79 e ss. L’Autore, già in tale sede, rilevava la assenza di strumenti autorizzatori giudiziali, simili a quelli previsti nella disciplina concordataria e fallimentare.

¹² Cfr. art. 14, d.lgs. n. 175/2016, secondo cui “Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39”.

es. l'omologa concordataria¹³), necessari per meglio garantire lo svolgimento delle "fondamentali funzioni costituzionalmente protette"¹⁴ che le stesse quotidianamente svolgono.

2. La procedura di dissesto nel Testo Unico degli Enti locali: premessa generale

L'attuale archetipo normativo contempla un sistema rimediabile che offre risposte differenziate quanto alla crisi finanziaria degli enti locali, articolandosi sotto un triplice piano che risulta graduato in funzione della gravità della crisi finanziaria che di volta in volta viene in rilievo.

A fronte dell'ipotesi del dissesto¹⁵ - quale strumento paradigmaticamente più incisivo, in quanto volto a fronteggiare i casi in cui l'ente locale non sia più in grado di assicurare le funzioni ed i servizi ritenuti indispensabili - si annoverano il cd. dissesto guidato e la procedura di riequilibrio finanziario (cd. predissesto). La fioritura di tali strumenti, ulteriori rispetto allo stesso dissesto, riposa sull'esigenza di assicurare una più ampia rosa di possibilità per gli enti interessati di porre rimedio agli squilibri finanziari in cui essi versano, senza dover incorrere negli effetti che consequenzialmente derivano dalla forma più grave di insolvenza.

Come emerge da un recente studio condotto dalla Camera dei Deputati¹⁶, lo strumento del dissesto ha presentato nel tempo un andamento sinusoidale. A margine dell'elevato numero di casi verificatisi proprio a ridosso dell'approvazione della legge¹⁷, il fenomeno si è poi ridotto negli anni successivi, per poi stabilizzarsi agli inizi del 2000. È considerata meritevole di considerazione la circostanza che

¹³ Cfr. Artt. 180 e ss. Legge fallimentare, R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

¹⁴ Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, Documentazione per l'esame dei progetti di legge. Disposizioni in materia di crisi finanziaria degli enti locali, A.C. 3149, parte prima scheda di lettura, n. 497, 9 novembre 2021,35.

¹⁵ In tema di dissesto, si veda CIVITILLO, *Il dissesto finanziario degli enti locali: profili economico-aziendali*, Milano, Angeli, 2019; TENUTA, *Dissesto e predissesto finanziario negli enti locali: analisi e confronti in un'ottica economico-aziendale*, Milano, Angeli, 2015; GORI, *Il dissesto finanziario negli enti locali: un modello per l'analisi e la prevenzione dei default*, Angeli, 2012; BROSIO, HYMAN, SANTAGATA, *Gli enti locali fra riforma tributaria, inflazione e movimenti urbani: un contributo all'analisi del dissesto della finanza locale*, Ed. della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1978; CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2004, 941 e ss; URSO, *La prevenzione della crisi finanziaria dell'ente locale e la responsabilità da dissesto*, in *Federalismi*, n. 1/2022, 201 e ss.; SUCAMELI, *op. ult. cit.*, 544 e ss.

¹⁶ Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *Studi - Bilancio - Autonomie territoriali e finanza locale - Dissesto e procedura di riequilibrio finanziario degli enti locali*, 21 febbraio 2022, disponibile su <https://temi.camera.it/leg18/temi/dissesto-e-predissesto-finanziario-degli-enti-locali.html>.

¹⁷ Come di qui a breve si vedrà, la figura del dissesto finanziario è stata prevista dapprincipio con l'articolo 25 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 1989, n. 144 e dall'articolo 21 del D.L. 18 gennaio 1993.

ravvisa nell'abbassamento dei casi di dissesto registrati l'effetto dissuasore che ha determinato la normativa in materia.

In siffatto quadro si richiama la legge costituzionale n. 3 del 2001, di modifica del Titolo V, Parte II, della Costituzione, nella parte in cui ha posto il divieto di contrazione di nuovi mutui con oneri a carico dello Stato che, invece, precedentemente assicurava agli amministratori degli enti locali una più adeguata copertura delle perdite su larga scala.

Il venir meno dell'intervento dello Stato sullo stato di salubrità finanziaria degli enti locali ha, conseguentemente, favorito il delinearsi di una maggiore cautela nella gestione delle pubbliche amministrazioni. Meritevole di considerazione appare in materia il differente ruolo che ha assunto il dissesto finanziario a livello nazionale: riscontrandosi un più elevato numero di casi (82,4 %) nell'Italia meridionale, rispetto al settentrione (11,2 %). Le proiezioni iniziali hanno registrato un *revirement*, dacché è tra il 2015 e il 2019 che si nuovamente apprezzata una generalizzata crescita dei casi di dissesto, tanto più nell'arco temporale tra il 2016 e il 2020¹⁸.

3. Il Dissesto

Entrando *in medias res*, la disciplina in tema di dissesto degli Enti locali è contemplata nel Titolo VIII, della Parte II, artt. 244 e ss., dell'Ordinamento finanziario e contabile del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (d'ora innanzi per brevità soltanto "Tuel"), di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (a seguito dell'articolo 25 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 66 e successive modifiche). L'istituto del dissesto finanziario è stato introdotto per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano con l'articolo 25 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 1989, n. 144 e dall'articolo 21 del decreto-legge 18 gennaio 1993.¹⁹ È opinione invalsa sia in dottrina che in giurisprudenza quella secondo cui ai sensi dell'art. 244 Tuel il dissesto configura il rimedio finanziario attivabile nel caso in cui lo stesso Ente non sia più in grado (quindi, non sia in alcun modo nelle condizioni) di svolgere le proprie funzioni e di erogare servizi indispensabili ovvero non sia in grado di assolvere a debiti liquidi ed esigibili²⁰.

¹⁸ Dall'Ufficio Studi della Camera dei Deputati sopra citato emerge il dato di 154 casi di dissesto nel delineato arco temporale.

¹⁹ Oltre alla nota n. 15, sulla ricostruzione storica del dissesto, si consiglia la consultazione di CRISMANI, *Il dissesto finanziario degli enti locali tra tutela dei creditori, diritto ad un tribunale e tutela della finanza pubblica, nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 1/2022*, in *Giustizia Insieme*, 31 marzo 2022. Per una approfondita disamina in materia, si veda DE DOMINICIS, *op.ult. cit.*

²⁰ Il dato normativo reca anche la definizione di Ente locale strutturalmente deficitario (art. 242). Un ente si definisce deficitario quando riflette gravi ed incontrovertibili condizioni di squilibrio da allegare al rendiconto di gestione relativo al penultimo esercizio precedente quello di riferimento, contenente parametri obiettivi che superano di almeno la metà i parametri-obiettivo fissati, insieme alle modalità di compilazione della tabella, dal Ministro dell'interno di concerto con il Ministro

Emerge la storica caratterizzazione dello stato di dissesto, consistente nella cronica situazione di squilibrio finanziario dell'Ente che per la sua oggettiva gravità determina l'incapacità di garantire i servizi indispensabili e di far fronte alle esposizioni debitorie pregresse (a cui non si possa ottemperare con il ricorso alle forme previste dagli articoli 193 e 194 Tuel). Tali considerazioni postulano implicazioni sotto il profilo della natura doverosa, *rectius* "dovuta", della dichiarazione di dissesto da parte dell'Ente interessato, traducendosi in una sorta di "stato di insolvenza" *ex lege* sancita, che genera l'obbligo di autodenuncia²¹. La principale difficoltà nel comprendere quando si ha dissesto finanziario è data dalla mancanza di una precisa definizione normativa di "servizi indispensabili". Essa si può rinvenire nell'art. 37, terzo comma, lett. h), del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504 (Riordino della finanza locale degli enti territoriali), in base al quale i servizi indispensabili sono quelli che rappresentano le condizioni minime di organizzazione dei servizi pubblici locali e che sono diffusi sul territorio con caratteristica di uniformità. Data tale definizione, si ritiene in dissesto finanziario l'ente locale che non riesce a garantire quel livello minimo compatibile con l'esistenza stessa dell'ente, ovvero non riesce a dotarsi di quelle funzioni e quei servizi indispensabili alla sua sopravvivenza. Da ciò ne consegue che un ente non potrà essere dichiarato in stato di dissesto qualora abbia disponibilità per assicurare, oltre le funzioni e i servizi indispensabili, anche altre funzioni e servizi. Un ulteriore caso in cui non potrebbe dichiararsi il dissesto dell'ente, si ha quando l'ente stesso sia in grado di dimostrare di possedere le dovute disponibilità al fine di assicurare

dell'economia e delle finanze con un decreto di natura non regolamentare. Questi enti definiti strutturalmente deficitari vengono sottoposti a controlli volti a prevenire una situazione di definitiva insolvenza. In particolare, gli enti devono certificare che: a) per i Servizi a domanda individuale, il costo complessivo della gestione sia coperto con i relativi proventi tariffari e contributi finalizzati in misura non inferiore al 36%; b) per il Servizio di acquedotto, il costo complessivo della gestione sia coperto con la relativa tariffa in misura non inferiore all'80%; c) per il Servizio smaltimento dei rifiuti solidi urbani, il costo complessivo della gestione sia coperto con la relativa tariffa almeno nella misura prevista dalla legislazione vigente (al 100%). Quando un ente non rispetta i livelli minimi di copertura dei costi prescritti, viene applicata una sanzione pari all'1% delle entrate correnti risultanti dal certificato di bilancio di cui all'art. 161 del penultimo esercizio finanziario precedente a quello in cui viene rilevato il mancato rispetto dei predetti limiti di copertura. La sanzione si applica sulle risorse attribuite dal Ministero dell'interno a titolo di trasferimenti erariali e di federalismo fiscale. Detti enti strutturalmente deficitari, inoltre, sono soggetti alla verifica, da parte della Commissione per la finanza e gli organici degli enti locali, sulla compatibilità finanziaria delle dotazioni organiche e delle assunzioni di personale e alla riduzione della spesa di personale delle società controllate (con esclusione di quelle quotate in borsa). Le criticità che possono derivare dalla procedura sono: - assenza di indicatori *ex ante* «premonitori» di criticità strutturali; - applicazione degli indicatori al rendiconto: nessuna applicazione ai documenti programmatori, tali da evidenziare campanelli di allarme in sede di predisposizione bilancio previsione triennale; - interventi «correttivi» non differenziati per le cause che hanno condotto alla deficitarietà: enti con rigidità strutturale di competenza possono avere problemi differenti da enti con bilanci in equilibrio di competenza ma non di cassa. In altri termini, gli interventi correttivi, essendo prefissati a monte, non consentono di diversificare le "soluzioni" sulla base della composizione dei parametri che sono risultati deficitari; - assenza di un sistema formale di controlli *ex ante* sulle società partecipate e dei loro impatti sui bilanci degli enti; - capacità limitata di intercettare gli squilibri che nel prosieguo possono portare l'ente al predissesto e/o al dissesto.

²¹ DE DOMINICIS, *op.ult. cit.*, 8 e ss.

anche funzioni e servizi non indispensabili.

Dal tenore letterale della disposizione normativa *ex art. 244* se ne ricava, per via logico deduttiva, la regola secondo cui la dichiarazione dello stato di dissesto, attesa la compressione dei diritti dei creditori nei confronti dei quali non decorrono interessi, deve trovare riconoscimento in una situazione che sia oggettivamente riconoscibile. Una situazione tale per cui l'ente non è più in grado di controllare e che sino al momento in cui i servizi previsti dal d.m. del 1993 sono garantiti il dissesto non può essere dichiarato. È agli effetti dell'art. 246, co. 2, Tuel, che si prevede come la deliberazione di dissesto finanziario non è revocabile ed è rimessa alla competenza consiliare, che sul punto delibera allegando alla propria statuizione una relazione espressione dell'organo di revisione economico finanziaria, ricognitiva delle ragioni che hanno determinato il dissesto finanziario. Nel particolare, la stessa deliberazione su richiamata è trasmessa, nei successivi cinque giorni, al Ministero dell'interno ed alla Procura regionale presso la Corte dei conti competente per territorio, unitamente alla relazione dell'organo di revisione (art. 246, co. 2). È, dunque, a seguito del disposto dissesto che viene designato l'organo straordinario di liquidazione, mediante apposito decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro dell'interno che, tra le altre competenze, esercita anche quella consistente nell'accertamento della massa attiva e passiva (artt. 252-256). Conseguentemente alla dichiarazione di dissesto si staglia quella che nella letteratura in materia viene annoverata come la classica ipotesi *ex lege* di separazione di compiti e di competenze tra la gestione pregressa e quella corrente. Dacché, ricadono nei compiti dell'organo straordinario di liquidazione la competenza relativamente ai "*fatti ed atti di gestione*" verificatisi fino al 31 dicembre dell'anno precedente rispetto all'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato. L'organo straordinario di liquidazione provvede, quindi, alla ricognizione della *res* passiva, nonché alla precostituzione e gestione dei mezzi finanziari disponibili ai fini del risanamento e, ad un tempo, alla liquidazione e pagamento della massa passiva. È a seguito della dichiarazione di dissesto che il legislatore ha predefinito specifiche conseguenze (a) sia nei confronti dell'ente (fintantoché non venga disposta l'approvazione del bilancio riequilibrato) (b) sia verso i terzi (c) sia in relazione ai soggetti coinvolti. Ricorrendo, anzitutto, il limite alla contrazione di nuovi mutui, eccezion fatta per ciò che afferisce ai mutui con oneri a carico dello Stato o delle Regioni; nonché rispetto ai mutui per la copertura di spese di investimento strettamente funzionali alla realizzazione di interventi finanziati con risorse provenienti dall'UE o da amministrazioni ed enti nazionali, pubblici o privati (art. 249 Tuel).

Viene, altresì, sancito un generalizzato limite all'impegno delle somme previste nell'ultimo bilancio approvato con riferimento all'esercizio in corso, mentre i pagamenti in conto competenza non possono, su base mensile, essere esorbitanti rispetto al dodicesimo delle rispettive somme impegnabili. Ferme restando quelle stesse spese che non siano suscettibili di pagamento frazionato in dodicesimi (art. 250 Tuel). Ancor più nel dettaglio, successivamente alla declaratoria di dissesto, il Consiglio comunale, ovvero il commissario straordinario, è tenuto a disporre l'aumento, nella

misura massima consentita dalla legge, delle aliquote e delle tariffe di base delle imposte e tasse locali, diverse dalla tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani; la delibera non è revocabile ed ha efficacia per cinque anni (art. 251 Tuel). L'ente è, quindi, tenuto a collocare in disponibilità i dipendenti ove questi siano in soprannumero rispetto alla media derivante dal rapporto dipendenti e la popolazione, come descritta alla stregua del decreto 18 novembre 2020 e per i quali è lo stesso Ministero dell'Interno a garantire un contributo pari al trattamento economico per cinque anni.²² La dichiarazione di dissesto, come dianzi anticipato, esplica effetti anche nei confronti dei terzi, dacché ai sensi dell'articolo 248 (commi 1-4) del Tuel è a far data dalla dichiarazione del dissesto, e fino all'approvazione del rendiconto dell'organo di liquidazione, che il sistema normativo imprime l'esplicito divieto di intraprendere o di proseguire azioni esecutive nei confronti dell'ente per i debiti che rientrano nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione. Si prescrive, inoltre, che le procedure esecutive *de quibus* già pendenti alla data della dichiarazione di dissesto, e per le quali siano scaduti i termini per l'opposizione giudiziale²³ (da parte dell'ente), sono dichiarate estinte d'ufficio dal giudice con inserimento dei relativi cespiti economici nell'ambito della massa passiva dell'importo dovuto a titolo di capitale, accessori e spese, mentre, i pignoramenti eventualmente eseguiti dopo la deliberazione dello stato di dissesto non vincolano l'ente ed il tesoriere.

Quanto agli effetti del dissesto riguardo ai terzi, soccorre l'art. 248, commi 5 e 5-bis, Tuel, che nel ritagliare la disciplina normativa sulla scorta della qualità soggettiva dell'autore, rimette al giudice contabile la verifica della responsabilità degli amministratori in ordine alle ipotesi di danno erariale riscontrate (con dolo o colpa grave) nei cinque anni antecedenti il dissesto stesso. Ricorre, quindi, il divieto per coloro che siano incorsi nella delineata ipotesi responsabilistica di ricoprire, per il successivo decennio, incarichi di assessore, di revisore dei conti di enti locali, nonché di rappresentante di enti locali presso altri enti, istituzioni ed organismi pubblici e privati²⁴. Anche per i sindaci e per i presidenti di provincia che siano ritenuti responsabili *in subiecta materia* lo stesso testo normativo estende specifici divieti, consistenti nella incandidabilità di questi, per un periodo di dieci anni, per cariche omonime a quella rivestita al momento del dissesto, nonché a quella di presidente di Giunta regionale e di membro dei consigli comunali e provinciali, ivi comprese

²² Cfr. Decreto del Ministero dell'Interno del 18 novembre 2020, disponibile su: <https://dait.interno.gov.it/territorio-e-autonomie-locali/documentazione/decreto-del-ministro-dellinterno-18-novembre-2020>.

²³ L'art. 249 Tuel, altresì, annovera nell'ambito del decalogo degli effetti delle procedure esecutive anche l'opposizione che "*benché proposta è stata rigettata*". I debiti insoluti al momento della liquidazione e le somme dovute per anticipazioni di cassa già erogate non producono più interessi né sono soggetti a rivalutazione monetaria. Uguale disciplina si applica ai crediti nei confronti dell'ente che rientrano nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione a decorrere dal momento della loro liquidità ed esigibilità.

²⁴ Allorché, la stessa Corte, valutate le circostanze e le cause che hanno determinato il dissesto, abbia proceduto all'accertamento che lo stesso dissesto sia conseguenza diretta delle azioni od omissioni per le quali l'amministratore è stato riconosciuto responsabile.

le assemblee e dei consigli regionali, del Parlamento e del Parlamento europeo²⁵, restando inteso che, in aggiunta alle disposizioni su richiamate (in tema di divieto di candidabilità *et similia*), si configurano le canoniche forme responsabilistiche che le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti applicano nei confronti degli autori dell'illecito erariale, i cui comportamenti siano stati riconosciuti come eziologicamente considerati come causa del dissesto.

Invero, è prevista una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda dovuta al momento di commissione della violazione. Inoltre, non sono esenti dai profili di responsabilità i revisori dell'ente locale, allorché si rivenga una ipotesi di ritardata o mancata comunicazione degli elementi contabilistici e bilancistici previsti dalla legge, in difetto delineandosi il divieto di ricoprire la medesima carica fino ad un massimo di anni dieci; misura, quest'ultima, da computarsi in relazione alla riscontrata gravità della condotta contestata²⁶. Con l'ipotesi di bilancio riequilibrato è l'amministrazione dell'ente locale ad approntare, una volta dichiarato il dissesto, le modalità per il complessivo raggiungimento del riequilibrio finanziario. Nel particolare, attivando le entrate e riducendo le spese di natura corrente. Agli effetti dell'art. 259 Tuel viene richiesta una compiuta razionalizzazione dell'ente locale, improntata ai canonici criteri di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (riducendo sia tutte quelle ipotesi di spesa che non si traducano nella copertura di servizi pubblici indispensabili sia riorganizzando l'intera dotazione organica). È, dunque, rimessa alla competenza della Commissione per la finanza e gli organici degli enti locali²⁷ la sottoposizione del documento su richiamato all'approvazione del Ministro dell'interno, il quale provvede in tal senso a mezzo di apposito decreto. Il Ministero dispone, quindi, ai sensi dell'art. 261 Tuel le determinazioni per la corretta ed equilibrata gestione dell'ente, mentre secondo l'art. 264 Tuel a seguito dell'intercorsa approvazione ad opera dello stesso Ministero è demandata all'ente locale la relativa approvazione. Va, infine, menzionata la circostanza che la legislazione si occupa anche della durata della procedura di risanamento (art. 265 Tuel) che, infatti, viene indicata in anni cinque

²⁵ I medesimi soggetti ritenuti responsabilità non possono altresì ricoprire *“per un periodo di tempo di dieci anni la carica di assessore comunale, provinciale o regionale né alcuna carica in enti vigilati o partecipati da enti pubblici”*.

²⁶ In tal senso, si prevede che la Corte dei conti trasmette l'esito dell'accertamento anche all'ordine professionale di appartenenza dei revisori per valutazioni inerenti all'eventuale avvio di procedimenti disciplinari.

²⁷ La Commissione per la stabilità finanziaria degli enti locali di cui all'art.155 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n.267, presieduta dal Sottosegretario di Stato pro-tempore con delega per le materie afferenti le autonomie locali e la finanza locale, esercita il controllo centrale sui comuni e sulle province che hanno dichiarato il dissesto finanziario (art. 244 e seguenti TUEL), sui comuni, sulle province e sulle comunità montane strutturalmente deficitari (art. 242 TUEL) e sui comuni e sulle province che fanno ricorso alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale (art. 243 bis TUEL). Ai sensi del sopra citato art. 155 del TUEL e dell'art.5, comma 6, lett. c) del regolamento che disciplina attualmente la Commissione (D.P.R. 8 novembre 2013, n.142), la stessa approva o nega l'approvazione ai provvedimenti in materia di dotazioni organiche e di assunzione di personale, entro novanta giorni dal ricevimento.

decorrenti da quello per il quale viene redatta l'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato. In particolare, dal momento in cui viene assunto il decreto che approva l'ipotesi di bilancio riequilibrato (e per la durata del risanamento), viene meno il divieto di assunzione di mutui per investimento ed emissione di prestiti obbligazionari (art. 266 Tuel)²⁸.

Con riferimento alla tutela dei terzi²⁹ si è recentemente pronunciato il Consiglio di Stato, nella sua più autorevole composizione³⁰; *in brevis* tenuto conto delle censure mosse dalla ricorrente in sede di giudizio per ottemperanza - secondo cui l'articolato impianto normativo sul dissesto non conferirebbe un'appropriata tutela dei creditori (*lesive dei principi in materia di protezione della proprietà e di accesso alla giustizia riconosciuti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo*) - il Collegio ha affermato la piena legittimità della normativa in materia. Si conferma la compatibilità del principio della separazione della gestione ordinaria con il diritto interno ed unionale con riferimento di "*debiti accertati in via giurisdizionale posteriormente, ma riferibili a fatti antecedenti*" per legge riservati alla competenza dell'OSL. Si è intesa valorizzare la tesi invalsa in dottrina secondo cui la funzione dell'OSL sono caratterizzate dalla presenza di "*un proprio statuto informato al principio della par*

²⁸ Ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, comma 5-quater, del D.L. n. 228 del 2021, per le province in dissesto finanziario, che depositino l'ipotesi di bilancio riequilibrato entro la data del 31 dicembre 2022, è la legge da ultimo menzionata che sancisce che il termine di 5 anni per il raggiungimento dell'equilibrio finanziario avrà decorrenza dal 1° gennaio 2023. Tale prescrizione contempla che le province delle regioni ordinarie e della regione Sardegna, nonché i liberi consorzi comunali della Regione siciliana, che si trovino in stato di dissesto finanziario e che dimostrino la propria impossibilità di perseguire l'equilibrio finanziario nel periodo di riferimento dell'ipotesi di bilancio riequilibrato, possono, in forza di apposita relazione della Commissione per la stabilità degli enti locali e del collegio dei revisori dell'ente, mirare al raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro il termine previsto dall'articolo 259, comma 1-ter, del TUEL (5 anni), che decorre tuttavia dal 1 gennaio 2023.

²⁹ Adunanza Plenaria, sentenza, n. 1/2022, disponibile su https://www.astrid-online.it/static/upload/cds_/0000/cds_ad-plen_1_22.pdf; Cfr. COLUCCI, *Dissesto e oneri accessori*, in *Diritto & Conti*, 6 agosto 2021, disponibile su <https://dirittoeconti.it/dissesto-e-oneri-accessori>. I ricorrenti *ab origine* avevano sostenuto l'incostituzionalità dell'art. 252, comma 4, d.lgs. n. 267-2000, nonché dell'art. 5, comma 2, D.L. n. 80-2004, convertito nella L n. 140-2004, in riferimento agli artt. 97 e 117 della Costituzione.

³⁰ La vicenda trae origine dalla rimessione, dalla sezione remittente, all'Adunanza Plenaria, per la "*rimeditazione della questione alla luce dei principi CEDU, in particolare espressi nella sentenza n. 43780/2004 del 24/9/2013 (De Luca c/o Italia), ove la CEDU ha affermato che "l'avvio della procedura di dissesto finanziario a carico di un ente locale e la nomina di un organo straordinario liquidatore, nonché il successivo d.l. n. 80/2004 che impediva i pagamenti delle somme dovute fino al riequilibrio del bilancio dell'ente, non giustificano il mancato pagamento dei debiti accertati in sede giudiziaria, poiché lesive dei principi in materia di protezione della proprietà e di accesso alla giustizia riconosciuti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ne consegue l'obbligo per lo Stato di appartenenza di pagare le somme dovute dagli enti locali nei termini e secondo le modalità prescritte dalla convenzione"*. Nel dettaglio, si chiedeva al giudice amministrativo, in veste plenaria, ripensare alla "*disciplina normativa sul dissesto, basata sulla creazione di una massa separata affidata alla gestione di un organo straordinario, distinto dagli organi istituzionali dell'ente locale, e sul principio secondo cui tutte le poste passive riferibili a fatti antecedenti al riequilibrio del bilancio dell'ente vanno attratte alla predetta gestione, benché il relativo accertamento (giurisdizionale o amministrativo) sia successivo.*"

*condicio creditorum e alla tutela della concorsualità, da presidiarsi proprio da detto organo quale “dominus esclusivo della peculiare procedura finalizzata al risanamento dell’ente”, il quale nel tempo ha assunto una propria specificità, connotandosi sempre più quale organo sostitutivo di quelli ordinari dell’ente, titolare di elevati poteri organizzatori*³¹. Nel delineato ambito si afferma che le poste creditorie sorte antecedentemente al dissesto non possono confluire nell’alveo della gestione ordinaria dell’Ente (“portati ad esecuzione direttamente nei confronti dell’Ente comunale”); diversamente si violerebbero le *guarentige* preposte a tutela della stabilità dello stesso Ente locale, tanto in contrasto con “la stessa ratio e lo scopo della gestione liquidatoria”. Così pregiudicando le “funzioni ordinarie del Comune, prima che esso torni ad uno stato di riequilibrio finanziario, mettendo a rischio l’esercizio delle stesse funzioni e dei servizi fondamentali svolti dal Comune, che non potrebbe sostenere sul piano finanziario i costi di tali funzioni e servizi, essendo di fatto in uno stato di insolvenza.”³².

L’Adunanza Plenaria esclude, in definitiva, che possa ritenersi sussistente un contrasto fra la normativa nazionale sul dissesto ed i principi della CEDU, negandosi che possa configurarsi alcuna ipotesi di espropriazione sostanziale dei crediti dei privati, né alcuna stasi *sine die* delle azioni esecutive intraprese. A tanto si giunge anche facendo ricorso ad esperienze pregresse come accaduto nella gestione commissariale del Comune di Roma³³ ricorrendo anche “in una procedura concorsuale – tipica di stato di dissesto – una norma che ancori ad una certa data il fatto o l’atto genetico dell’obbligazione è logica e coerente, proprio a tutela dell’eguaglianza tra i creditori, mentre la circostanza che l’accertamento del credito intervenga successivamente è irrilevante ai fini dell’imputazione (...) anche all’esito di una procedura giudiziaria di durata non prevedibile”³⁴. Non da ultimo, il Consiglio di Stato rileva come anche in seno alla gestione liquidatoria sono previsti tutti quei presidi in grado di “plasmare l’interesse dei creditori dell’Ente i cui crediti siano confluiti nella Gestione liquidatoria”. Basti considerare, tra le altre cose, i contributi dello Stato per il pagamento dell’indebitamento pregresso in rapporto alla popolazione dell’ente dissestato (artt. 4 e 21 d.l. n. 8-1993)³⁵.

³¹ Cfr. CRISMANI, *Il dissesto finanziario degli enti locali tra tutela dei creditori, “diritto a un tribunale” e tutela della finanza pubblica* (nota a Cons. Stato, Adunanza Plenaria n. 1/2022), cit.; v. VINCIGUERRA, *Riconoscimento dei debiti fuori bilancio nei Comuni in dissesto: il parere della Corte dei conti* (deliberazione Sezione Autonomie n. 12/2020), in *lentepubblica.it*

³² Spiega l’Adunanza, infatti, nel senso che in difetto di detta separazione si determinerebbe un pregiudizio per l’Ente ove “in essa confluissero debiti sostanzialmente imputabili alle precedenti gestioni amministrative (che sono state a tal punto fallimentari da determinare il dissesto dell’ente), in modo da garantire, per il futuro, la sostenibilità finanziaria del bilancio ordinario”.

³³ Cfr. art. 4, comma 8-bis, ultimo periodo, D.L. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito, con modificazioni, in L. 26 marzo 2010, n. 42). Cfr. Corte costituzionale, 21 giugno 2013, n. 154, avente ad oggetto le prescrizioni normative in tema di obbligazioni rientranti nella gestione commissariale del Comune di Roma.

³⁴ Cfr. Adunanza Plenaria, n. 1/2022, citata, pagina 9.

³⁵ Ciò anche grazie all’introduzione di cause di prelazione dei crediti, nonché nelle attribuzioni

4. Il dissesto guidato e la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale (c.d. predissesto)

4.1 Il dissesto guidato

Come si è visto nelle premesse, l'Ordinamento giuridico ha contemplato strumenti ulteriori rispetto alla dichiarazione di dissesto, i quali rispondono a logiche ed a presupposti di operatività differenti, e nel cui novero spicca il decisivo ruolo assunto dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti nella prefigurazione della necessità di attivare la procedura di “dissesto guidato” ovvero quella di riequilibrio finanziario *ex art. 243-bis Tuel*³⁶. Il dissesto guidato, contemplato per la prima volta nell'Ordinamento giuridico a seguito dell'introduzione dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 149, trova inquadramento allorché siano accertati comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria, violazioni degli obiettivi della finanza pubblica allargata e irregolarità contabili o squilibri strutturali del bilancio dell'ente locale in grado di provocarne il dissesto finanziario. Nel delineato quadro, la Corte dei conti assegna all'ente un termine ai fini dell'adozione delle misure correttive, assunte agli effetti dell'art. 243-bis Tuel con apposita delibera, ed in quanto necessarie per ripristinare il complessivo equilibrio finanziario dell'ente locale. Quindi, le sezioni regionali di controllo della Corte verificano il rispetto e l'osservanza delle disposte misure nel termine *ab origine* assegnato. Tanto in caso di mancata adozione degli interventi richiesti nel termine assegnato, quanto nell'ipotesi di inidoneità delle misure assunte rispetto all'esigenza di perseguimento dell'equilibrio finanziario dell'Ente, il Giudice contabile trasmette gli atti al Prefetto, nonché alla Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica, il quale, in caso di perdurante inadempimento dell'ente locale ed ove permangano le descritte condizioni di grave squilibrio, dispone l'assegnazione di un nuovo termine (non superiore a venti giorni) per procedere alla dichiarazione di dissesto; è nella protratta inerzia dell'Ente locale che viene designato un commissario per la declaratoria dello stato di dissesto, con conseguente avvio della procedura che *ex lege* contempla lo scioglimento del

all'organismo di liquidazione della predisposizione del piano di rilevazione dei debiti. Nell'affermazione, quindi, che la disciplina in tema di dissesto finanziario degli Enti locali sembrerebbe assumere “*una fisionomia analoga al fallimento privatistico, il quale, come è noto, non è sottoposto a termini finali certi senza che, per questo, si sia dubitato della sua legittimità costituzionale*”, si rinviene la conferma circa la piena compatibilità dello statuto del dissesto rispetto ai principi costituzionali ed eurounitari.

³⁶ Sul punto v. SUCAMELI, *La crisi dell'equilibrio del bilancio dell'Ente Locale: blocco della spesa, piani di riequilibrio e dissesto*, in TENORE - NAPOLI, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei Conti*, Cap. VI (parte II), Esi, Napoli, 2020, 564 e ss.; DORIGO, *Le situazioni di crisi finanziaria degli enti locali: i piani di riequilibrio finanziario pluriennale e la procedura di dissesto guidato*, in CANALE - CENTRONE - FRENI - SMIROLDO (a cura di), *La Corte dei Conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Giuffrè, Milano, 2022, 1309 e ss.

consiglio dell'ente ai sensi dell'art. 141 del TUEL.

Nell'attuale paradigma normativo la procedura di dissesto guidato ha, inoltre, previsto agli effetti dell'art. 11, comma 6, lett. c), del codice di giustizia contabile, d.lgs. n. 174/2016 l'impugnazione delle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo³⁷, dapprima affermata dalla stessa giurisprudenza contabile nell'interpretazione estensiva dell'art. 243-quater, comma 5, Tuel (in tema di deliberazioni di diniego al piano di riequilibrio finanziario pluriennale ovvero al fondo di rotazione), anche in riferimento ai provvedimenti assunti ai sensi dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 149/2011³⁸. È, peraltro, in tale occasione che le stesse sezioni riunite³⁹ hanno evidenziato come i provvedimenti dalle stesse assunti ricadano anch'essi nel novero della magistratura speciale, quindi, non devolvibili ad altro giudice in diversa composizione (Corte costituzionale, sentenza 23 luglio 2015, n. 181)⁴⁰. Come rilevato dalla sezione delle autonomie della Corte dei Conti⁴¹, è ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 149/2011 che viene prevista l'estensione della responsabilità da dissesto nei casi in cui vengano in rilievo *“comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria, violazioni degli obiettivi della finanza pubblica allargata e irregolarità contabili o squilibri strutturali del bilancio dell'ente locale in grado di provocarne il dissesto finanziario”*. La norma si colloca al centro della necessità di integrare le originarie previsioni che legittimavano lo scioglimento del Comune soltanto nel caso previsto dall'art. 141,

³⁷ DORIGO, L'accertamento delle irregolarità finanziarie ex L. 213/2012: inquadramento e casistica giurisprudenziale, in TENORE - NAPOLI, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei Conti*, Cap. VI (parte D), Esi, Napoli, 2020, 472 e ss.; Id, *Le situazioni di crisi finanziaria degli enti locali: i piani di riequilibrio finanziario pluriennale e la procedura di dissesto guidato*, in CANALE - CENTRONE - FRENI - SMIROLO (a cura di), *La Corte dei Conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Giuffrè, Milano, 2022, 1334-1335.

³⁸ GRIBAUDO, PATUMI, *op. ult. cit.*, 215-216.

³⁹ Sentenza 12 giugno 2013, 2/EL; vedi anche Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale (in speciale composizione), sentenza 30 luglio 2014 n.29 (Consiglio regionale dell'Emilia-Romagna c/o Sezione Regione di controllo) con cui si annulla Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, 8 maggio 2014, n. 120. È impugnabile dinanzi alle Sezioni riunite giurisdizionali (in speciale composizione) della Corte dei conti la pronuncia con la quale la sezione regionale di controllo della Corte dei conti abbia dichiarato irregolari i rendiconti dei fondi erogati, a carico del bilancio del consiglio regionale, ai gruppi consiliari del consiglio medesimo. Il sistema di controllo delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti sui rendiconti dei gruppi consiliari dei consigli regionali trova applicazione dall'esercizio finanziario 2013 e, pertanto, sono escluse dal controllo le spese impegnate dai gruppi nell'esercizio 2012, ancorché il procedimento di spesa si sia concluso nel 2013. Il controllo sui rendiconti dei gruppi consiliari dei consigli regionali di competenza delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti si svolge secondo i criteri previsti nelle linee guida deliberate dalla Conferenza Stato-regioni (recepite con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri) ed è limitato ai profili della veridicità dei rendiconti e della riconducibilità delle spese all'attività istituzionale dei gruppi consiliari; pertanto, sono legittime le spese di studio, ricerca e informazione, strumentali all'attività politica dei gruppi consiliari, come quelle concernenti: l'acquisto di un sistema di documentazione giuridica, l'acquisto di una rassegna stampa, l'acquisto di quotidiani, l'attività di consulenza prestata da una fondazione, le collaborazioni esterne (purché congruamente motivate) e quelle per la stampa e la spedizione di pubblicazioni e periodici. Disponibile su <http://www.amministrativamente.com/index.php/formez/article/view/11970>.

⁴⁰ GRIBAUDO - PATUMI, *op. ult. cit.*, 214.

⁴¹ Deliberazione 26 gennaio 2012, n. 2/QMIG.

comma 4, Tuel, ossia nella ipotesi di mancata approvazione del bilancio di previsione⁴² ovvero dalla mancata adozione degli strumenti di riequilibrio⁴³. La procedura scandita secondo le previsioni di cui all'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 149/2011 trova espressione in tre momenti essenziali. Il primo di essi consiste nella formulazione di un giudizio teso all'accertamento di una situazione finanziaria deficitaria "*in grado di provocare il dissesto finanziario e lo stesso ente*", nonché nella verifica circa l'adozione, o meno, delle misure correttive impartite all'Ente locale⁴⁴. La seconda fattispecie è quella in cui il giudice contabile accerta il protratto mancato adeguamento alle misure correttive e, quindi, la permanenza dei requisiti per la declaratoria di dissesto. Mentre, con la terza deliberazione si procede d'ufficio alla declaratoria di dissesto con conseguente scioglimento dell'ente.⁴⁵ È interessante notare come è la stessa legge che, nel rispetto del principio di separazione dei poteri, preveda ai sensi dell'art. 148-bis, Tuel, il deferimento agli stessi Enti locali "*l'obbligo di adottare (...) i provvedimenti idonei a rimuovere le irregolarità e a ripristinare gli squilibri di bilancio*"⁴⁶. Per completezza di esposizione, si richiama anche l'ulteriore ipotesi in cui l'Ente locale versi in una situazione di criticità strutturale ai sensi dell'art. 242 Tuel.⁴⁷ In presenza di tali condizioni l'amministrazione è assoggettata a talune limitazioni ed ai controlli previsti dall'art. 243 Tuel⁴⁸.

4.2 La procedura di riequilibrio finanziario pluriennale (c.d. predissesto)

Differentemente dal dissesto guidato - che, come abbiamo appena visto si caratterizza in forza della considerazione che l'impulso ad adottare le misure rimediali per scongiurare il dissesto vero e proprio promana dalla Corte dei conti - è nell'ipotesi

⁴² Art. 141, comma 1, lettera c), Tuel.

