



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

# **INNOVAZIONE E DIRITTO**

## DIREZIONE:

- > Prof. Raffaele Perrone Capano (DIRETTORE)
- > Prof. Daria Coppa
- > Prof. Lorenzo Del Federico
- > Prof. Stefano Fiorentino
- > Prof. Maria Cecilia Fregni
- > Prof. Giuseppe Melis
- > Prof. Salvatore Muleo
- > Prof. Mario Nussi
- > Prof. Marilena Rispoli (*Diritto commerciale*)
- > Prof. Francesco Santoni (*Diritto del lavoro*)
- > Prof. Marco Versiglioni

## COMITATO SCIENTIFICO:

- > Prof. Antonella Sciarrone Alibrandi
- > Prof. Andrea Amatucci
- > Prof. Emilio Balletti
- > Prof. Marco Barassi
- > Prof. Gian Luigi Bizzioli
- > Prof. Clelia Buccico
- > Prof. Silvia Cipollina
- > Prof. Alberto Comelli
- > Prof. Angelo Contrino
- > Prof. Paola Coppola
- > Prof. Francesco Crovato
- > Prof. Alfonsina De Felice
- > Prof. Luciana Letizia Di Rienzo
- > Prof. Enrico Fazzini
- > Prof. Franco Fichera
- > Prof. Alberto Maria Gaffuri
- > Prof. Franco Gallo
- > Prof. Alessandro Garilli
- > Prof. Andrea Giovanardi
- > Prof. Giovanni Girelli
- > Prof. Cesare Glendi
- > Prof. Agostino E. La Scala
- > Prof. Stefano Liebman
- > Prof. Raffaello Lupi
- > Prof. Tommaso Maglione

- > Prof. Corrado Magnani
- > Prof. Alberto Marcheselli
- > Prof. Fabio Marchetti
- > Prof. Enrico Marella
- > Prof. Giuseppe Marini
- > Prof. Giuseppe Marino
- > Prof. Severino Nappi
- > Prof. Leonardo Perrone
- > Prof. Roberto Pessi
- > Prof. Giovanna Petrillo
- > Prof. Maria Cristina Pierro
- > Prof. Roberto Pignatone
- > Prof. Pasquale Pistone
- > Prof. Giampiero Porcaro
- > Prof. Enrico Potito
- > Prof. Federico Putaturo
- > Prof. Gaetano Ragucci
- > Prof. Francesco Randazzo
- > Prof. Livia Salvini
- > Prof. Salvatore Sammartino
- > Prof. Vittorio Santoro

- > Prof. Maria Vittoria Serranò
- > Prof. Alessandra Stefanelli
- > Prof. Dario Stevanato
- > Prof. Giuliano Tabet
- > Prof. Francesco Tesauo
- > Prof. Giuseppe Tinelli
- > Prof. Loris Tosi
- > Prof. Mauro Trivellin
- > Prof. Francesco Tundo
- > Prof. Alessandro Turchi
- > Prof. Giuseppe Vanz
- > Prof. Lucia Venditti
- > Prof. Antonio Viotto
- > Prof. Giuseppe Zizzo
- > Prof. Antonello Zoppoli

COMITATO DI VALUTAZIONE:

- > Prof. Fabrizio Amatucci
- > Prof. Massimo Basilavecchia
- > Prof. Alessandro Bellavista
- > Prof. Marina Brollo
- > Prof. Roberto Cordeiro Guerra
- > Prof. Eugenio Della Valle
- > Prof. Valerio Ficari
- > Prof. Gianfranco Gaffuri
- > Prof. Alessandro Giovannini
- > Prof. Antonia Irace
- > Prof. Maurizio Logozzo
- > Prof. Giovanni Marongiu
- > Prof. Luigi Ferlazzo Natoli
- > Prof. Angela Principe
- > Prof. Angela Maria Proto
- > Prof. Giovanni Puoti
- > Prof. Maurizio Ricci
- > Prof. Claudio Sacchetto
- > Prof. Roberto Schiavolin

Innovazione e Diritto Rivista di Diritto tributario e del lavoro si impegna a procedere alla selezione qualitativa dei materiali da pubblicare sulla base di una valutazione formalizzata e anonima di cui è responsabile il Comitato scientifico. Tale sistema di valutazione è coordinato dalla Direzione e si avvale anche di esperti esterni al suddetto Comitato.

## INDICE

### EDITORIALE

**II FISCO AL CENTRO.....PAG.6**

### CREDITO AI CONSUMATORI E STRUMENTI DI TUTELA

**Di Marilena Rispoli Farina.....PAG.23**

### PROFILI DI COSTRUZIONE DELLA TUTELA DELL'UTENTE DEL SERVIZIO SOCIO SANITARIO

**di Maria Alessandra Stefanelli.....PAG.39**

### L'ATTUAZIONE DELL' UNIONE BANCARIA EUROPEA: IL MECCANISMO DI VIGILANZA UNICA E IL MECCANISMO UNICO DI RISOLUZIONE DELLE CRISI. PROFILI GENERALI.

**di Mario Affinita.....PAG.65**

### LA CRISI INTERNAZIONALE DEL 2008 IN SPAGNA E LA RISPOSTA EUROPEA.

**di Simona Giannetti.....PAG.94**

### ADEGUATA VERIFICA DELLA CLIENTELA NELLA NORMATIVA ANTIRICICLAGGIO:GLI OBBLIGHI DEI PROFESSIONISTI

**di Gennaro Rotondo.....PAG.107**

### PROBLEMATICHE IN TEMA DI INSINUAZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE FINANZIARIA NEL PASSIVO FALLIMENTARE ALLA LUCE DELLA RIFORMA DEI CC.DD. ACCERTAMENTI ESECUTIVI.

**di Gabriella Fiorentino.....PAG.122**

### L'ILLEGITTIMITÀ ED INCOERENZA DELLA TRASFORMAZIONE DEL REGIME D'AIUTI DELLE ZFU IN AIUTI IN DE MINIMIS AD OPERA DEL DL N. 179/2012

**di Paola Coppola.....PAG.151**

**NOTE IN TEMA DI COMPORTAMENTI COMPIUTI ALLO SCOPO DI  
EVADERE L'IVA E L'IMPOSTA SUI REDDITI**

**di Riccardo Zampaglione.....PAG.157**

**AUMENTO DELLA DISOCCUPAZIONE GIOVANILE, CRISI DELLA  
FINANZA PUBBLICA ED INCENTIVI PER IL LAVORO: UN TENTATIVO DI  
LETTURA INTEGRATA**

**di Andrea Perrone Capano.....PAG.179**

## Editoriale

### IL FISCO AL CENTRO

#### Abstract

The study starts from the underestimation of the size of the public debt after the recession of 2008/2009 which made it a priority to strengthening recovery, compared to the political objective of federalism and analyzes the effects of the fiscal crisis, in the absence of a structural containment of current expenditure. After a comparison of the effects of fiscal policy in the years before the recession of 2008/2009, featuring two strands of opposite sign, the work ends with a reference to the need for a profound reform of the tax system that allows the necessary resources to ensure a strong and stable growth over time, without jeopardizing the balance of public accounts.

Per cercare di individuare un percorso razionale di crescita dell'economia italiana dopo una recessione che negli ultimi mesi ha assunto per alcuni aspetti le caratteristiche di una depressione di lungo periodo, occorre individuare le determinanti che hanno trasformato una crisi finanziaria che aveva appena sfiorato tra il 2008 e il 2009 il sistema bancario italiano, in una recessione profonda che, nelle regioni del Mezzogiorno, in cui ancora vive oltre un terzo della nostra comunità, perdura senza soluzione di continuità dal 2008.

Vi è un elemento che illumina di luce sinistra quello che è avvenuto in Italia negli ultimi due anni. A fine settembre 2011, in base ai dati comunicati da Eurostat sull'andamento delle esportazioni in Europa nei primi otto mesi di quell'anno, emergeva, accanto al dato positivo delle esportazioni tedesche che avevano registrato nel periodo una crescita pari all'11,3%, una ancor più significativa dinamica delle esportazioni italiane, attestate ad un lusinghiero +12,6%.

Questo dato dimostra che nella grande recessione del 2008/ 2009 l'industria italiana non si è limitata a contabilizzare un calo del Pil del 5,3% ; al contrario, la parte più competitiva del nostro sistema produttivo, non solo manifatturiero, aveva utilizzato le opportunità offerte alla recessione, a partire dalla cassa integrazione straordinaria, per rinnovare gli impianti ed aggredire la ripresa con guadagni di produttività legati sia ad innovazioni di processo sia di prodotto.

In buona sostanza la crisi del debito pubblico italiano a partire dalla tarda primavera del 2011 aveva motivazioni essenzialmente politiche, legate alla scelta del Ministro dell'economia Tremonti, a partire dal 2010, di giocare a Monopoli con il federalismo, anziché consolidare la ripresa sul versante interno, con una politica tributaria selettiva, finalizzata a rilanciare la domanda interna dopo 24 mesi di recessione. Questa analisi trova puntuale conferma nel decreto fiscale del luglio 2010, a firma di Tremonti che aveva inasprito ulteriormente la stretta fiscale avviata da Padoa-Schioppa e Visco tra il 2006 e il 2007 per coprirsi a sinistra sul versante della politica tributaria e realizzare a tappe forzate il federalismo fiscale. Una condizione che ovviamente non ha certo favorito l'afflusso di nuovi capitali in Italia, indispensabili per il consolidamento della ripresa. Una politica tributaria cinica e miope, costruita su accertamenti esecutivi senza garanzie per i contribuenti, ulteriormente aggravata da una forte stretta nell'utilizzo del contante, di dubbia efficacia per controllare l'evasione tributaria, ma dagli esiti depressivi certi, specie nel settore delle micro imprese, nelle quali l'assegno postdatato funge tradizionalmente da surrogato del credito che il sistema bancario, specie nei periodi di crisi offre con il contagocce.

Va comunque sottolineato che, a parte alcuni evidenti errori di politica economica, compiuti dal Governo Tremonti/ Berlusconi, a partire dalla sottovalutazione della crisi del debito degli Stati Uniti nel 2010, che avrebbe dovuto spingere quel governo a scommettere su una ripresa robusta, favorita da una politica tributaria moderatamente espansiva, sulla crisi del debito pubblico italiano dell'estate del 2011 ha inciso negativamente lo sfaldamento della maggioranza di centro-destra e una guerra contro tutti non dichiarata ma altrettanto perniciosa del Ministro dell'economia, a cui la situazione era palesemente sfuggita di mano.

All'interno di questo quadro di riferimento in cui la liquefazione della politica ha giocato un ruolo decisivo, nasce il governo Monti, un misto di improvvisazione, diletterantismo e arroganza che è riuscito nella missione impossibile di stabilire nuove imposte per oltre 20 miliardi di euro, incassandone poco più di 11; contribuendo a far volatilizzare nel frattempo oltre 40 miliardi di Pil. Una manovra non solo profondamente sbagliata perché eccessiva, ma dagli effetti devastanti sulla domanda interna per le accentuate caratteristiche di regressività che l'avevano accompagnata; basti ricordare per tutti l'ACE, che non è un detersivo ad uso familiare, ma un incentivo alla ricapitalizzazione delle imprese a spese dei contribuenti, che il governo aveva dovuto sopprimere precipitosamente nel 2002, perché il grosso dei benefici si concentrava su pochi grandi gruppi. (12600 di miliardi di lire nel 2000 rispetto a un totale di poco più di 18.000 miliardi di spesa fiscale). Tuttavia il profilo più discutibile di questa forma di incentivo sta nel fatto di essere stato finanziato essenzialmente con il taglio delle pensioni e aumenti del prelievo a pioggia concentrati sui redditi medio bassi. Un



fallimento fiscale annunciato su cui cercheremo di riflettere più avanti, che ha inciso negativamente sulla domanda interna, alimentando la componente di gran lunga prevalente della recessione, quella tributaria.

Il nuovo governo Letta, insediatosi in primavera, in cui la Banca d'Italia ha mantenuto saldamente il controllo della politica economica e soprattutto di quella tributaria, in continuità con i precedenti governi, formula una stima del Pil nel 2013 caratterizzata da un ulteriore calo di un punto percentuale rispetto al 2012. A consuntivo la contrazione del Pil sarà quasi doppia: -1,9%! Per comprendere i motivi che hanno condotto nel 2013 ad alimentare ulteriormente il rischio che la recessione del 2012, viri verso una depressione di lungo periodo, sul modello giapponese degli anni 90, bastano pochi dati relativi alle dinamiche della fiscalità nell'ultimo anno, confrontati con alcuni indicatori significativi provenienti dall'economia reale.

Un primo elemento di qualche interesse è rappresentato dal costo medio del debito pubblico che nel 2013, con un tasso di 2,08% è tornato ai valori del 2010, 2,10%, con un risparmio di oltre un punto rispetto al 2012, che aveva registrato un costo medio del 3,11%. Il significativo alleggerimento del costo unitario dell'indebitamento, anziché favorire una politica di bilancio tesa a ridurre i costi di funzionamento dell'apparato pubblico, liberando risorse per avviare una politica fiscale di rilancio strutturale della domanda interna, non ha avuto nel 2013 alcun riflesso dal lato della politica tributaria, che ha contribuito ad alimentare un ulteriore calo del Pil. (-1,9% contro una previsione di -1%)

E questo nonostante fosse ormai evidente che il crollo del Pil del 2012 era stato alimentato da una crisi fiscale provocata da un eccesso di tassazione, concentrata soprattutto sui contribuenti a basso reddito. Quest'ultima ha segnato nel 2013 ulteriori incrementi a partire dai tributi locali. In base ai dati comunicati dalla Corte dei conti negli anni tra il 2009 e il 2012 il gettito del fisco regionale, in piena recessione, è aumentato in media del 10% all'anno. Nel 2014 l'addizionale Irpef a favore dei comuni sfonderà ampiamente il tetto dei 4 miliardi di euro, contro i 3,6 miliardi del 2013.

Un ulteriore aspetto che deve fare riflettere, emerge dall'analisi delle basi imponibili regionali dell'addizionale all'Irpef che oscillano (nel 2011) da un minimo di € 19.798 della Basilicata a un massimo di € 26.172 della Lombardia; questo dato è il frutto della riforma Visco del 2007, che avendo trasformato la no tax area e la family area, da deduzioni dall'imponibile in detrazioni d'imposta, ha assoggettato alle addizionali regionale e comunale anche quella parte di reddito che in precedenza era sottratta all'imposizione, in quanto non espressiva di alcuna capacità contributiva.

Una manovra fiscale dagli evidenti profili di regressività, di costituzionalità assai dubbia, dettata da motivi esclusivamente politici (la maggioranza degli enti locali aveva

amministrazioni di centro-sinistra), che ha comportato un aumento proporzionale del prelievo molto maggiore nelle aree economicamente svantaggiate, con riflessi immediati sulla dinamica del Pil delle regioni del Mezzogiorno, non a caso in recessione senza soluzione di continuità dal 2008.

Non va meglio per il risparmio che nel giro di tre anni (dal 2011 al 2013) ha visto aumentare il prelievo da 6,75 miliardi a 17,5 miliardi; un maggiore onere fiscale equamente diviso tra famiglie e imprese. Il riordino della mini patrimoniale sui depositi bancari, se da un lato ha finalmente eliminato la quota fissa che penalizzava i risparmiatori più modesti, dall'altro ha elevato l'aliquota dallo 0,15% allo 0,20%, con un ulteriore aumento del prelievo nel 2014 di oltre 600 milioni di euro.

Un discorso a parte merita il cuneo fiscale e cioè la differenza tra costo del lavoro per le imprese e il salario netto in busta paga. La questione, presa isolatamente, dal punto di vista tecnico semplicemente non esiste; essa infatti è il frutto di una ripartizione fortemente squilibrata del peso dell'Irpef, accentuata da una progressività marginale particolarmente elevata, concentrata per di più sui redditi medi e su quelli più modesti. In buona sostanza non è un problema che riguarda soltanto il costo del lavoro, ma è l'esito dell'eterogeneità dei fini e dell'improvvisazione con cui è stata riformata l'Irpef con la legge finanziaria 2007.

D'altra parte la questione non può essere ovviamente né ignorata né sottovalutata. Quello che è certo è che non può essere risolta con interventi sulle detrazioni, onerosi in termini di gettito, poco efficaci sotto il profilo economico, che non risolvono il problema strutturale di fondo: quello di impedire che il fisco avochi a sé sia i guadagni di produttività sia una quota crescente del recupero del potere di acquisto di tutti i redditi, non solo dei salari.

Ma su questo profilo strutturale torneremo più avanti. Per i redditi da lavoro dipendente e da pensione, la legge di stabilità per il 2014 ha previsto, accanto ad una modesta riduzione decrescente delle detrazioni, pari a € 17,5 al mese, che si annulla oltre la soglia dei € 35.000, la riduzione delle spese fiscali per oltre € 500 milioni di euro; il che equivale a dire che per un numero imprecisato ma notevole di contribuenti, la manovra comporterà un aumento netto del prelievo. Per gli altri redditi da lavoro, non meno colpiti dalla recessione, non è previsto alcuno sconto, il che evidentemente contrasta con la stessa logica che dovrebbe essere alla base di un'imposta sui redditi, vale a dire la garanzia della parità di trattamento fiscale a parità di reddito.

Lo stesso ragionamento può estendersi all'Irap, il cui mancato riordino complessivo, penalizza sotto il profilo distributivo soprattutto i lavoratori autonomi e le imprese minime, fino a cinque dipendenti. Un'imposta i cui effetti negativi per il sistema di imprese e più in generale per l'economia sono semplicemente ignorati, anche se incidono pesantemente e in modo profondamente disuguale sul tax rate delle imprese, non solo manifatturiere; il che

basterebbe per evidenziarne l'incompatibilità di fondo con il principio di capacità contributiva.

La crisi fiscale del 2012 ha lasciato sullo sfondo questo aspetto cruciale della questione tributaria che ha al centro l'Irap; un'imposta che come una droga provoca assuefazione e dipendenza ed intanto inesorabilmente espelle gradualmente la nostra industria manifatturiera dai settori caratterizzati da maggiore competitività internazionale.