⁴³ Art. 193, comma 4, Tuel.

⁴⁴ Corte dei Conti, SS.RR. Speciale composizione, 12 giugno 2013, n. 2/EL.

⁴⁵ GRIBAUDO - PATUMI, *op. ult. cit.*, 212.

⁴⁶ Id, *op. ult. cit.*, 213.

⁴⁷ Id, *op. ult. cit.*, 208 e ss.

⁴⁸ Infatti, ai sensi dell'art. 243 Tuel, come riformulato ai sensi dell'art. 48 del d.l. 26 ottobre 2019, n. 124, conv. in legge 19 dicembre 2019, n. 157, si estende il regime dei controlli che non hanno approvato nei termini previsti il rendiconto, nonché a quelli che non lo abbiamo trasmesso alla banca dati delle amministrazioni pubbliche entro giorni trenta. Anzitutto, si prevedono delle verifiche di compatibilità finanziaria quanto alle dotazioni organiche e sul reclutamento del personale, ad opera della Commissione ministeriale ai sensi dell'art. 3, comma 7, d.l. n. 174 del 2012, convertito in legge n. 231 del 2012. Altresì, è necessaria una certificazione, da predisporre assumendo come parametro di riferimento un decreto del Ministro dell'Interno, in cui lo stesso Ente comprovi la compatibilità (da intendersi nel senso di copertura finanziaria) del costo di alcuni servizi (a domanda individuale; asili nido; acquedotto; smaltimento dei rifiuti), mentre in caso di nuovi affidamenti alle società partecipate, si richiede la possibilità di prevedere negoziabilmente la riduzione delle spese di personale. Tale forma di controllo, inoltre, è previsto per effetto dell'art. 243, comma 7, Tuel, anche agli Enti dissestati. Cfr. GRIBAUDO - PATUMI, *op. ult. cit.*, 208 e ss. 208 e ss.

del predissesto che l'ente assume una propria autonomia quanto all'avvio di un piano di riequilibrio finanziario⁴⁹. Nell'istituto in esame⁵⁰ la relativa procedura avviene su impulso dello stesso Ente, delineandosi il *favor* del legislatore in ordine ad iniziative che comprovino decisioni di autogoverno improntate all'ottica della stabilità. Il tutto, purché esse avvengano fintantoché non siano stati imposti dalla Corte dei conti i termini per l'adozione delle misure correttive previste agli effetti dell'articolo 6, comma 2, del d.lgs. n. 149 del 2011. È in forza degli articoli 243-*bis* e seguenti del Tuel⁵¹ che l'Ordinamento giuridico ha conosciuto il procedimento di riequilibrio finanziario pluriennale (cd. predissesto), volto ad evitare che i comuni e le province che si trovino in una situazione di squilibrio strutturale del bilancio incorrano in dissesto finanziario. La disposizione in commento presenta natura tipica, in quanto prevista *ab initio* dal legislatore, oltreché funzione rimediale, assumendo valenza anticipatoria rispetto alla più penetrante criticità finanziaria (dissesto).⁵²

In particolare, il c.d. predissesto è trapiantato verso quelle amministrazioni che si trovino in condizioni di squilibrio significativo, in grado di determinarne il dissesto finanziario. Non potendosi, inoltre, rinvenire negli strumenti sanciti agli effetti degli artt. 193 e 194 Tuel la chiave per il superamento dell'intercorso squilibrio finanziario. Con l'espressione "*squilibrio finanziario*" si suole designare l'inidoneità dell'Ente locale di ottemperare alle proprie obbligazioni in conseguenza della scarsità delle risorse disponibili per la copertura delle spese. Si parla di una incidenza tale da postulare l'insorgenza di un *deficit* (da disavanzo di amministrazione o da debiti fuori bilancio) il cui ripianamento è possibile soltanto attraverso il ricorso a fattori esogeni,

⁴⁹ SUCAMELI, *La crisi dell'equilibrio del bilancio dell'Ente Locale: blocco della spesa, piani di riequilibrio e dissesto*, in TENORE - NAPOLI, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei Conti*, Cap. VI (parte II), Esi, Napoli, 2020, 566 e ss.;

⁵⁰ Quanto alla normativa intercorsa in materia si evidenzia come la procedura di predissesto sia stata prevista nel 2012. Detta disciplina è stata poi integrata e modificata a seguito di diversi interventi normativi. Dapprincipio è stata sostanzialmente rivista l'impianto regolamentare al fine di consentire agli enti locali di rimodulare i precedenti piani di riequilibrio già attivati. Ad esempio, e senza pretesa di esaustività, si segnala l'articolo 1, comma 714 della legge n. 208/2015 il quale ha confermato la possibilità di rimodulazione dei piani di riequilibrio entro il 31.05.2017 allorché gli enti locali non avessero ancora approvato il rendiconto 2014 ed effettuato il "*riaccertamento straordinario dei residui*" previsto dall'articolo 3 del decreto legislativo n. 118/2011 in tema di contabilità armonizzata. Detta disposizione è stata assoggettata a giudizio di costituzionalità, conclusosi con la sentenza n. 18 del 2019 che ha dichiarato incostituzionale il comma 714 su richiamato. Anche la successiva sentenza n. 115 del 2020 ha dichiarato l'incostituzionalità del comma 2-ter del citato articolo 38 del D.L. n. 34/2019 che, infatti, prescriveva la riproponibilità del piano di riequilibrio da parte degli enti locali, in chiave di adeguamento alla normativa vigente in forza della statuizione (sentenza n. 18 del 2019) precedentemente intercorsa. Mentre, è grazie al D.L. n. 17 del 2022 (art. 27, commi 3 e 4) che sono stati previsti stanziamenti per 22,6 milioni di euro per l'anno 2022 in favore degli Enti con procedura di riequilibrio finanziario pluriennale a date condizioni in esso espressamente previste.

⁵¹ Come si è già detto, tali disposizioni sono state inserite dal D.L. n. 174 del 2012.

⁵² Il procedimento di riequilibrio finanziario, inoltre, restituisce all'Ente locale la propria responsabilità politica e gestionale, nell'ottica dell'assunzione di ogni percorso amministrativo utile al risanamento delle casse dell'Ente stesso. Peraltro, è grazie all'istituto del predissesto che gli amministratori locali scongiurano l'imperversare dell'intervento commissariale, fermi restando i necessari controlli rimessi *ex lege* alla Corte dei conti.

quali ad esempio finanziamenti, rinegoziazioni o rimodulazioni, *et similia*. Anche la deliberazione di avvio della procedura di riequilibrio finanziario *ex art. 243-bis Tuel* è rimessa alla competenza consiliare dell'Ente locale, che andrà trasmessa entro giorni cinque dalla sua adozione alla sezione regionale della Corte dei conti competente, nonché al Ministero dell'interno. Detta procedura partecipa dei caratteri propri del dissesto, laddove ai sensi dell'*art. 243-bis*, commi 1 e 3, Tuel, le procedure esecutive intraprese nei confronti dell'amministrazione interessata sono sospese a far data dal momento in cui viene impressa l'esecutività alla medesima deliberazione consiliare, e fino alla data di approvazione ovvero di diniego di approvazione del piano di riequilibrio pluriennale (riservata alla cognizione della Corte dei Conti in funzione regionale di controllo). È, quindi, da tale momento (esecutorietà della deliberazione dell'Ente) che la legge fa decorrere l'ulteriore termine di giorni novanta rimesso al Consiglio per l'assunzione della deliberazione del piano di riequilibrio pluriennale (la cui durata è compresa tra quattro e venti anni). Il tutto, peraltro, equipaggiato dal necessario parere dell'organo di revisione economico-finanziario⁵³. Il piano di riequilibrio deve contenere tutte le misure necessarie a superare lo squilibrio. Il ricorso alla procedura di riequilibrio finanziario è consentito alla sola condizione che la criticità finanziaria dell'Ente locale (nelle diverse componenti in cui essa si articola) non arrechi pregiudizio alla rituale attività di gestione amministrativa (necessaria per l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili). Si richiede che tale accertata criticità finanziaria sia, comunque, superabile secondo un'ottica temporale sancita agli effetti dell'*art. 243-bis*, comma 6, TUEL. È, in definitiva, a margine della deliberazione del piano di riequilibrio che andrà disposta la trasmissione di esso, nei dieci giorni successivi, alla Commissione per la finanza e gli organici degli enti locali⁵⁴, nonché alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti; quest'ultima ne dispone l'approvazione o il diniego nei trenta giorni successivi, secondo quanto scandito agli effetti dell'articolo *243-quater*, Tuel⁵⁵. È nella delibe-

⁵³ Lo stesso testo legislativo prescrive, altresì, che la durata massima del Piano di riequilibrio è disposta in conseguenza del rapporto tra le passività da ripianare e l'ammontare degli impegni di cui al titolo I Tuel della spesa del rendiconto dell'anno precedente a quello di deliberazione del ricorso alla procedura di riequilibrio o dell'ultimo rendiconto approvato.

⁵⁴ Cfr. art. 155 Tuel, in cui si prevede che la Commissione nel termine di sessanta giorni dalla data di presentazione del piano, svolge la necessaria istruttoria anche sulla base delle Linee Guida deliberate dalla sezione delle autonomie della Corte dei conti. All'esito dell'istruttoria, quindi, la stessa Commissione redige una relazione finale, poi, trasmessa alla Corte dei conti.

⁵⁵ Secondo l'articolo 17, comma 2, del D.L. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni) s'intendono sospesi i termini di legge per l'attuazione del dissesto guidato nei casi sopra indicati fino alla data del 30 giugno 2021, per gli enti locali che abbiano presentato un piano di riequilibrio in data successiva al 31 dicembre 2017 e fino al 31 gennaio 2020 o abbiano rimodulato o riformulato il Piano nel medesimo periodo. Inoltre, occorre precisare che l'Ente che abbia attivato il procedimento di riequilibrio pluriennale è legittimato ad avvalersi dell'anticipazione contemplata ai sensi dell'articolo *243-ter*, Tuel. Trattasi di una forma di intervento di derivazione statale, a valere sul Fondo di rotazione onde garantire la stabilità finanziaria degli enti locali ed i cui massimali sono predefiniti *ex lege*. Resta inteso che in tal caso è lo stesso Ente chiamato ad approntare taluni accorgimenti meglio descritti dall'articolo 243-bis (che si sostanziano nel contenimento dei costi per il personale, per prestazioni di servizi e di trasferimenti, nonché nel blocco dell'indebitamento).

razione 2 ottobre 2013, n. 22/OMIG che la sezione delle autonomie della Corte dei conti ha confermato quanto già indicato precedentemente (deliberazione 26 marzo 2013, n. 11) e, quindi, che la scadenza del termine prescritto ai sensi dell'art. 243-bis, comma 5 - in quanto perentorio e sottratto alla discrezionalità dispositiva dell'Ente locale - ha come effetto di determinare (in caso di mancata approvazione del piano di riequilibrio): (a) l'impossibilità da parte dell'Ente stesso di disporre la revoca della deliberazione con cui si è fatto ricorso alla procedura di riequilibrio e (b) l'obbligo di adottare gli atti finalizzati alla dichiarazione di dissesto (quale conseguenza del termine non superiore a venti giorni, assegnato al Consiglio comunale dal Prefetto, ai sensi dell'art. 243-*quater*, comma 7, Tuel)⁵⁶. È, inoltre, lo stesso articolo 243-*bis*, Tuel, a sancire che in forza di un nuovo mandato elettivo ove il precedente piano di riequilibrio non sia stato ancora approvato ovvero denegato da parte della Corte dei conti, resta salva la possibilità di rimodulazione di esso, purché sia presentata una proposta entro i sessanta giorni successivi alla data in cui ha avuto luogo la sottoscrizione della relazione di inizio mandato, ex art. 4-bis, comma 2, d.lgs. n. 149/2011. Quanto alle modalità operative di predisposizione del piano di riequilibrio, è la stessa legge a prevedere che in tal sede l'Ente locale è tenuto a disporre la ricognizione dei debiti fuori bilancio ai sensi dell'art. 194 Tuel, potendo per il finanziamento ex art. 243-bis, comma 7, Tuel, anche avvalersi di un "*piano di rateizzazione, della durata massima pari agli anni del piano di riequilibrio, compreso quello in corso, convenuto con i creditori*". Inoltre, appare d'interesse quanto affermato dalla stessa Corte dei conti, intervenuta in speciale composizione (sentenze 16 aprile 2014, n. 10/EL e 11 novembre 2014, n. 37/EL)⁵⁷: "*la mancata previsione ed allegazione di un idoneo accordo con i creditori costituisce un indice dell'inattendibilità del piano di riequilibrio, rinviando ad eventi futuri ed incerti la possibilità di ristrutturazione del debito*". In ciò, pertanto, distinguendosi la procedura in parola, rispetto a quella concordataria che, come si vedrà in sede conclusiva, appronta (anche nel nuovo Codice della crisi d'impresa) maggiori garanzie di sostenibilità finanziaria dei programmi di riparto⁵⁸. Tanto è del resto, imposto dalla stessa Direttiva *Insolvency* che sembra orientare lo statuto privatistico delle procedure concordatarie verso una sorta di marginalizzazione dell'originaria figura del c.d. *decoctor*, affermando che: "*la presente direttiva dovrebbe stabilire norme minime riguardo al contenuto del piano di ristrutturazione... Gli Stati membri tuttavia dovrebbero poter esigere ulteriori precisazioni nel piano di ristrutturazione*"⁵⁹. Non secondariamente, dev'essere evidenziato come a seguito dell'avvio del procedimento di riequilibrio finanziario è

⁵⁶ GRIBAUDO - PATUMI, *op. ult. cit.*, 182.

⁵⁷ *Id.*, *op. ult. cit.*, 184.

⁵⁸ Per una panoramica, Cfr. TERRANOVA, *Le procedure consorsuali*, Giappichelli, Torino, 2019; IALACQUA, *Profili della crisi d'impresa e dell'insolvenza, analisi, prospettive e sviluppi, ristampa aggiornata alla legge di conversione n. 147/2021 ed alla giurisprudenza al dicembre 2021*, Giappichelli, Torino, 2022; BONFATTI, *La disciplina delle situazioni di crisi degli intermediari finanziari*, 436, *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 2021.

⁵⁹ Cfr. 42^a Considerando della Direttiva 2019-1023 UE.

lo stesso Ente locale a subire una contrazione della propria capacità amministrativa e contrattuale (come accade ad esempio nel caso in cui ci si avvalga del fondo di rotazione ex art. 243-ter, Tuel) pur a fronte di elevati margini di reperimento delle risorse finanziarie necessarie al superamento della crisi. Alla stregua, infatti, dell'art. 243-bis, comma 8, lettera a), si prevede per la durata del piano di riequilibrio la possibilità di aumentare le aliquote o le tariffe dei tributi locali anche nella misura massima consentita, in deroga alle limitazioni eventualmente sussistenti in materia della normativa vigente; altresì, è prevista la possibilità di ricorrere alla assunzione di mutui per la copertura di debiti fuori bilancio afferenti a spese di investimento, anche in tal caso in deroga a quanto previsto dall'art. 204, comma 1, Tuel⁶⁰. La tematica relativa alla possibilità di avvalersi dei proventi derivanti dalla dismissione di immobili o di partecipazioni societarie, al fine della copertura dei disavanzi correnti, è stata affrontata dalle sezioni delle autonomie locali⁶¹, ammettendo “*la finanziabilità dell'intera massa passiva*”⁶². Alcune pronunce⁶³ hanno ritenuto percorribile lo strumento della dismissione immobiliare soltanto nel caso in cui sia stato chiesto l'accesso al fondo di rotazione; secondo altre opzioni ermeneutiche⁶⁴ tutto ciò sarebbe possibile “*anche nella mera procedura di riequilibrio*”⁶⁵.

Le stesse sezioni regionali di controllo hanno riscontrato il frequente ricorso degli Enti dissestati ai rimedi di cui all'art. 256, comma 7, Tuel, introdotto a seguito dell'art. 7, d.l. 29 marzo 2004, n. 80, convertito con modificazioni in legge 28 maggio 2004, n. 140, tanto da profilare la scarsa attendibilità dei programmi finanziari degli Enti locali e da questi approntati per la fuoriuscita dal dissesto ex art. 244 Tuel e ss. Qualora, infatti, l'Ente dissestato sia impossibilitato a far fronte alle proprie necessità con la massa attiva ovvero con altre risorse altrimenti rimediabili, si delinea la previsione di cui all'art. 256, comma 12, Tuel⁶⁶ di ricorrere alle misure straordinarie ivi previste. L'intreccio dei due istituti (piano di riequilibrio finanziario e dissesto) non è apparso del tutto coerente rispetto alle funzioni topiche cui gli stessi mirano.⁶⁷ La differenziazione di tali strumenti viene in rilievo (a) sia in relazione al dato temporale in cui intervengono (b) sia in funzione del grado di criticità finanziaria che presenta l'ente. Per tale ragione, le Sezioni in Speciale composizione⁶⁸ hanno

⁶⁰ GRIBAUDO - PATUMI, *op. ult. cit.*, 185.

⁶¹ Deliberazione n. 13/2014/QMIG.

⁶² Così GRIBAUDO - PATUMI, *op. ult. cit.*, 185.

⁶³ Corte dei conti, sezione regionale controllo, Lombardia, 23 marzo 2017, n. 81/PAR.

⁶⁴ Corte dei conti, sezione regionale controllo, Liguria, deliberazione 27 giugno 2014, n. 43; Corte dei conti, sezione controllo Lombardia, deliberazione 17 dicembre 2013, n. 545/PRSP.

⁶⁵ Così GRIBAUDO - PATUMI, *op. ult. cit.*, 186.

⁶⁶ L'art. 15-bis, l. n. 160/2016 di modifica dell'art. 256, c. 12, TUEL. contempla la possibilità che in caso di massa attiva incapiente, tale da pregiudicare il risanamento dell'ente il Ministro dell'interno può stabilire misure straordinarie per il pagamento integrale della massa passiva della liquidazione, anche in deroga alle norme vigenti, in questo caso senza oneri a carico dello Stato.

⁶⁷ Cfr. Corte dei conti, Del. n. 101/2021PRSP.

⁶⁸ Corte dei Conti, Speciale composizione, Sentenza n. 32/2020; n. 7/2020/RG del 05.05.2020.

rilevato che “*permangono forti criticità nella gestione della procedura in particolare per un forte intreccio tra i due istituti accentuato dai numerosi interventi del legislatore sull’impianto originario*”⁶⁹. Il dibattito è, quindi, sorto anche in relazione alla discrezionalità che la legge riserva all’Ente locale, nel novero di un sistema normativo non sempre compiuto ed organico⁷⁰. A fronte dell’impossibilità di ricorrere ai canonici presidi indicati agli effetti degli artt. 193 e 194 Tuel - e, comunque, entro i limiti previsti dall’art. 162 Tuel (bilancio di previsione) - emerge come la scelta fra Piano di riequilibrio e dissesto si ricava dall’affermazione per cui “*solo in presenza delle condizioni per ripristinare una situazione di “sostenibilità finanziaria”⁶⁴ ed estinguere la massa passiva nell’arco temporale previsto dal legislatore*”⁷¹. Soltanto in presenza di un’effettiva “*capacità delle poste di generare flussi di cassa in grado di garantire la regolarità dei pagamenti*”⁷² può farsi ricorso al PRF.⁷³

Sul piano responsabilistico, la Corte dei conti ha negato che la condotta contestata agli amministratori possa escludersi in funzione della possibilità di procedere con il Piano di riequilibrio, in tal modo confermando che la scelta di preferire l’una procedura rispetto all’altra, è un’attività discrezionale dell’Ente, insindacabile e soprattutto irrilevante ai fini del giudizio di conto.⁷⁴ Si ritiene corretta l’interpretazione secondo cui in presenza delle condizioni per l’attivazione del Piano di riequilibrio, residuino profili responsabilistici allorché gli amministratori non vi abbiano fatto ricorso, nella misura in cui la predetta scelta abbia aggravato lo stato di criticità finanziaria dell’Ente locale, come affermato nel Decreto n. 16/2020 della sezione giurisdizionale per la Regione Sicilia⁷⁵.

I problemi ancora aperti sembrano confermare l’attualità di quanto, ancor prima dell’adozione del Tuel, la dottrina giuridica rilevava in merito: “*i principi di universalità, ufficiatà e concorsualità, tipici del fallimento, non riguardano che in minima parte il dissesto degli enti locali, in cui com’è noto, non è previsto né il controllo del Tribunale territorialmente competente, né quello del giudice delegato, né il comitato dei creditori*”. D’altronde, la figura dell’organo straordinario di liquidazione non è assimilabile a quella del curatore fallimentare: quest’ultimo è un organo del Tribunale che agisce nell’interesse di tutte le parti in causa, laddove il primo è tenuto a curare ed a dare prevalenza agli interessi pubblici”⁷⁶. Tutto ciò appare trovare

⁶⁹ Corte dei conti Del. n. 101/2021.

⁷⁰ Deliberazione, Sezione Autonomie n. 4/2018/FRG; Del. 5/Sezione Autonomie/INPR, in tema di Linee Guida sul Piano di riequilibrio finanziario pluriennale.

⁷¹ URSO, *La prevenzione della crisi finanziaria dell’ente locale e la responsabilità da dissesto*, in *Federalismi*, n. 1/2022, 15 e ss.

⁷² Deliberazione, Sezione di controllo per la Regione Campania n. 46/2019.

⁷³ Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale Abruzzo, decreto n. 2/2021; Cfr. URSO, *ult. op. cit.*, 216.

⁷⁴ Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Sicilia, sentenza n. 482/2021; Cfr. URSO, *ult. op. cit.*, 216.

⁷⁵ Id., *ult. op. cit.*, 216, in cui si richiama il decreto del giudice monocratico n. 16/2020 della sezione giurisdizionale Sicilia.

⁷⁶ DE DOMINICIS, *Dissesto degli enti locali, contenuto, effetti, responsabilità*, Giuffré, Milano, 2000, 79.

ulteriore dimostrazione nella recente Relazione sulla gestione finanziaria degli Enti locali⁷⁷ ove si legge: *“L’impianto normativo posto a presidio della criticità finanziaria degli enti locali risente del tempo passato e di un approccio, per quanto concerne il dissesto, mutuato dal diritto societario e inadeguato per risolvere gli squilibri di enti che svolgono funzioni fondamentali costituzionalmente protette. I molteplici interventi del legislatore, ripetutamente censurati dalla Corte costituzionale, indicano l’esigenza di una riforma complessiva, la sola in grado di attivare i necessari correttivi per assicurare un’ordinata transizione. La procedura di riequilibrio finanziario pluriennale mostra delle difficoltà sistemiche non riuscendo a riportare gli enti su un sentiero virtuoso, infatti in molti casi vengono condotti al dissesto.”* In questo ambito è essenziale il supporto offerto da un controllo esterno esercitato da un organo indipendente che potrebbe anche estendersi al percorso di risanamento nel dissesto.”

5. Riflessioni a margine dei controlli: fra paradigmi costituzionali ed esigenze di riforma

La normativa in tema di dissesto degli Enti locali è perennemente al centro di un significativo dibattito sia politico che giurisprudenziale, tanto si evince anche a margine del recente progetto di legge, n. 497/2021, al vaglio degli organi preposti a livello legislativo. A fronte, infatti, del manifestato proposito di consolidare la complessiva centralità delle sezioni regionali di controllo, lo stesso progetto di legge si limita a istituire nuovi organi di coordinamento ministeriali senza dedicare alcuna disposizione normativa a nuove forme di controllo sulla stabilità dell’Ente locale. Il percorso normativo afferente al sistema dei controlli degli enti locali⁷⁸ ha subito negli ultimi anni significative riforme. Dapprincipio, con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) si è ridimensionato il controllo preventivo di legittimità, nella valorizzazione del princi-

⁷⁷ Relazione sulla gestione finanziaria degli Enti locali, Comuni, Province e Città metropolitane, n. 11/SEZAUT/2021/FRG, 14 e ss., disponibile su <https://www.corteconti.it/Download?id=5760a612-e02d-467b-ac5a-5a2b1fbe6a6d>.

⁷⁸ Sulla tematica dei controlli v. CANAPARO, *I controlli delle sezioni regionali della corte dei conti sugli enti locali*, in *Finanza e tributi locali*, n. 4, 2017, 20-24; CLARICH, *I controlli sulle amministrazioni locali e il sistema sanzionatorio*, in *Ragiusan*, nn. 369-370, 2015, 64-70; D’AMBROSIO, *L’evoluzione non sempre controllata del sistema dei controlli, Intervento al seminario “Attività dell’amministrazione e sistema di tutela”*, Firenze, 11 dicembre 2015, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 2, 2016, 523-530; TENORE, *Le funzioni di controllo “indirizzante” della Corte dei Conti nell’ordinamento costituzionale*, in TENORE - NAPOLI, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei Conti*, Cap. I, Esi, Napoli, 2020, 1 e ss.; MOLINARI, *Il controllo di legittimità*, in TENORE - NAPOLI, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei Conti*, Cap. II, Esi, Napoli, 2020, 83 e ss.; GRASSO, *Il controllo successivo sulle gestioni pubbliche*, in TENORE - NAPOLI, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei Conti*, Cap. III, Esi, Napoli, 2020, 139 e ss., e, infine, CORSETTI, *I controlli sugli enti territoriali: inquadramento ed evoluzione*, in TENORE - NAPOLI, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei Conti*, Cap. IV, Esi, Napoli, 2020, 173 e ss.

pio della autonomia della politica; si è, poi, progressivamente corroborato il ruolo della Corte dei conti nel delineato sistema. È all'indomani della legge 19 gennaio 1994, n. 20 che è stato avviato il percorso volto a consolidare il paradigma dei controlli successivi, nell'ottica di garantire le verifiche necessarie in tema di finanza pubblica⁷⁹. Il tutto, per poi trovare un progressivo sviluppo a margine della legge n. 266/2005 (art. 1, commi da 168 a 172) in materia di sana gestione finanziaria della pubblica amministrazione. Ed ancora, a seguito della legge costituzionale n. 1/2012 in tema di equilibrio di bilancio e sostenibilità dell'apparato finanziario pubblico. Il costante consolidamento dei controlli attribuiti alla Corte dei conti ha trovato il *favor* del legislatore comunitario, nell'espressione del superiore principio del patto di stabilità e di crescita, nonché nei *six pack e two pack*⁸⁰, e del patto *Europlus* del 2011, persino fino al *European Stability Mechanism* (meglio conosciuto con l'acronimo "ESM", c.d. Fondo salva Stati). È in tale ambito che assumono rilievo i controlli previsti ai sensi dell'art. 1, del d.l. n. 174/2012. Alla stregua delle considerazioni sopra illustrate, emerge come lo storico ruolo assunto dal giudice contabile si orienti a restituire a tale paradigma quelle esigenze di monitoraggio dinamico in grado di assicurare la complessiva stabilità finanziaria delle pubbliche amministrazioni. Conseguentemente alla stessa evoluzione storica si coglie un modello paradigmatico dei controlli che rinviene nelle innovative sfide della comunità, anche sotto il profilo del perseguimento dei *Pillars* della finanza pubblica, significativi elementi di confronto e di costante adeguamento⁸¹. La centralità del controllo contabile, nella funzione di garantire la stabilità finanziaria complessivamente considerata, trova conferma alla luce delle decisioni della Corte costituzionale; si è affermato il principio dell'equilibrio finanziario in un'ottica costituzionalmente orientata, improntando il controllo contabile su un piano dinamico. Basti considerare quanto è emerso a margine della sentenza n. 18 del 2019 sulla legge di stabilità del 2016 (legge 28 dicembre 2015, n. 208) e del 2017 (legge 11 dicembre 2016, n. 232)⁸², nell'affermazione che "*Il prin-*

⁷⁹ RIVOSECCHI, *I controlli sulla finanza pubblica tra i diversi livelli territoriali di governo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, 2019, 740 e ss.

⁸⁰ Cfr. Il *Six Pack* è composto dai seguenti Regolamenti: Regolamento (UE) n. 1173/2011 relativo alla effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio della zona euro; Regolamento (UE) n. 1175/2011 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche; Regolamento (UE) n. 1177/2011 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi; Direttiva 2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri *Two pack*; Proposta di regolamento sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio; Proposta di regolamento sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria. Disponibile su <https://leg16.camera.it/522?tema=747&Le+modifiche+al+Patto+di+stabilit%C3%A0+%28six+pack+e+two+pac>.

⁸¹ G. RIVOSECCHI, *ult. op. cit.*, 749.

⁸² La disposizione contestata, prevista dalla legge di stabilità 2016 e sostituita dalla legge di bilancio per il 2017, aveva modificato la normativa del predissesto di cui al Testo Unico Enti Locali, garantendo la possibilità per gli enti locali (che avessero presentato o approvato il piano di riequilibrio finanziario pluriennale prima del rendiconto per l'esercizio 2014), ma che, al momento della presentazione o

*cipio dell'equilibrio di bilancio non corrisponde ad un formale pareggio contabile, essendo intrinsecamente collegato alla continua ricerca di una stabilità economica di media e lunga durata*⁸³. Sembra, dunque, riecheggiare il sistema *audit* adottato dall'ordinamento anglosassone⁸⁴, delineandosi il controllo contabile come paradigma di valutazione dei risultati della pubblica amministrazione “*in termini di efficienza e di efficacia*”⁸⁵, propugnato anche dall'apparato regolamentare francese.⁸⁶

Nell'attuale interpretazione offerta in ordine all'art. 1, commi 166 e 167 della legge n. 266 del 2005 (legge finanziaria per l'anno 2006) emerge come il valore dell'unità economica dello Stato (anche in veste di coordinamento) appare caratterizzare il

approvazione del piano, non avessero ancora effettuato il riaccertamento straordinario dei residui attivi e passivi, a rimodulare il predetto piano entro il 31 maggio 2017, scorporando la quota di disavanzo risultante dalla revisione straordinaria dei residui antecedenti al 1 gennaio 2015 e ripianandola entro trent'anni, anziché entro il termine originariamente previsto, compreso tra i quattro e i dieci anni.

⁸³ La sentenza n. 18/2019 conferma la valenza dei controlli contabili nell'espressione dell'esigenza della stabilità finanziaria complessivamente considerata: “*Tale funzione di vigilanza-ingerenza della Corte dei conti, che presenta una cadenza semestrale (art. 243-quater, comma 6, del T.U. enti locali), è stata già inquadrata da questa Corte nella categoria del controllo di legittimità-regolarità: «[i] controlli di legittimità sui bilanci degli enti locali [...] sono strumentali al rispetto degli «obblighi che lo Stato ha assunto nei confronti dell'Unione europea in ordine alle politiche di bilancio. In questa prospettiva, funzionale ai principi di coordinamento e di armonizzazione dei conti pubblici», detti controlli «si giustificano in ragione dei caratteri di neutralità e indipendenza del controllo di legittimità della Corte dei conti» (sentenza n. 39 del 2014). Appare evidente che i controlli [...] del titolo VIII del TUEL [...] consistono appunto in controlli di legittimità-regolarità se non addirittura in attribuzioni di natura giurisdizionale. Appartengono alla prima categoria: a) la determinazione di misure correttive per gli enti in predissesto (art. 243-bis, comma 6, lettera a, del TUEL); b) l'approvazione o il diniego del piano di riequilibrio (art. 243-quater, comma 3, del TUEL); c) gli accertamenti propedeutici alla dichiarazione di dissesto (art. 243-quater, comma 7, del TUEL). Riguardano funzioni di natura giurisdizionale: a) la giurisdizione delle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione avverso le delibere della sezione regionale di controllo (art. 243-quater, comma 5, del TUEL); b) l'attività requirente della Procura regionale sulle cause del dissesto (art. 246, comma 2, del TUEL); c) l'accertamento delle responsabilità degli amministratori e dei revisori dei conti ai fini dell'applicazione delle ulteriori sanzioni amministrative (art. 248, commi 5 e 5-bis, del TUEL). [...] Si tratta di funzioni – siano esse relative al controllo che alla giurisdizione – in cui l'attività della Corte dei conti risulta rigorosamente ancorata a parametri legali, tanto che la stessa attività di controllo è sottoponibile al sindacato giurisdizionale delle Sezioni riunite in speciale composizione, in conformità ai principi contenuti nella sentenza n. 39 del 2014 di questa Corte» (sentenza n. 228 del 2017)”.*

⁸⁴ “*La distorsione politica e mediatica dei contenuti di relazioni (in occasione di inaugurazioni di anni giudiziari), sentenze, referti, parifiche della Corte dei conti è sovente riscontrabile su giornali e siti tematici, al pari di quanto accade per le pronunce di altre Magistrature. Da qui la necessità, sempre più avvertita, di uffici stampa della varie Magistrature che sappiano ripristinare correttezza informativa con comunicati ufficiali, tesi a chiarire i reali contenuti dei provvedimenti depositati e maliziosamente distorti o plasmati da una stampa (o da qualche politico) in cerca di scoop o per offuscare (o, al contrario, per esaltare) l'immagine di qualche amministratore pubblico*”. Così v. TENORE, *Le funzioni di controllo “indirizzante” della Corte dei Conti nell'ordinamento costituzionale*, in TENORE - NAPOLI, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei Conti*, Cap. I, Esi, Napoli, 2020, 14.

⁸⁵ RIVOCCHI, *op. ult. cit.*, 758.

⁸⁶ RISTUCCIA, *La Corte dei conti quale strumento di governance*, in *Democrazia e diritto*, n. 3-4, 2011, 44 e ss.; D'AURIA, *Sull'ingresso in costituzione del principio del pareggio di bilancio*, in *Foro it.*, III, 2012, 55 e ss.

controllo collaborativo dei revisori contabili degli Enti locali nella trasmissione della relazione del bilancio di previsione dell'esercizio di competenza e del rendiconto dell'esercizio medesimo.⁸⁷ Si profila un sistema orientato alla preservazione della stabilità bilancistica degli Enti locali cui l'ordinamento favorisce, nella declinazione della verifica contabilistica, anche lo sviluppo di forme autocorrettive. Con ciò, lasciando impregiudicato l'intervento del giudice contabile in chiave rimediabile. Il tutto, nell'attuazione dei principi sottesi alla sana gestione delle risorse collettive, ai sensi degli articoli 97, primo comma, 28, 81 e 119 Cost.. Il sistema dei controlli che l'Ordinamento giuridico riserva alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti è, in tema di dissesto, improntato alla stregua di un controllo di legalità e di regolarità. Tanto che nel dissesto guidato, introdotto dall'art. 6, c. 2, d.Lgs. 6 settembre 2011, n. 149, si deferisce alle stesse sezioni regionali il ruolo di scongiurare fenomeni di squilibrio finanziario (ed a favorire l'emersione del dissesto). A tale riguardo la Corte assegna all'ente un termine ai fini dell'adozione delle misure correttive che agli effetti dell'art. 243-bis Tuel sono volte a ripristinare l'equilibrio finanziario dell'Ente; mentre, in caso di mancata attuazione delle medesime misure correttive, è la stessa Corte a trasmettere gli atti al Prefetto (e alla Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica), che entro trenta giorni assegna un ulteriore termine al Consiglio (non superiore a venti giorni) per la deliberazione del dissesto. Il tutto, pena la designazione di un commissario per la deliberazione dello stato di dissesto con il conseguente avvio della procedura di scioglimento del consiglio dell'ente ai sensi dell'art. 141 TUEL. Anche nel novero del piano di riequilibrio finanziario è stata la Corte costituzionale a decodificare il compito delle sezioni regionali di controllo nei termini di *“vigilare sull'esecuzione dello stesso, adottando – in sede di controllo, con le modalità dell'art. 243-bis, comma 6, lettera a), del d.lgs. n. 267 del 2000 (T.U. enti locali) – apposita pronuncia ai sensi dell'art. 243-quater, commi 3, 5 e 7, del medesimo decreto”*. È, inoltre, la sezione di controllo regionale ad approvare (ovvero a denegare) il piano di riequilibrio finanziario ai sensi dell'art. 243-1quater, la cui deliberazione è impugnabile *“entro 30 giorni, nelle forme del giudizio ad istanza di parte, innanzi alle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione che si pronunciano, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, ai sensi dell'articolo 103, secondo comma, della Costituzione, entro 30 giorni dal deposito del ricorso.”*⁸⁸ È deferita alla medesima sezione regio-

⁸⁷ Deliberazione n. 28/2022/PRSP.

⁸⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 18/2019, disponibile su <https://www.cortecostituzionale.it/action/SchedaPronuncia.do?anno=2019&numero=18>. *“Fino alla scadenza del termine per impugnare e, nel caso di presentazione del ricorso, sino alla relativa decisione, le procedure esecutive intraprese nei confronti dell'ente sono sospese. [...]L'accertamento da parte della competente Sezione regionale della Corte dei conti di grave e reiterato mancato rispetto degli obiettivi intermedi fissati dal piano, ovvero il mancato raggiungimento del riequilibrio finanziario dell'ente al termine del periodo di durata del piano stesso, comportano l'applicazione dell'articolo 6, comma 2, del decreto legislativo n. 149 del 2011, con l'assegnazione al Consiglio dell'ente, da parte del Prefetto, del termine non superiore a venti giorni per la deliberazione del dissesto”*.

nale in sede di controllo l'attività di vigilanza (art. 243-quater, 3 comma) che, ai fini del riequilibrio dell'Ente locale, segue i crismi già previsti ai sensi dell'art. 243-bis, comma 6, lettera a)⁸⁹. Al pari di quanto è previsto in caso di dissesto guidato, è nel perdurante inadempimento del Consiglio comunale che si delinea l'avvio delle misure correttive. Con la conseguenza che nell'ipotesi di mancata ottemperanza al termine assegnato dal Prefetto (di venti giorni per la dichiarazione di dissesto (ai sensi dell'art. 243-quater, 7 comma), troverà attuazione la previsione che contempla la designazione di un commissario, con lo scioglimento dell'Ente. Detti strumenti di controllo trovano, sempre secondo la Consulta⁹⁰, inquadramento nel novero delle attività promanate *“da un «giudice» nel corso di un «giudizio» (art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948). Detti criteri sono stati di recente ribaditi a proposito degli incidenti di costituzionalità sollevati nell'ambito dei giudizi di parificazione dinanzi alla Corte dei conti (sentenze n. 196 del 2018 e n. 188 del 2015), in “funzione cioè di garanzia dell'ordinamento, di “controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato (...) preordinato a tutela del diritto oggettivo” (sentenza n. 384 del 1991)”. Dacché, “le delibere di controllo sulla legittimità dei bilanci e delle gestioni finanziarie a rischio di dissesto – e la sottoposizione di tali delibere alla giurisdizione esclusiva delle sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione – determinano un'integrazione della funzione giurisdizionale e di quella di controllo, geneticamente riconducibile al dettato costituzionale (artt. 100 e 103 Cost.)”*. Delineandosi la riconducibilità dell'art. 243-quater, comma 5, Tuel, nei paradigmi costituzionali, al fine di *“collegare strettamente, in questa materia, la funzione di controllo della Corte dei conti a quella giurisdizionale ad essa attribuita dal citato art. 103, terzo comma, Cost.” (Corte di cassazione, sezioni unite, ordinanza 13 marzo 2014 n. 5805)*”.

6. Prospettive *de iure condendo*: verso un nuovo paradigma normativo

Se, da un lato, appare ormai acquisito il principio della costituzionalizzazione dei controlli contabili⁹¹ nel novero della crisi finanziaria degli Enti locali; dall'altro lato,

⁸⁹ Agli effetti del comma 7 dello stesso art. 243-quater - mancata presentazione del piano entro il termine di cui all'art. 243-bis, comma 5; diniego alla sua approvazione; accertata gravità in merito al mancato rispetto degli obiettivi intermedi fissati dallo strumento di riequilibrio (ivi compreso il mancato raggiungimento del riequilibrio finanziario) - si determina l'operatività dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 149/2011.

⁹⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 18/2019.

⁹¹ *“(…) l'evoluzione del quadro normativo ha evidenziato un progressivo intreccio tra le due funzioni, giurisdizionali e di controllo. Difatti, partendo dal generico rapporto (teorico-dogmatico) di contiguità e completamento tra controllo e responsabilità, funzioni assegnate dalla Costituzione alla Corte dei Conti, si sono delineate sul piano legislativo più concrete relazioni: di forma (parificazione con le forme della giurisdizione), di collaborazione (obbligo di denuncia degli*

appaiono ancora aperti i problemi afferenti alla natura giurisdizionale, o meno, del controllo riservato alle sezioni regionali della Corte dei conti. E ciò sebbene, in più occasioni (e da ultimo persino tratteggiato dal Consiglio di Stato)⁹², si siano registrati momenti di similitudine tra dissesto e procedure concorsuali, lasciando prefigurare aspetti d'evidente analogia fra le funzioni svolte dal Giudice delegato e quelle assegnate alle stesse sezioni regionali.

In via generale, il problema della stabilità degli operatori del mercato ha assunto un ruolo di centralità nel dibattito sia pubblico che privato, assurgendo il paradigma della virtuosità aziendale a schermo protettivo rispetto alle crisi sistemi che si sono registrate sul piano economico e finanziario. Il sistema appare sempre più orientato a favorire strumenti di sostegno dell'economia basati su logiche di circolarità, prospettandosi a seguito dell'ampliamento del sistema produttivo una forte incrementazione dei servizi offerti su larga scala, soprattutto grazie all'efficientamento della macchina amministrativa. Tanto emerge, come si è visto in premessa, anche a margine degli obiettivi sanciti in sede di Piano nazionale di ripresa e di resilienza, i cui attuatori, pubblici e privati, sono chiamati a dotarsi di adeguati apparati di *governance*, orientati all'assolvimento di prestazioni di risultati in termini di efficienza, efficacia ed economicità. È nella delineata ottica che, pertanto, sembra profilarsi un significativo mutamento della classica espressione della pubblica amministrazione orientata, per stessa volontà del legislatore unionale, al raggiungimento di elevati *standard* ed in quella che può rappresentare l'innovativa interpretazione dell'art. 97 Cost. Pur nelle differenziazioni che intercorrono fra la disciplina sul dissesto e quella della crisi d'impresa⁹³ è nella conseguente esigenza di garantire la stabilità

organi di controllo alla procura contabile ex art. 52, co. 4, d.lgs. n. 174 del 2016), di alternative (rendiconti amministrativi o conti giudiziali), di integrazione (le sanzioni sono applicate anche in sede giurisdizionale), di giustiziabilità (ricorsi alle sez. riun. In composizione speciale avverso atti di controllo ex art. 11, co. 6, d.lgs. n. 174 del 2016)". Così v. TENORE, Le funzioni di controllo "indirizzante" della Corte dei Conti nell'ordinamento costituzionale, in TENORE - NAPOLI, Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei Conti, Cap. I, Esi, Napoli, 2020, 16.

⁹² Ad. Plen. N. 1/2022: "in una procedura concorsuale – tipica di stato di dissesto – una norma che ancori ad una certa data il fatto o l'atto genetico dell'obbligazione è logica e coerente, proprio a tutela dell'eguaglianza tra i creditori, mentre la circostanza che l'accertamento del credito intervenga successivamente è irrilevante ai fini dell'imputazione (...) anche all'esito di una procedura giudiziaria di durata non prevedibile".

⁹³ Ormai decodificate nel recepimento della riforma coniata dalla Commissione Rordorf e confluita nella legge 19 ottobre 2017, n. 155 recante delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza, cui ha fatto seguito l'emanazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. Il D.L. n. 118/2021 recante "Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia". Sul tema della riforma si veda ampiamente, ILACQUA, *Profili della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Analisi, prospettive e sviluppi*, Giappichelli, Torino, 2022; BONFATTI, *La disciplina delle situazioni di crisi degli intermediari finanziari. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2021; TERRANOVA, *Le procedure concorsuali.*, Giappichelli, Torino, 2019; MONTANARI, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali e processuali*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 1, 2020, 270-314; RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza. Commento a dec. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza)*, in *I Contratti*, n. 2, 2019, 129-138.

complessiva del mercato che potrebbe essere ricercata quell'*eadem ratio* che riesca a legittimare la previsione di un procedimento mirante a prevedere delle forme innovative di controllo in favore delle sezioni regionali; misure che, dunque, al pari dell'omologa concordataria di cui alla legge fallimentare (*r.d.* 16 maggio 1942, n. 267 e ss. integr. e mod.⁹⁴), possano restituire alla disciplina del dissesto finanziario di cui agli articoli 244 e ss. Tuel una maggiore garanzia e solidità.

Pur non potendosi disaminare gli aspetti tecnici della legislazione in materia fallimentare e concordataria, vale la pena evidenziare come ai sensi dell'art. 180 L.F. l'omologazione del concordato preventivo (volto alla conservazione dell'attività aziendale), si attesti sulla verifica del rispetto delle disposizioni procedurali. La Suprema Corte⁹⁵ afferma che: *"In tema di concordato preventivo, il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha a oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il menzionato controllo di legittimità, peraltro, si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca e omologazione in cui si articola la procedura concordataria"*⁹⁶. La valutazione della legittimità della procedura concorsuale è rimessa all'organo giudiziale, che su di essa si esprime con un controllo di mera legittimità, mentre si rimette ai creditori la valutazione sul merito e sulla probabilità di successo economico del piano concordatario. Nel novero

⁹⁴ Cfr. D.lgs. 5 del 2006, 169 del 2007, D.L. n. 83 del 2012, conv. con Legge n. 134/2012, Legge n. 98/2013, Legge n. 132/2015, Legge n. 147/2021, Legge n. 233/2021.

⁹⁵ Cfr. Corte di cassazione 7 giugno 2021, n. 15809.

⁹⁶ Principi riassunti, tra i tanti, anche dal Tribunale di Rimini che, nella parte motiva del suo provvedimento del 10 settembre 2015, in una fattispecie analoga, afferma: *"...Deve considerarsi ormai ius receptum la distinzione tra fattibilità giuridica, fattibilità economica e convenienza del concordato (Cass. SS.UU. n. 1521/2013; di recente si è ribadito che "...anche la fattibilità intesa come prognosi di concreta realizzabilità del piano concordatario è presupposto di ammissibilità del concordato, sul quale il giudice deve pronunciarsi esercitando un sindacato che non è "di secondo grado", non si esercita, cioè, sulla sola completezza e congruità logica dell'attestazione del professionista di cui alla L. Fall. art. 161, comma 3, ma consiste nella verifica diretta del presupposto stesso; distinguono, quindi, tra fattibilità giuridica, intesa come non incompatibilità del piano con norme inderogabili, e fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo. Il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica non ha particolari limiti; la fattibilità economica, invece, è intrisa di valutazioni prognostiche fisiologicamente opinabili e comportanti un margine di errore, nel che è insito anche un margine di rischio, del quale è ragionevole siano arbitri i soli creditori, in coerenza con l'impianto generale prevalentemente contrattualistico dell'istituto del concordato. Di conseguenza le Sezioni Unite, con riferimento alla fattibilità economica, individuano un solo profilo su cui si esercita il sindacato officioso dal giudice (fermo, ovviamente, il controllo della completezza e correttezza dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori, con la proposta di concordato e i documenti allegati, ai fini della consapevole espressione del loro voto): quello della verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur miniata soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole (causa in astratto). Di fronte alla manifesta irrealizzabilità del piano, invero, non c'è da effettuare valutazioni o da assumere rischi di sorta"* (Cass. n. 11497/2014).

delle disposizioni in tema di crisi finanziaria dell'Ente locale non ricorre un effettivo controllo "giudiziale" sul dissesto deliberato ai sensi dell'art. 244 e ss Tuel. Tale forma di controllo è, poi, limitata al vaglio ministeriale nell'ambito della procedura di approvazione del bilancio stabilmente riequilibrato (art. 261 Tue).

De iure condendo, si potrebbe rimettere alle stesse sezioni regionali il vaglio "omologatorio" preventivo sullo stato di dissesto finanziario, nella verifica effettiva e sostanziale della sua fattibilità⁹⁷, nonché sul piano di riparto, rimesso alla competenza dell'OSL. Conseguentemente, deferendo alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti un ruolo di controllo che, al pari dell'omologa concordataria (nei termini indicati), potrebbe imprimere alla dichiarazione di dissesto quel crisma di verifica preventiva, in termini di sostenibilità e credibilità. A tanto si potrebbe pervenire al fine di scongiurare, anche a garanzia del mercato e degli stessi operatori economici, reiterati episodi di dissesto ad opera di quegli stessi Enti che abbiano precedentemente subito arresti di natura finanziaria. Riconoscendo, inoltre, allo stesso giudice contabile il controllo preventivo sul piano di riparto - per legge riservato all'organismo straordinario di liquidazione - si potrebbe assicurare una maggior tutela degli stessi creditori, che forse potrebbero intravedere in tale innovativa forma di controllo una maggiore garanzia di legittimità dell'intera procedura, anche sul piano delle tempistiche di recupero; tutto ciò potrebbe, dunque, mitigare le paventate tesi che sembrano dequalificare lo strumento del dissesto alla stregua di procedura *sine die* (persino propugnandone la contrarietà non solo alla Costituzione, ma anche al diritto unionale).

Conclusivamente, si potrebbe rinvenire nell'archetipo concordatario un innovativo strumento che sappia, con i dovuti temperamenti, restituire al controllo contabile una concorrente funzione di strumento volto ad assicurare la stabilità finanziaria nazionale, nonché favorire una maggiore credibilità dell'Ente dissestato nel reperimento delle risorse necessarie per ripianare la massa debitoria. Il vaglio delle sezioni regionali della Corte dei conti potrebbe, nei termini anzidetti, integrare una valenza di raccordo rispetto alle esigenze costituzionali di stabilità finanziaria ed il mercato, nella declinazione dinamica volta al superamento della crisi dell'impresa pubblica. È nei descritti termini che ne uscirebbe rafforzato anche il ruolo di cui al comma 4, lettera b), dell'art. 252 Tuel, essendo prevista anche nel concordato liquidatorio (artt. 180 L.F. e ss) l'autorizzazione giudiziale per la dismissione dei beni patrimoniali, nonché per ogni altro atto che presupponga atti dispositivi a valenza straordinaria⁹⁸.

⁹⁷ Resta inteso che la prospettata ottica homologatoria riguarderebbe il dissesto e non il piano di riequilibrio finanziario, essendosi in tale ultimo caso già delineate in giurisprudenza ricostruzioni in termini di omologazione, *cfr.* Delibera n. 3/2020 della sezione regionale di controllo per la Calabria, consultabile su: <https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com/art/enti-predissesto-ancora-dubbi-fondo-rotazione-AEQjRpq>; in dottrina, v. C. INCARNATO, *Il piano di riequilibrio pluriennale negli enti locali alla luce del decreto crescita n. 34 del 2019*, in *Riv. giur. De Iustitia*, fasc. n. 1/2020, pagg. 50-61.

⁹⁸ *Cfr.* art. 167 L.G. "I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le

Integrando in tale ottica il vaglio preventivo giudiziale il crisma di un'ulteriore garanzia che possa favorire l'Ente locale nella ricerca delle risorse a lui necessarie per il superamento della crisi.

Anche l'innovativo articolo 114 del Codice della crisi d'impresa ("cessione dei beni"), rinvia alle disposizioni sulle vendite nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziale⁹⁹, conformemente alla stessa Direttiva c.d. *Insolvency*; nei considerando, infatti, della stessa Direttiva UE si afferma l'esigenza di superare la tralatizia visione del c.d. *decoctor*, improntando il nuovo apparato normativo alla continuità aziendale, così riducendo gli originari margini di differenziazione rispetto alla disciplina sul dissesto. Nella stessa Direttiva *Insolvency* si decodifica un principio di valenza generale: "*l'omologazione del piano di ristrutturazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa serve per garantire che la riduzione dei diritti dei creditori o delle quote dei detentori di strumenti di capitale sia proporzionata ai benefici della ristrutturazione e che tali soggetti abbiano accesso a un ricorso effettivo. L'omologazione è particolarmente necessaria ove: vi siano parti interessate dissenzienti; il piano di ristrutturazione contenga disposizioni su nuovi finanziamenti; o il piano comporti una perdita di più del 25 % della forza lavoro (...) gli Stati membri dovrebbero poter prevedere che l'omologazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa sia necessaria anche in altri casi (...)*"¹⁰⁰.

La sopra illustrata ottica sperimentale del controllo delle sezioni regionali potrebbe all'oggi trovare conferma nel progetto di legge n. 497/2021¹⁰¹, tanto più a margine dei recenti arresti della giurisprudenza amministrativa. Anche nelle procedure di evidenza pubblica si conferma, infatti, l'emblematico ruolo assunto dall'autorizzazione giudiziale, *sub specie* di vaglio preventivo per il controllo dei requisiti di stabilità e credibilità dell'operatore economico. Viene richiesta l'autorizzazione del Tribunale ai fini dell'aggiudicazione definitiva in favore del concorrente che abbia presentato istanza di concordato in bianco, al fine di appurarne l'effettiva solidità e credibilità economico-finanziaria nell'espletamento del servizio¹⁰². Non sembrano, in definitiva, assumere rilievo le questioni giuridiche sorte a margine del dibattito sulla natura

ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione (2), compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato (3)".

⁹⁹ Cfr. art. 114, comma 5, Codice della crisi d'impresa: "*Il liquidatore comunica con periodicità semestrale al commissario giudiziale le informazioni rilevanti relative all'andamento della liquidazione. Il commissario ne dà notizia, con le sue osservazioni, al pubblico ministero e ai creditori e ne deposita copia presso la cancelleria del tribunale*".

¹⁰⁰ Direttiva 2019-1023 UE, 48[^] Considerando.

¹⁰¹ Cfr. Camera dei deputati, XVIII Legislatura, Documentazione per l'esame di Progetti di legge, Disposizioni in materia di crisi finanziaria degli enti locali, A.C. 3149, Parte prima - Schede di lettura, n. 497, disponibile su http://documenti.camera.it/leg18/dossier/testi/BI0240.htm?_1646093825066.

¹⁰² Cfr. per le procedure di evidenza pubblica il commento di LINARDI, *Il concordato in bianco fra genesi della disciplina del "decoctor" e codice dei contratti pubblici* (nota a Ad. Plen. n. 9/2021), in *Giustizia Insieme*, 3 febbraio 2022.

giurisdizionale (o meno) delle stesse sezioni regionali di controllo, da ultimo negata dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE¹⁰³ sotto il profilo dell'interpretazione dell'art. 3, paragrafo 1, dell'articolo 1, lettera b), e dell'articolo 12 della direttiva 2011/85/UE del Consiglio dell'8 novembre 2011. Essendo pacifico che ai fini del riconoscimento di ulteriori forme di controllo in favore delle sezioni regionali della Corte dei conti, non appare decisivo l'inquadramento dell'attività dalle medesime espletata nel novero di quelle giurisdizionali¹⁰⁴. Si prospetta, piuttosto, l'esigenza di privilegiare una visione sostanzialistica e costituzionalmente orientata del controllo contabile, per tal ragione non ascrivibile in paradigmi predefiniti. Tanto più, a fronte del riconosciuto mutamento degli strumenti classici previsti a tutela del mercato, il cui proscenio non appare più limitabile come ritenuto dalla Corte di Giustizia.

¹⁰³ Ordinanza della Corte di Giustizia UE, nona sezione, 4 ottobre 2021, causa C-161/21.

¹⁰⁴ Considerando 33[^] dell'Ordinanza della Corte di Giustizia UE, laddove si afferma che *“è ininfluyente il fatto che altre sezioni dell'organo di cui trattasi, o addirittura della stessa sezione che ha adito la Corte, ma nell'esercizio di funzioni diverse da quelle che sono all'origine di tale rinvio, debbano essere qualificate come giurisdizionali ai sensi dell'art. 267 TFUE”*.

IL CONFLITTO CIBERNETICO NELLA GUERRA TRA RUSSIA E UCRAINA

Edoardo Limone

Abstract: La guerra tra la Russia e l'Ucraina è la prima nella storia dell'uomo ad essere stata combattuta su due piani: quello fisico e quello cibernetico. L'articolo ripercorre i fatti salienti sul piano cibernetico esaminando le implicazioni per l'Italia ed esaminando anche le azioni offensive accadute prima della data d'inizio della guerra. Lo scopo principale è mostrare come gli eventi del piano fisico siano strettamente interconnessi a quelli del piano cibernetico, con una reciproca capacità di influenza.

In the history of humanity, the war between Russia and Ukraine is the first battled on two layers: the physical layer and the cyber layer. The article follows the events with a specific focus on the cyber layer and examine the implications for Italy with a specific focus on the offensive actions that was actuated before the start of the war.

Parole chiave: guerra, Russia, Ucraina, Italia, conflitto, SCOLD, DDoS, guerra cibernetica, cybersecurity, cyberwar, infosecurity, infowar, CSIRT

Sommario: 1. Scenario di riferimento – 2. La comunicazione – 3. Le azioni di sabotaggio – 4. La risposta russa – 5. Conclusioni

1. Scenario di riferimento

Il 24 febbraio 2022 è la data in cui è scoppiata la guerra tra Russia e Ucraina, una guerra che potrebbe essere definita epocale perché, rispetto a tutti gli altri conflitti del passato, è stata combattuta su due piani: quello fisico fatto di mezzi, armamenti, soldati e cadaveri ma anche quello cibernetico, fatto di attacchi hacker, di azioni di cyber-sabotaggio, di volontariato. Per questa ragione tale conflitto è stato definito “guerra ibrida” cercando di inquadrarlo al meglio in tutta la sua complessità; tuttavia, per gli informatici, la guerra non è scoppiata il 24 febbraio 2022 ma molto prima perché attacchi cyber erano stati rivolti nei mesi precedenti ad uffici pubblici ucraini, banche, aziende ed era stato presto chiaro che la situazione era anomala. Nel tentativo di sistematizzare il racconto di questo conflitto dal punto di vista cibernetico, è necessario partire da una base culturale.

L'occidente è ormai abituato a leggere ed usare termini come *cybersecurity* oppure *cyberwar* in cui la parola *cyber* è fondante e necessaria per identificare il contesto di cui si sta parlando; in oriente, invece, la situazione è differente. Nel libro *Brigate*

*Russe*¹ è scritto chiaramente come in Russia si preferisca utilizzare termini quali *infosecurity* o *infowar* per identificare dimensioni in cui al centro c'è l'informazione e non il dominio cibernetico; questa differenza è essenziale perché è proprio questo divario ad impedire spesso una comprensione dei due mondi. L'azione che la Russia ha messo in campo come prima risposta al conflitto si è basata sulla comunicazione ed è stata rivolta tanto all'esterno quanto all'interno del perimetro nazionale. Secondo il vocabolario Treccani² la propaganda è una *“azione che tende a influire sull'opinione pubblica e i mezzi con cui viene svolta. È un tentativo deliberato e sistematico di plasmare percezioni, manipolare cognizioni e dirigere il comportamento al fine di ottenere una risposta che favorisca gli intenti di chi lo mette in atto”*, e l'effetto ottenuto dalla Russia è stato molto efficace internamente mentre non è stato accolto con altrettanta sicurezza all'esterno del Paese. A questa strategia comunicativa l'Ucraina ha risposto coinvolgendo tutti i canali di comunicazione possibili ad iniziare da quelli *social* e dall'utilizzo di internet come mezzo di diffusione.

Mykhailo Fedorov è un giovane uomo nato nel 1991, al momento dello scoppio del conflitto è Vice Primo Ministro e, contestualmente, è anche Ministro della Trasformazione Digitale dell'Ucraina. Fedorov individua nella strategia di comunicazione russa qualcosa a cui ribattere immediatamente e inizia una controffensiva digitale basata essenzialmente su tre linee di azione. La prima è una campagna di comunicazione che miri ad indebolire la propaganda russa, la seconda linea è quella di istituire un team di hacker che possa rallentare l'avanzata dei nemici attraverso azioni di sabotaggio o tramite la divulgazione di informazioni, la terza è la ricerca di risorse per il finanziamento della campagna militare. Fedorov, a differenza del suo omologo russo, si affidò alla rete per ottenere risultati davvero significativi.

2. La comunicazione

In merito al primo obiettivo, quello legato alla comunicazione interna ed esterna, furono usati i social network come elemento di diffusione di informazioni e richieste: lo stesso Fedorov pubblicò decine di comunicati rivolti alle più grandi multinazionali. Apple, BMW, Audi, Microsoft, PayPal, Starlink, Meta e molte altre, chiamate in causa su Twitter o via mail, hanno accettato di sospendere le attività commerciali in Russia; aziende come la Starlink hanno inoltre fornito collegamenti satellitari con connessione ad alta velocità ai militari ucraini. C'è anche da considerare che la pressione che l'opinione pubblica faceva sui social network avrebbe spinto queste aziende a collaborare con l'Ucraina anche solo per evitare un problema reputazionale.

¹ Ottaviani M., “Brigate Russe” (2022), Ledizioni

² Indirizzo internet consultabile: <https://www.treccani.it/vocabolario/propaganda/>

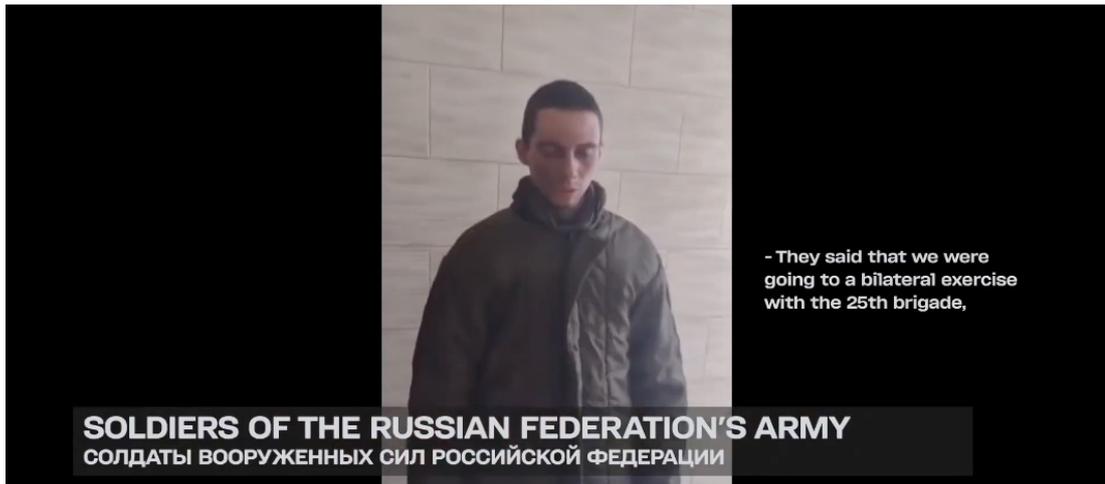


La strategia di comunicazione di Fedorov fu tanto efficace quanto costante: che si trattasse di Twitter, Telegram o di altri social network, il politico ucraino ottenne il favore di molte aziende e di gran parte dell'opinione pubblica. Una parte del lavoro di diffusione delle notizie fu operato anche dagli stessi hacker che, nel terzo giorno di conflitto, avevano hackerato alcuni canali televisivi russi. Nello specifico il collettivo Anonymous pubblicò un tweet³ riportante il seguente messaggio: *“Russian state TV channels have been hacked and are broadcasting the reality of what is happening in #Ukraine”*. Le azioni di comunicazione da parte degli hacker proseguirono anche nei giorni successivi; il 28 febbraio 2022 (5° giorno di conflitto) il fronte brasiliano di Anonymous pubblicò un video contro la censura russa: il tweet diventò virale dopo poche ore nonostante siano le 4:21 del mattino (ora italiana).



³ Tweet del 26 febbraio 2022, ore 10:19PM, dall'account @YourAnonOne, link: https://twitter.com/YourAnonOne/status/1497682868985905154?s=20&t=uiwqwkpjOBZr7E_SkWzArw

Nel video si vedono e si sentono le testimonianze raccolte dai soldati russi catturati, come quella del soldato Vorobyov Vadim Valerievich dell'unità militare 02511. I militari vengono ripresi mentre affermano che erano entrati in territorio ucraino su ordine del governo russo in occasione di una presunta esercitazione bilaterale con la 25ª brigata.

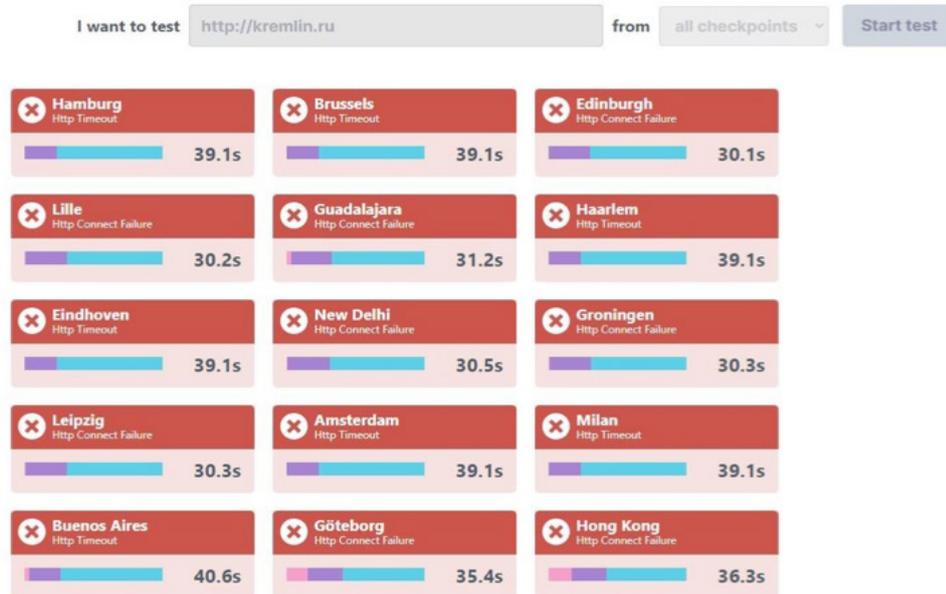


Il file multimediale è il primo segno di controffensiva alla propaganda russa che dimostra anche una straordinaria collaborazione tra i soldati ucraini e il collettivo di hacker che ha collezionato il materiale audio/video e lo ha diffuso sul territorio russo e anche sui social network.

3. Le azioni di sabotaggio

La seconda linea di controffensiva creata da Fedorov riguardò gli hacker. Il politico creò un gruppo di discussione per coordinare attacchi hacker contro la Russia: il canale su Telegram prese il nome di "IT Army of Ukraine" e, sebbene all'inizio prevedeva messaggi solo in lingua madre, successivamente ne fu aperto un altro con istruzioni in inglese. All'interno del canale si raccolsero in poche ore migliaia di utenti tra volontari, esponenti di collettivi, specialisti del settore IT, tutti disposti a capire cosa potessero fare per supportare l'Ucraina. Le azioni furono essenzialmente due: la prima fu quella di segnalare a YouTube i video a favore della propaganda russa in modo che l'algoritmo bloccasse la visualizzazione ai naviganti; la ragione addotta per segnalare il video doveva essere quella di "messaggio d'odio". In seconda battuta furono disposti attacchi massivi DDoS (Distributed Denial of Service) di tipo volumetrico, con lo scopo di occupare la banda internet di alcuni portali (ad esempio il portale del Cremlino o di Gazprom) e renderli inaccessibili al mondo. Ci vollero

solo poche ore perché migliaia di persone prestassero i propri sistemi informatici al servizio dell'esercito cibernetico ucraino nell'esecuzione di uno dei più rilevanti attacchi DDoS mai registrati nella storia di internet.



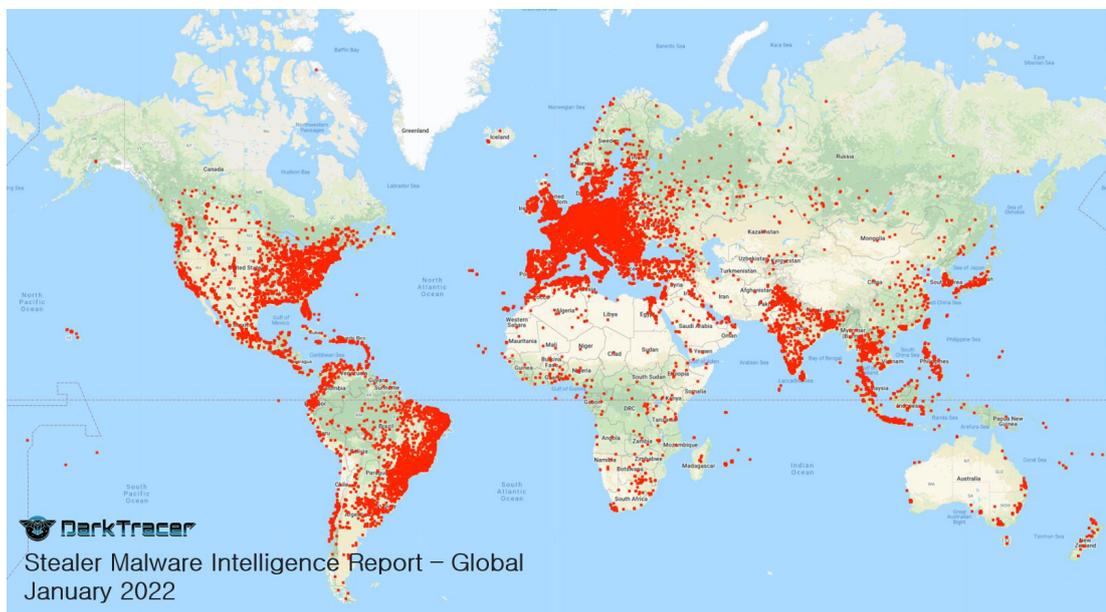
Il portale del governo russo divenne invisibile praticamente in tutto il mondo, con tempi di caricamento pressoché insostenibili. Gli attacchi venivano lanciati senza soluzione di continuità e spesso senza le dovute accortezze da persone per lo più inesperte che seguivano le direttive di hacker, di specialisti o di semplici volontari. Fin dalle prime ore di offensiva fu chiaro però che dentro la chat Telegram mancava un efficace coordinamento; le istruzioni ufficiali erano spesso annegate tra messaggi di altre persone che avevano modificato la lista dei bersagli, ampliandoli o semplicemente cambiando la modalità di attacco. La forza comunicativa di Fedorov fu decisiva anche per avere la collaborazione di aziende statunitensi nel conflitto ucraino. Un esempio per tutti fu quando l'imprenditore Elon Musk modificò la sua tecnologia di comunicazione satellitare Starlink perché funzionasse con meno energia e quindi tramite una presa accendisigari, come quelle presenti in tutti veicoli... anche in quelli militari.



Ciò permise ai mezzi ucraini di disporre di internet ad alta velocità senza doversi fermare e quindi ridusse la possibilità che divenissero un bersaglio per i nemici.

4. La risposta russa

Se in un primo momento la risposta cibernetica russa sembrò completamente assente, successivamente la situazione cambiò. Prima dello scoppio della guerra erano state rintracciate nella rete alcune minacce piuttosto virulente quali, a mero titolo di esempio, i *wiper*: tale minaccia ha la capacità di distruggere i dati contenuti in un sistema con efficacia e velocità. Gli ucraini avevano accusato i russi di aver lanciato attacchi cyber contenenti questa tipologia di minaccia contro istituzioni e aziende del territorio ma era stato solo l'inizio. Era il gennaio 2022 quando il gruppo di analisti di sicurezza Dark Tracer pubblicò lo "*Stealer Malware Intelligence Report - Global*" che esaminava la diffusione di un malware avente come scopo la sottrazione di dati ad aziende e pubbliche amministrazioni di tutto il mondo. Furono colpiti numerosi paesi con milioni di utenti coinvolti nella minaccia: in Italia, ad esempio, furono vittime dello stealer alcuni sotto del MEF e dell'Agenzia dell'Entrate. Dark Tracer pubblicò⁴ una mappa della diffusione del malware, che viene riportata di seguito.



La minaccia ottenne grande diffusione perché venne incapsulata all'interno di aggiornamenti di sistema quali quelli di software, periferiche e sistemi operativi. I

⁴ Maggiori informazioni nel tweet ufficiale:
https://twitter.com/darktracer_int/status/1491278738885341185

risultati dei dati sottratti furono ritrovati in alcuni mercati neri del dark web, tra cui quelli russi. Dopo lo scoppio della guerra, la Russia si trovò a cambiare strategia: le sanzioni imposte dall'Europa la portarono inevitabilmente a riconsiderare la propria posizione.

Il 15 maggio 2022 si disputava la finale canora all'Eurovision Song Contest e tra i favoriti c'era un gruppo ucraino. Quel giorno gli hacker russi del collettivo Legion tentarono ripetutamente di attaccare e interrompere le comunicazioni internet della competizione ma fallirono. Il comandante della Polizia Postale, Ivano Gabrielli, aveva di fatto lavorato per più di un mese con i tecnici della RAI e con il supporto degli operatori telefonici per assicurare una linea difensiva tale che garantì il successo dell'evento al punto da far adirare gli stessi hacker di Legion. Il giorno dopo il portale della Polizia di Stato fu oggetto di attacco DDoS come vendetta e nel tentativo di riscattare la reputazione danneggiata. Durante l'estate del 2021, un'università del Colorado aveva pubblicato un interessante studio sulla SCOLD (Secure Collective Defense) Network⁵: una metodologia innovativa di tolleranza agli attacchi DDoS. Si tratta di un approccio radicalmente differente dal canonico tentativo di "bloccare gli attacchi". La SCOLD funziona sul principio di saperli "tollerare" esattamente come fa un pugile che incassa i colpi per far esaurire il suo avversario. In estrema sintesi al verificarsi di un attacco DDoS viene attivata un'architettura di rete e sistemi in grado di assorbire parte dell'attacco all'interno di appositi server e, poco prima del relativo blocco causato dalla saturazione delle risorse, avviene un tempestivo reindirizzamento del traffico verso un nuovo server scarico. Questa sorta di continuo cambio di traffico verso fonti attaccabili e sacrificabili permette di tollerare l'esecuzione dell'attacco rendendolo essenzialmente inutile. L'attaccante, infatti, non riesce a bloccare il flusso dati, a causa della suddetta rotazione dei server e del relativo reindirizzamento del traffico, e il fruitore continua a consultare il portale web. Non abbiamo la certezza che nel caso dell'Eurovision Song Contest sia stata adottata la SCOLD Network ma è ragionevole pensare di sì. Dopo il successo del 15 maggio gli attacchi, tuttavia, non si sono fermati, anzi hanno continuato ad imperversare anche da parte di altri collettivi, tra cui Killnet (padre putativo di Legion), inizialmente accusato ingiustamente dell'attacco all'Eurovision Song Contest. È importante notare che anche gli hacker russi, o cooperanti con la Russia, si sono dotati di canali social dedicati. Lo stesso collettivo Killnet, ad esempio, aprì il canale "*We are Killnet*"⁶ e all'interno cominciarono a confluire sostenitori, volontari, partecipanti di ogni nazione. Il 18 maggio 2022 Killnet avviò la campagna "Vuoi rompere l'Italia?" che prevedeva un elevato numero di attacchi contro vari soggetti quali banche, agenzie stampa, istituzioni, aziende del settore privato. La lista era lunga, complessa e continuò ad essere implementata da volontari anche per tutto il 19 maggio, nonché per alcuni giorni

⁵ Chow E., Cai Y., Wilkinson D., "*Secure Collective Defense (SCOLD) Network*": <http://cs.uccs.edu/~scold/doc/scold.pdf>

⁶ Visibile sulla piattaforma Telegram all'indirizzo: https://t.me/killnet_reservs

a seguire. Molti di questi attacchi bloccarono portali web ma non causarono danni rilevanti, tuttavia nelle chat si registrò un clima di trionfo e di sostegno all'operato degli hacker. È importante far notare che parte del sostegno venne proprio da cittadini italiani.



Марко фадда

Сергей К

Лучше Великобританию, Польшу, Латвию. В Италии простые люди поддерживают Россию.

Qui in molti vi sostengono, non abbiamo la merda in testa come la maggior parte della gente, qui sappiamo cosa succedeva nel dombass e la nato se ne fregava...qui in Sardegna venivano tantissimi russi in vacanza, compreso putin, persone gentili e oneste :) ora per colpa del nostro governo, è andato tutto a farsi fottere.....fuori dalla nato subito!