Si pensi per tutti al caso della Fiat, che nel 2013 con l'acquisizione definitiva di Chrysler diventa il sesto gruppo mondiale nella produzione di autoveicoli, che vede crollare in Italia la produzione a livello del 1958 (meno di 600.000 autoveicoli).

La crisi fiscale del 2012 ha posto in secondo piano la questione della perdita di competitività del nostro sistema produttivo di origine tributaria; il cuneo fiscale sul lavoro né rappresenta solo un aspetto, il più richiamato, ma anche il meno rilevante dal punto di vista economico.

Se a questo si aggiunge che il tax rate sugli utili di impresa sfiora il 66% ed è al primo posto tra i paesi avanzati, mentre il cuneo fiscale sui redditi da lavoro evidenzia una analoga sofferenza dal lato dei redditi delle famiglie, ci si rende conto di quanto la fiscalità incida sulle tendenze di fondo del sistema Italia, non solo sulla competitività nel suo apparato produttivo. Da ultimo il governo, per fare cassa, in presenza di una stretta creditizia che soffoca le imprese, che almeno in parte è imputabile ai più restrittivi parametri di capitalizzazione imposti dagli accordi di Basilea, ha aumentato a novembre gli acconti a carico delle imprese ed ha elevato nel 2014 l'imposta sui redditi delle banche e delle assicurazioni dal 27,5% al 36%. Un'ottima idea, non c'è che dire per facilitarne la ricapitalizzazione!

All'interno di un quadro di riferimento tanto squilibrato sotto il profilo distributivo, non deve meravigliare se in Italia negli ultimi 20 anni le disuguaglianze nella distribuzione del reddito, calcolate in base all'indice di Gini, siano fortemente aumentate, ponendo in luce gli effetti strutturali negativi sulla distribuzione dei redditi, determinati dal particolare profilo distributivo del sistema tributario italiano. Basti pensare al riguardo che nel 2013 la rivalutazione degli assegni pensionistici, peraltro soltanto parziale, è stata ulteriormente tagliata dal fisco, con percentuali che arrivano fino al 41%. Una conferma di questo crescente squilibrio viene dalle nuove facilitazioni concesse ai contribuenti per la rateizzazione decennale di un proprio debito d'imposta; mentre fino a non molti anni fa gli italiani si indebitavano per acquistare un'abitazione, oggi ricorrono sempre più spesso a una lunga dilazione, per poter pagare un debito fiscale non previsto.

Un tema anche questo da approfondire, perché evidenzia una vera e propria saturazione fiscale del cittadino medio rispetto a pretese tributarie in continua crescita; nelle quali all'evidenza i profili distributivi di rilievo costituzionale che dovrebbero orientare in materia il legislatore, contenendone la discrezionalità, appaiono del tutto negletti. In buona sostanza la sinistra fiscale, i cui indirizzi hanno dominato la politica tributaria italiana degli ultimi 20 anni, salvo la breve parentesi 2003/2005, liquidata immediatamente dopo, prima da Visco, indi da Tremonti, ci ha regalato non solo un Paese in recessione endemica per eccesso di fiscalità ed in piena crisi fiscale, ma anche un'Italia in cui le disuguaglianze si avvicinano a quelle degli Stati Uniti. E questo senza neppure il vantaggio di una maggiore competitività.

Da ultimo, per valutare questo profilo di crescente criticità del sistema tributario, si possono incrociare queste costanti della politica fiscale italiana dal 2007 ad oggi, con alcuni indicatori particolarmente significativi che provengono dall'economia reale.

Per semplicità e chiarezza di ragionamento ne indicherò soltanto quattro tra loro intimamente correlati. Il primo riguarda la disoccupazione, tornata nel 2013 ai livelli del 2004 (12,4% pari a 3.200.000 disoccupati). L'aspetto più grave di questo dato è rappresentato da una disoccupazione giovanile che ha raggiunto la soglia del 40%, che si incrocia con quello della produzione industriale, crollata di 23 punti rispetto al picco del 2008, con una riduzione della capacità produttiva di 15 punti. Una condizione strutturalmente negativa, che limita le prospettive di rilancio dell'occupazione, almeno nel breve periodo, in assenza di una robusta ripresa della domanda interna per la quale, il meno che si possa dire è che mancano le premesse, a partire dalla politica tributaria.

Un tema, quello della politica tributaria, su cui occorre aprire una riflessione seria che coinvolga sia gli economisti, che hanno orientato la politica tributaria dal 2007 ad oggi, conducendola a una crisi fiscale senza precedenti in un paese avanzato, sia i giuristi che hanno dimostrato meno attenzione del dovuto agli effetti distorsivi prodotti da una politica fiscale sempre più aggressiva e miope, specie nei confronti delle attività minori, giustificata con l'alibi della lotta all'evasione fiscale, condotta con strumenti e modalità dissennate.

Una politica tributaria che sta creando tutte le premesse per trasformare una recessione stupida, perché alimentata prevalentemente da gravi errori di politica economica e di bilancio, a partire dal fisco, (basta guardare alla Spagna che, pur essendo al centro di una bolla immobiliare travolgente che ha tagliato i prezzi delle costruzioni di almeno il 40%, ed avendo un tasso di disoccupazione doppio rispetto al nostro, ha visto ridursi il proprio prodotto interno lordo circa la metà di quello italiano) in una depressione che rischia di spazzare via larga parte dell'apparato produttivo nazionale, favorendo la delocalizzazione di quelle più solide e competitive.

Da questo punto di vista la situazione delle famiglie non si presenta migliore, con un calo del potere di acquisto del 4,7% nel 2012 ed una tendenza dello stesso segno che prosegue nel 2013; anche il trend di lungo periodo della propensione al risparmio, passata in 20 anni dal 22% all'8,4% del 2012 e all'8% del 2013 indica una situazione di crescente difficoltà per le famiglie italiane. Queste tendenze si sono riflesse quasi automaticamente sui consumi non alimentari delle famiglie che nel 2012 sono calati a 101 miliardi di euro. (-5,5%). Quanto ai consumi alimentari, questi hanno segnato un calo significativo in tutta la catena della grande distribuzione, nonostante la quota delle vendite in promozione abbia sfiorato il 30% del totale. Fanno eccezione i discount, che ormai rappresentano il 50% del totale delle vendite delle grandi superfici, che registrano un incremento delle vendite del 2,4%; questi dati negativi sono stati confermati dalle riduzioni delle vendite sia nel periodo dei saldi sia in quello natalizio che nel 2013 ha registrato un calo delle vendite del 2,5%.

In questo scenario dalle premesse così poco confortanti, i numeri relativi alla dinamica del Pil e alla finanza pubblica, rappresentati nel documento di economia e finanza 2013/2017, inviato alla Commissione europea appaiono tanto poco realistici, in quanto basati su una crescita cumulata del Pil tra il 2014 e il 2017 pari al 14,3%, da sembrare addirittura provocatori. Dai dati richiamati emerge infatti con chiarezza un rapporto di causalità particolarmente stringente tra la politica tributaria praticata in questi anni e una crisi crescente della domanda interna, che si riflette negativamente sulla nostra Comunità nel suo insieme, non lasciandone al riparo alcun settore e quel che è peggio compromettendone le possibilità di ripresa.

La prima questione che si pone di fronte all'osservatore dalla lettura di questi dati fortemente indicativi, in quanto ciascuno incorpora una pluralità di elementi di criticità, che investono sia la finanza pubblica sia il sistema di imprese, sia le famiglie, è rappresentata dalla ormai cronica incapacità del Governo di offrire un quadro previsionale credibile dell'evoluzione della finanza pubblica e delle sue ricadute sull'economia reale, e di adottare scelte politiche conseguenti. Una condizione di incertezza risalente nel tempo che la crisi politico istituzionale ormai endemica ha contribuito ad aggravare.

Una seconda questione su cui cercheremo di offrire qualche riflessione sintetica è rappresentata dall'idea che l'attuale sistema tributario sia un ottimo sistema, la cui funzionalità è corrosa dall'evasione fiscale. Una tesi interessata, amplificata dai mass media, che la crisi fiscale degli ultimi anni ha clamorosamente smentito.

Che l'evasione tributaria coesista con sistemi ad alta fiscalità è un'osservazione banale; quello che è inaccettabile è il tentativo ripetuto di far credere che una riduzione significativa dell'evasione risolverebbe come per incanto ogni problema sia della finanza pubblica sia dell'economia reale, mentre è soltanto un comodo alibi per difendere lo status quo. Sia

detto, una volta tanto senza il garbo dovuto ad una rivista scientifica, che questa affermazione interessata è un'autentica stupidaggine. Lo statalismo di ogni colore, diffuso sia nel settore pubblico sia in quello privato, che sta corrodendo sempre di più la società italiana, trova una risposta sorprendente in una delle tante liberalizzazioni all'italiana. (altro che liberismo) Mentre il numero dei dipendenti pubblici in Italia è di poco inferiore alla media OCSE rispetto al totale della forza lavoro (il che non significa che non vi siano ampi margini per ridurre il numero aumentando l'efficienza complessiva del sistema) i dirigenti senior delle amministrazioni centrali sono pagati tre volte oltre la media.

Un ristretto gruppo di potere, snodo di ogni altro potere istituzionale e di lobbies pubbliche e private, che non ha alcun interesse a mutare lo status quo, sostituendosi di fatto ad una politica in profonda crisi.

Sul tema dell'evasione non esiste alcuno studio serio che confronti le stime dell'evasione nelle principali imposte e le colleghi con la struttura dell'ordinamento tributario, per cercare di individuarne le cause strutturali interne al sistema. Anche quando si è in presenza di lavori pregevoli si tratta di lavori di economisti che normalmente ignorano i profili giuridici caratteristici delle diverse imposte. Non solo, ma in genere il tema dell'evasione viene accomunato a quello dell'economia irregolare e del sommerso, senza alcuna distinzione di realtà tanto profondamente diverse. Si può convenire che l'economia irregolare italiana abbia una dimensione significativamente maggiore di quella evidenziata dalle statistiche di Eurostat, che ci vedono circa un punto al di sopra di Germania e Svezia (17,4% il sommerso italiano contro il 16,5 della Germania e della Svezia).

Ma anche se la quota di sommerso ulteriore rispetto ai due paesi presi in esame fosse pari a 150 miliardi di euro, parlare di 70 miliardi di imposte evase, costituisce un esercizio privo di senso. L'unico risparmio certo è quello dei contributi sociali (a cui corrisponderà al termine del periodo lavorativo un assegno pensionistico minimo) e dell'Irpef che per questi redditi, il più delle volte marginali, si riduce a poche centinaia di euro all'anno; mentre su queste attività incidono all'evidenza, l'insieme delle altre imposte indirette e una serie di costi indeducibili, che riducono di molto il conto a carico del fisco. (il che non significa ovviamente che bisogna rassegnarsi a convivere; ma se si cura un banale raffreddore come se fosse una polmonite doppia, il meno che possa capitare è di debilitare il paziente per un lungo periodo).

Le due principali componenti dell'evasione fiscale sono rappresentate dalla pratica diffusa di distribuire una quota del salario fuoribusta, che ha come destinatari potenziali il 70% della forza lavoro del settore privato, che opera in aziende al di sotto dei 50 dipendenti; un elemento tanto diffuso da essere praticamente strutturale nelle imprese minori, che potrebbe essere fortemente ridimensionato in pochi anni attraverso una riforma fiscale che ne elimini

la convenienza, uno dei frutti avvelenati di un fisco esoso e suicida. Il forte gap nel rendimento strutturale dell'Iva rispetto a tutti gli altri Paesi europei che può stimarsi in una trentina di miliardi di euro all'anno, nasce da questa pratica diffusa che falsa ogni riferimento agli studi di settore e consente quindi di distribuire una quota più o meno ampia della produzione senza fattura e dunque in evasione all'Iva. Tuttavia, alla base del fuoribusta più che di evasione in senso stretto si dovrebbe parlare di redistribuzione anomala dei fattori tra profitti e salario, essendo evidente che si tratta di redditi che intanto vengono distribuiti, in quanto non assoggettati al taglieggiamento di un cuneo fiscale insopportabile, quanto meno per le imprese minori.

La seconda componente significativa dell'evasione trae origine in parte proprio da questa condizione strutturale del rapporto tra imposizione diretta ed Iva, e si riferisce alla sotto fatturazione delle esportazioni; una pratica che può essere anch'essa contenuta attraverso una ristrutturazione profonda del sistema tributario che la renda meno conveniente. In ogni caso una forma di evasione intuitivamente assai difficile da reprimere, perché non lascia tracce in Italia.

In buona sostanza l'aspetto più irritante nella vicenda dell' evasione, sta nel fatto che essa viene utilizzata come alibi per accrescere continuamente la pressione fiscale, senza prestare attenzione al fatto che una parte significativa potrebbe essere facilmente contrastata con una riforma tributaria orientata all'allargamento delle basi imponibili, all'equità distributiva e alla crescita economica.

Banalmente, se l' evasione tributaria rappresentasse un tesoro nascosto spendibile sul mercato, pari a un 10% delle cifre di cui talvolta si favoleggia irresponsabilmente, non avremmo certo le condizioni recessive strutturali con cui è costretta a convivere la nostra Comunità a partire dal 2008. Contrastare l'evasione fiscale è una semplice operazione di buona amministrazione tributaria, di un ordinamento tributario equilibrato, della quale ovviamente non c'è traccia nella ennesima delega tributaria. Pensare di sconfiggerla attraverso il controllo del carrello della spesa, a parte tutti i condizionamenti sulla vita individuale ed in definitiva sulla libertà di ciascuno, a cui può condurre una metodica del genere, su cui da giuristi occorrerebbe riflettere più seriamente di quanto si sia fatto fin qui, indica una sostanziale resa all'evasione più aggressiva che non si contrasta ovviamente con la tracciabilità delle spese; ( i redditi elevati sono strutturalmente congrui) ed una aggressione per certi versi demenziale ad una realtà di massa costituita da milioni di famiglie che cercano con l'economia informale familiare e con piccoli redditi aggiuntivi non dichiarabili, di non ridurre troppo le abitudini di vita acquisite, testimoniata dal calo continuo dei consumi primari, a partire da quelli alimentari.

In realtà proprio la recessione del 2008/2009 obbligando a rivederne i parametri ha travolto l'illusione, alla base della riforma Visco del 2007, di poter colpire indirettamente l'evasione, annidata nei redditi soggetti a dichiarazione, attraverso l'irrigidimento degli studi di settore e il forte aumento della progressività marginale sui redditi. Un modello d'imposta fortemente penalizzante per i redditi medio bassi, specie familiari che è senza alcun dubbio la principale causa di impoverimento delle famiglie italiane negli ultimi anni.

Ovviamente una crisi fiscale delle dimensioni italiane non dipende soltanto dai limiti del modello; la crisi dell'istituto parlamentare ha giocato un ruolo fondamentale, non meno della liquefazione dei partiti, ridotti ormai a comitati elettorali incapaci di rappresentare neppure gli interessi dei propri elettori. Può essere dunque di un qualche interesse ritornare sui principali effetti della riforma tributaria del 2003/2005, l'ultimo atto di politica tributaria approvato dopo un lungo e serrato confronto parlamentare, la legge delega 80/2003, sulla riforma del sistema tributario dello Stato.

Per meglio comprendere quanto è avvenuto in campo tributario in Italia dal 2009 ad oggi sembra utile analizzare l'andamento delle principali imposte in due periodi precedenti sufficientemente omogenei, il periodo 2003/2006 e quello successivo 2007 / 2008, dalle caratteristiche di segno molto diverso. Limitandoci ad alcuni dati essenziali si può riconoscere al primo periodo un disegno complessivamente più ambizioso di modernizzazione del sistema tributario dello Stato di cui la legge delega 80/2003 rappresentava il manifesto.

Un'architettura riformista basata su una riforma radicale delle imposte sul reddito e sulla loro sostanziale riduzione, il cui limite probabilmente era quello di essere eccessivamente ideologizzata. La lunga crisi susseguente all'attentato dell'11 settembre 2001, qualche incertezza attuativa accompagnata da un uso eccessivo e distorto dei condoni, la scarsa convinzione di frange della stessa maggioranza di centro-destra, sulle linee di fondo della riforma e soprattutto la difficoltà politica di tenere sotto controllo la spesa pubblica, ne hanno ridotto in parte sia la portata innovativa sia soprattutto la percezione di essa nell'opinione pubblica.

Pur con questi limiti, tra il 2002 e il 2006 il taglio delle imposte, prevalentemente quelle sul reddito, aveva sfiorato i 18 miliardi di euro, una dimensione vista in precedenza in Italia, mentre il gettito di tributi dello Stato era passato dai 371,8 miliardi del 2002 al 447,3 miliardi del 2006 con un incremento del 20,3%, pari al 75,5 miliardi (al netto degli effetti del decreto Bersani /Visco del luglio 2006, l'incremento era stato di oltre 74 miliardi).

Un aspetto di notevole interesse di queste cifre sta nel fatto che l'aumento delle entrate si è concentrato per oltre il 60% nel periodo(2005/2006), quello nel quale si erano manifestati appieno gli effetti delle riforme fiscali attuate tra il 2002 e il 2005, ed ha riguardato in misura



sufficientemente omogenea le quattro principali imposte ( Irpef, Ires, Iva e Irap) mentre le riduzioni d'imposta avevano avuto un segno inverso, con un maggiore addensamento nel primo biennio, quando i principali beneficiari erano stati i contribuenti caratterizzati da redditi modesti. Nel 2005/2006, l'Irpef, comprese le addizionali locali, aveva visto lievitare il proprio gettito da 139,5 miliardi a 162,1 miliardi con un incremento del 16%, al netto di riduzioni che avevano riguardato il tributo per un totale di oltre 11 miliardi di euro. Sempre nello stesso periodo il gettito dell'Iva lorda era passato da poco più di 101 miliardi del 2004 ai 115,5 miliardi del 2006 (+14%). L' imposta sui redditi della società, Ires, aveva registrato un vero e proprio boom con una crescita del gettito in due anni da 28,3 miliardi a 39,8 miliardi pari a (+40%). L' Irap invece tra il 2005 e il 2006 aveva fatto emergere un aumento del gettito più contenuto, da 33,8 miliardi a 39 miliardi ,con una percentuale di crescita del 17%.