Nei primi giorni di settembre 2022 la Russia ha chiuso il gasdotto Nord Stream 1 come risposta alle sanzioni ma nei giorni precedenti l'Italia era stata oggetto di attacco ad aziende quali:

- GSE-Gestore Servizi Energetici (30/08/2022)
- ENI-Ente Nazionale Idrocarburi (31/08/2022)
- Canarbino S.p.A. (31/08/2022)

Anche in questo caso nessuna di queste offensive ha procurato danni. Il CSIRT⁷ italiano svolge alcune funzioni essenziali per la protezione del perimetro cibernetico nazionale quali:

- il monitoraggio degli incidenti a livello nazionale;
- l'emissione di preallarmi, allerte, annunci e la divulgazione di informazioni alle parti interessate in merito a rischi e incidenti;
- l'intervento in caso di incidente;
- l'analisi dinamica dei rischi e degli incidenti;
- la sensibilizzazione situazionale;
- la partecipazione alla rete internazionale dei CSIRT.

Dall'inizio della guerra tra Russia e Ucraina, il CSIRT ha segnalato ripetutamente minacce e contromisure di carattere tecnico e organizzativo. Il costante monitoraggio della rete, unitamente allo scambio di informazioni con gli altri CSIRT, ha permesso di offrire un'elevata risposta alle minacce e una capacità di prevenzione fondamentale per la mitigazione del rischio.

⁷ L'acronimo CSIRT è *Computer Security Incident Response Team*. Il portale ufficiale è: <https://www.csirt.gov.it/chi-siamo>

5. Conclusioni

Gli eventi successivi al 31 agosto 2022 segnalano un andamento degli attacchi piuttosto comune con l'eccezione della recente violazione dell'account Twitter del Ministero della Transizione Ecologica. Il fatto è accaduto la mattina di giovedì 15 settembre 2022 (poco dopo le 08:30AM). La foto del profilo Twitter del Ministero è stata cambiata così come il nome: l'uomo nella foto è il programmatore russo-canadese Vitalik Buterin, creatore della criptovaluta Ethereum.



L'azione è stata neutralizzata dai tecnici italiani intorno alle ore 11:00AM dopo che erano stati postati alcuni tweet con l'apparente intenzione di compiere una truffa. Non sono state fornite informazioni sul responsabile ma l'azione ha fatto molto discutere in merito alla sicurezza dei canali social istituzionali. In effetti, considerando gli attacchi ransomware alla P.A., il problema della sicurezza degli enti locali è quantomai importante: risulterebbe di fatto impossibile creare un efficace perimetro cibernetico qualora le singole maglie della catena protettiva fossero vulnerabili. La Circolare 2/2017 di AgID è ancora oggi scarsamente adottata e conosciuta da molti centri elaborazione dati e senza di essa risulta difficile, se non impossibile, implementare misure tecniche efficaci. La guerra ha segnato per l'Italia l'inizio di nuove offensive, diverse per tipologia e per origine. La posizione assunta dal governo italiano rispetto al conflitto ha portato gli hacker filorussi a considerare l'Italia come una minaccia. Il 16 maggio 2022 alle 16:14 il collettivo Killnet ha pubblicato questa foto per descrivere cosa sarebbe accaduto al Paese dopo i loro attacchi.



Durante la presentazione dell'Agencia per la Cybersecurity Nazionale è stato ribadito un concetto fondamentale: ci si deve aspettare un incremento di quantità e complessità di tali campagne offensive, anche in termini di durata. Per superare queste difficoltà è essenziale un coordinamento efficace ma, soprattutto, è essenziale che ciascun attore coinvolto faccia la sua parte nell'implementazione di misure tecniche e organizzative tese alla messa in sicurezza di dati e infrastrutture.

PAGAMENTI ELETTRONICI E NUOVE TECNOLOGIE: PROFILI GIURIDICI

Cristina Evangelhia Papadimitriu

Abstract: Il presente contributo esamina il quadro normativo vigente in materia di pagamenti elettronici, evidenziandone i profili maggiormente rilevanti e dedicando particolare attenzione alle novità tecnologiche dei pagamenti nell'era del Fintech. L'obiettivo è quello di fornire alcuni spunti di riflessione in relazione ad un argomento particolarmente complesso e articolato.

This paper examines the current regulatory framework for electronic payments, highlighting the most relevant profiles and paying particular attention to technological innovations in the Fintech era. The aim is to provide some food for thought in relation to a particularly complex and articulated topic.

Parole chiave: servizi di pagamento – pagamenti elettronici – responsabilità – evoluzione normativa- nuove tecnologie.

Sommario: 1. Premessa: la nozione di pagamenti elettronici. – 2. Le linee guida della disciplina europea. – 3. Il servizio di pagamento e i servizi collaterali. – 4. I tempi del pagamento elettronico. – 5. L'evoluzione delle carte di pagamento: tecnica e interpretazione. – 6. *Mobile e Internet Payments*: profili giuridici. – 7. L'implementazione della sicurezza: le misure normative. 8. La responsabilità per pagamento non autorizzato nell'ambito delle nuove tecnologie. 9. La responsabilità dei prestatori dei servizi di pagamento. – 10. Conclusioni

1. Premessa: la nozione di pagamenti elettronici

I pagamenti elettronici sono disciplinati nella dir.2015/2366/UE, nota come PSD2 e recepita nel nostro ordinamento con il d. lgs. 218/2017¹, con la quale ha ottenuto la più recente rideterminazione il quadro giuridico europeo sui servizi di pagamento. Sin dalla descrizione dell'ambito applicativo della disciplina si evidenzia il riferimento a “tutti i servizi di pagamento elettronici”, che sono però individuati per mera con-

¹ Il legislatore italiano ha in tal modo apportato importanti modifiche e integrazioni alle disposizioni contenute sia nel d. lgs. 11/2010 sia nel Testo Unico Bancario. In particolare, rilevano l'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina sui servizi di pagamento, sia dal lato oggettivo che soggettivo, nonché il rafforzamento degli obblighi di sicurezza e conseguenti responsabilità degli intermediari che a vario titolo intervengono nelle distinte fasi della procedura elettronica di trasferimento del denaro.

trapposizione a quelli nei quali il trasferimento di fondi dal pagatore al beneficiario è eseguito esclusivamente in banconote e monete, o è basato su supporti cartacei come assegni, cambiali, *voucher* o carte ad uso interno². La stessa identificazione per esclusione si rinviene nell'illustrazione, contenuta nei Considerando, delle intenzioni sottese alla riforma di matrice europea, ricondotte alla necessità di rimediare allo stato di frammentazione e incertezza giuridica che si è registrato per i pagamenti "tramite carta, Internet e dispositivo mobile" in misura maggiore rispetto a quelli in contante³, per i quali invece si è ormai da tempo consolidato un mercato unico⁴. La giustapposizione viene ribadita anche quando si stabiliscono nuove misure di sicurezza per i pagamenti, commisurandole al grado di rischio che gli stessi presentano, poiché l'esigenza di tutele rafforzate si presenta soprattutto per quelli eseguiti in forma non cartacea. Nella delimitazione della sfera di operatività della c.d. *strong authentication*, della quale si dirà più avanti, ricompare la formula "operazione di pagamento elettronico", cui si ricollega inoltre il riferimento residuale "a qualsiasi azione, tramite un canale a distanza, che può comportare un rischio di frode nei pagamenti o altri abusi" (art. 97, co. 1, lett. b, c, PSD2). Il fattore che identifica l'operatività "a distanza" è d'altra parte coerente con quello della non materialità del supporto utilizzato, del quale risulta essere anzi il riflesso.

Secondo le definizioni fornite dal legislatore europeo, sono da intendersi come caratterizzate dalla "distanza" le operazioni di pagamento "iniziate tramite Internet o tramite un dispositivo che può essere utilizzato per comunicare a distanza" (art. 4, n.6, PSD2); pertanto, si tratta di servizi il cui funzionamento non dipende dal luogo fisico in cui sono situati il dispositivo o lo strumento di pagamento⁵, in continuità con la concezione "tecnica di comunicazione a distanza" in precedenza adottata dalla dir. 2007/64/UE (c.d. PSD), che identificava con tale espressione qualsiasi mezzo che, senza la presenza fisica del prestatore e dell'utente, poteva essere utilizzato per concludere un contratto di servizi di pagamento (art. 4, n. 24).

Essendo impiegabili dispositivi o modalità di qualunque natura, le specifiche tecniche non concorrono a definire i pagamenti elettronici, mantenendo in tal modo una "neutralità" utile a consentire lo sviluppo di nuovi servizi in un regime di parità di condizioni⁶, secondo gli obiettivi che la direttiva PSD già si proponeva⁷, e che la successiva PSD2 afferma di voler mantenere⁸.

Si afferma così una neutralità tecnologica che è del resto una costante della disciplina dei pagamenti: basti pensare, sotto il profilo storico, al succedersi di interventi

² MIOTTO L. – SPERANZIN M., *I pagamenti elettronici*, in *Diritto del Fintech*, Marco Cian e Claudia Sandei (a cura di), CEDAM, 2020, p. 163 e ss..

³ Considerando nn. 4 e 5 PSD2.

⁴ Considerando n. 17 PSD2.

⁵ Considerando n. 95 PSD2.

⁶ Considerando n. 15 PSD 2.

⁷ Considerando n. 4 PSD.

⁸ Considerando n. 16 PSD2.

normativi tutti in apparenza indifferenti all'esigenza definitoria, nonché all'enunciazione di una nozione "tecnicamente" neutra anche di moneta elettronica⁹; nella comparazione con altri ordinamenti, è significativa la stessa scelta compiuta già nel 1978 dal Congresso degli Stati Uniti approvando l'*Electronic Fund Transfer Act*¹⁰.

In questa prospettiva, l'astensione di una definizione positiva di "pagamento elettronico" appare una scelta consapevole del legislatore il quale, proprio in considerazione della forte connotazione ed esposizione tecnologica del fenomeno da regolare, ritiene di preservare la disciplina dal rischio di una chiara obsolescenza utilizzando quindi formulazioni generiche o, per quanto possibile, onnicomprensive. Pertanto, risulta essere compito dell'interprete completare le definizioni normative con contenuti di dettaglio che siano allo stesso tempo aderenti allo stato della tecnica e alla fenomenologia concreta dell'istituto.

Premesso ciò, nel contesto attuale, vengono classificati come "pagamenti elettronici", quelli effettuati tramite carta, dispositivo mobile e Internet.

La prima tipologia di supporto, che include anche le carte di credito, di debito o prepagate, consente di effettuare pagamenti presso esercizi commerciali convenzionati dotati di Pos; la sotto-categoria di carte di debito permette inoltre di compiere operazioni dispositive (ad esempio, ricariche telefoniche, pagamenti di utenze).

Con la formula "pagamenti *mobile*" (*m-payments*), si indicano, invece, le transazioni effettuate mediante *smartphone* o altri dispositivi portabili (*tablet*, *smart objects* indossabili), utilizzando carte di credito che possono essere inserite virtualmente nei relativi supporti mediante *app*, memorizzate in portafogli digitali (*e-wallet* – *PayPal*, *Apple Pay* o *Samsung Pay*) o associate alla *sim card*¹¹. Apposite tecnologie (in particolare la NFC, *Near Field Communication*) abilitano questi strumenti ad essere utilizzati per effettuare pagamenti mediante accostamento in modalità *contactless* a Pos¹², o per eseguire prelievi ed operazioni dispositive presso i c.d. *Cardless Atm*. Inoltre, i pagamenti possono essere eseguiti anche mediante connessione a rete Internet, utilizzando gli strumenti abilitati ai pagamenti *mobile*, nonché di computer o *smart objects* non portabili. Attraverso tali supporti, si può accedere all'*home*

⁹ Considerando n. 7, dir. 2009/110/UE; per un approfondimento LEMME G. – PELUSO S., *Dalla moneta scritturale alla moneta elettronica*, Diritto ed economia del mercato, 2021, p. 503 e ss..

¹⁰ Nel § 903 (7) al termine "*electronic fund transfer*" si attribuisce il significato di "any transfer of funds", other than transaction originated by check, draft, or similar paper instrument, which is initiated through an electronic terminal, telephonic instrument, or computer or magnetic tape so to order, instruct, or authorize a financial institution to debit or credit an account", segue poi un'elencazione non esaustiva delle transazioni incluse nell'definizione.

¹¹ Modalità alternativa è l'addebito sul credito telefonico, che però, se vi sono determinati presupposti di valore rientra nel c.d. *negative scope* della direttiva PSD2 ovvero nella sfera di esenzione dall'applicazione di questa.

¹² Anche se meno conosciute, esistono tecnologie alternative alla NFC idonee ad abilitare gli smartphone a effettuare pagamenti in prossimità con funzionalità a banda magnetica. Infatti, determinate *app* permettono di appoggiare il telefono sul dispositivo Pos in modo da permettere la scansione di un codice a barre (o codice QR) disponibile sullo schermo.

*banking*¹³ al fine di effettuare operazioni come pagamenti, trasferimenti di denaro tra conti, disposizioni di addebiti e accrediti diretti, cioè su conti correnti o di risparmio, o su carte di pagamento.

Come anticipato sopra, ad accomunare tutte queste varianti è la modalità “a distanza” e l’assenza di un supporto cartaceo, da ciò deriva che tutte le transazioni che rientrano nell’indicata nozione di pagamenti elettronici sono necessariamente intermedie e che i trasferimenti di valore avvengono mediante scritturazioni¹⁴. In definitiva, i soggetti che prestano i servizi di pagamento e le modalità di esecuzione di questi rappresentano il nucleo della disciplina che regola la materia e che è necessario delineare nelle sue direttrici fondamentali.

2. Le linee guida della disciplina europea

L’innovazione degli strumenti di pagamento, poichè funzionale ad aumentare la velocità e la sicurezza delle transazioni, viene percepita come fattore propulsivo della crescita economica, e per tale ragione oggetto di una politica legislativa globale di sostegno. Infatti, l’incremento di efficienza derivante dall’applicazione di nuove tecnologie può tradursi in un aumento della rapidità e del numero degli scambi e, allo stesso tempo dell’efficacia di reazione ad eventi inattesi che possono provocare le crisi del sistema bancario e monetario.

Tra la fine degli anni ottanta e novanta, la consapevolezza di tale utilità ha portato ad avviare un percorso di armonizzazione della disciplina dei servizi di pagamento il cui approdo più recente è rappresentato dalla dir. 2015/2366/UE¹⁵. Le acquisizioni informatiche hanno dato specifico impulso a tale intervento, poiché hanno aperto nuove prospettive di transizioni che, svolgendosi soprattutto *on line*, non hanno confini nazionali e determinano l’esigenza di un’uniformità di regole che a sua volta intende assolvere due funzioni primarie.

La necessità di garantire parità di condizioni sia tra le imprese attive nel relativo settore sia tra gli utenti si coniuga, infatti, con quella di un regime di sicurezza delle operazioni elettroniche idoneo a creare l’affidamento del mercato e con esso un’ulteriore diffusione dei relativi strumenti. L’incremento della certezza è stato raggiunto, in particolar modo, sia nella fase di autenticazione *on line* degli utenti, aumentan-

¹³ Se l’accesso avviene con dispositivi mobili mediante apposite *app*, si parla di *home banking*.

¹⁴ BALP G.S., *P2P lending e invoice trading*, in *Diritto del Fintech*, Marco Cian e Claudia Sandei (a cura di), Cedam, 2020.

¹⁵ L’attuazione del Piano di azione per i servizi finanziari (PASF) è stata realizzata con la dir. 2007/64/CE (*Payment Services Directive* – PSD), recepita con il d. lgs. 11/2010. Tra gli interventi precedenti, si ricordano le raccomandazioni in materia di pagamenti elettronici (1987/589/CEE e 1997/489/CE), il regolamento su tutti i pagamenti transfrontalieri (2560/2001, abrogato con reg. 2009/924/CE) e il regolamento sulle informazioni relative all’ordinante da trasmettere a fini antiriciclaggio (reg. 2006/1781/CE)

do gli standard condivisi di sicurezza¹⁶, sia in una prospettiva rimediale successiva, rafforzando le tutele sostanziali e procedurali nei confronti degli intermediari che hanno processato pagamenti inesatti. Seguendo la medesima direttrice, l'utilizzo degli strumenti elettronici è stato promosso con interventi basati soprattutto sui costi delle operazioni, che sono stati calmierati allo scopo di accentuare la costante competitività con il contante. In questa prospettiva, le norme della direttiva PSD2 possono essere lette congiuntamente a quelle che, a livello europeo, hanno imposto una riduzione del costo di accettazione delle carte di pagamento ad uso dei consumatori, stabilendo massimali al valore delle commissioni interbancarie applicabili¹⁷, nonché con le normative nazionali che limitano l'uso del contante e abbassano le soglie per l'impiego delle carte di pagamento in relazione alla necessità di contrastare l'anonimato delle transazioni¹⁸.

3. Il servizio di pagamento e i servizi collaterali

La disciplina dei pagamenti elettronici non si esaurisce in regole che disciplinano l'operazione isolatamente intesa, ma considera anche il servizio di pagamento e i soggetti ammessi ad esercitare tale attività; ed anche su questo ambito interviene la direttiva PSD2.

Operazioni che, se analizzate singolarmente, devono essere qualificate come pagamenti elettronici, non soggiacciono alla relativa disciplina in relazione ad opzioni e apprezzamenti effettuati in base alle caratteristiche della più ampia attività nella quale si collocano e dei soggetti che la svolgono¹⁹. Sono invece espressamente escluse dall'elenco delle fattispecie disciplinate dalla normativa europea le operazioni di acquisto mediante addebito sul credito telefonico, aventi a oggetto contenuti digitali e servizi a tecnologia vocale, ovvero effettuate utilizzando un dispositivo elettronico.

¹⁶ L'istituto, noto come *Strong Authentication*, è regolato dall'art. 97 PSD2.

¹⁷ A tale riguardo, si rinvia agli artt. 3 e 4, reg. 2015/751/UE, dettati con l'intento di superare l'eterogeneità delle discipline nazionali e le inefficienze delle relative prassi contrarie al diritto della concorrenza. Inoltre, il legislatore italiano si è avvalso della libertà, concessa agli Stati membri, di prevedere una maggiore flessibilità nel calcolo delle commissioni per le operazioni di pagamento nazionali. Per altro verso sono state definite regole di condotta volte a migliorare la concorrenza nel relativo settore di mercato, nello specifico vietando di porre limiti al *co-badging* (art. 8, reg. 2015/751/UE) in un regime di massima trasparenza nei confronti di esercenti e consumatori, mediante la separazione obbligatoria dei costi relativi alle commissioni da quelli relativi ai diversi marchi e tipologie di carta.

¹⁸ Nel nostro ordinamento sono stati fissati limiti di utilizzo della moneta contante calibrati per soglie di valore (art. 18, d.l. 124/2019) o per natura dei soggetti coinvolti (in tal senso, l'art. 5, d. lgs. 235/2010); in senso positivo, l'utilizzo delle carte di credito è stato agevolato riducendo le soglie minime di utilizzabilità (art. 23, d.l. 124/2019).

¹⁹ La valutazione di opportunità delle più importanti restrizioni all'ambito di applicazione della disciplina europea era stata già compiuta dalla dir. 2007/64/CE (PSD), che è stata poi ridefinita dalla successiva PSD2 allo scopo di correggere alcune prassi che si presentavano disomogenee tra i diversi Stati membri, creando incertezze e disparità.

co, nel quadro di un'attività di beneficenza o per l'acquisto di biglietti. L'esenzione è stabilita inoltre per le transazioni effettuate mediante agenti commerciali²⁰; per i servizi di prelievo di contante mediante Atm indipendenti²¹; per quelli basati su specifici strumenti di pagamento utilizzabili solo in modo limitato, rispetto al luogo o all'oggetto dei possibili acquisti²², per le operazioni di pagamento infragruppo senza intermediazione esterna.

Appare chiaro che tali dispense evidenziano la pluralità dei piani di considerazione normativa del fenomeno dei pagamenti elettronici, poiché un'operazione riceve una disciplina differente in base al servizio (o attività) nell'ambito del quale è svolta, essendo ad esempio su tale base sottoposta o no alle regole di sicurezza rafforzata in fase di autenticazione.

A ciò si aggiunga che la disciplina di cui si tratta si caratterizza come “multilivello” in un senso ulteriore, in quanto ha ad oggetto non solo il servizio di pagamento in senso stretto, ma anche altri ad esso collaterali²³. La prima di tali attività è definita dall'art. 4, par. 16, PSD2 come “servizio di informazione sui conti” e consiste nel fornire informazioni consolidate relativamente a uno o più conti di pagamento detenuti presso altri istituti, permettendo all'utente una visione unitaria della propria situazione finanziaria, comprensiva dei movimenti da diversi conti²⁴.

La seconda attività, concepita in funzione del commercio elettronico e come alternativa all'utilizzo di carte di credito, è un servizio di disposizione di ordini di pagamento (*Payment Initiation Service*) relativamente ad un conto che l'utente detiene presso un altro istituto (art. 4, par. 15 e art. 66 PSD2; art. 5-ter, d. lgs. 11/2010). Come terza tipologia, si prevede che possa essere richiesta immediata conferma alla banca presso la quale il cliente tiene il suo conto, della disponibilità dell'importo richiesto per eseguire una transazione mediante una carta emessa dall'istituto che presenta l'istanza (*Card Issuer Service Provider*), con l'utilità di ridurre il rischio di insolvenza nell'uso delle carte di debito.

Per i prestatori di tali servizi si stabilisce una parziale esenzione dall'applicazione della disciplina sugli istituti di pagamento (art. 33 PSD2), temperata da previsioni

²⁰ La condizione posta è che questi soggetti, quando agiscono per conto sia del pagatore sia del beneficiario non entrino in possesso dei fondi dei clienti o non li controllino (Considerando n. 11 PSD2; art. 3, par. 1, lett. b, PSD2).

²¹ Art. 3, par. 1, lett. o, PSD2, il quale impone trasparenza sulle commissioni applicate.

²² Ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. k, PSD2 (e Considerando n.13 della stessa), si deve trattare di acquisti che possono avere ad oggetto una gamma molto limitata di beni o servizi, o che possono essere compiuti nei soli locali dell'emittente o all'interno di una rete limitata di prestatori di servizi, o che sono validi solamente in un unico Stato membro, nel quale sono forniti su richiesta di un'impresa o di un ente del settore pubblico e disciplinati da un'autorità pubblica nazionale o regionale per specifici scopi sociali o fiscali. Secondo l'esemplificazione effettuata dal Considerando n. 14 PSD2, sono annoverabili come strumenti di pagamento rientranti in tale esclusione le tessere clienti, le carte carburante, le tessere di membro e quelle per i mezzi di trasporto pubblici, i biglietti per i parcheggi, i buoni pasto.

²³ MIOTTO L. – SPERANZIN M., *I pagamenti elettronici*, in *Diritto del Fintech*, Marco Cian e Claudia Sandei (a cura di), CEDAM, 2020, *cit.*.

²⁴ Si vedano anche l'art. 67 PSD2 e l'art. 5- quater d. lgs 11/2010.

limitative delle condizioni per l'esercizio dei relativi servizi (artt. 65-68 PSD2). Ne deriva un'alterazione in senso estensivo del programma del panorama dei soggetti abilitati a operare nell'ambito degli *e-payments*. Proprio in questa prospettiva, si coglie chiaramente un atro livello di incidenza della disciplina europea, che oltre alle operazioni e ai servizi, di pagamento e collaterali, ridefinisce l'intero mercato di questi, introducendo nuove variabili nelle dinamiche competitive²⁵. Si delinea in tal modo uno scenario, noto come *open banking*²⁶, basato sull'imposizione alle banche di condividere le informazioni sui conti dei clienti prima detenute in regime di esclusività²⁷, salva la possibilità di opporre motivo debitamente comprovati, come il rischio di frode²⁸, e ferma la graduazione dell'accesso informativo in base alla natura del servizio reso dai diversi prestatori di servizi collaterali²⁹.

4. I tempi del pagamento elettronico

Il concorso tra progresso tecnologico e disciplina normativa nell'innovazione delle operazioni di pagamento elettronico si può cogliere, in primo luogo, in considerazione dei tempi delle relative transazioni³⁰.

L'adesione allo standard europeo *SEPA Credit Transfer* ha semplificato l'*iter* per effettuare bonifici in euro rendendo sufficiente identificare tramite codice Iban il conto del beneficiario ed ha consentito una riduzione dei relativi tempi, ma con possibilità – sebbene allo stato circoscritta ad alcuni servizi di *banking online* e ad operazioni che non superano la soglia di 15.000 euro – di avvalersi di una modalità

²⁵ Sotto il profilo dei rapporti tra istituti di pagamento, la maggiore concorrenza è stata perseguita consentendo a quelli che abbiano ottenuto il rilascio della relativa autorizzazione in uno degli Stati membri, di prestare l'attività in tutta l'Unione (passaporto europeo). Sul punto si veda il *Report on Potential Impediments to the Cross-Border Provision of Banking and Payment Services*, pubblicato da EBA il 29-10-2019.

²⁶ MILANESI D., *A New Banking Paradigm: The State of Open Banking in Europe, the United Kingdom, and the United States*, TITF, *Working Papers in 29 Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, 2017.

²⁷ Già prima della direttiva PSD2, le innovazioni tecnologiche hanno determinato la cessazione del rapporto di necessaria esclusività con la banca per l'accesso a forme di pagamento basate su moneta scritturale. Si pensi ad esempio al venir meno della necessaria titolarità di un conto corrente per ottenere una carta prepagata, alla possibilità di addebitare pagamenti sul credito telefonico; ai servizi di conti virtuali offerti dalle piattaforme che si occupano di commercio elettronico.

²⁸ Art. 65, co. 5 e 6 PSD2.

²⁹ Sul diritto di accesso alle informazioni sull'account di pagamento, M. C. MALAGUTI, *Fintech e piattaforme digitali nel settore finanziario tra concorrenza e regolazione*, in *Fintech: diritti, concorrenza, regole. Le operazioni di finanziamento tecnologico*, a cura di G. Finocchiaro – V. Falce, Bologna, 2019, p. 74 e ss..

³⁰ Sulle variabili che incidono sull'ammodernamento dei sistemi di pagamento, AA. VV., *The future of Payment Systems*, a cura di A. Haldane – S. Millard – V. Saporta, Londra – New York, 2008; G. BONAIUTI – R. VALCAMONICI, *Il sistema dei pagamenti: economia e regole. I fattori evolutivi e gli impatti della direttiva sui servizi di pagamento*, Roma, 2010.

c.d. istantanea o in tempo reale. Optando per un ambito di operatività più ampio, funzionale a un generale incremento di efficienza, la direttiva PSD2 ha previsto che tutti gli ordini di pagamento disposti dal pagatore e denominati in euro o in una valuta di uno Stato membro sono soggetti ad un tempo di esecuzione massimo di un giorno, termine da applicare, salva espressa deroga contrattuale³¹, ad esempio disposti dal beneficiario o per suo tramite, compresi gli addebiti diretti e i pagamenti mediante carta³². Nello specifico, il prestatore di servizi del pagatore deve garantire che, una volta ricevuto l'ordine, il relativo importo sia accreditato sul conto dell'istituto di pagamento del beneficiario entro la fine della giornata operativa successiva (art. 83, comma 21, PSD2). A sua volta, tale secondo intermediario deve indicare la data valuta e rendere disponibile l'importo sul conto del beneficiario, non appena ottenuto l'accredito sul proprio, e comunque entro la medesima giornata operativa (artt. 83, co.2, e 87 PSD2).

Sul piano economico, si intuiscono facilmente gli elevati vantaggi che le imprese possono trarre da tale accelerazione temporale ai fini di un'efficiente gestione dei ritardi di pagamento e dei flussi di cassa³³. Anche sul piano interpretativo, la disciplina introdotta risulta di estremo interesse, in quanto si colgono chiaramente riflessi sui temi del tempo dell'adempimento esatto, con efficacia liberatoria, e delle conseguenze di un'eventuale mora.

La dilazione temporale tra ordine di pagamento e accreditamento del valore oggetto della disposizione sul conto del beneficiario può innanzitutto essere ricondotta, come matrice giuridica, alla scelta di sottrarre alla sfera dell'autoregolamentazione bancaria gli intervalli temporali nella procedura. Dal punto di vista sistematico, ne deriva un avvicinamento della moneta bancaria a quella contante. Alla luce delle nuove tecnologie, la progressività che caratterizza la formazione della fattispecie a "pagamento intermediato si risolve in un lasso temporale minimo, praticamente in un istante, realizzando così un'equipollenza sostanziale tra gli strumenti di pagamento, in linea con l'aspirazione europea alla neutralità degli stessi e all'incremento di diffusione nel mercato di quelli elettronici.

Inoltre, la stessa direttiva PSD2 ha isolato ai fini di certezza due eventi che fungono da criterio di riparto degli obblighi delle parti coinvolte³⁴. Il primo è la ricezione dell'ordine di pagamento da parte del prestatore di servizi di pagamento (art. 78 PSD2): al suo verificarsi cessa ogni attività esigibile e possibile da e per l'utente, il

³¹ Il termine più lungo non può in nessun caso superare quattro giornate operative dal momento della ricezione dell'ordine (art. 82, co. 2, PSD2).

³² Considerando n. 73; art. 82 PSD2. Per gli ordini impartiti su supporto cartaceo, è prevista la possibilità di proroga di un'ulteriore giornata operativa.

³³ Nell'ambito di questo stesso genere di semplificazione procedimentale vi rientrano i c.d. addebiti diretti, che semplificano soprattutto i pagamenti di tipo ripetitivo con scadenza predeterminata, ad esempio di utenze.

³⁴ DE STASIO V., *Sul momento e il luogo nel quale il beneficiario di un bonifico bancario acquista la disponibilità della somma oggetto dell'ordine di pagamento dell'ordinante*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, 303 e ss..

quale non può revocare la disposizione e diventano effettivi i diritti e gli obblighi dell'intermediario che, a tutela dell'affidamento del cliente, può rifiutare l'ordine solo se non sono soddisfatte tutte le condizioni stabilite nel contratto quadro o nella disciplina legale³⁵.

Il secondo evento è l'accreditamento sul conto del prestatore di servizi di pagamento del beneficiario: in capo a tale soggetto sorge l'obbligo di mettere immediatamente l'importo a disposizione del suo cliente; se non adempie è responsabile nei suoi confronti, essendo obbligato ad attribuire detta disponibilità o ad effettuare un accredito corrispondente sul suo conto con data valuta non successiva a quella che sarebbe stata attribuita se l'operazione fosse stata eseguita correttamente (art. 89 PSD2).

Tale ripartizione si riflette sull'interpretazione delle norme in materia di mora *debendi*, poiché apporta un duplice argomento a sostegno della tesi, appoggiata anche dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale l'esattezza dell'adempimento sotto il profilo temporale è da individuare nell'accredito dell'importo dovuto presso il conto del prestatore di servizi di pagamento del beneficiario³⁶. Infatti, se i passaggi relativi alla fase procedimentale precedente a tale evento sono da inquadrare nella sfera degli obblighi del debitore o dall'intermediario scelto come ausiliario, quelli successivi integrano posizioni di potere-dovere del prestatore di servizi di pagamento incaricato dal beneficiario, rispetto alle quali il soggetto pagante è estraneo, dunque non imputabile³⁷. Inoltre, come supporto di ciò, si aggiungono le regole in tema di responsabilità, dalle quali risulta un riparto tra intermediari stabilito proprio in relazione alla sfera di competenza anteriore e successiva all'accredito presso il conto del prestatore di servizi del beneficiario. In particolare, la previsione secondo la quale il pagatore deve essere mantenuto indenne dal suo intermediario per le conseguenze derivanti dalle inesattezze nell'esecuzione dell'operazione che si concentrano nella fase tra la ricezione dell'ordine di pagamento e l'accredito presso il predetto altro intermediario, porta a ritenere di dover riconoscere la stessa estensione anche all'ambito della responsabilità per ritardo nell'adempimento alla quale il debitore è esposto nei confronti del creditore³⁸.

³⁵ I relativi motivi devono essere immediatamente notificati all'utente, ai sensi dell'art. 79 PSD2.

³⁶ Cass. 14-10-2015, n. 20786, in *Pluris*; Cass. 22-05-2015, n. 10545, in *Foro it.*, 2015, I, 3911; in dottrina, SCIARRONE ALIBRANDI A., *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria tra diritto vivente e portata regolatoria indiretta della Payment Services Directive*, in *Il nuovo quadro comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, a cura di M. Mancini – M. Perassi, Banca d'Italia, Roma, 2008, 61 ss.; VENUTI M.C., *Pagamento mediante versamento su conto bancario e mora debendi nella disciplina in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Eur. Dir. priv.*, 2008, 1051 ss..

³⁷ VENUTI M.C., *I soggetti del pagamento, Il codice civile, Commentario* diretto da Busnelli, Milano, 2018, 83 ss..

³⁸ La ricostruzione risulta maggiormente complicata nel caso in cui la disposizione di pagamento sia ordinata dal beneficiario, o da altri per suo conto, sulla base di un contratto di mandato con il debitore. Con riferimento al tempo esatto di adempimento, bisogna precisare che l'impulso all'avvio della procedura di pagamento opera come condizione sospensiva, senza la quale non

Inserita nel nuovo contesto normativo e tecnologico, la portata di tale disposizione pare essere suscettibile di un'ulteriore lettura. Infatti, consentendo la sovrapposizione temporale dei vari passaggi procedurali, le nuove tecnologie riducono di fatto le conseguenze materiali del ritardo e quindi della scelta della relativa imputazione. Nell'interpretazione delle norme, e del conseguente modo di intendere la mora nei pagamenti intermediati, sembra centrale la scelta di porre in capo ai prestatori di servizi di pagamento un obbligo di ristoro immediato del cliente, a meno che non dimostrino che la responsabilità è in capo all'istituto che ha reso il servizio in favore della controparte del negozio sottostante all'operazione.

C'è da dire, in conclusione, che la volontà europea di tenere comunque indenni sia debitore sia creditore non solo influenza l'esegesi delle norme di diritto interno sull'adempimento, ma comporta anche che le relative scelte si convertano in un'opzione di allocazione del rischio tra intermediari, che a sua volta si qualifica come rischio d'impresa in quanto riconducibile alla selezione e verifica responsabili di sistemi e procedure idonee ad assolvere gli obblighi di legge. La logica è in continuità con quella che, come si vedrà più avanti, si pone alla base dell'intero sistema delle responsabilità per pagamento inesatto, compreso quello non autorizzato.

5. L'evoluzione delle carte di pagamento: tecnica e interpretazione

Le novità tecnologiche più rilevanti hanno riguardato le carte di pagamento, categoria che ricomprende una pluralità di strumenti (di credito, debito, prepagati) con caratteristiche differenti soprattutto con riferimento ai tempi di addebito, e che ha assunto sempre più il ruolo di protagonista nell'evoluzione dei metodi di pagamento³⁹. La relativa diffusione, favorita certamente dalla nuova polifunzionalità dei supporti fisici adottati⁴⁰, dipende da una soddisfacente risposta alle domande di semplificazione e sicurezza: tali due ultime istanze hanno trovato nell'attuale contesto tecnolo-

si può configurare mora, sul punto: MARINO G., *Dalla traditio pecuniae ai pagamenti digitali*, Torino, 2018, 188. Se il ritardo nell'inoltro di pagamento è imputabile al prestatore di servizi di pagamento del beneficiario, tale soggetto è responsabile nei confronti del beneficiario stesso, e deve trasmettere immediatamente la disposizione all'intermediario del pagatore e, in successione, garantire che l'importo dell'operazione sia a disposizione del beneficiario non appena accreditato sul proprio conto, con una data valuta che non sia successiva a quella che sarebbe stata attribuita in caso di esecuzione corretta. Infine, i prestatori di servizi di pagamento sono responsabili nei confronti dei rispettivi utenti di tutte le spese loro imputate e di tutti gli interessi applicati a seguito della mancata, inesatta o tardiva esecuzione dell'operazione (art. 89, co. 2 e 3, PSD2).

³⁹ Tra tutti, ONZA M., *Estinzione dell'obbligazione pecuniaria e finanziamento dei consumi: il pagamento con la "carta"*, Milano, 2013; CIRAOLO F., *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, Milano, 2008.

⁴⁰ ONZA M., *Carte di credito*, in *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*, a cura di P. Spada – L. Salamone, Padova, 2013, 891.

gico manifestazioni e soddisfazioni differenti a seconda che i pagamenti avvengano in presenza o da canale remoto.

Per quanto riguarda la prima modalità, i cambiamenti hanno riguardato soprattutto i supporti utilizzati. Per perfezionare gli standard di sicurezza la banda magnetica è stata sostituita con microprocessori che impiegano sistemi crittografici idonei a consentire l'autenticazione *offline* e a ridurre i rischi di frode e di clonazione, e che sono allo stesso tempo dotati di una capacità di memorizzazione dei dati tanto estesa da poter trasformare le carte tradizionali in *smart card* c.d. "multi-applicazione"⁴¹. La facilità di utilizzo è stata incrementata mediante l'abilitazione a tecnologie di radio frequenza che rendono possibile pagare avvicinando la tessera agli apparecchi di accettazione (Pos) in modalità c.d. *contactless*⁴². Si tratta di transazioni di importo contenuto, che di regola avvengono *offline*, senza cioè che ai fini della concessione dell'autorizzazione del pagamento sia necessario il collegamento con l'emittente la carta. Inoltre, poiché non sono necessari né l'apposizione della firma sullo scontrino né la digitazione di codici, l'innovazione in questione si presta a essere collocata in un più ampio quadro di semplificazioni progressive per le operazioni valutate a minor rischio⁴³, con alcuni riflessi interpretativi.

In primo luogo, per quanto concerne l'esecuzione in modalità *offline*, la peculiarità consiste nella mancanza di un'autorizzazione da parte dell'emittente al momento della transazione, dunque diviene necessariamente successiva la verifica della capienza rispetto al *plafond* disponibile che nella modalità *online*, invece, avviene in tale fase. Pertanto, la variante tecnologica introduce un elemento di rischio, che bisogna ben comprendere.

Per quanto riguarda l'esercente, l'applicazione del regime di protezione stabilito per le carte di credito e debito determina che anche i pagamenti effettuati in modalità *contactless* siano garantiti conformemente alle condizioni contrattuali applicabili al circuito, in tal modo, anche quando l'esecuzione avvenga *offline*, la transazione diventa irrevocabile una volta che si sia completata⁴⁴.