Il raffronto del gettito dell'Irap con quello dell'Iva è di particolare interesse, perché pur essendo differente il metodo di calcolo dei due tributi entrambi colpiscono il valore aggiunto. (due grandezze molto simili, anche se non completamente sovrapponibili) L'Irap, nonostante fosse stata interessata nel periodo considerato da tagli d'imposta per oltre ottocento milioni di euro era cresciuta più dell'Iva, tra le principali imposte, quella che aveva registrato la performance più modesta in termini di maggiore gettito: un segnale del ruolo che l'evasione gioca in quel tributo.

In definitiva la politica fiscale del centrodestra aveva conseguito qualche obiettivo parziale (ad esempio, la riduzione di oltre un punto della pressione fiscale, accompagnata da una minor incidenza del fisco sui redditi da lavoro, sulle imprese minori e sulle famiglie e da una prima consistente emersione di nuova base imponibile precedentemente occultata); tuttavia la mancata percezione nei partiti di centro-destra del carattere innovativo di quella politica aveva condotto al suo sostanziale abbandono e la sua sostituzione in campagna elettorale con obiettivi parziali di elevata suggestione quali l'abolizione dell'Ici sulla prima casa o il quoziente familiare, inidonei a costruire un sistema tributario più moderno, più equo, più competitivo.

La politica tributaria del governo Prodi, in un arco temporale assai più ristretto (poco più di 18 mesi), aveva invece sfruttato abilmente alcuni punti deboli della politica di entrata e di spesa del governo di centro-destra (incapacità di contenere realmente la spesa, eccesso di misure a tantum e di condoni, scarsa determinazione nel dare attuazione alla legge delega 80/2003, da ultimo l'imbarazzo nel dover ascrivere come propri successi gli incrementi delle entrate del 2006) per dare corpo a una stretta fiscale senza precedenti su famiglie, lavoro autonomo e d'impresa minore, accompagnata da meccanismi di illusione finanziaria e

da profili distributivi poco trasparenti; una politica tributaria finalizzata ad alimentare nuova spesa pubblica, abilmente dissimulata dietro lo schermo della lotta all'evasione fiscale.

Occorre riconoscere che una parte delle misure fiscali contenute nei due decreti Bersani-Visco dell'estate e dell'autunno 2006, avevano opportunamente chiuso alcuni varchi, specie in materia di Iva, nei settori dei trasferimenti immobiliari e dei lavori edili, con recuperi di gettito a regime nel 2007 pari a circa 6 miliardi di euro, solo in parte legati al contenimento dell'evasione, comunque apprezzabili.

Lo stesso non è dato dire della revisione retroattiva degli studi di settore, che avevano avuto un consistente adeguamento già l'anno precedente, anche per effetto dei condoni e dell'estensione alle società di capitali; ne della contemporanea riforma dell'Irpef, inserita in modo del tutto inappropriato nella legge finanziaria 2007, di fatto sottratta a qualsiasi dibattito o confronto parlamentare; non meno discutibili l'introduzione di limiti alla deducibilità degli interessi passivi e al regime degli ammortamenti nell'IRES e gli altri interventi sulla base imponibile dell'Irap, decisi nel 2008 per coprire una parte del costo della riduzione del cuneo fiscale a favore delle imprese. Questi interventi hanno avuto un effetto sul gettito tributario più che doppio rispetto alle previsioni del Governo, con un ulteriore incremento della pressione tributaria di 1,2 punti percentuali, una brusca frenata dell'economia nell'ultimo trimestre del 2007, con un crollo in tre mesi della crescita del Pil dal 2% all'1,5%. Un anticipo, per fortuna più contenuto negli effetti depressivi del decreto Monti del dicembre 2011.

Nel 2007 le entrate tributarie dello Stato sono ammontate a 468 miliardi con un incremento di 21,7 miliardi rispetto al 2006. Tuttavia se si procede ad omogeneizzare i dati per tenere conto di alcune entrate una tantum del 2006 e di alcuni rinvii di imposte dal 2007 al 2008 l'incremento totale delle entrate nel 2007 è pari a 30,4 miliardi. Se a questo dato si aggiunge quello relativo all'aumento dei contributi sociali pari a 4,4 miliardi si perviene ad un risultato che sfiora i 35 miliardi di euro.

L'aspetto più significativo di questi dati che hanno comportato un aumento della pressione fiscale di 1,2 punti percentuali rispetto al 2006, anno in cui la pressione tributaria era sua volta aumentata di un altro 1,7% è evidenziato dal fatto che per effetto della revisione retroattiva degli studi di settore ai redditi prodotti nel 2006, dell'ampliamento delle basi imponibili dell'IRES, nonché della riforma dell'Irpef, introdotta con la finanziaria 2007 e da ultimo dell'aumento dei contributi sociali a carico di lavoratori dipendenti ed autonomi, nell'arco di cinque mesi, tra luglio e novembre 2007 l'incremento complessivo del prelievo a carico delle famiglie e delle imprese è stato di oltre 22 miliardi di euro. Una cifra di notevole rilievo specie se confrontata con quelle registrate dalle stesse imposte nell'anno precedente, nel quale pur in presenza di un aumento della pressione fiscale superiore di mezzo punto di

Pil rispetto al 2007 (1,7% a fronte dell'1,2% 2007), l'incremento del gettito delle imposte (Ire- IRES- Irap) negli stessi mesi era stato circa la metà (11,7 miliardi).

Riassumendo, tra il 2006 e il 2007 la pressione fiscale in Italia è cresciuta di circa 3 punti di Pil (+2,9%), una cifra considerevole che ha riequilibrato parzialmente i conti, senza tuttavia risanarli. Nel 2006, come abbiamo visto questo risultato era stato determinato in prevalenza da una serie di misure di alleggerimento fiscale, mirate all'allargamento degli imponibili, con un aumento omogeneo del gettito delle diverse imposte, equilibrato anche sotto il profilo distributivo, in quanto alimentato da una minore convenienza ad evadere. Nel 2007 invece, il principale motore della crescita delle entrate tributarie era stato una lievitazione non prevista o in ogni caso non dichiarata del prelievo tributario nelle imposte sul reddito, pari a mezzo punto di Pil, che ha riguardato l'insieme dei contribuenti evasori è non.

Il confronto fra questi dati deve far riflettere innanzitutto il giurista.

La revisione periodica degli studi di settore rappresenta un elemento normale di adeguamento di questo strumento di pianificazione fiscale e di supporto delle attività di accertamento, alle variazioni del contesto socioeconomico, in cui vengono svolte le diverse attività. Le stesse considerazioni possono rivolgersi a una diversa sistemazione dei profili distributivi dell'Irpef decisa dal Parlamento sulla base di stime attendibili degli effetti di gettito, purché orientata da criteri di ragionevolezza; una decisione politica discrezionale che non ha in sé nulla di eversivo, così come l'adozione di misure antielusive, finalizzate ad evitare un dimagrimento illegittimo delle basi imponibili.

Tuttavia queste scelte per avere effetti positivi presuppongono il rispetto di normali regole di diritto, poste dal legislatore a garanzia non solo dei singoli ma dell'intero sistema. Una condizione non sempre presente nella produzione alluvionale di disposizioni di carattere tributario, nel periodo 2006/2007, che si è aggravata in misura esponenziale negli ultimi due o tre anni.

Vale la pena di ricordare conclusivamente sul punto che sulla base di stime formulate dalla Banca d'Italia (Bollettino numero 48) relativa agli effetti delle modifiche introdotte all'Irpef della legge 286/2006, dalla legge finanziaria per il 2007 e dal decreto legge ad essa collegato (produzione di norme a mezzo di norme!) l'Irpef riformata avrebbe dovuto comportare minori entrate per circa 600 milioni di euro. A consuntivo nel 2007 l'Irpef aveva registrato un aumento del gettito superiore ai 10 miliardi di euro, di cui 4,6 nel solo settore del lavoro dipendente; una stima molto prudentiale consente di valutare inoltre 4 miliardi la quota di incremento del gettito determinata dalla struttura della nuova Irpef.

Una cifra elevata, sottratta a qualsiasi valutazione da parte del Parlamento, anche per lo strumento anomalo con cui era stata riformata l'Irpef (la legge finanziaria 2007), che ha inciso per circa i due terzi (2,5 miliardi) sui soli redditi da lavoro dipendente, e ha rimesso in

funzione a pieno regime la macchina iniqua del drenaggio fiscale, eliminata negli anni 80 e reintrodotta dall'attuazione solo parziale della legge 80/2003 .

A consuntivo, nel 2008 l'Irpef riformata dal governo Prodi appena un anno prima, aveva registrato un incremento del gettito di oltre 11,6 miliardi di euro di cui 9,9 miliardi a carico dei redditi da lavoro dipendente. Un dato quest'ultimo eloquente, che evidenzia sia il carattere improvvisato della riforma dell'Irpef del 2007, sia la scarsa attenzione ai profili distributivi, introdotti dalla particolare struttura assunta dalla progressività marginale, in seguito alla sostituzione delle deduzioni (neutrali) con le detrazioni decrescenti (che aumentano invece l'aliquota implicita). Le quali come è noto determinano un incremento della progressività marginale in una percentuale pari alla somma delle aliquote in base alle quali vengono ridotte, per ogni € 100 di maggior reddito, tutte le detrazioni decrescenti e gli assegni familiari.

Le detrazioni decrescenti, a parità di reddito, colpiscono quindi i redditi aggiuntivi con una progressività molto più elevata, ed incidono soprattutto sui redditi dei contribuenti con familiari a carico, titolari di più detrazioni decrescenti: un'evidente profilo di irragionevolezza che contrasta con il buonsenso, prima ancora che con i principi costituzionali, e non ha certo migliorato i profili distributivi dell'imposta personale. La modesta dimensione dei primi due scaglioni, rispetto al 2006 il primo più che dimezzato, ha avuto come ulteriore conseguenza quella di alimentare il drenaggio fiscale, che penalizza soprattutto il lavoro dipendente, che non ha alcun costo indicizzato all'inflazione.

A margine di questi dati che offrono una chiave di lettura degli effetti che l'Irpef mal riformata nel 2007, avrebbe avuto negli anni della recessione, vi è un'ulteriore notazione che deve far riflettere quanti considerano ogni imposta un dato a sé stante, ed ignorano l'esigenza di una visione di sistema di ogni intervento in campo tributario. Gli aumenti del gettito dell'Irpef sui salari, registrati tra il 2007 e il 2008, in seguito ad una riforma che si proponeva di alleggerire il peso dell'Irpef sui redditi da lavoro dipendente, in soli due anni avevano più che compensato le riduzioni fiscali in favore delle imprese concordate tra Governo e Confindustria; in buona sostanza avevano contribuito ad allargare la forbice del cuneo fiscale.

È sembrato utile richiamare, sia pure in modo molto sintetico, il confronto tra i profili distributivi dell'Irpef riformata tra il 2003 e il 2005 e la sua radicale trasformazione, a partire dal 2007, per avere qualche termine di confronto, partendo da elementi non influenzati dalla recessione che ormai ci accompagna da sei anni. Un utile esercizio per capire quanto le principali imposte del nostro ordinamento tributario siano le responsabili principali della crisi italiana, può venire da una lettura delle due decisioni, 661 e la 662 del 2012 con cui il

Consiglio costituzionale transalpino ha sanzionato alcune disposizioni della seconda legge finanziaria correttiva del 2012 e della legge finanziaria 2013.

Innanzitutto è opportuno sottolineare che il sindacato di costituzionalità in Francia, particolarmente debole nel quadro istituzionale della quinta Repubblica, dopo la riforma dell'inizio negli anni 2000, che ha attribuito alla minoranza parlamentare la possibilità di ricorrere al Consiglio costituzionale in via preventiva, ossia prima della promulgazione di qualsiasi legge, per verificarne la costituzionalità, ha introdotto un significativo elemento di equilibrio all'interno di un sistema parlamentare caratterizzato da un sistema elettorale a carattere maggioritario. Pochi dubbi che alla luce della giurisprudenza costituzionale francese le disparità di trattamento che caratterizzano negativamente il nostro ordinamento tributario, avrebbero superato indenni il giudizio di costituzionalità.

Mi riferisco non soltanto alle tante disparità di trattamento che caratterizzano negativamente le nostre principali imposte ma al dato di grande significato giuridico prima ancora che politico costituito dal fatto che il sindacato di costituzionalità in Francia tende a valutare gli effetti delle imposte non in astratto, ma guardando alla posizione del singolo contribuente rispetto alle diverse imposte; a colui che in buona sostanza per essere inciso da un tributo, deve esprimere una capacità contributiva propria, strettamente correlata al presupposto. Una condizione che evitando di spezzettare il giudizio di costituzionalità guardando di volta in volta ai singoli tributi che incidono ad esempio sui redditi, considerando tra questi anche le contribuzioni sociali, ha non solo permesso al Consiglio di dichiarare l'illegittimità di disposizioni legislative che correlate ad altre determinano un'imposizione superiore alla capacità contributiva del contribuente; ha consentito anche di evidenziare meglio eventuali disparità di trattamento e di espungerle dall'ordinamento.

Un'attenzione al principio di eguaglianza orizzontale e al rapporto di proporzionalità tra i sacrifici di natura tributaria richiesti al contribuente e la loro effettiva capacità contributiva, che ci deve far riflettere, perché in Paesi a fiscalità particolarmente elevata, al cui club l'Italia è iscritta d'ufficio da circa vent'anni, l'uguaglianza davanti alle imposte rappresenta una precondizione per il funzionamento e la tenuta del sistema.

Da ultimo il professor Savona, un economista che ha avuto importanti esperienze operative nel settore economico finanziario, constatata la indisponibilità dei gruppi dirigenti italiani a prendere in considerazione la possibilità di predisporre un piano B per l'uscita dall'euro, ha richiamato l'attenzione sulla necessità di avere un piano A, che ci consenta di rimanere nell'euro, lasciandoci rapidamente alle spalle l'attuale quadro dei rapporti tra lo Stato, i cittadini e i vincoli europei, in base ai quali lo Stato chiede senza soluzione di continuità a tutti sempre più soldi per stare sempre peggio. La tesi di Savona è che occorre un consolidamento delle scadenze del debito pubblico garantito dalla cessione del patrimonio

pubblico, per il quale esistono grandi e dettagliati rapporti redatti già da tempo e un taglio lineare della spesa pubblica complessiva del 3% per non dover ricorrere a nuove emissioni di obbligazioni durante l'intera durata del rimborso, proposto in sette anni. Questa ipotesi, sottolinea Savona, farebbe risparmiare almeno 20 miliardi di euro all'anno da destinare alla riduzione della pressione fiscale.

Non avendo le competenze per valutare gli eventuali limiti di una proposta di questo tipo di cui non si conoscono i dettagli, ne apprezzo tuttavia la volontà positiva tesa a esplorare ogni strada pur di uscire dalla sacca di depressione in cui ci siamo colpevolmente infilati. Una condizione tanto difficile alla quale tuttavia non possiamo rassegnarci.

È in ogni caso significativo che cominci ad emergere nel dibattito sulla crisi italiana e sulle vie per uscirne, che il fisco rappresenta lo snodo principale delle criticità italiane. Serve quindi una svolta profonda nella mentalità e nell'approccio ai problemi fiscali, rispetto all'indirizzo monocorde degli ultimi anni, per immaginare un percorso di riforma che abbia al centro dei propri obiettivi, la persona, la famiglia, le imprese. Si tratta di immaginare gli obiettivi e indicare un percorso razionale di avvicinamento spalmato su più anni, capace di unire le risorse, senza lasciare nessuno indietro, per creare le condizioni per una ripresa robusta e non effimera.

Su questa rivista più volte nel corso degli anni sono stati indicati i rischi di una politica tributaria sempre più aggressiva, che ignora il diritto, costruita su un ordinamento tanto squilibrato da essere sul punto di arrivare a fine corsa. E il fischio di fine corsa è arrivato con il decreto salva Italia, nel momento in cui il fisco, anziché redistribuire le risorse tra disponibilità private e beni pubblici, attraverso decisioni chiare e trasparenti, assunte nelle sedi istituzionali, ha distrutto, un multiplo della ricchezza che aveva preteso da cittadini indifesi, avvitando l'Italia in una recessione che somiglia sempre di più ad una depressione di lungo periodo.

Non è questa la sede per formulare proposte, ancor meno per trarre conclusioni. I dati dell'esperienza ci dicono che uno dei maggiori elementi di criticità del nostro sistema è dovuto paradossalmente al fatto che l'Italia è un paese solido, e dunque troppi beneficiari dallo statalismo dei privilegi, ancora si illudono che si possa uscire gradualmente dalla crisi, evocando come un mantra la lotta all'evasione e chiedendo sempre più soldi alla parte più numerosa che è anche quella economicamente più debole della nostra Comunità.

È francamente paradossale che si parli continuamente di riforme, il cui obiettivo di fondo è quello di sospingere verso il basso i ceti medi, per difendere uno statalismo senza appello, de strutturando oltre ogni limite di ragionevolezza lo Stato comunità di cui siamo tutti partecipi, che ha al centro la persona e i suoi diritti fondamentali, che la comunità garantisce, per favorire lo sviluppo della personalità e la libertà di ciascuno di noi. E non ci si pone invece il

problema di una moderna riforma del sistema fiscale, costruita con la necessaria gradualità e lungimiranza, guardando innanzitutto alle fasce e alle aree economicamente più deboli, in modo che all'interno ci possano stare tutti.

Non è più tollerabile che non si riesca a ridurre ragionevolmente i costi di funzionamento dell'apparato pubblico, in cui i prezzi degli acquisti di beni e servizi condizionati dall'incertezza dei pagamenti, sono sempre più gonfiati. Né che il sistema dei ticket sanitari, non nella precarietà funzionale delle regioni del Mezzogiorno, ma in quelle caratterizzate dai modelli di sanità più efficienti, non copra neppure i costi di gestione degli stessi ticket.

In queste note, non deve sorprendere, non vi siano proposte; ne sono state nel tempo formulate diverse, anche su questa rivista. Lo scopo è quello di invitare a un confronto sul tema della riforma tributaria tutti i colleghi, a cominciare dagli studiosi più giovani, ai quali innanzitutto è rivolta questa rivista, nata intorno ad una scuola di dottorato, ed oggi con l'ambizione di collegarsi e ospitare studiosi che operano in una pluralità di dottorati, per arricchire confronti, valorizzare esperienze, costruire percorsi comuni, spezzare l'assedio dell'immobilismo, dare concretezza alle speranze.