Alla luce delle nuove tecnologie, tratto caratterizzante di ogni pagamento con carta è che i fondi sono trasferiti mediante accredito del beneficiario dopo l'esecuzione del contratto tra questi e il titolare della carta⁴⁵, sulla base di una presunzione di buon fine del trasferimento che, a tutela dell'esercente, si configura come assoluta, non essendo possibile uno storno conseguente alla verifica della carenza dei fondi⁴⁶.

⁴¹ MIOTTO L. – SPERANZIN M., *I pagamenti elettronici*, in *Diritto del Fintech*, Marco Cian e Claudia Sandei (a cura di), CEDAM, *cit.*.

⁴² Mediante registrazione su app della carta di pagamento, è possibile anche effettuare transazioni tramite *bluetooth* in prossimità di *vending machine*.

⁴³ Sul punto, si veda il Considerando n. 96 PSD2, che dichiara la volontà di permettere lo sviluppo di mezzi di pagamento di facile uso ed accessibili per tale categoria di operazioni.

⁴⁴ Sull'irrevocabilità degli ordini di pagamento si veda l'art. 17, co.2, d. lgs. 11/2010.

⁴⁵ OLIVIERI G., *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, Milano, 2002.

⁴⁶ Al riguardo, SCIARRONEALIBRANDI A. – DELLAROSA E., in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commento al d. lgs. n.11/2010*, Torino, 2011, sub art. 25, 247 ss., 267.

La particolarità delle modalità in esame sembra risolversi nell'alea aggiuntiva dipendente dall'assenza di una verifica preventiva di capienza rispetto al saldo o al plafond a disposizione, in ordine alla quale la nuova disciplina ha introdotto tutele indirette destinate ad aggiungersi a quelle volontarie già note nella prassi negoziale. Le norme tecniche di regolamentazione (RTS) integrative della direttiva PSD2 per l'autenticazione forte del cliente stabiliscono infatti che quest'ultima possa non essere applicata alle operazioni di pagamento elettronico senza contatto a condizione che abbiano un importo individuale e cumulativo non superiore rispettivamente a 50 e 150 euro, e che non ne siano disposte consecutivamente più di cinque (art. 11, reg. delegato 2018/389/UE). Superate tali soglie, si riattiva la necessità di adottare la modalità *on line* mediante inserimento della carta nel lettore. Ne deriva una materiale diminuzione del rischio, che peraltro l'intermediario valuta preventivamente in sede di emissione di carte *contactless*, in relazione al merito creditizio del singolo cliente.

Il rischio in capo a quest'ultimo si concretizza nella possibilità di effettuare transazioni "allo scoperto" rispetto alle disponibilità, con aggravio dei relativi costi, ed è determinato anche dai tempi incerti di visualizzazione in rete delle transazioni eseguite *offline*, variabili in vario modo in relazione al sistema operativo utilizzato dall'esercente.

Quanto detto serve a comprendere che le modalità senza contatto sono espressione peculiare di una tendenza più ampia di semplificazione, che si esprime anche nel programma di una generalizzata liberazione degli utenti dallo sforzo di memorizzare le password. È un disegno⁹ che trova le maggiori prospettive di realizzarsi nell'implementazione di meccanismi di riconoscimento biometrico nelle carte, nonché negli strumenti che le sostituiscono nei pagamenti *mobile*.

6. Mobile e Internet Payments: profili giuridici

Le nuove tecnologie consentono di sostituire la carta fisica con supporti alternativi – *smartphone* o *tablet* – che processano il pagamento mediante tecnologia *contactless* o biometria⁴⁷. La tecnica più diffusa e utilizzata è quella basata sul riconoscimento delle impronte digitali, che può consentire di effettuare l'operazione appoggiando il polpastrello su un cellulare avvicinato a un Pos⁴⁸. Sono in corso di sperimentazione inoltre anche tecnologie basate sul riconoscimento facciale, mediante il quale ad

⁴⁷ Sui *m-payments*, RAJOLA F. – FRIGERIO C., *Servizi in mobilità e pagamenti via mobile: caratteristiche e linee di sviluppo nel settore finanziario italiano*, in AGE, 2015, 35 ss.; MONETTI S., "Mobile Payments": *gli sviluppi del mercato e l'inquadramento normativo*, in AGE, 2015, 101 ss.; GIMIGLIANO G. – NAVA G., *L'inquadramento giuridico dei m-payment: profili ricostruttivi e distonie regolamentari*, in AA. VV., *Smart cities e diritto dell'innovazione*, a cura di G. Olivieri – V. Falce, Milano, 2016, 181 ss..

⁴⁸ È interessante, peraltro, rilevare è in corso di sperimentazione in Russia un metodo secondo il quale l'impronta digitale non viene memorizzata sullo strumento di pagamento in possesso dell'utente, ma confluisce su una banca dati nazionale, ponendosi però numerosi problemi di *privacy* e sicurezza.

esempio sarà possibile pagare i biglietti di trasporto pubblico solo salendo sul relativo mezzo, poiché all'identificazione seguirà la trasmissione di una notifica impulso allo *smartphone*.

È evidente che i nuovi supporti aprono la prospettiva a semplificazioni molteplici e progressive, consentendo la liberazione sia dall'uso delle password, sia dalle stesse carte di pagamento fisiche, le quali possono essere completamente pretermesse dall'operazione, poiché il *mobile payments* si può avere anche mediante collegamento con carte emesse solo virtualmente o mediante portafogli mobili. In tale prospettiva, è significativo che la nozione di servizio di emissione di strumenti di pagamento sia stata riformulata dall'art. 4, n. 45, PSD2 omettendo il riferimento alle carte di pagamento.

Più in generale, per quanto riguarda la natura giuridica delle "carte", non sembrano riproponibili in questo ambito le discussioni che si sono sviluppate con riferimento alle carte materiali circa la loro riconducibilità alla nozione di titolo di credito o di documento di legittimazione⁴⁹. Infatti, se già la circostanza che le tessere non siano destinate alla circolazione portava e porta ancora oggi a negarne l'afferenza al primo istituto, e se si poteva sollevare la critica per la quale non era comunque la tessera ad attivare lo strumento, ma la credenziale identificativa digitata⁵⁰, a maggior ragione l'impiego di tali nozioni non è coerente con una realtà in cui, nemmeno nei pagamenti effettuati in presenza, è più necessaria la presentazione della tessera come supporto fisico. La carta virtuale rappresenta in effetti solo un insieme di dati necessario per inoltre l'ordine di pagamento in base al rapporto giuridico con il prestatore del relativo servizio.

Con riferimento, poi, ai pagamenti con canali a distanza, c.d. *Internet Payments*, che comprendono le transazioni effettuate mediante terminale virtuale su siti di commercio elettronico, le innovazioni riguardano oggi essenzialmente gli strumenti utilizzabili, i quali includono, oltre ai computer e agli altri terminali dotati di *browser* per la navigazione, anche *smart object* e assistenti vocali, attraverso i quali si rende possibile la connessione ai siti presso cui ordinare il pagamento.

Si è dunque entrati nell'era della *Internet of Things (IoT)* e della *In-Thing Purchase*⁵¹, nella quale gli acquisti possono avvenire attraverso interazione con oggetti intelligenti connessi, che fra l'altro permettono l'attivazione di funzionalità o servizi aggiuntivi, o l'effettuazione di pagamenti ricorrenti al verificarsi di eventi specifici. Si assiste in tale scenario ad una sorta di sintesi del percorso di semplificazione e polifunzionalità di cui si è detto in precedenza.

⁴⁹ Per una ricostruzione del dibattito, GIULIANO M., *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale "legalmente" imposta*, Torino, 2018, 109 ss..

⁵⁰ SPADA P., *Introduzione al diritto dei titoli di credito*, Torino, 2012, 125 ss..

⁵¹ Su tale nozione, ZANUZZI A.C., *Internet of things e privacy. Sicurezza e autodeterminazione informativa*, Tecnodiritto, Temi e problematiche di informatica e robotica giuridica, Paolo Moro – Claudio Sarra (a cura di), FrancoAngeli, 2017, 99 ss.

Si ha infatti sostituzione non solo delle carte con oggetti che hanno una funzione principale diversa dal pagamento, ma anche dell'attività umana, atteso che i nuovi strumenti possono coadiuvare nella decisione di acquisto, ad esempio mediante ricerca *online* comparazione di prodotti, e persino generarla attraverso automatismi, dando in tal modo un impulso all'avvio del procedimento.

Anche nel canale a distanza costituiscono dunque elementi di innovazione, da una parte, il superamento della necessità di carte di credito fisiche ai fini del pagamento, con una conseguente riduzione dei costi derivanti dall'incremento dei livelli di competitività del settore di riferimento, dall'altra parte, maggiormente attinente al tema della sicurezza, la possibilità di eseguire mediante piattaforme *online* i pagamenti, anche periodici.

Ne deriva la duplice utilità di poter gestire facilmente, con puntualità e senza vincoli di orario abbonamenti e pagamenti ricorrenti di utenze e, allo stesso tempo, di non dover fornire ai destinatari i permessi per una domiciliazione bancaria o i dati della carta di credito.

Proprio il profilo della sicurezza è oggetto di innovazioni tecniche e legislative specifiche.

7. L'implementazione della sicurezza: le misure normative

Sia per le transazioni in presenza sia per quelle *online*, un diffuso meccanismo di sicurezza consiste nella riduzione degli importi disponibili e del rischio di un utilizzo non autorizzato o inesatto: ad esempio, le carte prepagate, che consentono di effettuare pagamenti nei limiti di una somma che il titolare ha preventivamente depositato presso l'emittente; la sub-categoria di carte prepagate usa e getta, che permettono di cumulare il vantaggio di un anonimato relativo⁵²; le carte virtuali, consistenti in un numero monouso fornito dall'emittente, utilizzabile entro un tempo predeterminato e con un tetto giornaliero per transazione⁵³, eventualmente solo per alcune categorie di beni⁵⁴; le carte "a spendibilità limitata", emettibili anche da soggetti non vigilati e

⁵² Sono presenti sul mercato in una molteplicità di varianti, si caratterizzano per l'imposizione di limiti minimi e massimi agli importi che possono essere caricati, e per la possibilità di acquisto, solitamente ad un costo fisso, anche presso tabaccherie ed uffici postali. Alcune possono essere utilizzate per acquistare senza commissioni beni determinati o in negozi convenzionati; per alcune è possibile chiedere il blocco nei casi di furto o smarrimento. Inoltre, si aggiunge il vantaggio di un anonimato relativo, in quanto non sono nominative e, essendo svincolate da un conto corrente, consentono di effettuare pagamenti senza che emergano collegamenti tra carta ed utilizzatore.

⁵³ La funzione è effettuare pagamenti *online*

⁵⁴ La funzione è quella di effettuare pagamenti *online* con uno strumento che offre una duplice protezione da ipotesi di frodi, sia per il limite temporale e di valore, sia in quanto dal numero temporaneo non è possibile ricostruire l'identità del titolare, né i suoi dati personali.

utilizzabili per l'acquisto di classi prestabilite di beni e servizi; infine, la previsione di limiti dispositivi di operatività dei bancomat⁵⁵.

La novità di maggior rilievo in tema di sicurezza, introdotta dalla direttiva PSD2 e dalle relative norme tecniche di regolamentazione, si basa sull'uso di due o più elementi (c. d. credenziali a doppio fattore), classificati nelle categorie della conoscenza (qualcosa che solo l'utente conosce, ad es. una password), del possesso (qualcosa che solo l'utente possiede, un *token* o similari) e dell'inerenza (qualcosa che caratterizza l'utente, ad es. elementi biometrici), i quali sono indipendenti, in quanto l'affidabilità di uno non compromette l'affidabilità degli altri⁵⁶. Per attuare tali misure di sicurezza i prestatori di servizi di pagamento devono dotarsi di procedure documentate, testate, verificate periodicamente da revisori indipendenti e inviate alle Autorità competenti.

Nello specifico, ai sensi dell'art. 97 PSD2 l'autenticazione forte va applicata quando l'utente accede al conto *online*; dispone un pagamento elettronico; effettua qualsiasi azione tramite un canale a distanza, che può comportare un rischio di frode o altri abusi.

Per le sole operazioni a distanza, ritenute maggiormente esposte al rischio di frode, si richiede un elemento aggiuntivo che colleghi in maniera dinamica la transazione a un importo e a un beneficiario specifici (*Dynamic Linking*), mediante codici di autenticazione basati sulla generazione e la convalida di password monouso, firme elettroniche, chiavi crittografiche (art. 97, co. 2, PSD2; art. 10-*bis*, co. 2, d. lgs. 11/2010).

Allo scopo di contemperare l'interesse ad una sicurezza più elevata e le esigenze di facilità di utilizzo e accessibilità dei pagamenti, soprattutto nel settore del commercio elettronico, sono state stabilite deroghe al principio dell'autenticazione forte definendole in base al livello di rischio. A sua volta, ciò è stato previsto in correlazione con l'importo, la frequenza dell'operazione e il canale di pagamento utilizzato. Sono dunque esentate le transazioni che prevedono un importo di modesta entità (art. 16 RTS), i pagamenti ricorrenti dello stesso valore (art. 14 RTS), e quelli verso *merchant* che vengono identificati come beneficiari di fiducia (art. 13 RTS). I prestatori di servizi devono effettuare un'analisi dei rischi in tempo reale, monitorando le operazioni in modo da escludere possibili anomalie negli schemi di spesa o nel comportamento del pagatore, accessi insoliti al dispositivo, la presenza di *malware*, scenari di frode, una localizzazione anomala del pagatore o ad alto rischio del beneficiario (artt. 18 e 19 RTS).

In definitiva, l'evoluzione dei pagamenti elettronici può essere descritta come un

⁵⁵ L'orientamento dei Collegi territoriali ABF (si ricordano Coll. Milano, dec. nn. 1801/2011, 8865/2015 e 7949/2017; Coll. Napoli, dec. n. 2762/2012; Coll. Roma, dec. nn. 4960/2013 e 7408/2015), nonché del Collegio di coordinamento (dec. n. 16237/2018) è conforme nell'affermare la responsabilità esclusiva della banca che non rispetti l'obbligo contrattuale di limitare i prelievi giornalieri e mensili entro la soglia prestabilita.

⁵⁶ Art. 4, par.30, PSD2; art. 1, co. 1, lett. q-*bis*, d. lgs. 11/2010; si vedano inoltre le *Opinion* EBA 13-6-2018 e 21-6-2019.

percorso che, sfruttando le opportunità di una nuova tecnologia capace di offrire supporti e strumenti diversificati e di facile impiego ha assunto come direzione quella dell'incremento degli standard di sicurezza. Inoltre, poiché l'eliminazione totale del rischio non è stata raggiunta, bisogna considerare l'incidenza del nuovo contesto normativo e tecnologico sulle responsabilità, individuali e concorrenti, dei soggetti che a diverso titolo e scopo acquisiscono informazioni e intermediano i pagamenti in esame⁵⁷.

8. Le responsabilità per pagamento non autorizzato nell'ambito delle nuove tecnologie

I temi ora trattati hanno come prima cornice di riferimento l'ampio dibattito sulla responsabilità per pagamenti inesatti, nel quale la direttiva PSD2 si inserisce confermando nella distribuzione indisponibile degli oneri di comunicazione e di prova già definita nella disciplina emendata.

Infatti, viene conservato in capo all'utente solo l'onere di un disconoscimento tempestivo di presunte operazioni di pagamento non autorizzate o non eseguite correttamente⁵⁸. Pervenuta la contestazione, spetta al prestatore del servizio di radicamento di conto dimostrare le corrette autenticazione, registrazione e contabilizzazione dell'operazione e, in difetto, rimborsare al cliente l'importo dell'operazione non autorizzata entro la fine della giornata operativa successiva a quella in cui si prende atto, anche a seguito di notifica, che tale operazione non doveva essere effettuata⁵⁹, salvo solo i casi in cui vi sia fondato sospetto di frode⁶⁰. L'innovazione, derivante dalla necessità di tutelare gli utenti, consiste nella riduzione alla cifra massima di 50 euro (non più i 150 stabiliti dalla PSD) dell'imposto per il quale l'utente deve rispondere in ipotesi di operazioni non autorizzate, salvi i casi in cui abbia agito in modo fraudolento o con dolo o negligenza grave⁶¹. Tale concorso nella perdita non opera se prima del pagamento non sarebbe stato comunque possibile notare il furto, l'appropriazione indebita e lo smarrimento degli strumenti di pagamento.

⁵⁷ MIOTTO L. – SPERANZIN M., *I pagamenti elettronici*, in *Diritto del Fintech*, Marco Cian e Claudia Sandei (a cura di), CEDAM, 2020, *cit.*

⁵⁸ Art. 71 PSD2 e art. 9 d. lgs.11/2010. L'ABF ha stabilito che, se il cliente non contesta di aver ricevuto gli estratti conto della carta di credito da cui risultano le operazioni non autorizzate ed effettua il disconoscimento oltre il termine massimo fissato dalla legge (13 mesi), la sua domanda non può essere accolta (Collegio Napoli dec. 946/2018); inoltre, è stata considerata vessatoria una clausola negoziale che stabiliva in 48 ore dal momento del blocco della carta il termine per sporgere denuncia (Collegio Roma dec. n. 418/2019).

⁵⁹ Art. 73, par. 2, PSD2 e art. 11, co. 2-*bis*, d. lgs. 11/2010.

⁶⁰ Art. 73, par. 1, PSD2 e art. 11, co. 2, d. lgs. 11/2010.

⁶¹ Art. 74 PSD2. Sul punto DE STASIO V., *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Giuffrè, 2016.

Sono lasciati sullo sfondo, rimessi agli interpreti dei singoli ordinamenti, i temi civilistici dell'inquadramento sistematico delle diverse responsabilità in concorso, e in particolare la complessa distinzione tra restituzioni e risarcimenti⁶², così come le definizioni di negligenza grave, dolo e frode. Si può solo rilevare che l'evoluzione degli strumenti di pagamento e l'apertura a un'interazione con e tra una pluralità di prestatori di servizi concorrono al primato della dimensione organizzativa-procedimentale su quella negoziale radicata sul consenso⁶³. La scelta voluta a livello europeo è invece quella di ribadire e rafforzare una distribuzione del rischio funzionale a generare fiducia del pubblico nelle nuove tecnologie, a vantaggio delle prospettive di crescita dell'intero settore *Fintech*.

L'approccio è in linea con gli indirizzi interpretativi che si sono sviluppati nel nostro ordinamento, e in particolare con la lettura dell'elemento soggettivo delle parti coinvolte nelle operazioni di pagamento.

Pertanto, l'approdo al quale si è giunti è che, nel caso di operazioni effettuate mediante strumenti elettronici, la possibilità di una utilizzazione dei codici di accesso al sistema da parte dei terzi, non attribuibile al dolo del titolare o a comportamenti incauti di quest'ultimo, vada ricondotta nell'area del rischio professionale del prestatore dei servizi di pagamento, al quale si richiede una diligenza di natura tecnica e da valutare con il parametro dell'accorto banchiere⁶⁴. Ne deriva inoltre che debbano essere garantite misure di sicurezza adeguate o comunque rafforzate come quelle adottate dalla generalità degli istituti di credito⁶⁵ e, sul versante della prova, che debba essere fornita quella della riconducibilità dell'operazione al cliente, non potendosi presumere che questi abbia consentito l'accesso di terzi ai propri codici personali⁶⁶.

Se si inseriscono in tale contesto le novità importate nella materia dei pagamenti

⁶² DE STASIO V., *Riparto di responsabilità e restituzioni nei pagamenti non autorizzati* (Testo della relazione per il Convegno "Innovazione e regole: il bilanciamento degli interessi nella PSD2 Direttiva 2015/2366/UE", Roma, 12-10-2018); l'Autore evidenzia la tendenza del nostro ordinamento a contenere la responsabilità degli intermediari entro i limiti della mera restituzione, in funzione dello sviluppo delle attività e dell'incremento della concorrenza.

⁶³ In questa prospettiva, DE STASIO V., *Ordine di pagamento non autorizzato, cit.*, il quale sottolinea anche la neutralità del pagamento rispetto al rapporto di valuta.

⁶⁴ Cass. 12-4-2018, n. 9158, in *Resp. Civ e prev.*, 2019, 622; Cass. 3-2-2017, n. 2950, in *Giust. Civ. mass.*, 2017.

⁶⁵ Ad esempio, la creazione di una password per ogni operazione, generata tramite *token* o inviata tramite sms al correntista (Trib. Parma, 6-9-2018, n. 1268, in una fattispecie nella quale tali sistemi non erano stati implementati); nella giurisprudenza ABF, sulla responsabilità dell'intermediario per mancata adozione dei più avanzati accorgimenti tecnici di prevenzione, tra tutti, Collegio Milano dec. n. 111/2012 e n. 113/2012.

⁶⁶ Anche nel caso in cui sia stato adottato un sistema di sicurezza a due fattori, si esclude una necessaria e automatica corrispondenza biunivoca con una colpa grave nella custodia dei codici identificativi. Solo nelle ipotesi in cui non erano stati previsti meccanismi informatici particolarmente sofisticati ai quali fosse riconducibile un accesso non autorizzato da parte dei terzi, valutate le circostanze concrete, si è affermato di poter presumere che l'operazione fraudolenta sia stata resa possibile da un comportamento gravemente colposo del cliente, come l'omessa adozione di tutte le cautele necessarie a custodire i codici di accesso e i dispositivi connessi e a utilizzarli in modo prudente (ABF Collegio Milano, dec. n. 16026/2019, e n. 973/2017).

elettronici dai progressi tecnologici sin qui trattati, sembra sia possibile affermare che, se la giurisprudenza dell'arbitrato bancario rimarrà fedele alle linee esegetiche maturate, per i nuovi strumenti vi sono ancora minori possibilità di riconoscere la colpa grave in capo all'utente.

In primo luogo, si considerino le recenti modalità *contactless*: poiché il rischio è che informazioni sensibili vengano acquisite mediante interrogazione occulta del dispositivo, intercettandone le comunicazioni, si prospetta una condizione di inconsapevolezza della sottrazione da parte dell'utente incompatibile con uno stato soggettivo di colpa grave. Una simile condizione si può presentare in relazione all'utilizzo di *smart objects* abilitati al pagamento, in quanto i pericoli concreti che si prefigurano sono l'attivazione da parte di terzi delle funzioni di tali dispositivi, lo sfruttamento indebito dello stato di ascolto costante nel quale gli assistenti vocali sono posti per ottimizzare il riconoscimento delle istruzioni dell'utente, ovvero della connessione con altri oggetti presenti nello stesso ambiente.

Inoltre, la giurisprudenza ha negato che la mancata attivazione da parte dell'utente del servizio di notifica via sms in caso di operazioni *online* possa escludere o limitare la responsabilità della banca⁶⁷, riconoscendo un concorso di colpa solo nei casi di incauta comunicazione volontaria a terzi del codice provvisorio⁶⁸.

L'interpretazione suggerita, che va nel senso della riduzione delle ipotesi di colpa grave del cliente, appare coerente con l'obiettivo della direttiva europea di promuovere l'innovazione dei pagamenti, poiché la stessa richiede che si consolidi una semplificazione d'uso che può consentire di ottenere una piena inclusione finanziaria. In quest'ottica, non si può pretendere dall'utenza media la comprensione del funzionamento e dei relativi rischi di strumenti i quali, sebbene tecnologicamente complessi, si propongono sul mercato come di utilizzo intuitivo, al quale si collega un generale affidamento che è necessario per lo sviluppo del settore.

Pertanto, vi può semmai essere margine per argomentare una colpa grave per disattivazione di tutele predisposte come standard negli strumenti di pagamento utilizzati⁶⁹. Se si condividono tali considerazioni e si ammette che le nuove tecnologie possono incidere non solo sulla conformazione degli strumenti di pagamento, ma anche sull'interpretazione della colpa grave di coloro che se ne avvalgono, si può cogliere una linea evolutiva dell'approccio giuridico al tema dei pagamenti su un piano ancora più generale.

⁶⁷ Trib. Parma, 6-9-2018, n. 1268. Inoltre, la mancanza di sistemi di allerta utilizzati dagli intermediari per diminuire i rischi connessi al furto di strumenti elettronici di pagamento, come la c.d. "*sms alert*", è un elemento che contribuisce a causare l'evento dannoso ed è imputabile all'intermediario (Coll. Milano, dec. n. 1801/2011).

⁶⁸ ABF Collegio Bari dec. n. 16875/2018 ha evidenziato un concorso di colpa dell'intermediario, a causa della limitata efficacia dei sistemi di sicurezza da esso predisposti, che si sono mostrati inadeguati a impedire un accesso non autorizzato al sistema di "home banking", nonostante si sia riconosciuto che la truffa non si sarebbe potuta verificare senza la colpevole cooperazione del ricorrente, che ha fornito al terzo la credenziale informatica ricevuta tramite sms.

⁶⁹ ABF Collegio Milano dec. n. 528/2012.

Infatti, bisogna dire che, se la colpa grave è esclusa da ragioni di natura tecnica, le differenze interpretative tra gli ordinamenti nazionali determinabili dalle differenti sensibilità giurisprudenziali sembrano destinate ad attenuarsi, potendosi generare in tal modo una nuova omogeneità in linea con le aspettative che hanno sollecitato i più recenti interventi normativi europei.

Inoltre, è interessante notare come il nuovo contesto tecnologico stia segnando una nuova evoluzione: se già in precedenza, e soprattutto nel regime della direttiva PSD, si percepiva un'assonanza con la tutela del consumatore quale contraente debole⁷⁰ e si coglieva chiaramente una socializzazione del rischio⁷¹, oggi pare ci siano i presupposti per una redistribuzione dell'alea che si caratterizza come multilivello, in virtù di un'allocatione tra i diversi soggetti prestatori di servizi di pagamento e con altri attori, quali ad esempio i produttori dei supporti innovativi per i pagamenti elettronici.

9. La responsabilità dei prestatori dei servizi di pagamento

Per quanto riguarda le reciproche responsabilità dei diversi prestatori di servizi di pagamento che partecipano alla stessa operazione, il primo elemento che va rilevato è che, per scelta del legislatore europeo, tra questi non è necessario intercorra alcun rapporto contrattuale, poiché l'unica relazione imprescindibile è quella informativa, fondata sulla trasparenza sui dati del cliente, nonché sull'obbligo degli altri prestatori di servizi di autenticarsi e di comunicare con tutti i soggetti coinvolti nella transazione.

Su tali basi, è stato stabilito che nei rapporti interni, l'istituto di radicamento del conto non possa essere responsabile per errore dei terzi prestatori dei servizi di pagamento⁷².

In particolare, il prestatore di servizi che ha disposto un'operazione non autorizzata ha il dovere di rimborsare immediatamente all'istituto di radicamento del conto che lo richieda, gli importi rimborsati al pagatore nonché, se responsabile, anche le perdite subite. In entrambi i casi allo stesso al prestatore è riconosciuta la facoltà di dimostrare, in conformità all'art. 10, co. 1-*bis*, d.lgs. 11/2010, che, nell'ambito delle

⁷⁰ PIRONTI A. – GIMIGLIANO G., *L'attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato intero: prime osservazioni sul d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, in *Contratto e impresa Europa*, 2010, 700 e ss..

⁷¹ Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali sull'allocatione del rischio in capo all'intermediario, MALVAGNA U., *Clausola di "riaddebito" e servizi di pagamento. Una ricerca sul rischio d'impresa*, Milano, 2018.

⁷² In tal senso, anche l'*European Payments Council* (EPC), organo decisionale e di coordinamento dell'industria bancaria europea nel settore dei pagamenti.

sue competenze, l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e non ha subito le conseguenze di guasti tecnici o altri inconvenienti relativi al servizio reso⁷³.

Con riferimento alla valutazione della responsabilità, è necessario considerare che le nuove figure sono soggette ai vincoli di previa autorizzazione, ai doveri e alle responsabilità come ogni altro prestatore di servizi di pagamento. Dunque, i principi evidenziati in relazione alla diligenza professionale esigibile sono suscettibili di essere applicati anche agli istituti diversi da quello di radicamento del conto che siano intervenuti nell'operazione. Proprio in ordine al giudizio sulla diligenza osservata, bisogna ricordare la scelta del legislatore europeo di riprodurre nei rapporti tra prestatori di servizi lo stesso vincolo di immediatezza del rimborso imposto a tutela dell'utente. Ne deriva una concreta difficoltà di sottrarsi nell'immediata all'esborso, poiché è piuttosto rara la pronta disponibilità di prove sufficienti ad escludere l'imputabilità. Di conseguenza, sorge l'esigenza di affidare ad un successivo giudizio il pieno assolvimento dell'onere probatorio richiesto, nonché l'eventuale formulazione del motivato sospetto di frode, sebbene non menzionato espressamente dalle norme sui rapporti tra istituti di pagamento, con chiamata in causa della compagnia assicurativa⁷⁴, in tale sede potranno essere regolati gli ulteriori danni, anche stabiliti da una disciplina negoziale⁷⁵.

In conclusione, il vantaggio della condivisione delle informazioni a fini competitivi ha dunque un'importante riflesso in tema di responsabilità, definendo così una diversa "socializzazione" dei costi per i rischi legati all'applicazione delle nuove tecnologie alla materia dei pagamenti: dal cliente all'intermediario che gestisce il conto, e da questo agli ulteriori prestatori di servizi coinvolti.

A ciò si aggiunga che è possibile un ulteriore grado di distribuzione del rischio, legato nello specifico all'impatto delle nuove tecnologie. Infatti, considerando l'abilitazione al pagamento degli *smart objects*, sembra si possa ravvisare lo spazio per un coinvolgimento in responsabilità dei produttori dei supporti medesimi. Giunti a questo livello, il giudizio verterebbe su ulteriori questioni tecniche, legate alle caratteristiche dei meccanismi di sicurezza implementati, e si congiungerebbe al tema specifico della protezione dei dati, soprattutto in relazione con l'utilizzo di sistemi di riconoscimento biometrico.

⁷³ Art. 11, co. 2- *bis*, d. lgs. 11/2010, con il quale è stato recepito l'art. 73, par. 2, PSD2.

⁷⁴ FERRETTI R., *Operazioni di pagamento non autorizzate. Il riparto di responsabilità tra PISP e ASPSP*, Intervento al Convegno "L'attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e "open banking"", Bergamo, 19-10-2019.

⁷⁵ Sul punto, si vedano l'art. 73, par. 3, PSD2 e l'art. 91 PSD2.

10. Conclusioni

La lettura unitaria della disciplina dei pagamenti elettronici restituisce all'interprete un panorama oggettivamente e soggettivamente complesso, nel quale si intersecano più piani problematici. L'inarrestabile evoluzione tecnica e informatica rende aperta la fattispecie degli strumenti di pagamento e alimenta le potenzialità di un mercato basato su transazioni sempre più rapide e semplificate, ma comporta anche possibili rischi di acquisizioni illegittime delle informazioni che transitano attraverso nuovi supporti e canali.

Allo stesso tempo, l'introduzione di nuove figure abilitate a rendere servizi di pagamento e ad accedere ad una molteplicità di dati personali genera la questione relativa al riparto delle possibili responsabilità nei casi di negligenza o abuso. Nello specifico, l'intersezione tra i pericoli di pagamenti inesatti e quelli di violazione della privacy sollecita numerosi interrogativi e riflessioni. Si pensi, ad esempio, all'inquadramento delle relazioni tra diversi istituti di pagamento e agli obblighi di ciascuno circa il consenso da acquisire, le informazioni da trasmettere agli utenti, le garanzie di sicurezza nel trattamento dei dati.

In questo quadro di riferimento, l'interprete si trova di fronte al necessario coordinamento, non sempre immediato ed intuitivo, non solo delle fonti normative europee e nazionali, ma anche dei principi e degli indirizzi giurisprudenziali, nonché delle numerose norme tecniche e di autodisciplina che regolano le materie riformate dalle novità normative e tecnologiche dei pagamenti nell'era del *Fintech*. Pertanto, appare evidente che sono e saranno numerose e complesse le questioni con le quali dovranno confrontarsi i giuristi e che apriranno scenari del tutto nuovi e inaspettati, per la trattazione dei quali sarà necessario dedicare uno specifico e appropriato spazio di analisi e di ricerca.

LE POLITICHE GIOVANILI ED I PROGRAMMI COMUNITARI

Paolo Pastore

Abstract: Nel corso degli ultimi dieci anni si è assistito allo sviluppo di un approccio intersettoriale teso a fornire ai giovani europei gli strumenti indispensabili per poter gestire la propria vita indipendentemente e per superare le sfide nei settori che li riguardano più da vicino, quali l'istruzione, l'occupazione, la creatività, l'imprenditorialità, l'inclusione sociale, la salute e lo sport, la partecipazione civica e il volontariato. Sostanzialmente si è cercato di investire nei giovani e a valorizzare il loro potenziale di crescita.

Nel presente lavoro sono stati approfonditi i diversi interventi normativi in campo comunitario (Comunicazioni, Risoluzione e Decisioni) che hanno favorito lo sviluppo di programmi a favore del settore giovanile, instaurando una collaborazione più stretta tra le politiche relative ai giovani e altri settori strategici, come l'istruzione, l'occupazione, l'integrazione e la salute. Il contributo dell'UE consisterà nell'aiutare gli Stati membri, che sono responsabili delle politiche della gioventù, a cooperare in modo più efficace. L'attuale quadro di cooperazione Europea in materia di gioventù si è dimostrato per gli Stati membri una piattaforma preziosa in cui trattare le tematiche giovanili, mentre il metodo di coordinamento aperto, l'integrazione delle questioni relative ai giovani nelle altre politiche ed iniziative quali il Patto europeo per la gioventù hanno facilitato l'applicazione di un approccio flessibile consono al settore, nel rispetto delle competenze degli Stati membri e del principio di sussidiarietà.

Si tratta, in conclusione, dell'analisi di interventi normativi ed economici in ambito comunitario verso il settore delle politiche giovanili, favorendo la nascita di imprenditoria e centri di formazione. In questo un ruolo determinante è svolto dai programmi di formazione permanente che accompagnano il giovane in tutto il suo percorso di crescita e rappresentano una straordinaria opportunità di sviluppo e partecipazione democratica.

Over the last ten years have seen the development of a cross-sectoral approach and aimed at providing young Europeans the essential tools to manage their lives independently and to overcome the challenges in the areas that concern them more closely, such as education, employment, creativity, entrepreneurship, social inclusion, health and sport, civic participation and volunteering. Basically we tried to invest in young people and to enhance their growth potential.

In this work were explored different regulatory interventions in the field of Community (Information, Resolution and Decisions) that have favored the development of programs for the youth sector, establishing closer cooperation between youth policies

and other policy areas, such as education, employment, inclusion and health. The EU contribution will be to assist the Member States, who are responsible for youth policies, to cooperate more effectively. The current framework for European cooperation in the youth field has proved to be a valuable platform for the Member States which deal with youth issues, while the open method of coordination, integration of youth issues into other policies and initiatives such as European Pact for Youth have facilitated a flexible approach suited to the sector, while respecting the competences of the Member States and the principle of subsidiarity.

It is, in conclusion, the analysis of regulatory and economic interventions within the EU towards the field of youth policy, encouraging the emergence of entrepreneurship and training centers. This played a decisive role played by the continuing education programs that accompany the young in all its path of growth and represent an extraordinary opportunity for development and democratic participation.

Parole chiave: governance, normativa comunitaria, programmazione, formazione, interventi, policy

Sommario: 1.Introduzione – 2.La Comunicazione della Commissione n. 200 del 2009 – 3.La Risoluzione del Consiglio del 27 novembre 2009 – 4.Microfinanza ed Imprenditoria - 5.Programmi di azione nel campo dell'apprendimento - 5.1 Lifelong Learning Programme - 5.2.Il Programma Comenius - 5.3 Il Programma Erasmus - 5.4.Il Programma “Leonardo da Vinci” - 5.5.Il Programma Grudtvig ed il programma trasversale - 5.6.Il Programma Jean Monnet - 6.Gli altri Programmi Comunitari - 7. Conclusioni

1. Introduzione

L'istituzione del Dipartimento della Gioventù e del Servizio Civile (D.P.C.M. del 1 marzo 2011¹) ha visto confermato l'impegno istituzionale nei confronti dei giovani e rafforzato il ruolo strategico dell'amministrazione che dovrà attuare le politiche in loro favore. Si va affermando, quindi, una forte consapevolezza della centralità dei giovani nelle politiche messe in campo sia in ambito nazionale, soprattutto da parte di Regioni, enti locali, associazionismo privato e no profit, sia comunitario. La Strategia di Lisbona², che assume le politiche rivolte ai giovani come politica trasversale che deve guidare l'azione degli Stati membri dell'Unione Europea, impegna tutti i Paesi Membri dell'Unione Europea ad individuare e mettere in campo azioni innovative e di sistema tese a sviluppare in maniera considerevole fin dai prossimi anni le competenze e le opportunità delle giovani generazioni in armonia con i bisogni della società della conoscenza, ad accelerare la mobilità di studenti, lavoratori e

¹ <http://www.gioventu.gov.it/Ministro/Competenze.aspx> , consultato il 30/09/2012

² http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/index_it.htm , consultato il 30/01/2011

ricercatori, ad elevare il livello generale di istruzione e a ridurre il numero dei ragazzi che abbandonano prematuramente la scuola. La Strategia di Lisbona³ individua inoltre come obiettivo prioritario, soprattutto nelle aree meno prospere del territorio europeo, la rapida implementazione di politiche di inserimento nel mercato del lavoro, sviluppare quelle di inclusione sociale per i meno fortunati e a diffondere tra i giovani uno spirito imprenditoriale.

La condizione di forte trasversalità dei giovani trova riscontro anche nel Quadro Strategico Nazionale per la politica regionale di sviluppo 2007-2013 (QSN)⁴ ove molte delle linee strategiche individuate fanno della condizione giovanile un focus specifico all'interno delle politiche settoriali e territoriali. La centralità della questione giovanile è stata confermata anche dal dibattito proseguito su altri tavoli istituzionali avviato con l'istituzione del Tavolo "Crescita ed Equità" che hanno aperto un nuovo e profondo confronto sulle questioni che possono incidere sulle prospettive di sviluppo e di coesione del Paese.