Occorre partire dal contributo di esperienza dei colleghi impegnati sia nell'insegnamento sia nelle attività professionali, per valorizzare la cultura dei diritti di cui l'avvocatura è un'espressione alta, e trasferirla come manifestazione elementare di civiltà, nella legislazione e nell'amministrazione dei tributi.

In definitiva un impegno civile in grado di costruire un fisco che unisca piuttosto che dividere, che favorisca la produzione della ricchezza per distribuirla anziché distruggerla, che moltiplichi le opportunità per le ragazze e i loro compagni che frequentano le nostre università. In cui, senza creare illusioni, abbiamo il dovere di coltivare con responsabilità ogni speranza. Credendoci.

## Credito ai consumatori e strumenti di tutela \*

di MARILENA RISPOLI FARINA

### ABSTRACT

*The paper investigates the legal framework of the consumer credit according to the EU directive 48/2008 and the Italian legislative decree n. 141/2010. It pays a special attention to the role of credit providers and carefully analyzes the supervision authorities policies in the protection of clients rights.*

**SOMMARIO: 1. La disciplina del credito ai consumatori nel testo unico bancario. Caratteri generali e obiettivi di tutela. - 2. L'armonizzazione massima delle norme sul credito al consumo realizzata dalla direttiva 48/2010 con particolare riguardo all'ambito di applicazione soggettivo. - 3. Profili della disciplina del credito al consumo relativi ai soggetti erogatori. - 4. L'ampliamento della funzione di supervisione nel settore del credito al consumo. - 5. I controlli specifici previsti dall'art. 128. T.u.b.**

1. La disciplina del credito ai consumatori è stata oggetto di continui e reiterati interventi da parte del legislatore europeo e di quello nazionale, in sede di recepimento prima della direttiva 87/102/CE e più di recente dalla direttiva 48/2008<sup>1 2</sup>. La crisi finanziaria ha accentuato l'esigenza di ulteriori e nuove disposizioni, per fare fronte alle esigenze di tutela, da anni affermate, e attualmente sempre più pressanti, dei consumatori – considerati contraenti “deboli” per eccellenza – nei confronti delle imprese di distribuzione

---

\* Il presente scritto riproduce la Relazione tenuta all'incontro su “La nuova disciplina del credito al consumo” organizzato per le attività del Dottorato di Diritto Comune Patrimoniale dell'Università di Napoli Federico II, presso il Dipartimento di Giurisprudenza il 16 dicembre 2013.

<sup>1</sup> Per un primo e analitico commento alla nuova disciplina del credito ai consumatori, si veda CARRIERO, *Commento agli artt. 121-126*, in PORZIO BELLI LOSAPPIO RISPOLI FARINA SANTORO (a cura di), *Testo Unico bancario. Commentario, Addenda di aggiornamento*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 83-107. Per il precedente assetto MACARIO, *Commento*, sub artt. 121-126, in PORZIO BELLI LOSAPPIO RISPOLI FARINA SANTORO (a cura di), *Testo Unico bancario. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 1017-1078.

<sup>2</sup> Il titolo I del d.lgs. n. 141 del 2010, dedicato all'attuazione della direttiva 48/2010 CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché recante modifiche del Titolo V del t.u.b. in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi, ha modificato in modo significativo il Capo II del titolo VI del t.u.b. (rubricato inizialmente “Credito al consumo” ed oggi “Credito ai consumatori”). La direttiva n. 48 ha abrogato (art. 29) e sostituito una delle prime direttive in tema di tutela del consumatore, la direttiva 102/87 relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, considerata obsoleta in ragione dei profondi mutamenti avvenuti nel mercato del credito. Si veda CARRIERO, *Commento agli artt. 121-126*, in PORZIO BELLI LOSAPPIO RISPOLI FARINA SANTORO (a cura di), *Testo Unico bancario. Commentario, Addenda di aggiornamento*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 83-107.



commerciale e degli enti erogatori di credito, predisponendo all'uopo una nuova e più articolata disciplina dei contratti di credito al consumo. Nello stesso tempo si è manifestata la tendenza a intervenire sulla disciplina degli intermediari finanziari, con disposizioni volte a preservarne l'affidabilità e la correttezza nonché la stabilità finanziaria, messa a dura prova dalla crisi finanziaria e dalla recessione economica<sup>3</sup>.

I due filoni di disciplina, la prima dedicata alla trasparenza<sup>4</sup> e ai caratteri delle operazioni, la seconda ai soggetti finanziari, trovano origine nello stesso provvedimento: il d.lgs. n. 141 del 2010 che ha dato attuazione nell'ordinamento interno alla nuova direttiva sul credito al consumo, e si sviluppano parallelamente, il primo nel Capo II (titolato Credito ai consumatori) del Titolo VI del Testo Unico Bancario (t.u.b.) (dedicato alla Trasparenza delle condizioni contrattuali), il secondo nel Titolo V, (Soggetti operanti nel settore finanziario) che innova più in generale la disciplina degli intermediari finanziari (artt. 106-114).

La scelta del legislatore delegato è stata infatti orientata a far confluire in un unico contesto normativo, costituito dal Testo unico bancario, la disciplina del credito al consumo,

---

<sup>3</sup> Recenti indagini sul credito al consumo mostrano una decisa contrazione delle operazioni di finanziamento.

Si veda BANCA D'ITALIA, *Indagine conoscitiva sul credito al consumo*, Commissione VI, Camera dei deputati, 2009-2010. Nel contempo si è accentuato il fenomeno dell'insolvenza del consumatore, per il quale il legislatore ha varato apposita disciplina. Si veda FALCONE, *Prestito responsabile e sovrindebitamento del consumatore*, in *Dir. Fall.*, 2010 e RISPOLI FARINA, *I rimedi alle crisi da sovrindebitamento: un assetto definitivo alla crisi del consumatore ?*, in *questa rivista*, 2013, n. 3.

<sup>4</sup> La disciplina dettata dagli artt. 121-126 è di ampio raggio. Tra le disposizioni più significative vanno ricordate quelle relative alla formazione della volontà del finanziatore, per indurlo ad una scelta consapevole e responsabile nella conclusione del contratto di finanziamento, e sottrarlo all'effetto del sovrindebitamento. Fondamentali appaiono le norme sulla pubblicità del prodotto (il finanziamento) (art. 123), quelle relative agli obblighi di comportamento dettati per i finanziatori e gli intermediari creditizi connessi alla fase della trattativa (art. 124), nonché le regole alla base della valutazione del merito creditizio del beneficiario (art. 125) e quelle relative alle banche dati (art. 126). Sono stati così ampliati i contenuti delle informazioni fornite ai consumatori, dovendosi riportare il tasso di interesse e ulteriori indicazioni concernenti il costo del credito, negli annunci pubblicitari che devono precisare i contenuti informativi di base (puntuale specificazione del Taeg; importo totale del credito, servizi accessori; durata del contratto etc.). Una disposizione estremamente specifica detta la sanzione della nullità (parziale) del contratto, con applicazione della integrazione automatica prevista dall'art. 125-bis. La banca d'Italia ha il compito (co. 2) di "precisare le informazioni da includere negli annunci pubblicitari e le modalità della loro divulgazione". Di rilevante novità le norme che riguardano il recesso di pentimento del consumatore, il recesso ordinario nei contratti a tempo determinato, il rimborso anticipato: per il primo viene finalmente eliminato il *gap* con la disciplina della vendita a distanza di servizi finanziari già soggetti allo *ius poenitendi* in forma molto simile a quella ora adottata. Si consente poi il recesso ordinario sia al consumatore, in ogni momento senza spese e penalità, con il solo onere del preavviso non superiore a un mese, e al finanziatore, che ha un obbligo analogo (non inferiore a due mesi), nonché il diritto di sospendere il finanziamento, in presenza di una giusta causa. Si veda ancora CARRIERO, *op. cit.*, 104 ss.

originariamente in parte contenuta nel codice del consumo<sup>5</sup>. Non si può sottacere che non sono mancate le critiche dai parte dei fautori di una più decisa autonomia della disciplina dedicata al consumatore, che inserita in parte nel t.u.b., potrebbe subire l'influsso di una disciplina più decisamente attenta ai profili finanziari. D'altro canto, va anche detto che non mancano gli autori che hanno evidenziato i vantaggi di una più compiuta disciplina in tema di controlli<sup>6</sup> o, in ogni caso, il vantaggio di una *visione unitaria* della normativa<sup>7</sup>, che discende dall'orientamento seguito.

Sebbene essi siano contenuti in titoli differenziati ed autonomi del t.u.b., la lettura congiunta dei due plessi normativi fa emergere un unico disegno: dare corpo alla regolamentazione dell'intero segmento del credito al consumo, cercando di coprire sia profili soggettivi concernenti la figura del "consumatore" che oggettivi, inerenti alle operazioni (si vedano gli art. 121, 122, 123 t.u.b.); il legislatore è intervenuto anche sui profili soggettivi dei finanziatori e sul loro *modus operandi* sancendo veri e propri obblighi di comportamento (emblematico è l'art. 124-*bis*, che prevede l'obbligo di verifica del merito creditizio)<sup>8</sup> e ha inciso sui profili organizzativi degli intermediari *finanziatori*, fino a giungere a varare norme che concernono gli *intermediari del credito*, individuati dall'art. 121, come "gli agenti in attività finanziaria, i mediatori creditizi o qualsiasi altro soggetto, diverso dal finanziatore che nell'esercizio dell'attività commerciale o professionale svolge, a fronte di un compenso in denaro o di altro vantaggio economico oggetto di pattuizione e nel rispetto delle riserve di attività previste dal Titolo VI *bis*, un'attività relativa alle proposta di contratti di credito (o preliminare alla stipulazione degli stessi) o alla conclusione di contratti per conto del finanziatore"<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Scelta non da tutti condivisa. Si veda DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u.b.*, in *Contr.*, 2010, 11, p. 36.

<sup>6</sup> CARRIERO, *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario*, in *Europa e diritto privato*, 2011, n 2, pp. 505 ss.

<sup>7</sup> MAUGERI, *Commento all'art. 121*, in COSTA (a cura di), *COMMENTO al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo II, artt. 70-162, Giappichelli, Torino, 2013, p. 1416.

<sup>8</sup> Regole di comportamento, fin ad ora assenti in sede di promozione e/o collocamento di prodotti finanziari diversi da quelli disciplinati dal Testo unico della finanza. L'art. 124 impone al finanziatore di valutare la sussistenza o meno del merito del credito "sulla base di informazioni adeguate, fornite eventualmente dal consumatore stesso e, se necessario, ottenute consultando un banca dati pertinente".

<sup>9</sup> L'intermediario del credito ha gli stessi obblighi di informativa e assistenza al consumatore che ha il finanziatore. In alcune situazioni, peraltro, gli obblighi di informativa rimangono a carico del finanziatore,

In sostanza, le norme succitate tracciano la disciplina di una vera e propria *filiera produttiva del servizio* “credito al consumo” basata sulle norme di portata generale delineate nel t.u.b., ma implementata dalle norme speciali che derivano direttamente dalla disciplina comunitaria. In molti casi, come avviene per la disciplina di trasparenza di cui al Capo I del Titolo VI, tali norme sostituiscono la disciplina generale che *non si applica ai contratti di credito* per i consumatori, di cui al Capo II, a meno che non venga espressamente richiamata (art. 115, co. 3).

Il comparto del credito ai consumatori si caratterizza quindi, per un intreccio di norme che si succedono e si intersecano per realizzare alcune una tutela”diretta”, del consumatore, come appunto la disciplina di”trasparenza e correttezza”, ed altre, quali quelle relative ai profili soggettivi ed organizzativi degli intermediari creditori, o ai “controlli” su tali soggetti, che realizzano una forma di tutela “indiretta” dei soggetti beneficiari del credito.

Non può sottacersi, infatti, che dalla buona qualità e dal buon funzionamento degli intermediari finanziari erogatori del credito può derivare anche una protezione migliore del consumatore. E del resto va anche ricordato che l’art. 33, co. 1, lett. *d*), della legge delega 7 luglio 2009, n. 88, prodromica all’attuazione della nuova direttiva sul credito ai consumatori, indica come obiettivo generale a fondamento degli interventi modificativi del titolo V del Testo Unico Bancario la “Tutela del consumatore”.

2. Le più recenti innovazioni del credito al consumo, come si è già rilevato, trovano la loro fonte nella direttiva 2008/48/Ce che si caratterizza, tra l’altro, per l’obiettivo di armonizzazione massima delle disposizioni in essa contenute. L’art. 22 della direttiva, che in maniera emblematica è rubricato “Armonizzazione e obbligatorietà della direttiva”, in particolare, al co. 1, stabilisce che “Nella misura in cui la presente direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere né introdurre nel proprio ordinamento disposizioni diverse da quelle in essa stabilite”.

Contrariamente al tradizionale orientamento della legislazione comunitaria, almeno di quella generazione, la direttiva n. 48 non introduce un livello minimo di tutela da accordare ai consumatori nei singoli Stati membri, ma al contrario fissa il livello massimo di protezione

---

come nel caso del contratto di finanziamento concluso direttamente dal fornitore di beni o servizi. Si vedano in merito le Istruzioni della Banca d’Italia, integrative della disciplina di legge.

che non può essere derogato, né modificato dai legislatori nazionali. La scelta, peraltro, non è nuova, ma si colloca nel solco di una precisa presa di posizione delle istituzioni europee nel settore della tutela dei consumatori, che si riscontra in altri importanti interventi normativi comunitari (tra tutti, basti citare la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette).

Le motivazioni di fondo emergono dai *considerando* della direttiva, che insistono in particolare sull'eccessiva frammentazione riscontrabile nella normativa nei vari Stati membri, che hanno dato attuazione alla disciplina precedente con modalità fortemente differenziata; nonché sulla rapida evoluzione del mercato del credito e dei prodotti finanziari. Elementi che costituiscono un freno alla realizzazione e al rafforzamento di un mercato unico europeo del credito; le differenze normative, da un lato, e gli ambiti non disciplinati dalla normativa esistente, infatti, si sostiene, scoraggiano i consumatori, specie nei confronti delle operazioni transfrontaliere e, di conseguenza, rappresentano un ostacolo al principio della libera circolazione delle persone, delle merci e dei servizi. Un mercato efficiente ha invece bisogno di una legislazione moderna che recepisca le novità e i cambiamenti, rafforzi le transazioni, specie transfrontaliere, e incentivi la concorrenza tra gli operatori. L'armonizzazione massima ha quale obiettivo la costituzione di un quadro normativo uniforme che rafforzi il mercato; la predisposizione delle norme di protezione, assume un ruolo strumentale rispetto all'affermazione di un mercato efficiente, nel quale aumenti la concorrenza tra operatori, si rafforzi la fiducia dei consumatori anche nelle operazioni transfrontaliere (le cui regole sono omogenee con quelle nazionali), si incrementi la possibilità di scegliere i servizi migliori ai prezzi più competitivi.

Ma non è tutto oro quel che luce. Posto il sicuro avanzamento della normativa rispetto all'obiettivo dichiarato, deve però ricordarsi che la direttiva lascia ancora molti spazi alla libera determinazione degli Stati membri, anche riguardo ad aspetti particolarmente significativi nel quadro dell'intera disciplina, così da pregiudicare, secondo alcuni interpreti, l'obiettivo della massima armonizzazione delle norme europee sul credito al consumo<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Si veda BARTOLOMUCCI, *Dal credito al consumo al credito ai consumatori. La disciplina del credito al consumo in Italia*, in *www.consumerforum.it*. Nonchè le considerazioni critiche di MAUGERI, *Commento sub art. 121*, cit., p. 1417.

Sotto il profilo soggettivo, si riscontra una sostanziale identità con la precedente disciplina, essendo le definizioni di consumatore e creditore sostanzialmente coincidenti con quelle già note ed acquisite, anche nella legislazione italiana di recepimento.

È necessario ricordare che, sotto il profilo dell'offerta, l'attività di credito al consumo è un'attività non solo professionale, ma anche riservata, posto che l'art. 22 della direttiva prevede che gli Stati membri “provvedono affinché i creditori siano controllati da un organismo o da un'autorità indipendente da istituzioni finanziarie o siano oggetto di una regolamentazione”.

Pertanto, in ragione delle nuove e più ampie competenze delle autorità di vigilanza (disciplinate dai relativi provvedimenti – per quanto qui interessa – della Banca d'Italia) l'attività di credito al consumo è gestita ed affidata (per una parte rilevante, anche se non esaustiva) a soggetti dotati di un adeguato patrimonio finanziario ed organizzativo, nonché sottoposti ad un'intensa attività di vigilanza. La disposizione della nuova direttiva ribadisce un concetto ormai acquisito in tutti gli Stati membri in virtù del quale la reale affermazione di un mercato del credito in Europa si fonda sulla competenza e serietà dei soggetti professionali, oltre che sulle norme inerenti i contratti attraverso i quali tale mercato si struttura.

Se quindi, per le banche, il contestuale recepimento della legislazione europea in tema di vigilanza prudenziale non creava assolutamente ostacoli per ribadire la possibilità, già in passato affermata, di esercitare il credito al consumo, non altrettanto poteva dirsi per altri intermediari finanziari, quali quelli previsti dal Titolo V del t.u.b., per i quali, come si dirà, la legge delega e poi il decreto delegato opereranno, non a caso una vera e propria rivisitazione<sup>11</sup>.

Merita particolare attenzione la definizione di “Intermediario del credito”, che per l'art. 3, co. 1 lett. f) è “una persona fisica o giuridica che non agisce come creditore e che, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, dietro versamento di un compenso, che può essere costituito da una somma di denaro o da qualsiasi altro vantaggio economico pattuito, i) presenta o propone contratti di credito ai consumatori; ii) assiste i

---

<sup>11</sup> Per l'assetto degli intermediari del Titolo V antecedentemente al d.lgs. n. 141/2010, si veda ROTONDO, *Commento sub art. 106*, in PORZIO BELLI LOSAPPIO RISPOLI FARINA SANTORO, (a cura di), *Testo Unico bancario. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 847 ss.

consumatori svolgendo attività preparatorie alla conclusione di contratti di credito diverse da quelle di cui al punto *λ*); oppure *iii*) conclude contratti di credito con i consumatori in nome e per conto del creditore”<sup>12</sup>.

Così come avviene per la definizione “generale” di intermediario del professionista, anche la disciplina del credito al consumo fa riferimento a qualsiasi soggetto la cui attività sia comunque riferibile al finanziatore: così da abbracciare non solo coloro che agiscono in nome e per conto del finanziatore, ma anche tutti i soggetti che sono legati a questo da rapporti diversi dalla rappresentanza intesa in senso giuridico.

Nel settore del credito al consumo la figura dell’intermediario delineata dalla direttiva è particolarmente rilevante, anche in ragione delle attività che questi possono porre in essere. Del resto le condizioni dettate dalla direttiva sembrano molto ampie, potendo agire come intermediario qualsiasi soggetto (persona fisica o giuridica) che agisca nell’ambito della propria attività professionale e dietro compenso.

Gli intermediari vengono sottoposti ai medesimi obblighi previsti per i finanziatori, con particolare riguardo a quelli di carattere informativo, in relazione ai quali essi sono soggetti al medesimo regime di responsabilità.

Accanto alle previsioni comuni, l’art. 21 della direttiva riserva alla figura degli intermediari una particolare disciplina di carattere informativo sulla propria attività e sulla propria natura. In particolare, la norma dispone che siano gli Stati membri a prevedere una apposita normativa, la quale preveda che: “*a*) un intermediario del credito indichi, sia nella pubblicità che nei documenti destinati ai consumatori, l’ampiezza dei suoi poteri, in particolare se lavori a titolo esclusivo con uno o più creditori oppure a titolo di mediatore indipendente; *b*) il consumatore sia informato del compenso da versare, se del caso, all’intermediario del credito per i suoi servizi e che tale compenso sia oggetto di accordo tra il consumatore e l’intermediario del credito su supporto cartaceo o altro supporto durevole prima della conclusione del contratto di credito; *c*) l’intermediario del credito comunichi al creditore il compenso che il consumatore deve versare, se del caso, all’intermediario del credito per i suoi servizi, al fine del calcolo del tasso annuo effettivo globale”.

---

<sup>12</sup> Vedi per l’attuazione da parte del d.lgs. n. 141, il par. precedente.

È interessante notare che a proposito degli intermediari del credito la direttiva non richiami i principi di adeguatezza patrimoniale e finanziaria, oltre che quelli sulla sana e prudente gestione imposti ai finanziatori, ritenendo sufficienti – per un verso – i requisiti di cui all’art. 3 e – per altro verso – l’assolvimento degli obblighi informativi di cui all’art. 21.

3. Il profilo, costituito dalle norme concernenti gli intermediari, è tra i più significativi nella disciplina consumeristica e si inquadra nella più generale tendenza a dare un nuovo assetto normativo a tutti gli intermediari finanziari, non bancari, che si riscontra nelle norme del t.u.b. L’occasione della riforma della disciplina degli intermediari, come si è già rilevato, è stata data proprio dall’attuazione nell’ordinamento interno della direttiva 2008/48/CE in materia di credito al consumo. La legge comunitaria 2008 (l. 7 luglio 2009, n. 88) oltre che disposizioni destinate al credito al consumo conteneva, all’art. 33, la delega al Governo per introdurre una serie di modifiche ed integrazioni alla disciplina relativa ai “soggetti operanti nel settore finanziario”, già da tempo operanti nel settore del credito al consumo, di cui al t.u.b., ai mediatori creditizi e agli agenti in attività finanziaria.

In particolare, la lett. d) del co. 1 dell’art. 33 disponeva una rimodulazione della disciplina di cui al Titolo V, precedentemente dettata agli artt. 106 ss, e all’art. 155 del t.u.b., prevedendo: 1) l’introduzione di strumenti di controllo più efficaci, modulati anche sulla base dell’attività svolta dall’intermediario; 2) la rideterminazione dei requisiti per l’iscrizione in apposito albo, al fine di consentire di operare con il pubblico soltanto a soggetti che assicurassero affidabilità e correttezza dell’iniziativa imprenditoriale; 3) la previsione di sanzioni amministrative, pecuniarie ed accessorie, tra cui il divieto di intraprendere nuove operazioni, il potere di sospensione ed il rafforzamento del potere di cancellazione dall’albo; 4) l’attribuzione di poteri sanzionatori e di intervento alla Banca d’Italia, in un’ottica di “semplificazione, trasparenza, celerità, economicità e efficacia dell’azione amministrativa e dei provvedimenti sanzionatori”.

Lo schema di decreto legislativo, recante attuazione della delega assegnata con l’art. 33, approvato in via definitiva il 30 luglio 2010, fu sottoposto al parere parlamentare e diede poi vita al decreto n. 141 del 13 agosto 2010.

I lavori preparatori al decreto n. 141 evidenziano in modo adamantino l’intento di intervenire sul quadro legislativo relativo all’intermediazione finanziaria non bancaria,

(nonché all’agenzia in attività finanziaria e alla mediazione creditizia) per le lacune e criticità che ostacolavano il pieno conseguimento degli obiettivi della allora vigente disciplina. L’iniziativa legislativa pare trarre sì spunto dall’esigenza di attuare nel nostro ordinamento la nuova normativa europea sul credito al consumo, faticosamente approvata dopo cinque anni di dibattito e caratterizzata da significative novità – quali strumenti di tutela del consumatore incisivi, uniformi, di massima armonizzazione – ma coglie l’occasione per realizzare una riforma più ampia, che incida non solo sulla trasparenza e correttezza dei comportamenti con la clientela, ma anche sulla disciplina degli intermediari non bancari e dei loro canali distributivi<sup>13</sup>. Le autorità creditizie hanno inquadrato la riforma nel conseguimento degli obiettivi cui deve tendere la regolamentazione finanziaria anche nel settore dell’intermediazione non bancaria, ovvero l’*efficienza* del sistema finanziario, la sua *stabilità e integrità*.

In tale ottica apparve fondamentale assicurare la presenza di operatori finanziari professionalmente idonei, patrimonialmente solidi e adeguati dal punto di vista organizzativo; nonché predisporre la possibilità di canali distributivi diversificati, al fine di favorire anche la concorrenza nel settore, con l’ingresso di soggetti muniti di adeguate competenze e affidabilità dei comportamenti; essenziale ancora apparve statuire adeguate regole di tutela della clientela, assistite da un sistema di *enforcement*.

Il plesso normativo del Titolo V del t.u.b. costituito dagli artt. 106-114, così come risulta dalle innovazioni imposte dal decreto 141/2010 (e successive modifiche), si apre pertanto con una nuova versione rispetto al passato dell’art. 106 (intitolato) “Albo degli intermediari finanziari”, che è dedicato all’enunciazione delle attività, il cui esercizio nei “confronti del pubblico” è riservato agli intermediari finanziari autorizzati<sup>14</sup>, ai sensi del successivo art. 107 e iscritti in un apposito albo, nonché ad elencare le altre attività che questi possono esercitare.

<sup>13</sup> Critico sui contenuti eterogenei del d.lgs. n. 141/2010 è GORGONI, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al Capo II Titolo VI TUB, novellato dal titolo I del d.lgs. n. 141 del 2010*, in *Giur. merito*, 2011, p. 323 ss.

<sup>14</sup> Per un Commento si veda, PORZIO BELLI LOSAPPIO RISPOLI FARINA SANTORO, (a cura di) *Testo Unico bancario. Commentario, Addenda di Aggiornamento*, Giuffrè, Milano, 2010,

In particolare, sulle modifiche al titolo V (Soggetti operanti nel settore finanziario) introdotte dall’art. 7 del decreto 141, v. GRECO, *Commento*, pp. 23-44. <sup>25</sup> Si veda inoltre SZEGO, *Audizione del titolare della divisione normativa primaria. Normativa e politiche di vigilanza della Banca d’Italia, Senato della Repubblica, Roma, 7 luglio 2010*, in [www.bancaditalia.it/media/notizie/szego-080710](http://www.bancaditalia.it/media/notizie/szego-080710), p. 10.



La nuova formulazione della norma prevede, come oggetto di attività riservata, la “attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma” e sancisce poi, la possibilità, per gli intermediari iscritti nell’albo, di prestare servizi di pagamento, se autorizzati e iscritti nel relativo albo (art. 114-*novies*, co. 4), nonché di prestare servizi di investimento, se autorizzati ai sensi dell’art. 18, co. 3 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

Inoltre, ai soggetti iscritti è consentito di svolgere altre attività, su previsione di legge, nonché attività connesse e strumentali, nel rispetto delle disposizioni da emanare a cura della Banca d’Italia.

Come in passato, spetta ancora al Ministro dell’economia e delle Finanze, sentita la Banca d’Italia, dare contenuto alla previsione dell’art. 106, co. 1, individuando il contenuto della “attività di concessione di finanziamenti”, nonché in quali circostanze ricorra l’esercizio “nei confronti del pubblico”<sup>15 16</sup>.

Rilevante appare, quindi, l’ampliamento della sfera di attività degli intermediari iscritti nell’albo dell’art. 106, così da comprendere lo svolgimento di servizi finanziari di recente introdotti, o riformulati, nell’ottica concorrenziale che ispira la disciplina comunitaria che riguarda, per esempio, altri intermediari, come i nuovi Imel e gli Istituti di pagamento.

Il nuovo art. 107 sancisce la sparizione dell’albo speciale tenuto dalla Banca d’Italia (e il sistema “a cerchi concentrici” che dal 1991 contraddistingueva gli intermediari finanziari del t.u.b.). Abrogata risulta anche la sezione dell’elenco generale prevista dall’art. 113, in cui andavano iscritti i soggetti che non svolgessero prevalentemente attività nei confronti del pubblico, mentre viene ora previsto che sia la Banca d’Italia a tenere l’elenco previsto

---

<sup>15</sup> Il nuovo provvedimento non è stato ancora emanato. L’art. 3 del d.m. n. 29 del 2009, emanato sulla base della previgente disciplina, per attività di finanziamento sotto qualsiasi forma intendeva la concessione di crediti, compresi il rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma. Comprendevo altre forme di finanziamento, tra cui il *credito al consumo*, così come definito dall’art. 121 t.u.b., fatta eccezione per la dilazione di pagamento del prezzo svolta da soggetti autorizzati alla vendita di beni e servizi nel territorio della Repubblica.

<sup>16</sup> La sofferta modifica dell’art. 106 non è si conclusa con il d.lgs. n. 141, giacché, con il recente d.lgs. 16 aprile 2012, n. 45, di attuazione della direttiva 2009/110/CE, concernente l’esercizio dell’attività e la vigilanza prudenziale sugli Istituti di moneta elettronica (Imel), la disciplina è stata ulteriormente modificata e, in virtù di una disposizione contenuta nell’art. 2 del decreto, gli intermediari dell’art. 106 possono, oltre alle attività già elencate, di cui al co. 1: emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento (se autorizzati ai sensi dell’art. 114-*quinquies*, co. 4, e iscritti nel relativo albo), oppure prestare solo servizi di pagamento se autorizzati ai sensi dell’art. 114-*novies*, co. 4, e iscritti nel relativo albo; prestare servizi di investimento nelle forme e modalità già previste; esercitare le altre attività consentite dalla legge, nonché attività connesse e strumentali, così come precisato dalla Banca d’Italia, con apposite disposizioni.

dall'art. 111 e vigilare sul rispetto da parte degli iscritti della disciplina cui essi sono sottoposti anche ai sensi dello stesso art. 111, co. 5.<sup>17</sup>

La scelta del legislatore è quindi rivolta a ridurre ad unità le attività riservate e a considerare irrilevante l'attività di finanziamento se non esercitata nei confronti del pubblico, creando un'unica categoria (nuova) ed un unico (nuovo) albo, che presenta regole, più intense e rigorose delle precedenti, e che sono fortemente ispirate a quelle delle banche.

Il nuovo art. 107 è infatti con tutta evidenza formulato sulla falsariga dell'art. 14 t.u.b. che regola l'autorizzazione all'attività bancaria, di cui replica numerosi elementi, come il riferimento alla necessità del programma di attività, della valutazione della "sana e prudente gestione", anche se non è riprodotta la norma che, come il co. 3 dell'art. 14, prescrive l'impossibilità di dar corso all'iscrizione della società nel registro delle imprese in mancanza dell'autorizzazione.

Con una modifica all'art. 107 del t.u.b. si chiarisce che, ai fini dell'iscrizione nell'albo degli intermediari finanziari (e nell'elenco degli operatori del microcredito), le forme giuridiche richieste agli enti sono quelle di società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperativa per azioni a responsabilità limitata. Di conseguenza, ai fini del rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria, anche gli esponenti aziendali del richiedente debbono possedere specifici requisiti di professionalità, indipendenza e onorabilità (richiesti, dunque, non solo per gli azionisti di controllo o per i soggetti che esercitino un'influenza notevole sulla società).

In sostanza, si assiste a un forte cambiamento, con il passaggio dalla mera "iscrizione" nel vecchio elenco speciale ad una "autorizzazione" all'esercizio dell'attività, e nel contempo avviene il *progress* degli intermediari finanziari iscritti all'elenco speciale verso un ampliamento operativo sia sul fronte della raccolta che delle attività esercitate. La portata innovativa del nuovo art. 107 è segnalata dalla Relazione illustrativa al decreto 141/2010, laddove si pone l'accento sulla introduzione di "un vero regime autorizzativo".

È di indubbia evidenza il processo di "bancarizzazione" degli intermediari finanziari, come si evince dal regime della vigilanza previsto dall'art. 108, che rafforza i precedenti

---

<sup>17</sup> Per l'espletamento di tali compiti, i poteri di cui ai commi 1, 2 e 3 spettanti alla Banca d'Italia, sono invece attribuiti ad apposito organismo, solo quando il numero di iscritti nell'elenco è sufficiente per consentirne la costituzione.

poteri ispettivi e informativi, incrementando la vigilanza regolamentare con “poteri di convocazione degli organi aziendali e di adozione di provvedimenti specifici” previsti al co. 3 dell’art. 55 per le banche. Con altre novità, introdotte dal d.lgs. n. 169/2012, si specifica, altresì, che tra i poteri di vigilanza regolamentare della Banca d’Italia rientra anche l’emanazione di disposizioni concernenti il governo societario, i sistemi di remunerazione e di incentivazione degli intermediari abilitati; tra i provvedimenti specifici che può adottare l’autorità è annoverato anche, con riferimento a strumenti finanziari computabili nel patrimonio a fini di vigilanza, il divieto di pagare interessi.

E, ancora, i nuovi artt. 109 e 110 hanno come falsariga la disciplina bancaria, quando introducono la nozione di “gruppo finanziario” e poteri di vigilanza su base consolidata. Come per il gruppo Sim, la definizione del gruppo finanziario si ispira a quella dell’art. 60 del t.u.b. e ricalca una logica “residuale”<sup>18</sup>. L’art. 110 chiude il cerchio con un rinvio a numerose disposizioni dettate per le banche. Si tratta degli artt. 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 47, 52, 61, co. 4 e 5, 62, 63, 64, 78, 79 e 82. Norme che concernono le partecipazioni al capitale delle banche, i requisiti di onorabilità dei partecipanti, di onorabilità, professionalità ed indipendenza degli esponenti aziendali, la vigilanza informativa e gli obblighi di comunicazione del collegio sindacale; la disciplina dei gruppi bancari e la gestione delle crisi aziendali (Provvedimenti straordinari e accertamento giudiziale dello stato di insolvenza).

La Relazione al decreto enfatizza il potenziamento dei controlli e della vigilanza dei soggetti iscritti all’albo, per realizzare un regime di vigilanza equivalente a quello delle banche. Tuttavia l’art. 108, ult. co., dispone che la Banca d’Italia osservi “criteri di proporzionalità”, con riguardo alla complessità operativa, dimensionale e organizzativa degli intermediari, nonché alla natura specifica dell’attività svolta. Altre disposizioni, dettate per la banche possono applicarsi ai nuovi intermediari dell’art. 106, “in quanto compatibili”, lasciando quindi spazio all’interprete e all’operatore finanziario.

Infine, *last but not least*, assumono particolare rilievo gli artt. 113-*bis* e 113-*ter*, particolarmente dedicati a fenomeni di crisi aziendale, in base ai quali sono previste la

---

<sup>18</sup> Mette conto segnalare che, per effetto delle modifiche da ultimo recate dal d.lgs. n. 169/2012 si amplia il novero dei gruppi da assoggettare all’esercizio della vigilanza consolidata della Banca d’Italia: si stabilisce che la società capogruppo possa essere, oltre alle ipotesi già individuate dal d.lgs. n. 141/2010, sia un intermediario finanziario che una società finanziaria. All’interno del gruppo è poi prevista anche la possibilità che vi sia una banca extracomunitaria.

sospensione degli organi amministrativi e di controllo e la revoca dell'autorizzazione: si tratta di una forma di "commissariamento dell'intermediario" i cui presupposti – gravi irregolarità nell'amministrazione o gravi violazioni legislative, amministrative o statutarie, nonché ragioni di urgenza – richiamano la disciplina della gestione provvisoria della banca prevista dall'art. 76 t.u.b., esplicitamente richiamato per il rinvio ai co. 2 e 4 di tale norma.

Ai sensi dell'art. 113-ter, infine, la Banca d'Italia può revocare l'autorizzazione, con conseguente scioglimento e liquidazione della società, in presenza di presupposti che ripercorrono quelli della liquidazione coatta amministrativa delle banche.

La procedura, di liquidazione coatta amministrativa, di cui all'art. 80 t.u.b. si applica, tuttavia, soltanto quando gli intermediari finanziari siano stati autorizzati a prestare servizi di investimento oppure abbiano acquisito fondi con obbligo di rimborso per un ammontare superiore al patrimonio netto o sia stato accertato lo stato di insolvenza ai sensi dell'art. 82, co. 1<sup>19</sup>.