Il perseguimento della Strategia di Lisbona richiede indubbiamente una forte capacità, a livello nazionale ma anche subnazionale, di regolazione e di attuazione delle politiche. A tale riguardo, un'azione di valorizzazione delle risorse giovanili appare ancor più necessaria nelle aree in ritardo di sviluppo dove più pesante si presenta lo scollamento tra realtà giovanile e mondo del lavoro e dove l'intervento pubblico deve ricucire il più ampio distacco tra domanda ed offerta di opportunità e di servizi qualificati per le giovani generazioni.

Tra gli obiettivi da realizzare oltre a quello di rendere protagonisti i giovani, sviluppandone le potenzialità e favorendo la meritocrazia non secondario è quello di dare organicità e regolarità alle numerose iniziative ad oggi portate avanti dalle istituzioni pubbliche e private, coinvolte a vario titolo e nei rispettivi ambiti di competenza, nell'attuazione di misure e politiche in favore dei giovani. Le modalità operative adottate dal Dipartimento⁵ consistono innanzitutto nel perseguire un dialogo costante con le Regioni e gli altri livelli di governo territoriale, al fine di imprimere alle politiche giovanili una visione strategica ed unitaria partendo dalla valorizzazione di quanto di valido è già stato realizzato sul territorio nazionale, tenendo conto delle specifiche realtà territoriali alle quali le azioni vanno a riferirsi ed alle condizioni di sviluppo economico delle aree interessate.

Il presente lavoro analizza alcuni dei principali interventi normativi (ad esempio, comunicazioni e risoluzioni), finalizzati a definire strumenti per lo sviluppo di politiche giovanili nel settore dell'istruzione, imprenditoria, formazione e lavoro. Molto interessante risulta il settore dei programmi di formazione per le diverse fasce di età.

³ PCM (2008), Presidenza del Consiglio dei Ministri, Strategie di Lisbona per la crescita e l'occupazione, Programma nazionale di riforma, 2008-2010, Roma 6.11.2008.

⁴ QSN, approvato dalla Commissione Europea il 13 luglio 2007 con decisione n. C (2007) 3329

⁵ <http://www.gioventu.gov.it/Ministro/Dipartimento.aspx> , consultato il 01/02/2011

2. La Comunicazione della Commissione n. 200 del 2009

La Comunicazione n.200 del 27 aprile 2009, denominata “Una strategia dell’Unione Europea per investire nei giovani e conferire loro maggiori responsabilità – Un metodo aperto di coordinamento rinnovato per affrontare le sfide e le prospettive per la gioventù”, propone un approccio intersettoriale teso a fornire ai giovani europei gli strumenti indispensabili per poter gestire la propria vita indipendentemente e per superare le sfide nei settori che li riguardano più da vicino, quali l’istruzione, l’occupazione, la creatività, l’imprenditorialità, l’inclusione sociale, la salute e lo sport, la partecipazione civica e il volontariato. Essa è diretta ad investire nei giovani (Investing) e a valorizzare il loro potenziale (Empowering). In tale contesto l’Unione Europea considera di fondamentale importanza il ruolo svolto sia dagli Stati Membri che diventano il motore dell’attuazione e del coordinamento delle politiche giovanili, sia da tutti i soggetti coinvolti che danno concretezza alle azioni di livello nazionale e locale, individuando l’obiettivo di migliorare l’inserimento sociale e la piena partecipazione dei giovani alla vita della società.

Gli Stati membri sono stati consultati a proposito del quadro strategico attuale e delle possibilità di azioni future. Nel febbraio 2009 il Parlamento europeo ha organizzato un’audizione sulla gioventù. Nel quadro del dialogo strutturato, sono stati organizzati dibattiti con migliaia di giovani in tutta Europa. Sono state inoltre organizzate riunioni con il Forum europeo della gioventù e con i Consigli nazionali della gioventù. Una consultazione on-line ha raccolto più di 5000 risposte. Anche i ricercatori e gestori del programma Gioventù in azione hanno espresso il loro parere. Il documento evidenzia che è necessaria una visione strategica dell’UE per i giovani. Infatti i giovani dovrebbero poter esprimere al meglio il loro potenziale. Questa visione si applica a tutti i giovani, ma le azioni dovrebbero concentrarsi su quelli che hanno minori possibilità. Questa visione strategica si basa su un doppio approccio:

- investire nella gioventù: prevedere maggiori risorse per sviluppare i settori strategici che influiscono sulla vita quotidiana dei giovani e aumentano il loro benessere;
- conferire maggiori responsabilità ai giovani: valorizzare il loro potenziale per rinnovare la società e sostenere i valori e gli obiettivi dell’UE.

Grazie al sostegno delle attività dei giovani e delle strutture di aiuto ai giovani, si instaurerà una collaborazione più stretta tra le politiche relative ai giovani e altri settori strategici, come l’istruzione, l’occupazione, l’integrazione e la salute. Il metodo aperto di coordinamento rinnovato nel settore della gioventù incoraggerà l’elaborazione concertata delle politiche concentrando l’attenzione specificamente su altri processi di coordinamento strategico e dando ai giovani l’occasione di far sentire la loro voce. Il contributo dell’UE consisterà nell’aiutare gli Stati membri, che

sono responsabili delle politiche della gioventù, a cooperare in modo più efficace. Per quanto riguarda i dati attuali sulla situazione dei giovani⁶, la Commissione propone una nuova strategia che si articola attorno a tre obiettivi generali e interconnessi collegati a quelli dell'Agenda sociale rinnovata:

- creare più opportunità per i giovani nei settori dell'istruzione e dell'occupazione;
- migliorare il loro inserimento sociale e la loro piena partecipazione alla vita della società;
- sviluppare la solidarietà tra la società e i giovani.

3. La Risoluzione del Consiglio del 27 novembre 2009

Il Consiglio, accogliendo favorevolmente, la comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni dal titolo *“Una strategia dell’Unione Europea per investire nei giovani e conferire loro maggiori responsabilità. Un metodo aperto di coordinamento rinnovato per affrontare le sfide e le prospettive della gioventù”*⁷, riconosce che i giovani, le donne e gli uomini, svolgono un ruolo cruciale nel raccogliere le numerose sfide e opportunità socioeconomiche, demografiche, culturali, ambientali e tecnologiche cui l’Unione Europea e i suoi cittadini devono far fronte attualmente e negli anni a venire. La promozione dell’integrazione sociale e professionale dei giovani è, assieme alla promozione della realizzazione personale, della coesione sociale e della cittadinanza attiva, una delle componenti essenziali per il conseguimento degli obiettivi della strategia per la crescita e l’occupazione che l’Europa ha definito a Lisbona. L’attuale quadro di cooperazione Europea in materia di gioventù si è dimostrato per gli Stati membri una piattaforma preziosa in cui trattare le tematiche giovanili, mentre il metodo di coordinamento aperto, l’integrazione delle questioni relative ai giovani nelle altre politiche ed iniziative quali il Patto europeo per la gioventù⁸ hanno facilitato l’applicazione di un approccio flessibile consono al settore, nel rispetto delle competenze degli Stati membri e del principio di sussidiarietà.

Gli stati membri vengono invitati⁹ a collaborare, con il sostegno della Commissione e avvalendosi del metodo di coordinamento aperto delineato nella presente risoluzione, per rafforzare la cooperazione Europea in materia di gioventù nel periodo fino al

⁶ Relazione europea sulla Gioventù 2009

⁷ GUUE n.168 del 13.7.2002, pag. 2.

⁸ 7619/05: Allegato I delle conclusioni del Consiglio europeo del 22 e 23 marzo 2005.

⁹ Risoluzione del Consiglio del 27 novembre 2009 su un quadro rinnovato di cooperazione Europea in materia di gioventù (2010-2018)

2018 in base agli obiettivi generali, ai settori d'intervento, all'approccio duplice, ai principi e agli strumenti di attuazione illustrati sopra, nonché alle priorità convenute per ciascun ciclo di lavoro. Infine gli stati sono inviati ad adottare a livello nazionale, in funzione delle priorità nazionali, misure che contribuiscano al conseguimento degli obiettivi generali delineati nel quadro rinnovato e valutare se, nell'elaborare politiche nazionali in materia di gioventù e in altri settori politici correlati, si possa trarre ispirazione dall'apprendimento reciproco a livello UE.

4. Microfinanza ed Imprenditoria

Nel presente paragrafo analizziamo diversi provvedimenti comunitari volti a favorire lo sviluppo dell'imprenditoria e dell'occupazione giovanile. Questi temi risultano tra quelli ripresi dalle regioni Obiettivo nello sviluppo di modelli di governance multilivello.

Il 13 aprile 2000, la Commissione¹⁰ ha adottato una comunicazione dal titolo *“Agire a livello locale in materia di occupazione — Dare una dimensione locale alla strategia Europea per l'occupazione”*¹¹.

La Comunicazione della Commissione del 13 novembre 2007¹² dal titolo «Iniziativa Europea per lo sviluppo del microcredito a sostegno della crescita e dell'occupazione» ha identificato quattro aree d'azione prioritarie: migliorare l'ambiente giuridico e istituzionale negli Stati membri, cambiare il clima in modo che risulti più favorevole all'occupazione e all'imprenditorialità, promuovere le migliori prassi e aumentare il capitale delle istituzioni di microfinanza¹³. Come prima misura di attuazione di questo programma la Commissione e la Banca Europea per gli investimenti (BEI)¹⁴ hanno creato nel 2008 l'azione comune di sostegno agli istituti di microfinanza in Europa (Jasmine — *Joint Action to Support Micro-finance Institutions in Europe*)¹⁵ che fornisce servizi di orientamento agli istituti di microfinanza non bancari e un sistema di finanziamento, per un importo totale pari a 20 milioni di euro stanziati dalla BEI.

La Comunicazione della Commissione del 24 maggio 2006¹⁶ dal titolo *«Promuovere la possibilità di un lavoro dignitoso per tutti — Contributo dell'Unione alla realizzazione dell'agenda per il lavoro dignitoso nel mondo»* ha illustrato l'importanza di un lavoro

¹⁰ Decisione n. 1031/2000/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio

¹¹ PCM (2008), Presidenza del Consiglio dei Ministri, Strategie di Lisbona per la crescita e l'occupazione, Programma nazionale di riforma, 2008-2010, Roma 6/11/2008.

¹² Decisione n. 283/2010/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio

¹³ YOUTH REPORT FINAL SEC(2009) 549

¹⁴ <http://www.eib.europa.eu/?lang=en> , consultato il 30/10/2011

¹⁵ http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/presenta/jasmine/microcredit2010_en.pdf , consultato il 27/01/2011

¹⁶ GUUE n.102 del 24.4.2008, pag. 321.

dignitoso per tutti, così come la risoluzione del Parlamento europeo del 23 maggio 2007¹⁷ sulla promozione di un lavoro dignitoso per tutti. La dichiarazione dei leader rilasciata a margine del vertice del G20 tenutosi a Pittsburgh il 24 e 25 settembre 2009 prevede l'impegno a migliorare l'accesso dei poveri ai servizi finanziari, ad esempio attraverso microfinanziamenti. I leader si sono altresì impegnati a istituire un gruppo internazionale di esperti in integrazione finanziaria che individuerà quanto appreso in materia di approcci innovativi alla fornitura di servizi finanziari ai poveri, promuoverà validi orientamenti normativi e strategici ed elaborerà disposizioni in materia di accesso ai finanziamenti, alfabetizzazione finanziaria e tutela dei consumatori.

Nella sua risoluzione del 24 marzo 2009 contenente raccomandazioni alla Commissione sull'iniziativa Europea per lo sviluppo del microcredito a sostegno della crescita e dell'occupazione, il Parlamento europeo ha invitato la Commissione a rafforzare il proprio impegno per sviluppare il microcredito a sostegno di crescita e occupazione. Inoltre, il Parlamento europeo ha approvato 4 milioni di euro aggiuntivi a favore di un'azione pilota da attuarsi nel contesto dell'iniziativa Jasmine. Il Parlamento europeo ha inoltre sollecitato la Commissione a cofinanziare progetti di microcredito, in particolare a beneficio di gruppi svantaggiati.

La Comunicazione della Commissione del 3 giugno 2009¹⁸ dal titolo «Un impegno comune per l'occupazione» ha evidenziato l'esigenza di offrire una nuova possibilità alle persone disoccupate e di aprire la strada dell'imprenditorialità ad alcuni dei gruppi più svantaggiati in Europa che hanno difficoltà ad accedere al mercato del credito di tipo convenzionale. Oltre agli strumenti esistenti, è necessaria un'azione specifica per rafforzare ulteriormente la coesione economica e sociale mediante il potenziamento delle attività intraprese dalla BEI, il Fondo europeo per gli investimenti (FEI) e altre istituzioni finanziarie internazionali, fatte salve le attività degli Stati membri¹⁹. La Commissione ha di conseguenza proposto un nuovo strumento di microfinanza a livello dell'Unione²⁰ (lo strumento di microfinanza) al fine di ampliare il raggio d'azione della microfinanza a gruppi particolarmente a rischio e di sostenere ulteriormente lo sviluppo dell'imprenditorialità, l'economia sociale e le microimprese. Affinché lo strumento di microfinanza sia efficace, abbia un impatto durevole nel tempo, raggiunga i beneficiari potenziali e si configuri come un elemento dinamico di politica economica e di sviluppo locale, gli Stati membri possono istituire un punto di contatto nazionale per promuovere, coordinare, valutare e monitorare l'insieme delle azioni effettuate nell'ambito dello strumento di

¹⁷ <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=3&id=24> , consultato il 3/11/2011

¹⁸ COM.CE (2009) Commissione Europea, Decisione del 3 giugno 2009: Un impegno comune per l'occupazione

¹⁹ AMMANATI L., BILANCIA P., *Governance dell'economia e integrazione Europea*, Giuffrè, Milano, II, 2008

²⁰ COM.CE (2003) Commissione Europea, Comunicazione della Commissione, Il ruolo dell'e-Government per il futuro dell'Europa, 567 def.

microfinanza nei loro rispettivi territori.

Oltre alla difficoltà di accesso ai finanziamenti, l'esclusione sociale e le insicurezze legate alla transizione dallo stato di disoccupazione o dalla percezione di sussidi sociali a quello dell'avviamento di un'attività autonoma sono tra i principali ostacoli alla creazione e allo sviluppo di una microimpresa. Lo strumento europeo di microfinanza può contribuire a sostenere le organizzazioni dell'economia sociale che assistono e accompagnano le persone escluse nel processo di reintegrazione sociale aiutandole a sviluppare le competenze minime necessarie per impegnarsi in un progetto imprenditoriale duraturo. Le azioni finanziate dallo strumento di microfinanza dovrebbero essere coerenti e compatibili con le altre politiche dell'Unione e conformi alle disposizioni del trattato e degli atti adottati in virtù di esso. Le attività dello strumento di microfinanza dovrebbero essere complementari agli altri interventi dell'Unione²¹, tra cui il programma quadro per la competitività e l'innovazione (CIP), Jasmine, il Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), il Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), le risorse europee congiunte per le micro, le piccole e le medie imprese (*Jeremie — Joint European resources for Micro to Medium Enterprises Initiative*) e il Fondo sociale europeo (FSE).

5. Programmi di azione nel campo dell'apprendimento

5.1 Lifelong Learning Programme

Lifelong Learning Programme (LLP)²² è il Programma d'azione comunitaria nel campo dell'apprendimento permanente del nuovo periodo di programmazione che riunisce al suo interno tutte le iniziative di cooperazione Europea nell'ambito dell'istruzione e della formazione sostituendo e integrando, in un unico programma, le azioni dei precedenti Socrates e Leonardo, attivi dal 1995 al 2006 (così come previsto dalla comunicazione della Commissione Europa del 9 marzo 2002 "La nuova generazione dei programmi in materia d'istruzione e formazione")²³. Il Programma è stato istituito con Decisione (CE) 1720/2006 del 15 novembre 2006, modificata dalla Decisione 2008/1357/CE del 16 dicembre 2008, e prevede una struttura composta dai seguenti Sottoprogrammi incentrati su varie fasi dell'istruzione e della formazione

²¹ http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/presenta/jasmine/microcredit2010_en.pdf consultato il 19/12/2011

²² YOUTH REPORT FINAL SEC(2009) 549

²³ COM.CE (2009) Commissione Europea, Libro Bianco: Promuovere la mobilità dei giovani per l'apprendimento, 329 def.

continua. La gestione del Programma è effettuata dalla Commissione Europea – DG Istruzione e Cultura e dall’Agenzia Esecutiva per l’istruzione, gli audiovisivi e la cultura incaricata di fornire il supporto tecnico alla diffusione dell’informazione sul Programma e la gestione delle azioni centralizzate (progetti multilaterali, reti e altre azioni “centralizzate”).

In Italia, il Programma è coordinato dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali - DG Politiche per l’orientamento e la formazione, e dal Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca - DG Affari internazionali e DG per l’Università - per il tramite di due Agenzie Nazionali incaricate della gestione coordinata del programma a livello nazionale:

- Agenzia nazionale LLP per i Programmi settoriali Comenius, Erasmus, Grundtvig e Visite di studio (Attività del Programma Trasversale) operante presso l’Agenzia Nazionale per lo Sviluppo dell’Autonomia Scolastica, con sede a Firenze (ufficio distaccato di Roma per il Programma settoriale Erasmus)²⁴.
- Agenzia nazionale LLP per il Programma settoriale Leonardo da Vinci operante presso l’Isfol, con sede a Roma.

L’art 1 della Decisione istitutiva individua quale obiettivo generale²⁵: *“contribuire, attraverso l’apprendimento permanente, allo sviluppo della Comunità quale società avanzata basata sulla conoscenza, con uno sviluppo economico sostenibile, nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale, garantendo nel contempo una valida tutela dell’ambiente per le generazioni future. L’obiettivo del programma è, in particolare, quello di promuovere all’interno della Comunità gli scambi, la cooperazione e la mobilità tra i sistemi di istruzione e formazione in modo che essi diventino un punto di riferimento di qualità a livello mondiale”*. La valorizzazione dell’apprendimento permanente, inteso come istruzione generale, professionale e apprendimento non formale e informale, è coerente con la Strategia di Lisbona, in quanto ricopre un ruolo fondamentale per la formazione delle persone, viste come la risorsa più importante dell’Europa, per la creazione di una società avanzata basata sulla conoscenza.

5.2 Il Programma Comenius

Il Programma settoriale Comenius²⁶ risponde alle esigenze didattiche e di apprendimento di tutte le persone coinvolte nell’istruzione prescolastica e scolastica fino al termine degli studi secondari superiori, nonché degli istituti e delle organizzazioni che sono preposti a questo tipo di istruzione.

Accanto agli obiettivi enunciati nell’art. 1 della Decisione (CE) 1720/2006 del 15 novembre 2006, il Sottoprogramma persegue i seguenti obiettivi specifici:

²⁴ <http://www.erasmus-entrepreneurs.eu/page.php?cid=02> consultato il 1/04/2011

²⁵ Art. 1 Decisione 2008/1357/CE del 16 dicembre 2008

²⁶ http://www.erasmus-entrepreneurs.eu/upload/ERASMUS-GUIDE_EN.pdf consultato il 2/04/2011

-
- sviluppare la conoscenza e la comprensione della diversità culturale e linguistica Europea e del suo valore;
 - aiutare i giovani ad acquisire le competenze di base necessarie per la vita e le competenze necessarie ai fini dello sviluppo personale, dell'occupazione e della cittadinanza Europea attiva.

Tali obiettivi sono perseguiti attraverso le seguenti attività²⁷:

Mobilità degli individui

Le attività mirano a favorire gli scambi degli alunni e del personale della scuola, la mobilità individuale degli alunni, l'assistentato per futuri insegnanti, la possibilità per il personale docente di effettuare tirocini presso istituti scolastici o imprese, la formazione in servizio per il personale docente e le visite preparatorie per mobilità, partenariati, progetti o reti.

Partenariati

Rientrano in questa attività i progetti di cooperazione scolastica bilaterali e multilaterali e i Partenariati Comenius Regio. Lo scopo è quello di favorire l'apprendimento delle lingue.

Progetti multilaterali

I Progetti multilaterali Comenius sono finalizzati al miglioramento della formazione degli insegnanti e di altre categorie del personale operante nel settore dell'istruzione scolastica allo scopo di incrementare la qualità dell'insegnamento e dell'apprendimento in aula attraverso lo sviluppo, la promozione e la diffusione di nuovi programmi didattici, nuovi corsi o materiale di formazione nonché a creare un contesto per l'organizzazione delle attività di mobilità per i futuri docenti.

Reti multilaterali

Le reti multilaterali Comenius incoraggiano la cooperazione in rete tra istituti e organizzazioni che hanno progetti multilaterali attivi su materie di interesse comune. Hanno lo scopo di promuovere la cooperazione Europea e l'innovazione in specifiche aree tematiche di particolare importanza per l'istruzione scolastica nel contesto europeo.

E-Twinning

e-Twinning è un'iniziativa Europea nata per integrare le tecnologie dell'informazione e della comunicazione nei sistemi d'istruzione e formazione, attraverso gemellaggi elettronici tra scuole europee primarie e secondarie. Divenuta parte integrante del Programma LLP con la Decisione (CE) 1720/2006, l'iniziativa favorisce il gemellaggio tra almeno due scuole di due diversi paesi europei che propongono attività interessanti e innovative da un punto di vista didattico-pedagogico e che prevedono l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

²⁷ Art. 1 Decisione (CE) 1720/2006 del 15 novembre 2006

5.3 Il Programma Erasmus

L'art. 3, comma 1, lett. b) della Decisione istitutiva del Programma LLP²⁸ stabilisce che il Programma settoriale Erasmus²⁹ “risponde alle esigenze didattiche e di apprendimento di tutte le persone coinvolte nell’istruzione superiore di tipo formale e nell’istruzione e formazione professionali di terzo livello, nonché degli istituti e delle organizzazioni che sono preposti a questo tipo di istruzione e formazione o lo agevolano”. Gli obiettivi specifici mirano a:

- sostenere la realizzazione di uno spazio europeo dell’istruzione superiore;
- rafforzare il contributo fornito dall’istruzione superiore e dall’istruzione professionale avanzata al processo di innovazione.

Le azioni sono:

Mobilità studenti

Con il Programma settoriale Erasmus, gli studenti degli Istituti di istruzione superiore possono realizzare un periodo di studio e/o di formazione presso uno dei Paesi partecipanti al Programma. Requisito fondamentale degli Istituti è l’assegnazione dell’EUC (Erasmus University Charter) da parte della Commissione Europea³⁰.

Mobilità docenti, non docenti e personale di impresa

Attraverso tale Attività si promuove la mobilità internazionale per attività didattica e di formazione non solo dei docenti, ma anche del personale amministrativo degli Istituti di istruzione superiore e del personale di impresa.

Programmi intensivi

Un *Intensive Programme* è un programma di studio di breve durata volto a riunire studenti e docenti di Istituti di istruzione superiore titolari di EUC di almeno tre diversi Paesi partecipanti, con l’obiettivo di promuovere l’insegnamento di tematiche ad hoc e di consentire agli studenti e ai docenti coinvolti di beneficiare di condizioni di apprendimento e di insegnamento privilegiate.

Organizzazione della Mobilità

Questa azione è di supporto agli Istituti di istruzione superiore partecipanti al Sottoprogramma per l’organizzazione e la gestione dei vari aspetti della mobilità Erasmus, con l’obiettivo di creare condizioni ottimali per la mobilità degli studenti e dello staff tramite misure di supporto di qualità.

²⁸ Decisione (CE) 1720/2006 del 15 novembre 2006

²⁹ http://www.erasmus-entrepreneurs.eu/upload/ERASMUS-GUIDE_EN.pdf consultato il 2/04/2011

³⁰ L’EUC stabilisce la struttura generale per lo svolgimento di tutte le attività di cooperazione Europea che gli Istituti d’istruzione superiore possono realizzare all’interno del Programma settoriale Erasmus. È il prerequisito che gli Istituti devono avere per organizzare attività di mobilità degli studenti, degli insegnanti e di altro personale, l’organizzazione di Programmi intensivi e corsi intensivi di lingua e per partecipare a Progetti multilaterali, Reti, Misure di accompagnamento e organizzare visite preparatorie.

Progetti multilaterali

In questo ambito il Programma settoriale promuove progetti per lo sviluppo congiunto di programmi di studio e per lo sviluppo congiunto di moduli europei, per l'implementazione di strategie di modernizzazione dei piani di studio degli Istituti di istruzione superiore e per lo sviluppo di campus virtuali.

Reti multilaterali

In questo ambito il Programma settoriale Erasmus promuove progetti di reti tematiche che, con la cooperazione tra Istituti di istruzione superiore di tutti i Paesi partecipanti, promuovono lo sviluppo e la dimensione Europea di una determinata disciplina accademica o area disciplinare.

5.4 Il Programma “Leonardo da Vinci”

Il Programma settoriale *Leonardo da Vinci* risponde alle esigenze didattiche e di apprendimento di tutte le persone coinvolte nell'istruzione e formazione professionali non di terzo livello, nonché degli istituti e delle organizzazioni che sono preposti a questo tipo di istruzione e formazione o lo agevolano. In particolare, attraverso le azioni previste si sostengono progetti transnazionali di tirocini rivolti a coloro che seguono una formazione professionale iniziale, agli studenti universitari, ai neo-laureati ed ai lavoratori. I tirocini intendono migliorare le competenze e l'occupabilità dei beneficiari attraverso esperienze di formazione e lavoro presso un organismo di accoglienza in un altro paese.

Gli obiettivi specifici del Programma sono:

- sostenere coloro che partecipano ad attività di formazione e formazione continua nell'acquisizione e utilizzo di conoscenze, competenze e qualifiche per facilitare lo sviluppo personale, l'occupabilità e la partecipazione al mercato del lavoro europeo;
- sostenere il miglioramento della qualità e dell'innovazione nei sistemi, negli istituti e nelle prassi di istruzione e formazione professionale;
- incrementare l'attrattiva dell'istruzione e della formazione professionale e della mobilità per datori di lavoro e singoli ed agevolare la mobilità delle persone in formazione che lavorano.

Le azioni sono:

Mobilità degli individui

L'Azione presenta un'articolazione per macrocategorie di soggetti che offre la possibilità di finanziare progetti specifici per obiettivo, contenuto, destinatari e durata del periodo di formazione e/o esperienza di lavoro che i partecipanti devono poter svolgere in un'impresa o in un istituto di formazione sito in un paese diverso da quello di provenienza, scelto fra quelli ammessi a partecipare al Programma.

Progetti Multilaterali di Trasferimento dell'innovazione

L'Azione consente di finanziare proposte volte ad incrementare la qualità e l'attrattiva

del sistema europeo di istruzione e formazione professionale attraverso l'adattamento e l'integrazione del contenuto innovativo e/o dei risultati di precedenti progetti Leonardo da Vinci, o di altri progetti innovativi, all'interno dei sistemi pubblici e/o privati di formazione professionale, nelle imprese a livello nazionale, locale, regionale o settoriale.

Partenariati transnazionali

Le proposte progettuali nell'ambito di quest'Azione hanno l'obiettivo di favorire la cooperazione su temi di reciproco interesse tra organizzazioni impegnate nel campo dell'educazione degli adulti a tutti i livelli. I progetti possono concentrarsi sulla partecipazione attiva delle persone in formazione, oppure porre l'accento sulla cooperazione tra insegnanti, formatori o professionisti dell'IFP.

Progetti Multilaterali di Sviluppo dell'innovazione

Lo scopo della Misura è quello di supportare iniziative volte a sviluppare contenuti/metodi/procedure innovativi - del tutto nuovi o diversamente utilizzati. Nell'ambito di questa Misura, le proposte di progetto si caratterizzano per l'elaborazione di prodotti caratterizzati da innovatività, applicabilità in contesti e a livelli diversi, transnazionalità e multiattorialità del partenariato.

Reti tematiche di esperti e organizzazioni centrate su temi specifici

Nell'ambito di questa Misura si contribuisce al finanziamento di iniziative volte a confrontare a livello europeo competenze e approcci innovativi, migliorare la capacità di analisi e anticipazione dei bisogni, disseminare gli output della rete in circuiti adeguati.

5.5 Il Programma Grundtvig ed il programma trasversale

Il Programma settoriale Grundtvig³¹ risponde alle esigenze didattiche e di apprendimento delle persone coinvolte in ogni forma di istruzione degli adulti, nonché degli istituti e delle organizzazioni che sono preposti a questo tipo di istruzione o lo agevolano. Lo scopo è quello rispondere alla sfida educativa posta dall'invecchiamento della popolazione Europea ed a fornire agli adulti percorsi nuovi, volti al miglioramento delle loro conoscenze e competenze. La struttura ed il funzionamento rispecchia l'organizzazione degli altri Programmi settoriali sin qui esaminati, basandosi sui temi della mobilità, del partenariato e della messa in rete della conoscenza e delle esperienze.

Il Programma Trasversale, incentrato su obiettivi non legati ad un singolo settore dell'istruzione e della formazione ma all'intero processo dell'apprendimento permanente, svolge funzioni di collegamento e di complementarietà dei quattro Programmi settoriali Comenius, Erasmus, Leonardo e Grundtvig, al fine di sostenere le attività finalizzate a raggiungere gli obiettivi politici del LLP.

³¹ http://www.programmallp.it/home.php?id_cnt=68 consultato il 4/01/2011

Il Programma, gestito interamente dalla Commissione Europea attraverso l'Agenzia esecutiva, si sviluppa in quattro Attività chiave:

- politiche di cooperazione e innovazione;
- lingue;
- nuove tecnologie;
- disseminazione e utilizzo dei risultati.

All'Agenzia Nazionale LLP fanno capo le attività relative alle Visite di Studio in merito alla promozione e la cooperazione Europea, lo scambio di informazioni ed esperienze tra specialisti sia del settore educativo sia del settore professionale.

5.6 Il Programma Jean Monnet

Il programma Jean Monnet³² sostiene l'insegnamento, la ricerca e lo studio di temi connessi all'integrazione Europea ed è interamente gestito dalla Commissione Europea attraverso l'Agenzia esecutiva per l'istruzione, gli audiovisivi e la cultura. Oltre a stimolare le attività didattiche di ricerca e di riflessione nel settore degli studi del settore, supporta l'esistenza di un'opportuna serie di istituzioni e associazioni europee che si occupano di temi connessi all'integrazione Europea e di insegnamento e formazione in una prospettiva Europea. Le attività si articolano in Progetti unilaterali nazionali e in Progetti multilaterali e si rivolgono sia ad associazioni di docenti e ricercatori specializzati in studi sull'integrazione Europea formalmente costituite sia da Istituti di istruzione superiore, e relative associazioni, a cui fanno capo docenti e ricercatori specializzati in studi sull'integrazione Europea.

6. Gli altri Programmi Comunitari

Il Programma Tempus (Trans-European mobility scheme for university studies)³³ è il Programma dell'Unione Europea rivolto a Paesi partner dell'Europa orientale, dell'Asia centrale, dei Balcani occidentale e dell'area del Mediterraneo con l'obiettivo di favorire, nell'ambito di una politica Europea nel settore universitario, lo sviluppo della cooperazione e degli scambi tra le università di questi paesi e quelle degli Stati Membri. Istituito nel 1990, il Programma è alla quarta fase per il periodo 2007-2013³⁴. Gestito dall'Agenzia esecutiva per l'istruzione, gli audiovisivi e la cultura, il Programma fa capo alla Direzione Generale per l'allargamento e all'Ufficio di cooperazione Europeaid della Commissione Europea. In Italia, la Fondazione CRUI (Conferenza dei Rettori delle Università Italiane) è il National Contact Point incaricato

³² http://ec.europa.eu/education/lifelong-learning-programme/doc88_en.htm consultato il 4/01/2011

³³ http://ec.europa.eu/youth/youth-in-action-programme/doc74_en.htm consultato il 3/04/2011

³⁴ http://eacea.ec.europa.eu/tempus/index_en.php consultato il 2/04/2011

della diffusione delle informazioni sul Programma, dell'attività di connessione con possibili partner e di organizzazione di giornate e conferenze informative.

Gli obiettivi specifici mirano alla promozione della riforma e modernizzazione del sistema universitario nei Paesi Partner, allo sviluppo della qualità e della rilevanza dell'istruzione universitaria nei Paesi Partner, alla crescita della capacità delle istituzioni universitarie nei Paesi Partner e nell'UE e vengono perseguiti attraverso il finanziamento di azioni quali: partnership multilaterale tra istituzioni universitarie per il trasferimento di conoscenza dalle università dell'UE verso le università dei Paesi Partner o tra le stesse università dei Paesi Partner (Joint Projects); interventi a sostegno della riforma strutturale dei sistemi universitari o di un quadro strategico di sviluppo che le competenti autorità nazionale dei Paesi Partner hanno chiaramente individuato come priorità. Nel novembre del 2009 è stata pubblicata la terza *call for proposal* con scadenza prevista per marzo 2010. La *call*, relativa alle due azioni del Programma, si rivolge a: istituzioni universitarie, pubbliche o private, riconosciute a livello nazionale che hanno aderito alla Erasmus University Charter; associazioni, organizzazioni, reti di istituzioni universitarie dedicate alla promozione, lo sviluppo e la riforma del sistema universitario europeo; organizzazioni nazionali o internazionali di rettori, insegnanti o studenti.

Erasmus Mundus II³⁵ è un programma dell'Unione Europea istituito con decisione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1298/2008/CE del 16 dicembre 2008 per il miglioramento della qualità nell'istruzione superiore e la promozione della comprensione interculturale mediante la cooperazione con i paesi terzi.

Il Programma, approvato per il periodo 2009-2013, continua ed estende lo scopo e le attività già previste dalla prima fase del Programma – Erasmus Mundus I (2004-2008)³⁶ – ed è finalizzato a rafforzare i legami fra paesi membri e paesi terzi attraverso l'incremento e il potenziamento della mobilità degli studenti e degli studiosi, realizzata attraverso le istituzioni di appartenenza. I bandi pubblicati dalla Commissione Europea e dall'Agenzia Esecutiva per l'istruzione, gli audiovisivi e la cultura, responsabile dell'implementazione pratica delle attività previste dal Programma, sono rivolti alle università, alle istituzioni AFAM (Alta formazione artistica e musicale), ai centri di ricerca e alle altre organizzazioni attive nel settore dell'istruzione superiore. Gli studenti, i docenti e i ricercatori possono partecipare alle attività del Programma rispondendo ai bandi pubblicati da ciascuno dei consorzi di università e altre istituzioni d'istruzione superiore che realizzano i corsi di master e di dottorato Erasmus Mundus, o che gestiscono i progetti di sostegno alla mobilità individuale da/verso i paesi terzi. Il Programma prevede l'esistenza di strutture nazionali deputate alla diffusione delle informazioni che, in Italia, è il Punto nazionale di contatto Erasmus Mundus di Roma.

³⁵ <http://erasmusmundus.it/descrizione/presentazione.aspx> consultato il 3/04/2011

³⁶ *ibidem*

7. Conclusioni

Nonostante l'avvio dei programmi europei rivolti ai giovani del nuovo periodo di programmazione, l'Unione Europea è già impegnata nel dibattito per l'individuazione di nuove priorità e nuove linee di azione. Il Libro verde "La mobilità dei giovani per l'apprendimento"³⁷ della Commissione Europea e l'approvazione da parte del Consiglio Europeo del Quadro strategico per la cooperazione Europea nel settore dell'istruzione e della formazione raccolgono gli aspetti più rappresentativi delle sfide che l'Unione Europea è chiamata ad affrontare in tema di politiche giovanili. In particolare, il Libro verde invita a riflettere su alcune tematiche per incrementare la partecipazione dei giovani a progetti di mobilità educativa transnazionale volta all'acquisizione di nuove competenze. L'attenzione è posta su diversi aspetti: la necessità di aumentare l'accessibilità alle informazioni sugli strumenti e sui programmi esistenti; il coinvolgimento delle reti nella promozione della mobilità e il potenziamento del ruolo delle autorità locali e regionali in tema di promozione e sostegno della mobilità, al fine di sensibilizzare i giovani sui vantaggi che si possono trarre da un'esperienza di mobilità in termini di sviluppo personale, occupabilità, competenze interculturali e linguistiche; l'apprendimento linguistico; lo status giuridico dei giovani in mobilità che rientrano nelle categorie della mobilità per apprendimento professionale.

Con il Programma Istruzione e Formazione 2010, gli obiettivi in tema di opportunità si pongono anche per il Consiglio Europeo nel momento in cui stabilisce veri e propri obiettivi per il periodo 2010 – 2020, da realizzare attraverso la creazione di condizioni per garantire la piena mobilità, l'innalzamento del livello delle competenze di chi ne possiede di basso livello e il miglioramento della qualità e dell'efficacia della formazione. Attraverso la conoscenza e l'innovazione, che la prima è in grado di produrre, e attraverso l'interscambio delle esperienze e la mobilità, l'obiettivo finale rimane quello di rendere l'apprendimento permanente delle giovani generazioni, e non solo, la vera chiave del successo dell'Europa di fronte alle sfide cruciali che la globalizzazione pone.

Molti interventi finanziari sono stati fatti nel settore dei giovani per il rilancio dell'occupazione, senza tralasciare i diversi progetti presentati dal Ministro della Gioventù, come ad esempio, "Italia Creativa", "Global Village Campus", "Azione Province Giovani"³⁸ che propongono interventi a favore dell'imprenditoria giovanile. Con l'avvio della presente legislatura il Governo ha cercato di dare una maggiore stabilità alle politiche a favore dei giovani. Anche la Strategia di Lisbona si è adoperata in questa direzione, individuando nel settore giovanile delle azioni specifiche.

³⁷ COM.CE (2009) Commissione Europea, Libro Bianco: Promuovere la mobilità dei giovani per l'apprendimento, 329 def.