In virtù del nuovo contesto normativo, che segna il forte avvicinamento della disciplina degli intermediari finanziari alla rigorosa disciplina dettata per le banche, appare logico che l'esercizio del credito ai consumatori appannaggio *in primis* delle banche sia consentito agli intermediari disciplinati dal Titolo V. Essi rientrano a pieno titolo nella figura del *finanziatore delineata* dall'art. 121, co. 1, lett. f), t.u.b., e definito come: "un soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito".<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> A concludere il novero dei soggetti (non rientranti i quelli previsti dall'art. 106) va precisato che il nuovo art. 112 disciplina i confidi, le "casse peote" e le agenzie di prestito su pegno, sottoponendo i primi e i terzi alle stesse regole degli intermediari, e i secondi a quelle degli operatori del microcredito. Le novità rilevanti per i confidi vedono la previsione un organismo di autoregolamentazione, cui i confidi devono necessariamente iscriversi previa valutazione di una serie di requisiti oggettivi e soggettivi. Se il volume di attività supera una certa soglia, scatta per essi l'obbligo di chiedere l'autorizzazione del nuovo art. 106 t.u.b. Le "casse peote" vengono attratte alla disciplina del microcredito, e iscritte in una separata sezione dell'elenco per gli operatori del microcredito, mentre le agenzie di prestito su pegno sono sottoposte alla disciplina del 106, ferma la possibilità, da parte della Banca d'Italia, di escludere l'applicazione di talune disposizioni previste per gli intermediari finanziari. Gli intermediari finanziari non sottoposti al regime dell'art. 106, non possono esercitare le operazioni di credito ai consumatori.

<sup>20</sup> PORZIO, *Note sparse*, in *Addenda*, cit., p. 105, pone il problema se nuovi intermediari, quali gli istituti di pagamento (art. 114 -undecies) o le imprese di investimento (art. 23, co. 5 t.u.f.) possano esercitare il credito ai consumatori.

4. La disciplina innovata del credito al consumo va letta alla luce di una saliente altra novità introdotta dal d.lgs. n. 141/2010. Particolare rilievo, infatti, assume il sistema dei controlli in materia di correttezza e trasparenza predisposto anche per il credito al consumo dall'art. 127 del t.u.b. La norma, introdotta dal d.lgs. n. 141/2010, aggiunge alle finalità elencate dall'art. 5 la "trasparenza delle condizioni contrattuali" e la "correttezza dei rapporti con la clientela", superando il limite costituito dal non aver considerato il legislatore testunificatore del 1993 l'opportunità di inserire la tutela della clientela bancaria tra gli obiettivi dichiarati dell'azione di vigilanza. In senso analogo si ponevano, infatti, sia il Testo unico della finanza, che considerò tra le finalità della vigilanza "la trasparenza e la correttezza dei comportamenti e la" tutela degli investitori", sia il Codice delle assicurazioni.

Non vi è, allo stato, unanime consenso tra gli interpreti della nuova disciplina, in merito all'inserzione di tale finalità nel contesto del Titolo VI, anziché direttamente nell'art. 5 del t.u.b., a completamento e quindi sullo stesso piano delle finalità in tale norma enunziate.

Si può rilevare che diversamente dai profili richiamati nell'art. 5, con riguardo ai quali l'interesse del cliente è perseguito in via indiretta, in quanto dalla sana e prudente gestione della banca può derivare una maggior tutela degli interessi del cliente <sup>21</sup>, la nuova norma pone in primo piano la tutela del cliente in ambiti quali la correttezza e la trasparenza <sup>22</sup> e quindi rafforza tali obiettivi, non subordinandoli ad altri, ma imponendo un contemperamento degli stessi.

In merito agli strumenti di supervisione il modello è quello della vigilanza tripartita, articolata nella forma di vigilanza regolamentare, informativa ed ispettiva nell'ambito della quale assumono estrema importanza le disposizioni emanate dalle autorità creditizie <sup>23</sup>. Possono ricordarsi tra i molti poteri quelli previsti dall'art. 123, co. 2, in tema di caratteristiche delle informazioni da includere negli annunci pubblicitari e di modalità della loro divulgazione; quelli indicati all'art. 124-*bis*, co. 3, in materia di verifica del merito

---

<sup>21</sup> La tutela della clientela veniva inclusa nell'ambito della finalità di vigilanza, in via mediata, come riflesso del perseguimento degli obiettivi di sana e prudente gestione dell'intermediario ed i competitività del sistema, si veda BASSO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nel T.u.b.*, in GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Milano 2008, p. 857.

<sup>22</sup> URBANI ritiene opportuno l'inserimento della tutela del cliente direttamente nell'art.5 del t.u.b., in *La vigilanza sui soggetti esercenti il credito ai consumatori*, in B.B.T.C., 2012, I, p. 450.

<sup>23</sup> Si possono annoverare ben otto deleghe regolamentari alla Banca d'Italia, in conformità alle delibere del CICR, ma su proposta della stessa Banca d'Italia, più cinque direttamente al Comitato e due al Ministro dell'Economia e delle finanze.

creditizio; quelli dell'art. 125-*septies*, circa l'informativa da fornire al cliente in caso di cessione del credito.

Tra le disposizioni di natura amministrativa, finora emanate dalle autorità creditizie, assumono particolare rilievo quelle relative all'assetto organizzativo dell'intermediario finanziatore, che si inquadrano nelle disposizioni previste dall'art. 53, co. 1, lett. *d*) per le banche e dal nuovo art. 108 per gli intermediari finanziari iscritti nell'albo del 106, ma enunciati in modo specifico per la prima volta nella disciplina di legge della trasparenza con l'inserimento del co. 01 nell'art. 127, così che possono essere “dettate anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni”.

La Banca d'Italia ha dedicato al tema molta attenzione prevedendo procedure interne per assicurare alla clientela la comprensibilità delle caratteristiche delle operazioni e dei rischi ad esse collegati. La funzione di *compliance* ha assunto un ruolo sempre più crescente e le procedure richieste sono improntate al criterio di proporzionalità secondo un criterio che sta connotando costantemente l'azione della vigilanza, le cui prescrizioni necessitano una adeguata formalizzazione, nonché di essere periodicamente valutate per verificarne la adeguatezza ed efficacia.

Nel settore del credito ai consumatori si conferma così una generale tendenza dell'ordinamento della finanza, inteso a valorizzare, accanto al rispetto delle regole tecnico-patrimoniali, il ruolo dell'assetto organizzativo e dei presidi di autocontrollo. Le disposizioni della Banca d'Italia, ai fini della periodica verifica hanno previsto il coinvolgimento della funzione di conformità o, in sua assenza, dell'*internal audit* per svolgere le opportune verifiche e riferire agli organi aziendali periodicamente o quantomeno quando risultino gravi carenze.

5. A completare queste brevi considerazioni sul tema oggetto del presente contributo, va precisato che il quadro normativo del credito al consumo, è completato da un ulteriore sistema di controlli previsti dall'art. 128<sup>24</sup> t.u.b. che, a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 141, detta norme volte ad individuare le autorità competenti ad effettuare controlli

---

<sup>24</sup> Si veda URBANI, *op cit.* p., 447, per il quale i poteri di “controllo” conferiti alle autorità non si limitano ad una verifica *ex post* del rispetto di norme comportamentali, ma si estrinsecano in una vera e propria attività di vigilanza. Così anche PORTOLANO, *Commento all'art. 128*, in COSTA (a cura di), *COMMENTO al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1517 ss.

finalizzati a verificare il rispetto delle disposizioni del Titolo VI del t.u.b.

La semplificazione normativa introdotta consente di individuare nella Banca d'Italia la competenza nei confronti degli intermediari soggetti alla sua vigilanza (oltre che delle banche, quindi degli intermediari finanziari). Resta ferma la competenza del CICR per individuare i soggetti responsabili per effettuare i controlli previsti dal co. 1 che riguardano il potere di acquisire informazioni, atti e documenti, nonché di eseguire ispezioni presso le banche e gli intermediari finanziari e per l'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal successivo art. 144, co. 3, 3-*bis* e 4. Tradizionalmente il rapporto tra i poteri *ex* art. 128 e i più generali poteri di vigilanza informativa ed ispettiva di cui agli artt. 51 e 54 t.u.b. e – ora direi – degli artt. 108 e 109, era stato ricostruito in termini di specialità dei primi rispetto ai secondi. Non può dirsi che tale conclusione possa dirsi superata per effetto della esplicita previsione, nell'art. 127, delle finalità di trasparenza e correttezza quali finalità autonome delle autorità creditizie nell'esercizio di poteri di cui al Titolo VI, finalità ormai poste sullo stesso piano e non più in rapporto di strumentalità rispetto a quelle indicate nell'art. 5 del t.u.b.

Per quanto concerne l'ampiezza dei controlli si discute se debbano intendersi estesi alla disciplina in tema di pubblicità, e non anche alle disposizioni in materia di contratti, in quanto il d.lgs. n. 141 ha introdotto una nuova fattispecie di illecito che punisce in via amministrativa la violazione delle norme concernenti la trasparenza aventi ad oggetto il contenuto contrattuale (si veda, in particolare, l'art. 144, co. 3-*bis*). Non escluderei l'applicazione delle due forme di tutela.

Va precisato anche che, a rafforzare i poteri di cui all'art. 128, è stata disposta una tutela sanzionatoria amministrativa pecuniaria, ai sensi dell'art. 144, co. 4, in virtù del quale è sanzionabile l'esponente o il dipendente che non osservi le disposizioni contenute nell'art. 128 o ostacoli l'esercizio di funzioni delle funzioni da esso previste.

Il quadro della disciplina che si è cercato di evidenziare appare rafforzare, nel suo insieme, la posizione del consumatore nelle operazioni di credito al consumo: presidi di maggiore trasparenza e obblighi di conoscenza del cliente che echeggiano la formula del "Know your customer" si sono introdotti nell'ambito dell'ordinamento bancario, avvicinandolo alla disciplina degli altri mercati finanziari. Sicuramente si sono fatti molti passi in avanti.

## Profili di costruzione della tutela dell'utente del servizio socio sanitario

di Maria Alessandra Stefanelli

**SOMMARIO: 1. La identificazione dell'utente del servizio socio sanitario. - 2. Gli strumenti di tutela diretta ed indiretta dell'utente. - 2.1. Segue: La tutela diretta (strumenti di tutela giurisdizionale). - 2.2. Segue: La tutela indiretta (strumenti di composizione e strumenti di tutela endo-organizzativa). - 3. La misurazione dell'efficacia del servizio socio sanitario come strumento di tutela dell'utente: criticità. - 4. Osservazioni conclusive.**

### *1. La identificazione dell'utente del servizio socio sanitario*

Più che in altri settori, l'identificazione dell'utente del servizio socio sanitario è resa complicata dalla mancanza, all'interno del nostro ordinamento giuridico, di una definizione normativa nazionale chiara e definita.

Difficoltà accentuata dalla prassi consolidata e peculiare dei servizi socio-sanitari di considerare utente non solo il diretto beneficiario delle prestazioni, ma anche i suoi familiari e altri *stakeholders*.

L'identificazione giuridica dell'utente è peraltro resa complessa e difficile dalla mancanza di un *corpus* normativo organico di norme dedicato alla integrazione socio sanitaria nel nostro Paese, potendosi invero rintracciare isolate indicazioni normative di esso all'interno della normativa sanitaria, in particolare per quanto riguarda la determinazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) che devono essere garantiti dal Servizio Sanitario Nazionale. Nella normativa che disciplina il servizio sociale, invece, possono evidenziarsi richiami all'integrazione tra servizi sociali e servizi sanitari o all'erogazione di prestazioni economiche che consentano agli utenti dei servizi socio sanitari che versano in condizioni economiche disagiate, di sostenere le dovute quote di contribuzione alle prestazioni.

Entrambi i sistemi normativi sanitario e sociale hanno raggiunto un ampio grado di maturità giuridica, mentre non pare potersi affermare altrettanto per le prestazioni socio sanitarie, regolate da una congerie lacunosa, disomogenea e frammentata di disposizioni nazionali e regionali.

Da una normativa che potremmo definire, "residuale".



È infatti stato correttamente affermato che tra servizi sanitari e servizi sociali esiste “una vasta zona comune”, nel senso che “non c’è problema sanitario adeguatamente approfondito e affrontato che non debba fare i conti con il contesto socio economico, familiare, sociale del paziente, sia per il fatto che una quota non trascurabile di difficoltà (all’origine) squisitamente sociali si risolvono, nelle fasi più acute, in vere e proprie patologie o finiscono per trasferirsi sui servizi sanitari generandone una, talvolta impropria, domanda aggiuntiva”<sup>25</sup>.

La scarsa attenzione dedicata dal legislatore al settore appare poi del tutto singolare se si pensa che esso fa parte, con la sanità e la previdenza, dell’area della protezione sociale che in Italia sfiora nel 2011 il 30% del Pil, il cui ammontare per abitante supera i 7.700 euro l’anno<sup>26</sup>: in particolare, cresce nel 2011 la spesa “per l’assistenza sociale gestita dai comuni in rapporto al Pil, passando dallo 0,39 % del 2003 allo 0,46 % nel 2009. In termini assoluti ammonta a 7 miliardi di euro, con un valore medio pro capite pari a 115,9 euro”<sup>27 28</sup>.

<sup>25</sup> M. CAMELLI, *Presentazione, a Terzo settore e servizi socio sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, a cura di C. BOTTARI, Torino, 2013, p. IX, che osserva “Ma che da questa contiguità derivi una integrazione tra le due categorie di servizi è tutto da vedere. Intanto, integrare sistemi con ordini di grandezza così sbilanciati, non solo sul piano delle risorse finanziarie, delle strutture del personale ma anche, almeno sino a pochi anni fa, sul piano culturale e professionale (cioè in definitiva, della piena legittimazione), è una scommessa difficile da vincere perché nella maggior parte dei casi la questione si risolve nella semplice “annessione” della realtà più fragile da parte di quella più strutturata”.

<sup>26</sup> Il Sistema europeo delle statistiche integrate della protezione sociale – Sespros -, coerentemente con il Sistema europeo dei conti nazionale – Sec 95- definisce “la spesa per la protezione sociale come i costi a carico di organismi pubblici o privati per l’insieme degli interventi intesi a sollevare le famiglie dall’insorgere di rischi o bisogni, purché ciò avvenga in assenza, da parte dei beneficiari, sia di una contropartita equivalente e simultanea sia di polizze assicurative”: si veda ISTAT, protezione sociale, [http://noi-italia.istat.it/index.php?id=6&user\\_100ind\\_pi1%5Buid\\_categoria%5D=18](http://noi-italia.istat.it/index.php?id=6&user_100ind_pi1%5Buid_categoria%5D=18), in cui è segnalato altresì che “Nel 2011, la spesa per prestazioni di protezione sociale (che rappresenta il 95,8 per cento della spesa complessiva) è dedicata per oltre la metà alla funzione “vecchiaia (51,9%), mentre la parte rimanente si distribuisce tra malattia/salute (25,1), “superstiti” (9,3), “invalidità” (5,8), “famiglia” (4,6), e “disoccupazione” e “altra esclusione sociale” (3,3)”.

<sup>27</sup> Si rinvia a ISTAT [http://noi-italia.istat.it/index.php?id=6&user\\_100ind\\_pi1%5Buid\\_categoria%5D=18](http://noi-italia.istat.it/index.php?id=6&user_100ind_pi1%5Buid_categoria%5D=18).

<sup>28</sup> Sulle funzioni sociali delle relazioni di assistenza e le nuove forme di povertà si rinvia, per tutti, a S. PAUGAM, *Le forme elementari della povertà*, Bologna, 2013, spec. p. 59 e p. 115 ss. Va altresì ricordato che lo stesso concetto dell’esistenza di un diritto in capo ai cittadini a ricevere dallo Stato una “assistenza” è “coevo al sorgere dello Stato moderno”: esso infatti è “espresso nelle Costituzioni della Francia rivoluzionaria (costituzione del 1791, tit. I; Dichiarazione girondina dei diritti, art. 24; Costituzione giacobina 1793, art. 219)”, in cui “la funzione assistenziale rappresenta la sintesi dell’attività sociale dello Stato” che riconosce come pre-esistente all’apparato pubblico “il riconoscimento del diritto alla vita e sulla natura morale del bene sociale, il diritto alla assistenza è un postulato di ogni ordinamento che faccia suoi questi principi”. Lo Stato moderno, come è noto, inizia ad occuparsi di attività tradizionalmente riservate ai privati e alla Chiesa, potendosi anzi sostenere che “la funzione assistenziale dei poteri pubblici sorge come una conseguenza di quell’intima collaborazione fra autorità ecclesiastiche e laiche, che distingue la società

In via preliminare è opportuno ricordare che solo con l'evolversi della forma di Stato, da Stato di diritto a Stato di polizia<sup>29</sup>, e successivamente in Stato sociale di diritto<sup>30</sup> e in *Welfare State*, la rilevanza *sociale* dell'intervento pubblico diviene centrale, potendosi affermare che *“mentre lo Stato di diritto può esistere in quanto Stato legale e democratico, anche in difetto di ogni connotazione in senso sociale, lo Stato sociale di diritto presuppone necessariamente il primo dal quale ripete il proprio titolo di legittimazione e fondazione”*<sup>31</sup>.

Il soggetto pubblico diviene allora il luogo eletto deputato alla tutela delle libertà e alla soddisfazione delle esigenze dei cittadini<sup>32</sup>, in un nesso di ideale continuità che si sviluppa parallelamente all'evolversi del concetto stesso di diritti inviolabili e di cittadinanza.

A ben vedere in effetti, la linea di continuità che esiste tra evoluzione storica<sup>33</sup> delle forma di Stato e maturazione della concezione dei diritti inviolabili della persona e del cittadino, evidenzia il fatto che essi rappresentano due facce della stesse medaglia: all'interno di questa

*medievale e che attribuì carattere giuridico ai rapporti nati all'inizio come esclusive manifestazioni di pietà religiosa”*, così A. LA SPINA, *La protezione sociale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, p. 823. Per quanto concerne il nostro ordinamento giuridico, in esso sono assenti forme omogenee di intervento legislativo in materia di assistenza sino alla emanazione della Legge sulle Opere pie del 1862, e della notissima Legge Crispi del 17 luglio 1890 n. 6972 in cui appare già evidente la dicotomia che caratterizza oggi il nucleo centrale del concetto di assistenza sociale, che non poteva all'epoca, né può oggi essere considerata separatamente dalla prestazione del servizio sanitario, almeno non in via ed in termini assoluti.

<sup>29</sup> Per tutti il rinvio è, naturalmente, a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, e *Il pubblico potere*, Bologna, 1986. Il termine “Stato di polizia” fa riferimento al “modello illuminato di Federico il Grande di Prussia, e quindi nella nota accezione di Stato il quale si prende cura della Polis”, così R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, voce in *Digesto Disc. Pubbl.*, Torino, 1990, p. 517, nota (11), che rinvia alle osservazioni di Von Stein, che profeticamente osservava che “è l'amministrazione il criterio in base al quale si deve giudicare la concezione sociale della classe dominante, ossia la capacità della stessa dello Stato di sapere fornire risposte positive alle aspettative dei cittadini”.

<sup>30</sup> Come noto, “Se lo Stato di diritto si presenta e si configura come quel soggetto cui è naturalmente conferito l'esercizio di funzioni in senso proprio, lo Stato sociale si qualifica, invece, per il suo più o meno esteso intervento nel sociale, nel senso che sarà l'attività amministrativa di prestazione a dare una risposta positiva alle aspettative dei cittadini in connessione con i più evoluti e sofisticati bisogni che emergono, e quasi si affollano in modo dirimpante e disorganico, nelle società complesse del capitalismo maturo”, così R. FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 517, che prosegue osservando come “la dottrina costituzionalistica e amministrativistica più attenta individuava, già nel secolo scorso, proprio nella pubblica amministrazione il soggetto deputato a rendere possibile, da parte del governo illuminato, la promozione e la tutela dei bisogni sociali dei cittadini”.

<sup>31</sup> R. FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 516, che osserva come lo stesso Stato sociale si “qualifica, per il suo più o meno esteso intervento nel sociale, nel senso che sarà l'attività amministrativa di prestazione a dare una risposta positiva alle aspettative dei cittadini in connessione con i più evoluti e sofisticati bisogni che emergono, e quasi si affollano in modo dirimpante e disorganico, nelle società complesse del capitalismo maturo”.

<sup>32</sup> “A conferma del fatto che, già nel contesto del nascente Stato amministrativo, i diritti sociali venivano concepiti come il coerente e necessario e completamento di quelli di libertà, secondo logiche di integrazione e di correlazione anziché di autonomia e di contrapposizione”, così R. FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 517.

<sup>33</sup> Fondamentale il rinvio a A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, voce in *Enc. Giur.*, Roma, 1991, p. 1.

evoluzione, e forse espressione più significativa di essa, si colloca l'assunzione da parte del soggetto pubblico della erogazione di servizi di assistenza pubblica alla comunità.

Come noto, più di recente la stessa Carta sociale europea riveduta a Strasburgo nel 1996 parla “*sia di sicurezza sociale... sia di diritto alla protezione delle salute, diritto all'assistenza sociale e medica (riferito a persone che non dispongono di risorse – proprie o derivanti da un regime di sicurezza sociale – sufficienti), di diritto ad usufruire di servizi sociali, di un diritto delle persone anziane ad una protezione sociale, di un diritto alla protezione contro la povertà e l'emarginazione sociale*”<sup>34</sup>, mentre la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 22) “*proclama ancor più nettamente in capo ad ogni individuo, in quanto membro della società, un diritto alla sicurezza sociale, da intendersi come libertà dal bisogno*”<sup>35</sup>.

Il *bisogno* rappresenta dunque una sottile linea concreta ed al tempo stesso giuridica ed amministrativa, che delimita ed attiva l'intervento pubblico a sostegno del soggetto debole.

In realtà esso assume condizione pre-giuridica, ed anzi potremmo dire, meta-giuridica che è posta a fondamento non solo della erogazione del servizio socio sanitario, sebbene in esso assuma una valenza del tutto specifica e particolare significatività, ma della stessa erogazione di ogni tipo di prestazione pubblica o privata all'interno del sistema sociale.

Può essere interessante segnalare, sempre in via di premessa a questo studio, come il concetto di “bisogno” sia da tempo oggetto non solo della riflessione giuridica ma anche della riflessione economica.

In particolare esso è declinato negli studi economici principalmente in relazione alle più ampie e vaste tematiche relative alla salute, ove è individuato come bisogno umano (*need*).

In via del tutto sintetica e certamente non esaustiva, possiamo ricordare che alla nozione di “bisogno” umano, inteso come esigenza cui l'individuo, o gruppo di individui, fa fronte mediante il consumo di beni e servizi, si riferisce l'economia neoclassica<sup>36</sup> e il pensiero libertario, sia nella sua espressione radicale sia nella sua espressione etica .

Lo stesso concetto di bisogno si innesta poi su un ulteriore concetto, che si evidenzia sempre più chiaramente nel tempo, e cioè la stretta correlazione tra l'esistenza di un bisogno e l'evolversi del comportamento umano.

In particolare, la distinzione tra *need* e *wants*, in cui i primi derivano da esigenze oggettive di autonomia, sopravvivenza, benessere e interazione sociale, mentre i secondi sono desideri e aspirazioni soggettive condizionati culturalmente, è oggetto di studi di scienza economica,

<sup>34</sup> A. LA SPINA, *La protezione sociale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Sabino Cassese, Milano, 2003, p. 829-830.

<sup>35</sup> A. LA SPINA, *op. ult. cit.*, p. 825.

<sup>36</sup> A. MARSHALL, *Principi di economia*, trad. it., Torino, Utet, 1972, prima ed. 1890; V. PARETO, *Manuale di economia politica*, trad. it., Milano, Egea, 2006, prima ed. 1906; F. Y. EDGEWORTH, *Writings in probability, statistics and economics*, McCann Jr. ed., Cheltenham, Brookfield Elgar, 1996.

in particolare ad opera di Rawls, il quale sottolinea come “i bisogni (*needs*) sono differenti dai desideri, dalle voglie e dalle inclinazioni. I bisogni dei cittadini sono obiettivi in un modo in cui i desideri non lo sono; vale a dire, essi esprimono esigenze di persone con interessi di ordine superiore che hanno un certo ruolo e posizione sociale. Se queste esigenze, non sono soddisfatte, le persone non possono mantenere il loro ruolo o condizione o perseguire i loro fini essenziali”<sup>37</sup>.

La distinzione tra *need* e *wants* può essere assunta a fondamento di un diverso approccio scientifico al tema dello sviluppo umano e, indirettamente, potremmo dire, anche al significato economico stesso della protezione sociale: essa diviene peraltro più sfumata nel momento in cui il concetto di “bisogno” incorpora elementi di tipo relazionale<sup>38</sup>, in considerazione del differente contesto economico e sociale nel quale l’individuo vive ed opera.

Amartya Sen affronta il tema del meccanismo di formazione dei bisogni soprattutto in relazione ai *wants*, riconoscendo le complesse motivazioni che contraddistinguono il singolo individuo e l’influenza del contesto sociale in cui egli vive<sup>39</sup>, segnalando la esistenza, accanto a *needs* e *wants*, anche di necessità (*basic needs*), di carenze (*basic wants*), di aspirazioni (*upper wants*), e persino di desideri irragionevoli o capricci (*whims*), facendo così venire meno il paradigma fondamentale dell’assunto utilitaristico: in particolare la distinzione tra “*needs*” e “*wants*”, ove i primi rappresentano la formalizzazione di esigenze oggettive di sopravvivenza e benessere e interazione sociale, mentre i secondi rappresentano desideri o aspirazioni soggettive condizionati culturalmente<sup>40</sup>, può essere assunta alla base per la elaborazione di un diverso approccio scientifico al tema dello sviluppo umano, e, indirettamente, potremmo dire, anche al significato economico stesso della protezione sociale.

Normativamente, a livello nazionale, il concetto di “bisogno” è esplicitamente affermato nella legge n. 328 dell’8 novembre 2000, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrati di*

<sup>37</sup> J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it., Milano, 1982, pp. 217-18.

<sup>38</sup> J. A. GEORGESCU-ROEGEN, *Analytical Economics: Issues and Problems*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1966.

<sup>39</sup> A. SEN, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, analizza, tra l’altro, le tematiche connesse ai *basic needs*, posti in relazione ai cd. *functionings* (Amartya Sen utilizza tale espressione con riferimento a “*stati di essere e di fare*”, intesa ad es. come essere adeguatamente nutriti, l’avere il rispetto di sé, essere in buona salute) e alle *capabilities* (intese invece come abilità, possibilità concreta di raggiungere gli obiettivi di vita e sociali desiderati), sottolineando la centralità di un processo di apprendimento volto ad acquisire una consapevolezza di sé e delle potenzialità da raggiungere anche tramite la soddisfazione di bisogni più evoluti ed alti rispetto alla sopravvivenza.

<sup>40</sup> DEWEY, 1939; MASLOW, 1954; BOULDING, 1966; KAPP, 1976; SEN, 1985; LUTZ e LUX, 1988; BRAYBROOKE, 1987; DOYAL e GOUGH, 1991; NUSSBAUM e SEN, 1993; CORNING, 2000.

*interventi e servizi sociali*, allorché afferma che proprio tale sistema è finalizzato a garantire “*qualità delle vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza*”, prevedendo, eliminando o riducendo “*le condizioni di disabilità, bisogno, e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia*” (art. 1, comma primo), mentre a livello sanitario il riferimento al bisogno, o meglio al riconoscimento e alla soddisfazione del bisogno è contenuto all’art 1, comma secondo, della legge n. 502 del 1992<sup>41</sup>.

Il *cittadino* è il primo riferimento che troviamo in ordine al fruitore della prestazione socio sanitaria, contenuto nel D.P.C.M. 8 agosto 1985, *Atto di indirizzo e coordinamento alle regioni e alle province autonome in materia di attività di rilievo sanitario connesse con quelle socio-assistenziali*, ai sensi dell’art. 5 della legge 23 dicembre 1978 n. 833 (*Legge finanziaria 1984*), ove all’ art. 1 dispone che le attività di rilievo sanitario connesse con quelle socio assistenziali sono quelle che richiedono specifiche tipologie di intervento proprie dei servizi socio-assistenziali, “*purché siano dirette immediatamente e in via prevalente alla tutela della salute del cittadino e si estrinsechino in interventi a sostegno della attività sanitaria di prevenzione, cura e/o riabilitazione fisica e psichica del medesimo, in assenza dei quali l’attività sanitaria non può svolgersi e produrre effetti*”.

Lo stesso Atto di indirizzo ha poi cura di precisare che le attività connotate come direttamente ed esclusivamente socio assistenziali non possono rientrare tra le attività di rilievo sanitario connesse con quelle socio assistenziali<sup>42</sup>.

E’ invece il decreto legislativo n. 502 del 1992, recante il riordino della disciplina in materia sanitaria, che contiene importanti riferimenti anche alla integrazione socio sanitaria, in particolare l’art. 3 *septies* definisce la prestazione socio sanitaria come ogni attività atta a “*soddisfare, mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni della salute della persona che richiedono unitamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale in grado di garantire, anche nel lungo periodo, la continuità tra le azioni di cura e quelle di riabilitazione*” (art. 3 *septies*, comma primo): il legislatore suddivide tali prestazioni in prestazioni sanitarie a rilevanza sociale e in prestazioni sociali a rilevanza sanitaria, intendendosi con le prime quelle “*attività finalizzate alla promozione della*

---

<sup>41</sup> Ove esplicitamente si afferma che il Servizio Sanitario Nazionale “*assicura i livelli essenziali ed uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale nel rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell’equità nell’accesso all’assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell’economicità nell’impiego delle risorse*”.

<sup>42</sup> All’art. 2, il riferimento è ad attività come l’assistenza economica in denaro o in natura e l’assistenza domestica, le comunità alloggio, le strutture diurne socio-formative, i corsi di formazione professionale, gli interventi per l’inserimento e il reinserimento lavorativo, i centri di aggregazione e di incontri diurni, i soggiorni estivi, i ricoveri in strutture protette extra ospedaliere meramente sostitutivi, anche temporanei, dell’assistenza familiare.

salute, alla prevenzione, individuazione, rimozione e contenimento di esisti degenerativi o invalidanti di patologie congenite e acquisite”<sup>43</sup>, mentre con le seconde quelle attività “del sistema sociale che hanno come obiettivo di supportare la persona in stato di bisogno, con problemi di disabilità o di emarginazione condizionanti lo stato di salute”<sup>44</sup>.

La necessità di valutare comunque entrambi i tipi di prestazione è contenuta nel successivo art. 10 ove si dispone l’adozione “in via ordinaria” del “metodo della verifica e della revisione della qualità e della quantità delle prestazioni”, nonché del loro costo, al cui sviluppo devono risultare funzionali i modelli organizzativi ed i “flussi informativi dei soggetti erogatori e gli istituti normativi regolanti il rapporto di lavoro del personale dipendente, nonché i rapporti tra soggetti erogatori, pubblici e privati, ed il servizio sanitario nazionale”.

L’esplicitazione dell’adozione di un metodo di valutazione è innovazione senza dubbio significativa, in quanto primo presidio della necessità di operare un controllo, una verifica, appunto, all’operare della amministrazione pubblica e dei soggetti privati erogatori della prestazione.

È opportuno notare, poi, che l’art. 14 del decreto legislativo n. 502 prevede che organizzazioni rappresentative degli utenti e delle organizzazioni di volontariato e tutela dei diritti devono concorrere alla definizione dei “contenuti e delle modalità di utilizzo degli indicatori di qualità dei servizi e delle prestazioni sanitarie relativamente alla personalizzazione ed umanizzazione dell’assistenza, al diritto all’informazione, alle prestazioni alberghiere, nonché all’andamento delle attività di prevenzione delle malattie”<sup>45</sup>.

La necessità di procedere ad una programmazione di settore sulla base di principi definiti, e perciò stesso sulla base di criteri trasparenti e preventivamente resi pubblici all’utente, è ripresa nel D.P.C.M. 14 febbraio 2001, *Atto di indirizzo e coordinamento di prestazioni socio sanitarie*, allorché all’art. 4 si dispone che tale programmazione debba avvenire secondo i “principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, nonché di continuità assistenziale”<sup>46</sup>, collocandoli all’interno di un metodo programmatico di ordine generale<sup>47</sup> e di una valutazione di efficacia/appropriatezza delle prestazioni socio sanitarie erogate<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Art. 3 *septies*, secondo comma, lett. a.

<sup>44</sup> Art. 3 *septies*, secondo comma, lett. b.

<sup>45</sup> Art. 14, comma primo.

<sup>46</sup> Art. 4, comma primo.

<sup>47</sup> L’art. 4, secondo comma, stabilisce infatti che “al fine di favorire l’integrazione con i servizi di assistenza primaria e con le altre prestazioni socio sanitarie, la programmazione dei servizi e delle prestazioni ad elevata integrazione sanitaria rientra nel Programma delle attività territoriali”.

<sup>48</sup> Art. 4, comma terzo, che afferma che “Per favorire l’efficacia e l’appropriatezza delle prestazioni socio sanitarie necessarie a soddisfare le necessità assistenziali dei soggetti destinatari, l’erogazione delle prestazioni e dei servizi è organizzata di norma attraverso la valutazione multidisciplinare del bisogno, la definizione di un piano di lavoro integrato e personalizzato e la

Il successivo D.P.C.M. 29 novembre 2001, nell'allegato 1 C, definisce i Livelli essenziali di assistenza.

Il provvedimento è coerente con quanto già previsto dal D.P.C.M. 14 febbraio 2001. Se il D.P.C.M. 14 febbraio 2001 individuava le prestazioni la cui *titolarità* e il cui *finanziamento* sono di competenza dei Comuni, il D.P.C.M. 29 novembre 2001, invece, elenca le prestazioni che costituiscono i Livelli essenziali di assistenza e che devono, pertanto, essere garantiti dal servizio sanitario regionale, attraverso le aziende sanitarie, al fine di tutelare il diritto costituzionale alla salute.

Nell'allegato, denominato “*Area integrazione sociosanitaria*” si afferma infatti che “*nella tabella riepilogativa, per le singole tipologie erogative di carattere socio sanitario, sono evidenziate, accanto al richiamo alle prestazioni sanitarie, anche quelle sanitarie di rilevanza sociale ovvero le prestazioni nelle quali la componente sanitaria e quella sociale non risultano operativamente distinguibili e per le quali si è convenuta una percentuale di costo non attribuibile alle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale.*” In tal senso, quindi, si può affermare che l'elenco delle prestazioni socio sanitarie è un elenco prescrittivo, tale da consentire al cittadino di tutelare il proprio diritto alla salute, attraverso le prestazioni essenziali che gli devono essere garantite.

Precedentemente a questo D.P.C.M., si era soliti attribuire, distintamente, al sistema sanitario e al sistema assistenziale una percentuale di titolarità (e conseguentemente di spesa) dei servizi sociosanitari.

Il D.P.C.M. del novembre 2001 chiarisce invece che la responsabilità di garantire i LEA sociosanitari compete alla sanità.

Resta però aperta la questione di una partecipazione alla spesa da parte degli utenti e dei Comuni, dato che il D.P.C.M. prevede, per alcuni LEA sociosanitari, una percentuale rilevante di costo “*a carico dell'utente o del Comune*”. Con ciò si sottintende che il Comune, coerentemente con i precetti costituzionali, deve intervenire per sostenere economicamente gli utenti che non sono in grado di pagare la quota di contribuzione dovuta (cosiddetti indigenti).

Quando i Comuni intervengono economicamente per aiutare gli utenti a pagare la quota di contribuzione dei servizi sociosanitari, consentono al cittadino di fruire di una prestazione esigibile. Un simile intervento economico (integrativo) da parte dell'ente locale quindi, individua un livello essenziale di prestazione sociale, ossia un LEP, ai sensi dell'art. 117, lettera m, della Costituzione. Se il Comune non assolvesse questo impegno, ai cittadini indigenti sarebbe negato il diritto costituzionale alla salute.