³⁸ <http://www.gioventu.gov.it/Bandi-e-concorsi.aspx> consultato il 10/04/2011

BIBLIOGRAFIA

a) Fonti dottrinarie

- AMMANATI L., BILANCIA P., *Governance dell'economia e integrazione Europea*, Giuffrè, Milano, II, 2008
- PARASCANDOLO P. e SGARRA G., *Crescita e produttività: gli effetti economici della regolazione*, pubblicato in "Concorrenza bene pubblico", Confindustria Centro studi - aprile 2006
- TORRICELLI S., *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, Giuffrè, 2008

b) Fonti documentali

- AGCM (2009), Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta*, Roma, 30 aprile 2009.
- COM.CE (2010) COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione del 25 marzo 2010: istituzione di uno strumento europeo Progress di microfinanza per l'occupazione e l'inclusione sociale*, 283 def.
- COM.CE (2009) COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione 200 del 2009*;
- COM.CE (2009) COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Bianco: Promuovere la mobilità dei giovani per l'apprendimento*, 329 def.
- COM.CE (2009) COMMISSIONE EUROPEA, *Risoluzione del Consiglio: Cooperazione Europea in materia di gioventù (2010-2018)*, 311 def.
- COM.CE (2007) COMMISSIONE EUROPEA *Comunicazione, Favorire il pieno coinvolgimento dei giovani nell'istruzione, nell'occupazione e nella società*, 498 def.
- COM.CE (2007) COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione del 10.11.2007, Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo - Servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale.: il nuovo impegno europeo*, 720 def.
- COM.CE (2006) COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione, Riesame intermedio del Libro bianco sui trasporti pubblicato nel 2001 della Commissione Europea*, 314 def.
- COM.CE (2004) COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e della concessioni*, 327 def.
- COM.CE (2003) COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione, Strategia per il mercato interno*, 238 def.
- COM.CE (2003) COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde sui servizi di interesse generale*, 270 def.
- COM.CE (2003) COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione, Il ruolo dell'e-Government per il futuro dell'Europa*, 567 def.
- COM.CE (2001) COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Bianco, Un nuovo impulso per la gioventù Europea*, 681 def.
- COM.CE (2001) 681 COMMISSIONE EUROPEA, *risoluzione C 168/2 (2002) del Consiglio*.
- *Decisione n. 1031/2000/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 aprile 2000 - marzo 2010*
- *Decisione n. 1719/2006/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 novembre 2006 che istituisce il programma «Gioventù in azione» per il periodo 2007-2013*
- *Decisione 2008/1357/CE del 16 dicembre 2008*

-
- Decisione (CE) 1720/2006 del 15 novembre 2006 Decisione n. 283/2010/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25
 - MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO (2007), *Quadro Strategico Nazionale per la politica regionale di sviluppo 2007-2013*
 - OCSE (2004), *Working Group on Privatization and Corporate Governance of State-Owned Assets*, Paris, 12-15 October 2004.
 - OECD (2002), *Regulatory Policies in OECD Countries. From Interventionism to Regulatory Governance*, Paris
 - OECD (2005), *Taking Stock of Regulatory Reform: A Multidisciplinary Synthesis*, Paris
 - OECD (2005), *E-government for Better Government*, Paris
 - OECD (2005), *Regulatory Impact Analysis in OECD Countries*, "Challenges for Developing Countries", Paris
 - PCM (2008), Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Strategie di Lisbona per la crescita e l'occupazione, Programma nazionale di riforma, 2008-2010*, Roma 6.11.2008.
 - QSN, approvato dalla Commissione Europea il 13 luglio 2007 con decisione n. C (2007) 3329
 - Regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio
 - Regolamento (CE) n. 1082/2006 del Consiglio
 - Regolamento (CE) n. 1084/2006 del Consiglio
 - Regolamento (CE) n. 1081/2006 del Consiglio
 - Regolamento (CE) n. 1080/2006 del Consiglio
 - Regolamento (CE) n. 1828/2006 del Consiglio
 - YOUTH REPORT FINAL SEC(2009) 549

c) *sitografia*

- www.gioventuinazione.it/
- www.agenziagiovani.it/index.htm
- http://ec.europa.eu/youth/youth-in-action-programme/doc74_en.htm
- www.governo.it
- www.gioventu.gov.it/
- http://www.poaigioventu.it/images/stories/pdf/POAT_Gioventu.pdf
- www.eurodesk.it/
- www.salto-youth.net/
- www.youthpass.eu/it/youthpass/
- <http://www.istruzione.it/web/hub/>
- www.europarl.europa.eu
- <http://www.europeanrights.eu>
- www.erasmus-entrepreneurs.eu/
- http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/presenta/jasmine/microcredit2010_en.pdf
- http://eacea.ec.europa.eu/tempus/index_en.php
- www.erasmusmundus.it/
- http://ec.europa.eu/education/lifelong-learning-programme/doc88_en.htm
- http://www.programmallp.it/home.php?id_cnt=68
- <http://eur-lex.europa.eu/>

L'INTEGRAZIONE TRA SISTEMI DI COMPLIANCE ANTICORRUZIONE NELLE SOCIETÀ IN CONTROLLO PUBBLICO

Eliana La Gamma

Abstract: Il presente contributo tratta dei rapporti tra Piano 190 e MOGC 231 nelle società in controllo pubblico – tra sinergie e reciproche interferenze – e del “modello integrato”.

Sullo sfondo, i temi dell’evanescenza normativa del requisito dell’idoneità del modello; del ruolo di supplenza legislativa giocato dall’ANAC e dagli strumenti di fonte privatistica; dell’*overcompliance* cui per questa via si giunge; della percezione che le imprese hanno, in assenza di efficaci meccanismi premiali, dell’investimento ad esse richiesto nella prevenzione dei fenomeni corruttivi.

This work analyzes the relation between Piano190 and MOGC 231 into State controlled companies – among synergies and mutual interference – and it also examines the “combined model”.

Among other things, the present work deepens the legislation elusiveness on the fitness requirement of the organizational model; the substitute role of ANAC in the legislation process and the tools originated by civil sources; the overcompliance that from this pace will be reached; the perception of companies regarding the investments necessary for preventing corruption phenomena if such investments are not sustained by reward mechanisms.

Parole chiave: *Compliance* anticorruzione; società in controllo pubblico; ANAC; Legge n. 190/2012; Piano Nazionale Anticorruzione (PNA); Linee Guida ANAC; Piano 190; Piano Triennale per la Prevenzione della Corruzione e la Trasparenza (PTPCT); Responsabile della Prevenzione della Corruzione e Trasparenza (RPCT); D. Lgs. 231/2001; MOGC 231; Linee Guida delle associazioni di categoria; ISO 37001; *Best practices transnazionali*; modello integrato; idoneità del modello di organizzazione, gestione e controllo; *overcompliance*; *paper compliance*.

Sommario: Definizione del campo di indagine e premessa metodologica. 1 I sistemi anticorruzione. 1.1 Il contesto normativo. 1.2 L’applicabilità del D.Lgs. 231/2001 alle società in controllo pubblico. 2 L’integrazione tra i due sistemi di compliance anticorruzione. 2.1 Modello 231 e Piano 190: differenze e analogie. 2.2 Il modello “integrato”. 2.3 Il coordinamento tra le funzioni di controllo: RPCT e ODV. 3 Conclusioni.

Definizione del campo di indagine e premessa metodologica

Nel 1958 Edward C. Banfield enucleava, nel suo libro dal titolo “*The Moral Basis of a Backward Society*”, il concetto sociologico del “familismo amorale”¹, e lo definiva come la degenerazione del legame affettivo che avvince i membri della medesima famiglia; una distorsione - sempre associata a profonda sfiducia per lo Stato centrale - del vincolo di coesione familiare, cui la morale supinamente si piega.

Oggetto della sua analisi fu la comunità di Chiaromonte (per la quale coniò il nome di fantasia di “Montegrano”), un piccolo centro lucano ove trascorse nove mesi di studi approfonditi, condotti con metodiche assai differenti, tra le quali l’osservazione diretta della realtà sociale ed economica, la somministrazione a campione di interviste e test psicologici, l’attenta ricognizione - e successiva disamina - di dati e informazioni provenienti da archivi sia pubblici che privati. In buona sostanza - e con la dose di relativizzazione imposta dalla necessità di dover contestualizzare storicamente lo scritto di Banfield - a trovare applicazione fu una rudimentale nozione di *risk assessment*, all’esito del quale consegnò ai suoi lettori l’immagine di una società culturalmente, economicamente e socialmente arretrata, e per ciò stesso naturalmente protesa verso fenomeni di malaffare, prossimi o comunque fortemente assimilabili a quelli corruttivi.

È proprio con il timido riferimento - affatto lusinghiero, purtroppo - alla terra d’origine di chi scrive, quella lucana, che si sceglie di introdurre l’argomento oggetto di questo breve elaborato.

La corruzione è fenomeno che da sempre si è imposto all’attenzione delle istituzioni internazionali e nazionali, del legislatore, dell’autorità giudiziaria, di interpreti e operatori del diritto.

Per la sua endemica diffusione: essa maltollera confini territoriali, sia regionali che nazionali².

Per la sua estrema pervasività: a dispetto di quella corrispondenza biunivoca - per certi versi, rassicurante; per altri, assai semplicistica - che Banfield sembrava aver postulato, non opera distinzioni tra classi sociali, ceti, condizioni economiche e culturali; piuttosto, si propaga a macchia d’olio per insinuarsi persino nel più angusto degli anfratti.

¹ L’idea di citare Banfield è stata ripresa da GIUSEPPE DI GREGORIO, *Compliance “anticorruzione” e modelli ex D.Lgs. 231/2001*, ESI - Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, in : <https://www.anticorruzione.it/-/compliance-anticorruzione-e-modelli-ex-d.lg.-231/2001-2021>.

² Tanto per rimanere “dentro casa”, l’Italia è al 42esimo posto nel mondo per indice di Percezione della Corruzione 2021, con punteggio pari a 56 su 100: dato che, sebbene migliorativo rispetto agli anni precedenti, non può certo dirsi rassicurante. L’indice di Percezione della Corruzione (CPI) di Transparency International misura la percezione della corruzione nel settore pubblico e nella politica in molti Paesi di tutto il mondo, assegnando, sulla base dell’opinione di esperti, un punteggio da 0 a 100 (0 Paesi corrotti; 100 a Paesi “puliti”) in <https://www.transparency.it/indice-percezione-corrruzione>.

Ancora, per gli ingenti costi che impone alla collettività.

Da ultimo, per il severo giudizio morale di riprovevolezza che sempre trascina con sé. Certamente, gli strumenti di fonte legislativa adoperati a fini repressivi sono stati molteplici, ma come alcun seme germoglia su terreno arido, così non v'è norma che possa trovare reale applicazione se poggia su substrato culturale non adeguatamente pronto ad accoglierla: la forma, benché talvolta sia anche sostanza, non può spingersi sino al punto di sostituirla integralmente, riempiendosi da sola di contenuti dal recepimento così atavicamente indigesto.

E allora, se è vero che a *Corruptia* – il prototipo del comune medio-grande italiano³ – il terreno più fecondo perché attecchiscano fenomeni corruttivi è composto dalla fragilità della sovrastruttura etica del singolo individuo e della collettività tutta, è del pari vero che a dover essere tenacemente perseguito è il cambio di mentalità; a dover essere promossa, l'inversione dell'approccio; a dover essere ampiamente valorizzata, la logica della *compliance* (penale), la quale, sulla spinta delle suggestioni provenienti dai Paesi anglosassoni, precede l'eventuale intervento punitivo e, ad un tempo, educa alla legalità.

A onor del vero, la materia della responsabilità da reato degli enti sembra aver recepito a pieno tale approdo metodologico, senza – peraltro – relegarlo all'ambito del contrasto alla corruzione, ma facendone la principale arma da brandire nel contesto di più ampio respiro della lotta alla criminalità d'impresa.

Quest'ultima, abbandonata la dimensione solo repressiva, e mossa pure da un generale e immanente afflato di premialità, si anima – in prima battuta – dell'aspirazione a prevenire; di poi, a riparare; solo da ultimo a punire: l'irrogazione della sanzione penale ne certifica, piuttosto, l'insuccesso, ne tradisce le originarie aspettative, ne rappresenta – in ultima analisi - il più deludente tra gli esiti e il più autentico tra i fallimenti⁴.

Intanto, una premessa: la cultura della prevenzione mediante l'organizzazione di cui è intriso il Decreto Legislativo 231/2001 (da qui in avanti, anche "Decreto 231") affonda le proprie radici nella rinnovata veste che ammanta il concetto di rischio.

Esso, connaturato alla società moderna, vieppiù all'attività d'impresa, e per ciò stesso ineliminabile nella sua interezza, ha dovuto necessariamente affrancarsi dall'accezione negativa di *downside risk* – e, segnatamente, di concetto causalmente connesso a perdite, danni e terribili calamità – che in via esclusiva gli veniva attribuita, e sposare pure quella di *upside risk*, per porsi da volano di incredibili opportunità di crescita e creazione di valore⁵.

³ Il riferimento è al libro di D'AMBROSIO, R. dal titolo *Corruptia. Il malaffare di un comune italiano*, La meridiana, 2014.

⁴ Così, MONGILLO, V., in *Presente e futuro della compliance penale. Riflessioni a margine di S. MANACORDA e F. CENTONZE (a cura di), Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness, 2022*, in <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/mongillo-presente-futuro-compliance-penale-recensione-manacorda-centonze-corporate-compliance-on-a-global-scale>.

⁵ Tale interpretazione del concetto di rischio è condivisa anche nel modello ERM (*Enterprise Risk Management*), proposto dal *Committee of Sponsoring Organization of the Treadway commission*

In termini forse più pragmatici, una “società del rischio” come la nostra⁶ non poteva lasciarsi immobilizzare da esso per non aver ancora imparato a gestirlo, e – anzi – a trattarlo, in qualche misura ed entro certi limiti, da vera e propria risorsa.

Tanto chiarito in via generale, la gestione condivisa del rischio di commissione del reato è esattamente la finalità perseguita da quell’accordo trasparente⁷ a prestazioni corrispettive tra Stato e imprese - formalizzato nel Decreto 231 e nitidamente ispirato allo *stick-carrot approach* – in esecuzione del quale il primo offre un premio, l’esclusione della responsabilità, al secondo in cambio del suo tangibile impegno nella prevenzione dell’illecito penale.

Più nello specifico, si sollecita il coinvolgimento diretto dei potenziali soggetti attivi dei medesimi; ci si serve del soggetto metaindividuale come vero e proprio alleato nel perseguimento dell’obiettivo-prevenzione dei reati; si sfruttano a vantaggio della collettività le conoscenze che l’impresa stessa possiede circa i propri meccanismi di funzionamento; si valorizza la capacità di autodiagnosi dell’ente stesso in relazione alla struttura interna di cui esso si compone; ci si avvantaggia dell’ascendente che la persona giuridica naturalmente esercita sulle persone fisiche che a vario titolo sono incardinate nella sua struttura così da indirizzarne i comportamenti⁸: in ultima analisi, si cambia la strategia di lotta alla criminalità di impresa.

Proprio come auspicato in tempi non sospetti da attenta e profetica dottrina⁹, è – questo – un combattimento che davvero ha perso la fisionomia dell’incontro di sumo, incentrato sulla massiccia contrapposizione muscolare tra gli atleti (*rectius*, sulla massiccia risposta sanzionatoria), per assumere tutti i connotati della lotta di judo, con esecuzione di manovre meno violente e finalizzate all’avvolgimento dell’avversario, così da poter sfruttare la sua stessa forza a proprio vantaggio¹⁰.

E pur tuttavia, è bene sgombrare subito il campo da un facile equivoco che potrebbe a questo punto annidarsi: il riferito schema di partnership pubblico-privata non importa – beninteso – un atto di rassegnata rinuncia, da parte dell’Autorità statale, a intervenire in ottica di contrasto alla commissione del reato; esprime, piuttosto, la matura consapevolezza di non disporre di strumenti e risorse idonee per uscirne vittoriosa, senza stringere alleanze.

Tutto ciò chiarito, va nondimeno rilevato che, al di là del giudizio positivo con il quale tale forma di partnership pubblico-privata ha meritatamente trovato accogliamento nella materia del contrasto alla criminalità d’impresa, essa, in uno al mas-

(CoSo *release* 2017) come sviluppo del CoSo proposto nel 1992.

⁶ Il riferimento è al saggio di ULRICH BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, 1986.

⁷ Così, ancora, GULLO, A., in *I modelli organizzativi*, in *Responsabilità da reato degli enti*, Volume I, *Diritto sostanziale*, GIORGIO LATTANZI e PAOLA SEVERINO (a cura di), G. Giappichelli Editore, 2020, 244.

⁸ Così, GULLO, A., in *I modelli organizzativi*, in *Responsabilità da reato degli enti*, Volume I, *Diritto sostanziale*, cit., 244.

⁹ Così, STELLA, F., *Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 459 ss.

¹⁰ Così, ancora, GULLO, A., in *I modelli organizzativi*, in *Responsabilità da reato degli enti*, Volume I, *Diritto sostanziale*, cit., 244.

siccio ricorso all'integrazione della normativa primaria ad opera non solo di fonti regolamentari, ma anche di strumenti di autoregolamentazione privata, ha posto non pochi problemi, e di varia natura.

Pur volendo, in questa sede, soprassedere sulle perplessità da più parti sollevate in punto di rispetto del principio di legalità che domina la materia penale¹¹, occorre perlomeno sottolineare l'importante aggravio di costi e adempimenti che essa pone a carico delle imprese.

Con specifico riferimento al settore dell'anticorruzione, e ancora più in particolare, restringendo il focus sulle società in controllo pubblico, va rilevato che esse, in ragione della loro natura bifronte¹², sono assoggettate sia alla disciplina di cui al Decreto Legislativo 231/2001 – e alle Linee guida delle associazioni di categoria cui il suo art. 6 rinvia – che alle previsioni contenute nella Legge 190/2012 – e alla normativa secondaria di dettaglio dettata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC). In definitiva, una miscela di *compliance* cogente (quella dettata dalla Legge 190 del 2012) e di *compliance* (formalmente solo) incentivata¹³ (quella di cui al Decreto Legislativo 231/2001), spesso accompagnata pure dall'adesione a forme di *compliance* puramente volontaristica (Linee guida; *best practice*; talvolta, ISO 37001): da qui, il panorama che si scorge è, invero, fatto di superfetazione normativa, di stratificazione di controlli e adempimenti che, pur trasfusi in un sistema integrato di *compliance* – quale quello che si affaccia all'orizzonte – possono seriamente compromettere l'efficienza dell'impresa e disincentivare l'investimento in legalità, se non accompagnati da un approccio effettivamente premiante, sia a livello normativo che giurisprudenziale. Il vero *punctum dolens* sembra, pertanto, essere il seguente: a fronte dell'importante investimento richiesto alle imprese (per quel che qui rileva, quelle in mano pubblica) in termini di costi e di energie profuse nella prevenzione dei fenomeni corruttivi, il beneficio prospettato è proporzionato?

È sufficientemente definito, certo, stimabile, idoneo a scoraggiare forme di *compliance* soltanto cosmetiche?

Breve: è davvero incentivante?

Ovviamente, non sono domande alle quali questo scritto potrà fornire una risposta certa, tantomeno una soluzione; e del resto, sarebbe assai pretenzioso anche solo tentarci. L'obiettivo che qui si persegue non è neppure quello di essere esaustivi¹⁴: proprio in

¹¹ Così, SCAROINA, E., *La prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblica*, in *Archivio penale*, 2020, in: <https://archiviopenale.it/la-prevenzione-della-corruzione-nelle-societa-in-controllo-e-a-partecipazione-pubblica/articoli/21783>; MANZILLO, F., *A proposito delle Linee Guida dell'A.N.A.C. sulle società partecipate da enti pubblici: quando la soft law diviene hard law*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 174 ss.

¹² Definita "ancipite" in SCAROINA, E., *La prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblica*, cit.

¹³ Salvo ciò che si chiarirà nel prosieguo, sia con riferimento alla presunta obbligatorietà dei modelli in generale (ex art. 2381 c.c. e 2403 c.c.), sia, più in particolare, in merito ai modelli 231 delle società in controllo pubblico.

¹⁴ Per esempio, non sarà possibile analizzare le fattispecie corruttive di cui all'art. 25 del D. Lgs. 231/2001, né la loro evoluzione normativa.

ragione della riferita stratificazione normativa, come pure dell'ampia estensione della materia dell'anticorruzione, sarebbe utopico provare a farlo nel breve spazio di un elaborato sintetico; e peraltro, l'esperimento tradirebbe la tendenza ad un approccio assai semplicistico, che pericolosamente potrebbe franare verso la banalizzazione estrema dei contenuti.

Dunque, si rinuncia *ab origine* a tali pretese per seguire un'aspirazione forse più realisticamente esaudibile in poco meno di trenta pagine: quella di affrontare un tema tanto vasto e complesso in maniera quantomeno chiara, per razionalizzarne la disciplina, delinearne i tratti essenziali e coglierne la visione d'insieme.

Non essere conclusivi; piuttosto, concludenti: questa la premessa, l'obiettivo e l'auspicio.

1. I sistemi anticorruzione

1.1 Il contesto normativo

Le società in controllo pubblico (e, più in generale, quelle a partecipazione pubblica) rappresentano una caratteristica dell'ordinamento italiano le cui origini sono da rinvenirsi nell'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI), sorto nel 1934 per consentire allo Stato di supportare le imprese in difficoltà, ovvero per garantire prestazioni che il settore privato non aveva interesse a svolgere¹⁵.

Benché con l'abolizione del Ministero delle partecipazioni statali, avvenuta nel 1993, si sia assistito ad un massiccio arretramento dello Stato centrale nell'attività economica in favore di interventi di privatizzazione, tali società hanno continuato ad essere percepite come entità da ricondurre nell'alveo di una più estesa nozione di pubblica amministrazione; il che può apparire paradossale ove si consideri che esse sono sorte proprio quale reazione agli appesantimenti tipici dell'azione amministrativa.

La dottrina maggioritaria ha a più riprese auspicato che la regolamentazione delle società in controllo pubblico fosse coerente con le originarie intenzioni del legislatore¹⁶, e di conseguenza, con la disciplina degli istituti privatistici; tuttavia, è di solare evidenza che esse non abbiano ancora perfezionato il processo di emancipazione dalla loro radice pubblicistica, rendendo così complicata non solo l'individuazione di una disciplina unitaria da applicare loro, ma anche la chiara definizione degli ob-

¹⁵ SCAROINA E., *La prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblica*, in *Archivio Penale*, 2020, consultabile al seguente link: <https://archiviopenale.it/la-prevenzione-della-corruzione-nelle-societa-in-controllo-e-a-partecipazione-pubblica/articoli/21783>

¹⁶ Si veda, a tal proposito, la Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile: «è lo Stato medesimo che si assoggetta alla nuova legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici (...) la disciplina comune delle società per azioni deve (...) applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente».

blighi su esse gravanti in materia di anticorruzione.

Sotto quest'ultimo profilo, i principali riferimenti normativi sono ovviamente rappresentati dal D.Lgs. n. 231 del 2001 e dalle norme in materia di corruzione e trasparenza di cui alla Legge 190/2012 e al D.Lgs. n. 33 del 2013, come modificate dal D.Lgs. n. 97 del 2016, cui vanno pure aggiunti gli strumenti di *soft law* costituiti dai provvedimenti ANAC (in particolare, le Linee Guida di cui alle determinazioni nn. 8 del 2015 e 1134 del 2017)¹⁷.

Più in particolare, mentre il D.Lgs. 33 del 2013 prevede una serie di adempimenti in materia di trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni volti a promuovere la partecipazione dei soggetti interessati all'attività amministrativa, la Legge n. 190 del 2012 impone alle Pubbliche Amministrazioni obblighi finalizzati alla riduzione del rischio di commissione di fatti di corruzione, e più in generale, di comportamenti illeciti nello svolgimento di attività che per loro stessa natura dovrebbero essere, invece, informate al principio di buon andamento e imparzialità consacrato all'art. 97 della Costituzione.

Ed infatti, la Legge n. 190 impone alle Pubbliche Amministrazioni di predisporre Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione (PTPC) in coerenza con i Piani Nazionali Anticorruzione di fonte ANAC (PNA), nonché di prevedere specifiche procedure per la selezione e la formazione dei dipendenti coinvolti in settori particolarmente esposti e di nominare un Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (RPCT).

In verità, la possibilità di estendere la disciplina contenuta nella Legge n. 190 del 2012 e nella normativa sulla trasparenza alle società partecipate dallo Stato si è mostrata dubbia e controversa *ab origine*. Ciò, perché l'art. 1 della Legge 190 ne individua, quali destinatari, le Pubbliche Amministrazioni centrali e locali: proprio i soggetti esclusi, insomma, dal raggio di azione del D.Lgs. n. 231 del 2001, il quale, di converso, si rivolge solo agli enti - anche privi di personalità giuridica - diversi dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali, dagli altri enti pubblici non economici e da quelli che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

Orbene, il sistema comprendeva da un lato - nel settore privato - il D. Lgs. n. 231 del 2001, che ha quale perno il modello organizzativo; dall'altro - sul lato pubblico - un analogo meccanismo preventivo, con funzione educativa e di promozione di comportamenti virtuosi¹⁸ del pari analoga, e associato a prescrizioni in materia di trasparenza dell'azione amministrativa e di incandidabilità e decadenza dai pubblici incarichi.

E nel mezzo, le società partecipate, cui non era chiaro se si dovesse applicare l'una, l'altra, entrambe o nessuna.

¹⁷ C. MANACORDA, *Le nuove Linee Guida dell'ANAC per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici: il ruolo al proposito del decreto 231*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2018, 148.

¹⁸ BARTOLI, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Diritto pen. e proc.*, 2016, 1507 ss.

Il primo passo verso l'estensione della disciplina anticorruzione anche alle società in controllo pubblico si deve all'ANAC. Quest'ultima, con le Linee Guida del 2015, e interpretando in maniera estensiva i suoi poteri¹⁹, ha ritenuto di poter estendere alle società in controllo pubblico, sulla base di alcuni riferimenti contenuti nella Legge n. 190, la disciplina in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza. Peraltro, nella successiva determinazione n. 1134 del 2017, l'Autorità ha confermato tale interpretazione, e anzi ha precisato che essa già trovava riconoscimento a livello normativo nelle modifiche operate dal D.Lgs. n. 175 del 2016 e dal D.Lgs. n. 97 del 2016. Più nello specifico, tali modifiche riguardavano l'introduzione dell'art. 2 bis nel D. Lgs. n. 33 del 2013, ai sensi del quale le prescrizioni in materia di trasparenza si applicavano anche, nei limiti della compatibilità, agli enti pubblici economici, agli ordini professionali e alle società in controllo pubblico, come definite dall'art. 2 comma 1, lett. M) del D.Lgs. n. 175 del 2016. In conseguenza di ciò, le Linee Guida n. 1134 del 2017 hanno, per l'appunto, previsto che le società aventi natura pubblica fossero destinatarie della disciplina in materia di trasparenza, e dovessero, pertanto, darne attuazione pubblicando *on line* sul proprio sito *web* dati e documenti da esse detenuti relativamente alle attività svolte.

L'estensione dell'ambito di applicazione si riferisce, nello specifico, alle società in cui, ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. m) del D.Lgs. n. 175 del 2016, «una o più amministrazioni pubbliche [ivi compresi, ai sensi dell'art. 2, co. 1, l. a) del d.lgs. n. 175 del 2016, gli enti pubblici economici] esercitano poteri di controllo». Inoltre, alla lettera b del medesimo comma si definisce il controllo come la «situazione descritta nell'articolo 2359 del Codice Civile», precisando altresì che tale situazione «può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo».

Per altro verso, le Linee Guida n. 1134 del 2017 hanno ritenuto assimilabile alla forma di controllo espressamente richiamata, anche quella che trova fondamento nel vincolo contrattuale di cui all'art. 2359, co. 1, n. 3, c.c.

L'applicabilità della disciplina sulla trasparenza alle società in controllo pubblico ha fatto da apripista per l'estensione a tali soggetti della disciplina in materia di anticorruzione. A tal riguardo l'art. 41 del d.lgs. 97 del 2016 ha introdotto il nuovo comma 2 bis dell'art. 1 della legge n.190 del 2012, il quale prevede che sia le pubbliche amministrazioni che gli altri soggetti di cui all'articolo 2 bis, comma 2, del D.lgs. n. 33 del 2013 sono i destinatari delle indicazioni contenute nel Piano Nazionale Anticorruzione (PNA).

Sono, però, escluse dalla disciplina citata le società in controllo pubblico quotate, ossia le società che emettono azioni quotate in mercati regolamentati ovvero che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati, nonché quelle da esse partecipate (salvo

¹⁹ CANTONE R., *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla "riforma Madia" della pubblica amministrazione*, in *Riv. soc.*, 2019, 233 ss.

che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche).

1.2 L'applicabilità del D.Lgs. 231/2001 alle società in controllo pubblico

È ormai abbastanza consolidata in dottrina e giurisprudenza l'opinione per la quale le società partecipate dallo Stato o dagli enti territoriali sono assoggettate al regime della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato.

Ma, sebbene l'art. 1 del Decreto 231 delimiti chiaramente il perimetro dei suoi destinatari, escludendo lo Stato e i soli enti pubblici non economici, territoriali e che svolgano funzioni di rilievo costituzionale, non poche perplessità sono sorte fin da principio in ordine alla sua applicabilità alle società miste, alle società privatizzate e alle società c.d. pubbliche, ossia volte a perseguire, con una struttura analoga a quella delle società di diritto privato, interessi di carattere generale anche attraverso l'attribuzione di prerogative di diritto pubblico²⁰.

Prima che la giurisprudenza intervenisse a fugare ogni dubbio, alcuni autori avevano ritenuto di poter ricomprendere, tra i destinatari delle previsioni di cui al decreto 231, anche gli enti pubblici economici, ovvero quelli che, a norma dell'art. 2201 c.c., «hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale», facendo leva sul rigoroso dato testuale del citato art. 1, co. 2, il quale opera una chiara esclusione solo con riferimento agli enti pubblici non economici²¹. A sostegno di una tale conclusione si valorizzava anche altra circostanza; e segnatamente, il fatto che nel novero dei c.d. reati presupposto della responsabilità degli enti, figurano delitti di corruzione passiva e concussione che hanno come parte attiva prevalentemente soggetti esponenti di Pubbliche Amministrazioni diversi da quelli di cui al comma 3 dell'art. 1²².

In epoca più recente anche la giurisprudenza, non senza qualche momento di indecisione, ha finito con l'affermare l'assoggettabilità degli enti pubblici economici al D.Lgs. n. 231 del 2001, precisando altresì che «il tenore testuale della norma è inequivocabile nel senso che la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina in discorso, dovendo altresì concorrere la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica»²³.

²⁰ FARES, *La responsabilità dell'ente pubblico per i reati commessi nel proprio interesse*, in *Cass. pen.*, 2004, 2203 ss.; C. MANACORDA, *La responsabilità amministrativa delle società miste*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, p. 153 ss.

²¹ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 123; IELO, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 101 ss.

²² MASSI, «Veste formale» e «corpo organizzativo» nella definizione del soggetto responsabile per l'illecito da reato. Un'analisi della «statica» della responsabilità degli enti nella prospettiva del diritto italiano e comparato, Napoli, 2012, 42 ss.

²³ Cass. Pen., sez. II, n. 28699. In argomento, si vedano CORRIAS LUCENTE, *Spunti di riflessione sull'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica al d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*,

Ciò detto, e ferma restando l'ormai indubbia applicabilità della disciplina *de qua* agli enti alle società in controllo pubblico, non può tacersi che molte delle perplessità manifestate in argomento sono in buona misura condivisibili, poiché attengono per un verso alla possibilità che gli effetti della condanna si ripercuotano sulla collettività, la quale, mediante lo strumento del controllo azionario e per il tramite di organi pubblici centrali e territoriali, partecipa al capitale condividendone il rischio d'impresa; per l'altro, alle conseguenze che l'applicazione di una sanzione interdittiva nei confronti dell'ente pubblico economico potrebbe comportare in termini di pregiudizio per i cittadini. A tale ultimo proposito, pur venendo in rilievo il disposto dell'art. 15 del D.Lgs. n. 231 del 2001 che impone al giudice di sostituire la misura con il commissariamento nel caso in cui «l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività» si è finito con il dubitare circa l'effettiva efficacia di tale rimedio, per gli ampi margini di discrezionalità lasciati al giudice circa l'applicazione del commissariamento stesso²⁴.

2. L'integrazione fra i due sistemi di compliance anticorruzione

2.1 Modello 231 e Piano 190: differenze e analogie

Da quanto fin qui argomentato emerge con sufficiente nitore che le società in controllo pubblico possono dirsi destinatarie tanto delle previsioni dettate dalla L. 190 del 2012 in materia di anticorruzione, quanto dei precetti contenuti nel d.lgs. 231 del 2001, sempreché – beninteso – intendano valersi, in caso di commissione, nel loro interesse o vantaggio, di reato presupposto da parte di apicale o di soggetto sottoposto alla sua sorveglianza, della causa di esonero dalla responsabilità sancita

Interventi, 2011, 159 ss.; DI GIOVINE, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, in *Cass. Pen.*, 2011, 1889 ss.; GRINDATTO, *Sulla responsabilità da reato di una società azionaria svolgente attività ospedaliera*, in *Giur. it.*, 2011, 163 ss. Anche in un'altra pronuncia relativa a società operante nel settore della gestione dei rifiuti per conto di un'amministrazione locale, la Cassazione ha valorizzato la «preminente, se non esclusiva, attività di impresa che deve essere riconosciuta alla Società» non intaccata dalla sua ascendenza pubblicistica né «dallo svolgimento di una attività, che ha sicuramente ricadute indirette su beni costituzionalmente garantiti quali ad esempio il diritto alla salute (art. 32 cost.), il diritto all'ambiente (art. 9 cost.), ma che innanzitutto si caratterizza per una attività e un servizio che, per statuto, sono impostati su criteri di economicità, ravvisabili nella tendenziale equiparazione tra i costi ed i ricavi, per consentire la totale copertura dei costi della gestione integrata del ciclo dei rifiuti» (Cass. Pen., n. 234 del 10 gennaio 2010).

²⁴ IELO, *Società a partecipazione pubblica*, cit.

dagli artt. 6 e 7 di quest'ultimo Decreto²⁵.

La soggezione all'una e all'altra disciplina, peraltro, li rende i naturali destinatari del corredo di strumenti di *soft law* ad esse collegati; e segnatamente, delle linee guida delle associazioni di categoria menzionate dal comma 3 dell'art. 6 del Decreto 231, in conformità delle quali sarebbe bene predisponessero i loro modelli organizzativi, nonché delle prescrizioni impartite per la predisposizione del Piano Triennale per la Prevenzione della Corruzione e la Trasparenza (di seguito, PTPCT o Piano 190) nel Piano Nazionale Anticorruzione (di seguito, PNA) dall'ANAC, ai cui controlli e verifiche sono pure soggette.

Benché Modello 231 e Piano 190 non possano certamente intendersi come duplicazioni l'uno dell'altro, posto che i loro contenuti non sono affatto sovrapponibili, è pur vero che l'esistenza di punti di contatto e analogie tra essi ha condotto ad una riflessione di sistema, che nel tempo si è trasfusa in una necessità ben più pratica, e alla quale sarà dedicato il successivo paragrafo: quella di combinarli al fine di evitare sovrapposizioni e antieconomiche interferenze, e promuoverne una proficua convivenza che pur nel rispetto delle peculiarità di ciascuno valorizzi l'uno e l'altro modello e passi attraverso la creazione di sinergie.

Ma si proceda con ordine: giova soffermarsi dapprima sulle differenze tra i due menzionati sistemi di *compliance*.

Intanto, la più evidente tra tutte: il catalogo di reati presupposto del Decreto 231 è molto esteso, oltre che in costante aggiornamento, e va ben oltre i reati contro la Pubblica Amministrazione. Nel caso del modello 231, pertanto, la mappatura dei processi è strumentale alla gestione di un ben più variegato rischio di illecito penale. V'è di più: la stessa nozione di corruzione che rileva ai fini dell'art. 25 del Decreto 231 non coincide con quella fatta propria dalle Linee Guida ANAC del 2017: quest'ultima è assai più vasta e non si identifica con la corruzione intesa in senso tecnico-giuridico, bensì finisce con il ricomprendere aree inesplorate – perlomeno formalmente²⁶ - da parte del citato art. 25, riconducibili a ciò che l'ANAC stessa definisce, più propriamente, *maladministration*.

Più nello specifico, e nelle parole dell'Autorità, si tratta di “atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento del cittadino nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse”²⁷.

Se a ciò si aggiunge che la legge 190, sempre nelle parole dell'ANAC, “è volta a prevenire anche reati commessi in danno alla società”²⁸, la distanza dal Decreto 231 si fa ben più significativa: non soltanto sono attenzionate condotte (teoricamente) esclu-

²⁵ Salvo ciò che si dirà nel paragrafo successivo: l'adozione del Modello 231 è ancora un onere o è da considerarsi un obbligo per le società in controllo pubblico, alla luce delle Linee Guida ANAC?

²⁶ Si fa qui riferimento al ruolo di guida che l'ANAC ha assunto anche in ambito 231 e alla *moral suation* che, pertanto, riesce a esercitare anche sulle società private.

²⁷ Così, il PNA 2015.

²⁸ Così, le *Linee guida ANAC* del 2017.

se dallo spettro dell'art. 25 del Decreto del 2001, ma ci si affranca pure da ciò che in ottica 231 rappresenta il criterio di imputazione oggettiva del fatto all'ente; da ciò che, in altri termini, rende l'addebito nei confronti del soggetto metaindividuale coerente con il principio della personalità della responsabilità (sostanzialmente) penale, consacrato all'art. 27 della Costituzione: l'interesse o vantaggio dell'ente medesimo. A ben vedere, il presupposto da cui muove il sistema preventivo messo a punto dal legislatore del 2012 deve - per sua stessa natura - condurre ad un tale approdo, non fosse altro perché la condotta del pubblico agente, riconducibile alla nozione di *maladministration* dianzi esposta, è pur sempre da intendersi come dannosa per la pubblica amministrazione, anche solo per aver violato il principio di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa costituzionalmente cristallizzato all'art. 97 della nostra Carta Fondamentale.

Ciò chiarito, e sempre al fine di evidenziare le differenze tra i due sistemi di *compliance* oggetto di disamina, è appena il caso di osservare che il modello 231 si pone come facoltativo (perlomeno nella dimensione generale che gli riservano gli artt. 6 e 7 del Decreto del 2001, e salvo ciò che si dirà dappresso, sia in generale - muovendo dagli artt. 2381 e 2403 c.c. - che con specifico riferimento alle società in controllo pubblico): come già poco sopra accennato, rappresenta un onere da assolvere qualora l'ente voglia avvantaggiarsi, in caso di commissione di un reato presupposto nel suo interesse o vantaggio, della relativa esimente.

Al contrario, il Piano previsto dall'art. 5 della Legge 190 ha natura obbligatoria, tanto che i commi da 12 a 14 dell'art. 1 prevedono sanzioni di varia natura a carico del Responsabile della Prevenzione della Corruzione e Trasparenza (di seguito, RPCT) che non ne abbia curato la predisposizione, ovvero che non abbia vigilato sulla sua attuazione e osservanza.

Ulteriori elementi di difformità tra i due sistemi sono da rinvenirsi nella natura del soggetto sanzionato, dell'organo deputato all'irrogazione della sanzione e, da ultima, della sanzione stessa. Non va, infatti, trascurato che, nel caso del Piano 190:

- destinatario della sanzione non è l'ente, ma la persona fisica - RPCT, il quale risponderà solo a sentenza passata in giudicato;
- organo deputato all'irrogazione della sanzione medesima non è il giudice penale; piuttosto, Autorità amministrativa e Corte dei Conti;
- la responsabilità che ne discende non è penale (pur formalmente amministrativa) come nel caso del Decreto 231, bensì erariale, disciplinare, eventualmente civile e dirigenziale (con impossibilità di rinnovo dell'incarico, ovvero - nei casi più gravi - revoca dello stesso).

E pur tuttavia, a fronte delle rilevate differenze tra Modello 231 e Piano 190, significativi sono anche i punti di contatto.

Innanzitutto, identico è il criterio di imputazione soggettiva, fondato sulla colpa di organizzazione, in quanto espressiva di scelte di politica aziendale errate, o comunque avventate.

Ed ancora, così come l'ente non risponde del reato presupposto perpetrato nel suo interesse o vantaggio da soggetti apicali o sottoposti ove abbia adottato ed efficace-

mente attuato un idoneo modello di organizzazione, gestione e controllo, analoga prova liberatoria sussiste per il RPCT, nel caso di adozione ed efficace attuazione di idoneo PTPCT.

In merito a tale ultimo aspetto, una precisazione a chiosa si rende necessaria: benché il legislatore della normativa anticorruzione abbia omissis il riferimento all'elusione fraudolenta del Piano 190 da parte del dipendente autore del reato corruttivo (espressamente contenuto, di converso, nel Decreto 231 in relazione al Modello di organizzazione, gestione e controllo), la dottrina maggioritaria ritiene che esso debba ritenersi implicito nella formulazione della norma, di talché quel requisito sarà richiesto, unitamente all'adozione ed efficace attuazione di Piano idoneo, anche ai fini dell'esclusione della responsabilità in capo al RPCT.

2.2 Il modello “integrato”

Come accennato nel paragrafo precedente, posto che le società in controllo pubblico rappresentano l'area di intersezione tra i due diversi sistemi di *compliance* anticorruzione, scommessa da vincere – e, ad un tempo, necessità da soddisfare – è quella di rendere non eccessivamente gravosi gli adempimenti connessi ad entrambi.

A tal proposito, l'ANAC, nelle Linee Guida del 2017, ha chiarito che per le società in mano pubblica si applica un regime differenziato rispetto alle pubbliche amministrazioni; ed infatti, esse possono semplicemente limitarsi ad adottare misure che integrino i modelli di cui al D. Lgs. n. 231 del 2001. In altri termini, se la società in controllo pubblico ha esercitato la facoltà di cui agli artt. 6 e 7 del Decreto del 2001 implementando un modello organizzativo, essa sarà esonerata dall'obbligo di dotarsi di un separato PTPC, essendo sufficiente che lo integri con specifiche misure di prevenzione della corruzione.

Come altresì specificato nella delibera n. 831 del 2016 (PNA 2016), benché tali misure debbano essere contenute in un documento unitario, dovrà essere loro dedicata una specifica sezione²⁹; ciò, al fine di favorirne l'agevole individuazione, tanto più in considerazione del fatto che ad esse è connessa una forma di responsabilità diversa³⁰.

Come già previsto per il Modello 231, l'art. 1 comma 8 della Legge n. 190 del 2012 dispone che anche l'adozione delle misure anticorruzione sia di pertinenza dell'organo di indirizzo della società, e dunque, del consiglio di amministrazione (ovvero di altro organo che eserciti analoghe funzioni). In aggiunta, le Linee Guida 2017 precisano che esse sono elaborate dal RPCT in stretto coordinamento con l'Organismo di Vigilanza; ciò, sebbene, in verità, l'art. 6 non gli attribuisca tale compito, di talché nella prassi esso viene svolto dalle competenti funzioni interne dell'ente.

²⁹ ARENA, *Piani di prevenzione della corruzione e modelli organizzativi 231 nelle società a partecipazione pubblica*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2014.

³⁰ Analogamente si dispone (sempre nelle Linee Guida del 2017) per le misure in materia di trasparenza, finalizzate a garantire la regolarità e la tempestività dei flussi informativi da pubblicare.

Quanto al regime di pubblicità del modello, le Linee Guida recepiscono le principali *best practice* in materia 231, con la sola precisazione che di tali misure dovrà essere data comunicazione non solo interna, per mettere a conoscenza i dipendenti dell'ente circa i presidi in essere, le procedure e i controlli, ma anche esterna, tramite la pubblicazione sul sito internet.

In merito, invece, al contenuto del modello integrato, esso si compone delle seguenti aree:

- individuazione dei processi e delle attività nel cui ambito può ritenersi sussistente *ex ante* e in astratto il rischio di commissione di reati, con indicazione delle misure di contrasto e dei presidi;
- indicazione di meccanismi di formazione, attuazione e controllo dei processi decisionali;
- individuazione dei meccanismi di monitoraggio per il rispetto dei termini dei procedimenti e dei rapporti con gli *stakeholders*;
- predisposizione di obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti per legge;
- previsione di misure disciplinari che conseguano alla violazione del modello.

Benchè, giunti a questo punto, appaia già evidente lo sforzo di tipizzazione compiuto dall'ANAC, deve pure rilevarsi che l'intento di lasciare meno spazi alla discrezionalità in punto di idoneità dei modelli è principio ispiratore anche della Legge n. 190 del 2012, la quale provvede a individuare in astratto le aree ritenute più esposte al rischio di comportamenti illeciti; e segnatamente: autorizzazioni e le concessioni; selezione delle controparti per l'affidamento di lavori, forniture e servizi; concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi e vantaggi economici di qualunque natura; selezione del personale e progressioni di carriera. A queste se ne sono aggiunte di ulteriori, in ragione dell'integrazione operata con il PNA 2015, e più in particolare: la gestione delle entrate, delle spese e del patrimonio; i controlli, le verifiche, le ispezioni e le sanzioni; gli incarichi e le nomine; gli affari legali e il contenzioso.

Resta fermo, in ogni caso, che nell'individuazione delle aree a rischio si debba tener conto anche di quella che viene definita la *case history*; dunque, delle particolari criticità già emerse in passato per l'ente, secondo l'esperienza già maturata in ambito 231. Anche in relazione al processo di gestione del rischio le Linee Guida contengono disposizioni più dettagliate rispetto a quelle generiche contenute all'art. 6, comma 2, lett b) del Decreto 231. Ed invero, quest'ultimo si limita a raccomandare la predisposizione di "specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire"; al contrario, le Linee Guida del 2017, attraverso il richiamo alla certificazione UNI ISO 37001:2016 distinguono le prescrizioni in generali e specifiche³¹. Le prime incidono sull'assetto complessivo

³¹ Cfr. PANSARELLA, PAMBIANCO, *UNI ISO 37001:2016 – L'integrazione con i modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 e con i piani anticorruzione ex lege 190/2012*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2017, n. 2; DE SIMONE, *Modello 231/2001 e ISO 37001: lotta alla corruzione pubblica e privata*, ivi, 2018.

del sistema di prevenzione della corruzione, e sono, ad esempio, i codici di comportamento, la rotazione del personale nelle aree a rischio corruzione, la tutela del *whistleblower*, gli strumenti per garantire la formazione nonché quelli per risolvere i conflitti di interesse, con tutto il corredo di obblighi di informazione e comunicazione ad essi connessi. Le seconde, invece, si riferiscono a particolari problematiche emerse sulla base del processo di analisi del rischio, quali la gestione delle procedure di approvvigionamento dei lavori e i procedimenti sanzionatori.

L'ANAC fornisce anche indicazioni in tema di gruppi di impresa; argomento in merito al quale il Decreto 231, come noto, rimane problematicamente silente. Più nello specifico, le Linee Guida impongono alla controllante l'onere di garantire che le controllate adottino misure di prevenzione, ai sensi della Legge n. 190 del 2012, che siano coerenti con le proprie.

Ma v'è di più: si giunge a consentire che le società di piccole dimensioni dedite ad attività strumentale possano adottare le misure del modello della società madre, purché venga nominato almeno un referente del RPCT della capogruppo³².

Una particolare menzione merita, poi, la materia relativa alla protezione del dipendente che segnali illeciti, il cd. *Whistleblower*³³.

A tal proposito, viene richiesto che il modello 231 preveda uno o più canali per le segnalazioni di comportamenti illeciti tali per cui la riservatezza del segnalante venga comunque preservata, come pure garantito il divieto di atti ritorsivi nei suoi confronti, con irrogazione di sanzioni disciplinari ove tale divieto venga violato.

Infine, il modello integrato dovrà anche prevedere meccanismi di verifica circa la presenza di cause ostative, da ricollegarsi a condanne per reati contro la Pubblica Amministrazione, per i soggetti ai quali siano conferiti incarichi apicali; ciò, anche in considerazione di quanto prescritto dall'art. 53, comma 16 ter del D.Lgs. n. 165 del 2001 in materia di assunzione di dipendenti pubblici dopo la cessazione dell'incarico. In merito alle società non dotate di alcun modello organizzativo, è importante segnalare che l'ANAC nelle sue Linee Guida del 2017, esercitando un'importante opera di *moral suasion*³⁴ sulle società in controllo pubblico, fornisce un'interpretazione del comma 2 bis dell'art. 1 della Legge n. 190 del 2012 tale da ricavarne la "forte raccomandazione" ad adottarlo. Da ciò discende, quale corollario, che le società che decidano di non adottare il modello (e, pertanto, di adottare solo il documento contenente le misure specifiche anticorruzione) saranno tenute a motivare la loro decisione.

Invero, quanto appena precisato ha rinverdito un dibattito – quello sulla reale natu-

³² Cfr. SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006.

³³ La disciplina del *whistleblowing*, piuttosto essenziale nel testo del Decreto 231 originariamente approvato dal legislatore del 2001, è stata integrata dalla L. n. 179 del 2017, con l'introduzione del comma 2 bis.

³⁴ FOGLIA MANZILLO, *A proposito delle Linee guida dell'ANAC sulle società partecipate da enti pubblici: quando la soft law diviene hard law*, consultabile al seguente link: <https://www.rivista231.it/Osservatorio-Anticorruzione-Articoli/04-2015-Linee-Guida-ANAC-FOGLIA-MANZILLO.pdf>

ra del Modello 231 - che già da tempo vede contrapposti in dottrina coloro i quali lo reputano un onere, sulla base del dato testuale di cui al Decreto 231 (i modelli “possono” essere adottati)³⁵, e quanti, invece, ritengono che debba più propriamente essere considerato un obbligo, in ragione del disposto degli artt. 2381 e 2403 c.c. in tema di predisposizione di assetti organizzativi e contabili interni alla società³⁶. Da ultima, una considerazione circa l’incisività dei poteri che l’ANAC è giunta ad autoattribuirsi anche nella materia 231. Più in particolare, le Linee Guida specificano che l’ANAC “in sede di vigilanza verificherà (...) l’adozione e la qualità delle misure di prevenzione della corruzione e monitorerà lo stato di adozione del modello 231”. Tuttavia, stante l’assenza di poteri in tale ambito da parte dell’Autorità, come pure la facoltatività dei modelli (al netto del dibattito dottrinale già riferito), non è chiaro quali debbano essere le conseguenze di un eventuale accertamento di esito negativo, come pure affatto definite sono le modalità attraverso le quali dovrebbero svolgersi tali verifiche.

2.3 Il coordinamento tra le funzioni di controllo: RPCT e ODV

Occorre adesso interrogarsi sui rapporti intercorrenti tra RPCT e ODV.

In altri termini, il nodo che è opportuno sciogliere è se si tratti di figure sovrapponibili quanto a composizione e funzioni, ovvero di organi distinti³⁷.

Ove fosse riscontrata la seconda tra le opzioni prospettate, sarà il caso di delimitare le rispettive competenze e indagare le modalità con le quali essi interagiscono tra loro, non soltanto nell’ottica di rendere possibile la reciproca coesistenza, ma di renderla altresì utile mediante la promozione di opportuni flussi informativi.

A tal fine, giova preliminarmente evidenziare i tratti comuni alle due figure.

Innanzitutto, entrambe devono essere nominate dall’organo di indirizzo della società, tendenzialmente coincidente con il consiglio di amministrazione.

Parzialmente sovrapponibile è, poi, l’oggetto delle rispettive funzioni, entrambe di controllo, ma con una divaricazione: mentre l’Odv è incaricato della verifica circa il funzionamento e l’osservanza dei modelli 231 in relazione all’ampio catalogo di reati presupposto, al RPCT spetta solo il controllo in ordine all’attuazione delle misure in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza.

³⁵ Cfr. GULLO A., *I modelli organizzativi*, in *Responsabilità da reato degli enti*, Volume I, *Diritto sostanziale*, LATTANZI G., SEVERINO P. (a cura di), il quale sostiene che l’adozione del MOG231 ha natura di onere anche sulla base di un confronto operato con l’esperienza francese della *Loi Sapin II*. Quest’ultima, infatti, valorizza il *programme de conformité* riconoscendo penetranti poteri di controllo nonché sanzionatori all’Agenzia anticorruzione in ordine alla adozione del modello e al suo contenuto.

³⁶ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d. lgs. n.231/2001) (parte I)*, in *Cassazione Penale*, 2013.

³⁷ IPPOLITO, *L’Organismo di Vigilanza nelle società a partecipazione pubblica: la specificità dei controlli richiesti anche in una prospettiva di fraud prevention*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti – 2017*, 87 ss.; ARTUSI, *OdV e responsabile anticorruzione: un rapporto in continua evoluzione*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti – 2018*, 149 ss.

Quanto alle differenze, si rileva quanto segue:

- l'art. 1, comma 7 della Legge n. 190 del 2012, così come modificato dall'art. 41 del D.Lgs. n. 97 del 2016, nel precisare che i compiti di Responsabile della Prevenzione della Corruzione e di Responsabile della Trasparenza possono coesistere in capo ad un'unica persona (il RPCT, per l'appunto), ed anzi, nel prevedere che una tale soluzione sia da considerarsi preferibile, ne rimarca la natura obbligatoria. Al contrario, l'istituzione dell'OdV è facoltativa, come - del resto - l'adozione del modello 231 su cui esso è chiamato a vigilare;
- in conformità con le *best practice* - e soprattutto nelle società di dimensioni considerevoli - l'OdV è tendenzialmente collegiale e composto da professionalità sia interne che esterne all'ente; al contrario, il RPCT è un organo monosoggettivo³⁸, da individuare preferibilmente nella persona di un dirigente che "abbia mostrato nel tempo un comportamento integerrimo"³⁹.
- Quanto al regime di responsabilità, la dottrina prevalente⁴⁰, nell'incertezza manifestata dalla giurisprudenza, ritiene che in capo ai membri dell'OdV non gravi una posizione di garanzia per l'effettivo impedimento dei reati nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Sul RPCT gravano, invece - in caso di commissione di un reato di corruzione nel contesto della società da cui questi dipende - responsabilità disciplinari, contrattuali e contabili, se non prova di aver correttamente adempiuto ai propri doveri di vigilanza (cfr. commi 12-14 dell'art. 1 della Legge n. 190 del 2012)⁴¹. A ciò si aggiunga che se si accoglie l'interpretazione per la quale, in ragione della sua appartenenza a un ente in controllo pubblico e dell'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, veste la qualifica di pubblico agente, il RPCT avrà anche un obbligo di denuncia di fatti costituenti reato (ai sensi dell'art. 331 c.p.p.), e potrebbe essergli altresì riconosciuta una posizione di garanzia⁴².

Alla luce delle riferite differenze può concludersi che le due figure non siano affatto coincidenti, ma distinte.

Ed allora certamente da promuovere sarà la reciproca collaborazione, volta a coordinare i rispettivi interventi e favorire lo scambio di informazioni.

A ciò si aggiunga che le Linee Guida del 2017, sempre in merito ai rapporti intercorrenti tra i due organi di controllo, ammettono che i compiti di verifica di taluni

³⁸ In realtà, in merito alla composizione, una analogia tra le due figure può registrarsi: in casi eccezionali, ovvero nell'ipotesi di enti di piccole dimensioni, entrambi i ruoli possono essere rivestiti da un amministratore, sempreché si tratti di soggetto privo di deleghe gestionali (cfr. art. 6, comma 4 del D.Lgs. n. 231 del 2001 e par. 3.1.2. delle Linee Guida del 2017).

³⁹ Così, Linee Guida 2017, par. 3.1.2.

⁴⁰ In realtà, la questione è ancora dibattuta, anche in dottrina. Cfr. tra i tanti, DE STEFANIS, *Profili di responsabilità dell'Organismo di vigilanza ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *Danno e responsabilità*, 2010, 329 ss.; DOVERE, *Riflessioni in merito al rischio penale per i componenti dell'Organismo di vigilanza per il caso di grave infortunio sul lavoro*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 77 ss.

⁴¹ Come già specificato, la dottrina maggioritaria ritiene che anche l'elusione fraudolenta del Piano 190 da parte del soggetto attivo del reato corruttivo sia oggetto della prova liberatoria che il RPCT deve fornire.

⁴² Così, SCAROINA E., *La prevenzione della corruzione nelle società in controllo pubblico*, cit.

adempimenti in materia di corruzione, di regola spettanti all'organismo indipendente di valutazione (OIV) di cui all'art. 1, comma 8 bis della Legge n. 190, siano svolti dall'OdV; al tempo stesso, però, in contraddizione con quanto previsto nella precedente versione (quella del 2015), non menzionano l'ipotesi per la quale il RPCT faccia parte dell'Organismo di Vigilanza.

Effettivamente, tale ripensamento appare forse più coerente con la natura delle funzioni e delle responsabilità del RPCT, che non sono esclusivamente di vigilanza e controllo, ma assumono, talvolta, una connotazione operativa e gestionale (ad esempio, di definizione delle aree a rischio corruttivo, come pure di individuazione del personale da inserire nei programmi di formazione) che può stridere con il requisito dell'indipendenza che il legislatore ha previsto per l'OdV. Tale requisito, invece, sembra in linea con l'assenza di responsabilità o incarichi operativi per i membri esterni o interni dell'Organismo di Vigilanza, che in quanto non coinvolti in processi operativi oggetto di controlli, sono posti al riparo dal rischio del conflitto di interesse.

3. Conclusioni

Decreto 231; Linee guida delle associazioni di categoria; Legge 190; PNA; Linee guida ANAC; Certificazione ISO 37001. Cui si accompagnano le *Best practice* transnazionali, quali, ad esempio, le *Federal Sentencing Guidelines* del Dipartimento della Giustizia degli Stati Uniti; il *Bribery Act* in Inghilterra; il *Good Practice on Internal Controls, Ethics and Compliance* adottato dall'OCSE.

Una complessità di strumenti – quella appena riferita – che si riflette nel disordine del linguaggio e nella varietà delle fonti: legislazione nazionale, disciplina europea, normativa secondaria, codici di autodisciplina, standard internazionali, strumenti di autonormazione privata.

Insomma, l'*overcompliance* - per quel che qui più interessa, nel settore dell'anticorruzione, e con specifico riferimento alle società in mano pubblica - non è un rischio, è realtà.

La molteplicità che conduce al caos, alla dispersione, alla sovrapposizione, alle disconomie rischia di alterare la percezione che l'impresa ha degli adempimenti da compiere al fine di rendersi *compliant*.

Essi sono spesso visti come laboriosi e costosi esercizi di *window dressing*⁴³: diremmo – nella nostra lingua madre – il mero allestimento di una bella vetrina.

L'inciampo da evitare, allora, è quello della *cosmetic compliance*: posticcia, fittizia, di facciata, condotta a meri fini estetici. È ciò che altra parte della dottrina⁴⁴ defini-

⁴³ Così, ESPOSITO, A., in *L'impetuosa avanzata della compliance. La 231/01 ha compiuto 20 anni*, in *Archivio penale*, 2021, 10, in: <https://archiviopenale.it/impetuosa-avanzata-della-compliance-la-231-01-ha-compiuto-20-anni/articoli/29171>.

⁴⁴ Così, FIORELLA - SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello «spazio globale»*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, 28.

sce, non meno eloquentemente, una *paper compliance*; in altri termini, un compito burocratico da svolgere per obbligo, nella misura in cui essa sia cogente; per forma, negli interstizi residuali colmati dall'autoregolamentazione privata.

In ultima analisi, una *compliance* senza convinzione, da coltivare solo per fini reputazionali, per legittimarsi all'esterno – sul mercato – e per non lasciare del tutto intentata (nel generale panorama di incertezza circa il concetto di idoneità del MOG 231, cui si accennerà dappresso) la strada che conduce alla sperata riduzione del rischio di responsabilità penale per l'ente, ma assolutamente priva dell'attitudine a modificare cultura e condotte aziendali, a promuovere un agire di impresa etico e legale.

Sarebbe – certo – il naufragio di un progetto ambizioso, ma pur sempre un tracollo prevedibile a fronte della “babele di presidi”⁴⁵ più sopra elencata: “una cattiva *compliance* diviene la sgradevole caricatura di un'intuizione sagace, come spesso accade quando le formule finiscono per impadronirsi delle idee”⁴⁶, ammonisce la dottrina. E allora, il ricorso ad un approccio integrato nell'analisi della struttura aziendale, che razionalizzi la riferita “babele” tenendo conto delle aree di intersezione tra i diversi strumenti di prevenzione e di controllo, quale quello richiesto dall'ANAC e già *supra* riferito (con la preferenziale predisposizione di un documento unitario, che comprenda la sezione dedicata alla trasparenza e con il quale siano individuate le misure del modello 231 nonché quelle integrative di prevenzione alla corruzione, promuovendo altresì l'adozione di un metodo di analisi del rischio aziendale uniforme, omogeneo, complementare e integrato grazie al richiamo operato allo *standard* ISO 37001 e all'*Enterprise Risk Management*) può fare molto per restituire la *compliance* alla sua originaria dimensione, e scongiurare il tradimento delle sue più intime intenzioni.

A ben vedere, la necessità di una *compliance* integrata non si limita al contesto dell'anticorruzione per le società in controllo pubblico; coinvolge altri ambiti: privacy, antiriciclaggio, salute e sicurezza sul lavoro, fiscalità.

Forse davvero non può più parlarsi di *compliance*, ma ci si dovrebbe più propriamente riferire a “segmenti di *compliance*”⁴⁷ da riportare a sistema, recuperando anche per essi, come fatto nel settore dell'anticorruzione, la centralità del MOGC 231⁴⁸, posto che quest'ultimo rappresenta pur sempre l'impalcatura essenziale sulla quale costruire un efficace sistema di prevenzione del rischio di commissione delle molteplici fattispecie delittuose, cui altri strumenti e presidi sono rispettivamente ed esclusivamente votati: una generale “*reductio ad unitatem*”, insomma.

Del resto, atteso che l'esclusione della responsabilità (sostanzialmente) penale per l'ente è legata all'efficace attuazione del modello stesso, anche ponendosi sul piano degli attori dei processi aziendali mappati e presidiati, preferibile sarebbe predispor-

⁴⁵ Così si esprime ESPOSITO, A., in *L'impetuosa avanzata della compliance*, cit., 9.

⁴⁶ Così si esprime MONGILLO, V., in *Presente e futuro della compliance penale*, cit., 20.

⁴⁷ O anche “frammenti” di *compliance*: così ESPOSITO, A., in *L'impetuosa avanzata della compliance*, cit.

⁴⁸ In questo senso, ancora, ESPOSITO, A., in *L'impetuosa avanzata della compliance*, cit.

re un documento unico e dalla facile consultazione, non un carteggio dispersivo e alluvionale. Ed è esattamente questa la logica che ha ispirato, in tempi recenti, il passaggio dalla costruzione dei modelli per reato presupposto a quella per processi aziendali: l'immediata intellegibilità.

E dunque, la ricerca di sinergie e la valorizzazione del coordinamento, quale risposta alla stratificazione di controlli e adempimenti, possono ridurre, o quantomeno razionalizzare il dispendio di risorse e di energie profuso nella prevenzione dei reati, e per questa via, allontanare il rischio del ricorso alle forme di *compliance* di facciata cui si è fatto già riferimento.

Ma sono pur sempre iniziative che pagano pegno all'inesistenza di efficaci meccanismi premiali.

Intanto, la modifica apportata dalla Legge cd. "spazzacorrotti" n. 3 del 2019 all'art. 25 del Decreto 231, con l'inserimento del comma 5-bis (che prevede una riduzione della sanzione interdittiva per l'ente che si sia «efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi») non sembra ben riuscita⁴⁹. Le condotte riparatrici che richiede sono molto più gravose di quelle di cui all'art. 17, e nonostante si consenta di realizzarle fino alla sentenza di primo grado (e non soltanto entro il limite temporale della dichiarazione di apertura del dibattimento), non va trascurato che già l'art. 78 consentiva la conversione delle sanzioni interdittive in pecuniarie – anche nella fase esecutiva – nel caso in cui fossero state realizzate le condotte riparatrici di cui all'art. 17⁵⁰.

Per altro verso, l'*appeal* esercitato dal modello – pur integrato – è sempre compromesso dalla difficoltà (se non impossibilità) di individuare un beneficio certo e stimabile anche in punto di esclusione *tout court* della responsabilità per le imprese virtuose.

La questione non è di poco momento, posto che l'assenza di precise indicazioni negli artt. 6 e 7 del Decreto 231 circa il contenuto del modello ritenuto "idoneo", come pure la scarsa giurisprudenza in materia, lo rende uno degli argomenti più discussi in dottrina.

Senza poterci in questa sede dilungare sul tema, basti menzionare la nota sentenza "Impregilo"⁵¹, assunta a paradigma della tendenza, da parte della magistratura, a

⁴⁹ Così SCAROINA, E., *La prevenzione della corruzione nelle società in controllo pubblico*, cit.

⁵⁰ Per una attenta disamina sul tema, cfr. V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019.

⁵¹ Cfr. Cass., Sez. Pen. V, sent. n. 4677 del 2014. Come noto, è assunta ad emblema di un atteggiamento di eccessivo rigore anche nell'attribuzione di doveri di supervisione all'OdV. Inoltre, è pronuncia che ha avuto importanza centrale nel dibattito circa l'interpretazione dell'avverbio "fraudolentemente" di cui all'art. 6 del Decreto 231.

giudicare con il senno del poi la colpa di organizzazione dell'ente, ricorrendo a ragionamenti ispirati al principio del *post hoc propter hoc* e, pertanto, volti a desumere l'inidoneità o l'inefficacia del modello dalla realizzazione stessa del reato.

Come noto, un tale *trend* affonda le proprie radici nella naturale sfiducia verso sistemi di controlli costruiti da privati: il solo fatto che le cautele provengano dai medesimi soggetti chiamati ad applicarle finisce con il delegittimarle facendole apparire, per ciò stesso, meno attendibili⁵².

Ciò è vieppiù vero ove la materia sia particolarmente tecnica, posto che non si può pretendere dai giudici la conoscenza di prassi aziendalistiche che non appartengono al loro tradizionale bagaglio culturale.

Insomma, quali che ne siano le ragioni, a trovare applicazione è il dilemma del prigioniero, la più classica delle esemplificazioni della "teoria dei giochi": malgrado Stato ed enti abbiano reciproco interesse a cooperare, nell'impossibilità di conoscere in anticipo la strategia dell'altro concorrente, il rischio è che nessuno dei due finisca con il realizzare la condotta che avrebbe guidato entrambi verso la massimizzazione del risultato, la legalità⁵³.

Nel dibattito circa la soluzione da preferire per risolvere il *bias* appena riferito, diverse voci si levano dal coro: quelle di coloro che sollecitano un intervento da parte del legislatore volto a riempire di contenuto la scarna struttura dell'articolo 6; di quanti rilevano, invece, che ciò significherebbe imbalsamare un modello che non potrebbe più dirsi, per ciò stesso, "*taylor made*"⁵⁴ e che non risponderebbe alle esigenze della singola impresa, a maggior ragione stante l'impossibilità di procedere a frequenti aggiornamenti normativi; di chi, ancora, propone di introdurre presunzioni relative di idoneità, alla maniera dell'art. 30 del TU sulla salute e sicurezza sul lavoro (Decreto Legislativo n. 81 del 2008), in caso di modelli certificati ai sensi delle norme UNI ISO; di quanti, al contrario, rilevano che tale soluzione non sarebbe coerente con la natura ancora formalmente non obbligatoria del modello; di coloro, invece, che suggeriscono di importare modelli esteri, quali i *non prosecution agreements* e i *deferred prosecution agreements* contenuti delle linee guida del *Department of Justice* americano⁵⁵; di chi avverte, infine, circa la distanza che separa tali istituti dalla nostra tradizione giuridica⁵⁶.

⁵² Così, DI GIOVINE, O., in *Il criterio di imputazione soggettiva*, in G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti, Volume I, Diritto sostanziale*, G. Giappichelli Editore, 2020, 221.

⁵³ Così, ancora, DI GIOVINE, O., in *Il criterio di imputazione soggettiva*, in G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti, Volume I, Diritto sostanziale*, G. Giappichelli Editore, 2020, 221.

⁵⁴ DI NUOVO, DI GIOVINE, O., cit., la quale sottolinea anche che "maggior tipizzazione non equivale a certezza".

⁵⁵ Ricorrendo ad essi, la persona giuridica e la pubblica accusa si accordano al fine di arrestare ovvero differire l'azione penale. Ciò, a patto che l'ente si impegni per un periodo di osservazione a intraprendere la strada della legalità adempiendo a specifici obblighi. In argomento, cfr. MAZZACUVA, F., *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Giappichelli editore, 2020.

⁵⁶ Così, MONGILLO, V., in *Presente e futuro della compliance*, cit.

Al di là di tutto, e a fronte dell'evanescenza normativa del requisito dell'idoneità, un dato emerge con nitore, ed è l'importanza dell'intervento dell'ANAC, la quale si è fatta carico di specificare in termini definiti quali dovrebbero essere gli elementi minimi di un piano anticorruzione, anche per il settore privato.

È un intervento che potrebbe porre, certo, perplessità in punto di rispetto della gerarchia delle fonti nel sistema sanzionatorio⁵⁷, ma il dato di fatto è che l'Autorità svolge un ruolo di supplenza legislativa in qualche modo benefico, come lo è pure quello giocato dagli strumenti di fonte privatistica.

D'altro canto, un maestro del diritto penale dell'economia⁵⁸ sosteneva che di fronte all'incapacità da parte della legge di garantire la prevedibilità applicativa, per scongiurare forme di responsabilità senza colpa o da status, "occorrono iniziative privatistiche di creazione di normativa secondaria e settoriale" che recuperino "la certezza perduta"⁵⁹ nel generale panorama del diritto penale attuale: un "diritto penale totale", "senza legge, senza verità e senza colpa".

E così, se è vero che gli strumenti di fonte non legislativa cui si è fatto menzione nel corso dell'intero elaborato condividono alcuni dei limiti del diritto penale totale⁶⁰, è altrettanto vero che consentono di porre un argine al verificarsi della più temibile delle sue conseguenze: che la mancanza assoluta di certezza e prevedibilità trasformino il processo da luogo per accertare la responsabilità penale a sede per crearla⁶¹.

BIBLIOGRAFIA

- ARENA, Piani di prevenzione della corruzione e modelli organizzativi 231 nelle società a partecipazione pubblica, in Resp. amm. soc. enti, 2014;
- ARTUSI, OdV e responsabile anticorruzione: un rapporto in continua evoluzione, La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti – 2018, 149 ss;
- BARTOLI, I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato, Diritto pen. e proc., 2016, 1507 ss;
- CANTONE, R., La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla "riforma Madia" della pubblica amministrazione, in Riv. soc., 2019, 233 ss;
- CORRIAS LUCENTE, Spunti di riflessione sull' assoggettamento delle società a partecipa-

⁵⁷ Così, MANZILLO, F., in *A proposito delle linee guida dell'A.N.A.C. sulle società partecipate da enti pubblici: quando la soft law si fa hard law*, in: <https://www.rivista231.it/Osservatorio-Anticorruzione-Articoli/04-2015-Linee-Guida-ANAC-FOGLIA-MANZILLO.pdf>.

⁵⁸ Il riferimento è a SGUBBI, F. e al suo volume *Il diritto penale totale*, Il Mulino, 2019

⁵⁹ SGUBBI, F., cit., 78.

⁶⁰ Ad esempio, talvolta ampliano il perimetro della condotta rilevante. È il caso della nozione di *maladministration* fornita dall'ANAC, più estesa – come visto in precedenza - rispetto ai fenomeni corruttivi in senso stretto. Così, SGUBBI, F., cit., 45.

⁶¹ SGUBBI, F., cit., 73.

-
- zione pubblica al d.lgs. 231/2001, in Resp. amm. soc. enti, Interventi, 2011, 159 ss.;
- D'AMBROSIO, R., *Corruptia. Il malaffare di un comune italiano*, La meridiana, 2014;
 - DE SIMONE, *Modello 231/2001 e ISO 37001: lotta alla corruzione pubblica e privata*, ivi, 2018.;
 - DE STEFANIS, *Profili di responsabilità dell'Organismo di vigilanza ai sensi del d.lgs. 231/2001, Danno e responsabilità*, 2010, 329 ss.;
 - DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 123;
 - DI GIOVINE, O., *Il criterio di imputazione soggettiva*, G. Lattanzi, P. Severino (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, Volume I, Diritto sostanziale, G. Giappichelli Editore, 2020, 221;
 - DI GIOVINE, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, Cass. Pen., 2011, 1889 ss.;
 - DI GREGORIO, G., *Compliance "anticorruzione" e modelli ex D.Lgs. 231/2001*, ESI - Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, in: <https://www.anticorruzione.it/-/compliance-anticorruzione-e-modelli-ex-d.lg.-231/2001-2021>;
 - DOVERE, *Riflessioni in merito al rischio penale per i componenti dell'Organismo di vigilanza per il caso di grave infortunio sul lavoro*, in Resp. amm. soc. enti, 2016, 77 ss.;
 - ESPOSITO, A., *L'impetuosa avanzata della compliance. La 231/01 ha compiuto 20 anni*, Archivio penale, 2021, 10, in: <https://archiviopenale.it/limpetuosa-avanzata-della-compliance-la-231-01-ha-compiuto-20-anni/articoli/29171>;
 - FARES, *La responsabilità dell'ente pubblico per i reati commessi nel proprio interesse*, in Cass. pen., 2004, 2203 ss.;
 - FIORELLA - SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, 28;
 - FOGLIA, MANZILLO, *A proposito delle Linee guida dell'ANAC sulle società partecipate da enti pubblici: quando la soft law diviene hard law*, consultabile al seguente link: <https://www.rivista231.it/Osservatorio-Anticorruzione-Articoli/04-2015-Linee-Guida-ANAC-FOGLIA-MANZILLO.pdf>;
 - GRINDATTO, *Sulla responsabilità da reato di una società azionaria svolgente attività ospedaliera*, Giur. it., 2011, 163 ss.;
 - GULLO, A., *I modelli organizzativi, Responsabilità da reato degli enti*, Volume I, Diritto sostanziale, Giorgio Lattanzi e Paola Severino (a cura di), G. Giappichelli Editore, 2020, 244;
 - IELO, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli enti*, in Resp. amm. soc. enti, 2009, 101 ss.;
 - IPPOLITO, *L'Organismo di Vigilanza nelle società a partecipazione pubblica: la specificità dei controlli richiesti anche in una prospettiva di fraud prevention*, *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti - 2017*, 87 ss.;
 - MANACORDA, C., *La responsabilità amministrativa delle società miste*, in Resp. amm. soc. enti, 2006, p. 153 ss.;
 - MANACORDA, C., *Le nuove Linee Guida dell'ANAC per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici: il ruolo al proposito del decreto 231*, in Resp. amm. soc. enti, 2018, 148;
 - MANZILLO, F., *A proposito delle linee guida dell'A.N.A.C. sulle società partecipate da enti pubblici: quando la soft law si fa hard law*, in: <https://www.rivista231.it/Osservatorio-Anticorruzione-Articoli/04-2015-Linee-Guida-ANAC-FOGLIA-MANZILLO.pdf>;
 - MASSI, *"Veste formale" e "corpo organizzativo" nella definizione del soggetto responsabile per l'illecito da reato. Un'analisi della "statica" della responsabilità degli enti nella prospettiva del diritto italiano e comparato*, Napoli, 2012, 42 ss.;
 - MAZZACUVA, F., *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'espe-*

-
- rienza angloamericana e le prospettive di riforma, Giappichelli editore, 2020;
- MONGILLO, La legge “spazzacorrotti: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione, Diritto penale contemporaneo, 2019;
 - MONGILLO, V., Presente e futuro della compliance penale. Riflessioni a margine di S. Manacorda e F. Centonze (a cura di), Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness, 2022;
 - PANSARELLA, PAMBIANCO, UNI ISO 37001:2016 – L’integrazione con i modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 e con i piani anticorruzione ex lege 190/2012, Resp. amm. soc. enti, 2017, n. 2;
 - PIERGALLINI, Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d. lgs. n.231/2001) (parte I), Cassazione Penale, 2013;
 - SCAROINA E., La prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblica, in Archivio Penale, 2020, consultabile al seguente link: <https://archivio-penale.it/la-prevenzione-della-corruzione-nelle-societa-in-controllo-e-a-partecipazione-pubblica/articoli/21783>
 - SCAROINA, Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese, Milano, 2006;
 - SGUBBI, F., Il diritto penale totale, Il Mulino, 2019;
 - STELLA, F., Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo, Riv. trim. dir. pen. econ., 1998, 459 ss;
 - ULRICH, B., La società del rischio. Verso una seconda modernità, 1986.