---

*valutazione periodica dei risultati ottenuti”. È poi la Regione ad emanare “indirizzi e protocolli volti ad omogeneizzare a livello territoriale i criteri della valutazione multidisciplinare e l'articolazione del piano di lavoro personalizzato vigilando sulla loro corretta applicazione al fine di assicurare comportamenti uniformi ed omogenei a livello territoriale”.*

Purtroppo la tutela dell'utente dei servizi socio sanitari è minata da fatto che, mentre i LEA del sistema sanitario sono finanziati dal Fondo sanitario nazionale, i LEPS dovuti dai Comuni sono finanziati attraverso gli stanziamenti che ogni singolo Comune decide di dedicare agli intereventi assistenziali, con ciò non garantendo un pari trattamento e una pari tutela a tutti i cittadini italiani.

Inoltre, i LEA sociosanitari non sono stati successivamente definiti nelle loro caratteristiche e nei loro requisiti con la stessa accuratezza con cui la sanità specifica le prestazioni sanitarie (fatta eccezione per la normativa sull'accreditamento) e, pertanto, non ne è possibile precisare il contenuto assistenziale. Il tentativo di affrontare la questione, esaminando la legislazione che i due D.P.C.M indicano quale normativa di riferimento per le prestazioni elencate, è frustrante.

A volte la legislazione precisa le prestazioni da erogare, ma non riferisce chiaramente la titolarità al Comune o all'Azienda sanitaria. Altre volte, invece, la normativa richiamata è un atto di programmazione datato, ad es. un progetto obiettivo, che non è più stato aggiornato.

Si ritiene, quindi, indispensabile promuovere, accanto ad un aggiornamento dei LEPS e a una migliore definizione dei loro requisiti quali-quantitativi, una riflessione e una produzione normativa e programmatica, anche per i LEA sociosanitari.

## 2. Gli strumenti di tutela diretta ed indiretta dell'utente. 2.1. La tutela diretta (strumenti di tutela giurisdizionale).

Ai fini della individuazione di strumenti giuridici efficaci per la costruzione di un sistema di tutela dell'utente del servizio sociale, può essere utile distinguere tra utenti *diretti* del servizio socio sanitario ed utenti *indiretti* del medesimo.

In relazione ai primi, può essere considerato utente *diretto* del servizio colui il quale fruisce direttamente di esso: il beneficiario è inteso come colui che assume in prima persona su di sé i benefici che derivano da una corretta erogazione del servizio (nella consapevolezza, però, che egli è anche il primo danneggiato da una cattiva, o inefficace, erogazione del servizio).

Relativamente ai secondi, considerati nella loro accezione singola o di comunità<sup>49</sup>, va osservato che essi non fruiscono in modo diretto, ma solo in modo mediato e riflesso,

---

<sup>49</sup> Circa la nozione e le differenze terminologiche e ontologiche dei termini "società civile" e "comunità" si rinvia, per tutti, al contributo fondamentale di R. PINI, *Amministrazione pubblica e comunità. Intese perdute, limiti varcati e possibile cooperazione per il bene comune*, Padova, 2011, spec. p. 13 ss, che osserva, tra l'altro, come il "diritto amministrativo considera la società civile una collezione di uomini (Gentile) e non una comunità e nella sua continuità finisce per



quindi *indiretto*, del beneficio assunto direttamente dal beneficiario: sono ascrivibili a tale categoria numerose tipologie di soggetti interessati, quali le famiglie dei beneficiari, le associazioni e i sindacati che rappresentano gli utenti, gli enti che finanziano le prestazioni, quali le ASL e i Comuni, le organizzazioni che erogano il servizio, quali le organizzazioni *non profit*<sup>50</sup>, nonché gli stessi lavoratori che prestano la propria attività lavorativa all'interno di esse.

In considerazione alle suddette categorie di beneficiari, è ipotizzabile pensare alla identificazione di diverse tipologie di tutele, ai quali collegare diverse tipologie di strumenti attivabili.

Per quanto concerne gli strumenti di tutela *diretta*, e cioè gli strumenti immediatamente esperibili dal beneficiario/beneficiario in relazione al danno ricevuto dalla cattiva erogazione o dalla mancata erogazione del servizio socio sanitario, il primo riferimento è quello della *tutela giurisdizionale*, attivabile di fronte al giudice ordinario o amministrativo, a seconda della posizione giuridica tutelata dall'ordinamento.

Come noto, le procedure giurisdizionali sono spesso precedute dall'attivazione, da parte dell'utente/consumatore, di procedure di reclamo che rappresentano uno strumento attraverso cui quest'ultimo indica alla pubblica amministrazione o ad un soggetto erogatore privato la propria insoddisfazione a fronte di un servizio ricevuto.

Il reclamo è stato qualificato dalla dottrina economica, come opzione *voice*<sup>51</sup>, diretta cioè a rappresentare al produttore il disservizio ricevuto: in questo senso la dottrina aziendalistica si è incentrata sul reclamo quale indicatore fondamentale per migliorare i sistemi di qualità utilizzati dagli erogatori.

In particolare nel settore dei servizi sanitari, il reclamo<sup>52</sup> assume anche la funzione di strumento di *“responsabilizzazione nei confronti del cittadino/utente nel senso che l'azienda sanitaria si assume la responsabilità di rispondere e di chiarire la sua posizione sempre e comunque, anche se la manifestazione di disagio dell'utente potrebbe non riguardarla direttamente, come può accadere in ordine ad un reclamo circa l'onerosità del ticket imposto a monte dallo Stato o dalla Regione”*<sup>53</sup>.

---

*trovarsi in contrasto con quei valori che dovrebbe realizzare, o perseguirli in modo fiacco e arretrato, espressione di una generale decadenza del sentimento di disciplina sociale”.*

<sup>50</sup> La regolamentazione di tali organizzazioni è stata analizzata anche dalla dottrina economica: per tutti il rinvio è a G. FIORENTINI, *Pubblico e privato nel nuovo Welfare. La regolamentazione delle organizzazioni non lucrative e dei servizi di utilità sociale*, Bologna, 2000.

<sup>51</sup> Secondo la nota distinzione introdotta da A. O. HIRSCHMANN, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge, 1970.

<sup>52</sup> *“Il settore dei servizi sanitari, allo stato, è sommerso dai reclami dei clienti/utenti che sfogano, utilizzando questo strumento, la loro insoddisfazione nei confronti del soggetto erogatore, specie se trattasi di un soggetto pubblico”*, così E. MANCUSO, *La qualità dei servizi sanitari: la gestione dei disservizi e dei reclami*, in *Dir. san. mod.*, 2010, p. 211.

<sup>53</sup> E. MANCUSO, *op. ult. cit.*, p. 216.

Nel settore dei servizi socio sanitari il reclamo può assumere tre forme in relazione al momento in cui esso viene espresso: può infatti precedere l'erogazione del servizio e concernere, ad esempio alla eccessiva onerosità della compartecipazione di spesa; può seguire l'erogazione della prestazione, evidenziando ad esempio irregolarità nell'attuazione del programma assistenziale; ovvero può essere contestuale all'erogazione della prestazione ove assume la forma di vera e propria espressione di protesta.

Il reclamo trova una interessante espressione, se pur assai raramente esercitata, nella sua configurazione collettiva, anche a livello europeo: ci si riferisce, in particolar modo, alle procedure di reclamo collettivo presentate innanzi al Comitato europeo dei diritti sociali, organo di controllo a carattere non giudiziario, composto da 15 esperti indipendenti che ha il compito di “*verificare il rispetto degli obblighi assunti dagli Stati che hanno ratificato la Carta sociale europea*”: ai sensi del Protocollo addizionale alla medesima Carta, in vigore dal primo luglio 1998, infatti, “*tale Comitato, oltre alla competenza di conoscere dei rapporti presentati annualmente dagli Stati parti della Carta sociale europea (sui quali l'organo adotta delle conclusioni) è anche competente a pronunciarsi sui reclami collettivi relativi a violazioni della Carta, in merito ai quali adotta delle decisioni*”.

I reclami collettivi possono essere proposti da numerosi soggetti<sup>54</sup> “*contro gli Stati che applichino in maniera inadeguata o non rispettino le disposizioni della Carta*”<sup>55</sup>, incluse “*talune organizzazioni non governative che godono di uno status particolare presso il Consiglio di Europa, inserite in un apposito elenco, predisposto dal Comitato governativo istituito con la Carta sociale europea*”<sup>56</sup>.

Tra gli strumenti giurisdizionali di più recente attivazione, si richiama la cd. *Class Action*, introdotta con decreto legislativo 20 dicembre 2009 n. 198, in attuazione della legge 4 marzo 2009 n. 15 – la cd. Riforma Brunetta - modificata da ultimo dal dl. 24 gennaio 2012 n. 1, il cd. decreto Cresci Italia, recante le disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività.

La *Class Action* rappresenta uno strumento innovativo per il nostro ordinamento giuridico, che permette di rafforzare posizioni di interessi giuridici diffusi anche all'interno del settore pubblico: con tale provvedimento il legislatore ha avuto come obiettivo sia quello

<sup>54</sup> Tra i soggetti che possono proporre reclami collettivi al Comitato europeo dei diritti sociali vi sono le organizzazioni internazionali dei datori di lavoro e dei lavoratori, i sindacati, e le “*altre organizzazioni internazionali non governative, iscritte nella lista redatta a tal fine dal comitato governativo*”, così O. PORCHIA, *Carta Sociale Europea*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 2000, p. 8.

<sup>55</sup> O. PORCHIA, *op. ult. cit.*, p. 8. Si veda altresì E. STRAZIUSO, *La Carta sociale del Consiglio d'Europa e l'organo di controllo: il Comitato europeo dei diritti sociali. Nuovi sviluppi e prospettive di tutela*, in *I diritti sociali, dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 2012.

<sup>56</sup> Così I. INGRAVALLO, *Il diritto all'assistenza medica e sociale nella decisione del Comitato europeo dei diritti sociali nel caso European Rome Rights Centre*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, pp. 676-677.

di legittimare una pluralità di soggetti<sup>57</sup>, consumatori o utenti<sup>58</sup>, titolari di situazioni giuridiche omogenee<sup>59</sup> nei confronti di una stessa impresa (inclusi di diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli art. 1341 e 1342 del codice civile) ad intentare una unica azione giudiziaria, sia “quello di mirare a coinvolgere gli utenti dei servizi pubblici nella valutazione dei prodotti resi dalla pubbliche amministrazioni, consentendo loro di agire in giudizio nei confronti di queste ultime, nonché dei concessionari di servizi pubblici, qualora dalla violazione degli standards qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi, dall’omesso esercizio dei poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali, sia derivata la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di consumatori”<sup>60</sup>.

La procedura in oggetto prevede che i soggetti ricorrenti, previa diffida ad adempiere diretta all’ente interessato, possano presentare ricorso all’autorità giudiziaria se l’amministrazione non ha provveduto, o ha provveduto solo in modo parziale, entro il termine di 90 giorni: in luogo del provvedimento di diffida può essere promossa la risoluzione non giurisdizionale della controversia (che deve avere luogo entro i 30 giorni successivi alla richiesta), ed in caso di mancata conciliazione il ricorso è proponibile entro l’anno dall’esito delle procedura.

Con le opportune riserve del caso<sup>61</sup>, ciò che rende particolarmente significativo il ricorso alla attivazione di una *Class Action* per il settore socio sanitario può essere rinvenuto nel

<sup>57</sup> F. R. FANTETTI, *L’azione pubblica contro la pubblica amministrazione*, in *La responsabilità civile*, 2011, p. 61, che precisa che mentre l’azione risarcitoria individuale “per responsabilità contrattuale può essere proposta dai soggetti che lamentano una lesione a fronte del disservizio o del mancato funzionamento della pubblica amministrazione o nell’erogazione di pubblici servizi, ove vi sia la effettiva sussistenza dei presupposti della domanda posto che tale azione raggiunge l’obiettivo dell’efficienza del servizio indirettamente, al più potendo condurre al mero risarcimento per equivalente dei danni che si dimostrino in relazione ai disservizi subiti”, nel caso di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ex art. 1342 c.c. “rientranti tra i possibili oggetti di una *Class Action* dei consumatori, è instaurabile l’azione collettiva risarcitoria di cui all’art. 140 bis del codice di consumo”. Anche nelle *Class Action* del Codice di consumo, infatti, “l’efficienza del servizio erogato dalla pubblica amministrazione costituisce un obiettivo indirettamente perseguibile, dato che l’oggetto del giudizio di cui all’art. 140 bis è comunque circoscritto all’accertamento del diritto al risarcimento del danno ed alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori od utenti che aderiscono all’azione”.

<sup>58</sup> Intese come persone fisiche che agiscono per scopi estranei alla all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta, ai sensi dell’art. 3, primo comma, lett. a, del Codice di consumo novellato.

<sup>59</sup> I diritti individuali, cioè, devono possedere un carattere comune di omogeneità, tale da “consentire di individuare tra loro elementi affini ed uniformi od uniformemente connessi tali da determinare anche la semplificazione del contenzioso seriale”, così F. R. FANTETTI, *Legittimazione processuale delle associazioni dei consumatori nella Class Action*, in *La responsabilità civile*, 2012, p. 267.

<sup>60</sup> F. R. FANTETTI, *L’azione pubblica ...*, cit., p. 59, che precisa che in questo modo “si è predisposto, cioè, al fine di garantire il corretto funzionamento delle pubbliche amministrazioni nei confronti della collettività, un sistema di controllo esterno di tipo giudiziale nei confronti della pubblica amministrazione relativamente alla qualità, tempestività ed economicità dei servizi resi”.

<sup>61</sup> Si ricorda, ad esempio, che l’oggetto del giudizio di accertamento da parte del giudice è circoscritto all’accertamento della disfunzione o del disservizio che sono stati oggetto di ricorso: in altre parole, il giudice si limita “ad ordinare alla pubblica amministrazione od al concessionario di porre rimedio entro un termine alle inefficienze ancorché nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria ed senza nuovi o maggiori oneri aggiuntivi per la finanza pubblica”, F. R. FANTETTI, *op. ult. cit.*, p. 73.

valore "simbolico" che essa rappresenta: in altri termini, se ai nostri giorni la pubblica amministrazione si connota per essere sempre più amministrazione di erogazione, diviene non ulteriormente procrastinabile l'esigenza di attivare sistemi di controllo che garantiscano la reale effettività ed efficacia dei servizi erogati: in altri termini, diviene fondamentale "l'esigenza di sistemi di responsabilità in presenza di attività economiche direttamente svolte dalla amministrazione o dai concessionari di servizi, nonché per l'erogazione di prestazioni "sociali" quali servizi sanitari, di istruzione o di giustizia, ..."<sup>62</sup>, e quindi anche di servizi socio sanitari.

Va peraltro precisato che sebbene non esistano in altri ordinamento giuridici "precedenti significativi in ordine ad una azione collettiva specificamente diretta avverso le inefficienze della pubblica amministrazione, negli Stati Uniti, così come anche in Paesi di tradizione non anglosassone, il perno fondante delle diverse azioni collettive è nella aggregazione preventiva di cause comuni che consentono di ridurre i costi di accesso alla giustizia a carico dei singoli danneggiati, di diminuire il carico di lavoro degli uffici giudiziari, di predeterminare gli esiti del giudizio riducendone l'alea derivante dalla dispersione in più procedimenti, di realizzare infine effetti di deterrente e di riequilibrio delle posizioni delle parti, oltre che di incoraggiare il ricorso ad azioni transattive"<sup>63</sup>.

Sebbene ad oggi l'unica *Class Action* dichiarata ammissibile pare sia rappresentata da una azione presentata innanzi al Tribunale civile di Milano<sup>64</sup>, è opportuno sottolineare come essa costituisca, almeno in via di principio, un utile strumento al fine di tutelare direttamente innanzi alla autorità giudiziaria posizioni giuridiche che potrebbero non essere attivabili a causa dei costi elevati di procedura; allo stesso tempo essa si configura come strumento di sollecitazione ed incentivo nei confronti delle pubbliche amministrazioni affinché erogino servizi e prestazioni sempre più efficienti ed efficaci.

## 2.2. Segue: La tutela indiretta (strumenti di tutela endo-organizzativa e di "composizione" partecipativa)

Per quanto concerne invece gli strumenti che potremmo definire di tutela *indiretta*, vanno ipotizzate diverse tipologie di essi, potendosi parlare di strumenti sia interni alle organizzazioni che erogano il servizio, sia esterni ad esse.

Tra i primi ricordiamo l'esistenza di specifici organismi di natura collegiale posti all'interno delle organizzazioni che erogano prestazioni che, pertanto, potremmo definire

<sup>62</sup> F. R. FANTETTI, *op. ult. cit.*, p. 61.

<sup>63</sup> F. R. FANTETTI, *op. ult. cit.*, p. 61.

<sup>64</sup> F. R. FANTETTI, *Legittimazione processuale ...*, *cit.*, p. 264, ricorda che tale azione collettiva è stata promossa dal Codacons contro Voden Medical Instruments s.p.a. per i test contro l'influenza "A" rivelatisi inefficaci.

*endo-organizzativi*, che hanno come finalità quella di controllare la qualità del servizio, tutelando quindi le esigenze del beneficiario ma anche della famiglia o della comunità.

All'interno del servizio settore sanitario è, ad esempio, possibile constatare la presenza di specifiche iniziative di natura organizzativa volte a coinvolgere cittadini membri di *Comitati*: si pensi alla recente costituzione in Canada di alcuni Comitati per la salute – *Community Health Boards* – il cui mandato è "*di raccomandare, deliberare e mettere a punto priorità per ridurre ineguaglianze nel campo della salute*", creando così "*per i cittadini, nuove opportunità di autonomia e autodeterminazione*"<sup>65</sup>; si pensi altresì alla Cochrane Collaboration, organizzazione "*no profit internazionale ed indipendente con lo scopo di produrre, aggiornare, diffondere le informazioni relative alla efficacia degli interventi sanitari di tipo preventivo, terapeutico e riabilitativo e la accuratezza dei test diagnostici, per una valutazione attenta del bilancio rischio beneficio*"<sup>66</sup>).

Allo stesso modo anche nel settore socio sanitario è possibile verificare la presenza di Comitati di utenti o Comitati di familiari costituiti all'interno di singole strutture pubbliche o private che erogano il servizio.

Tra gli strumenti di tutela indiretta dell'utente del servizio socio sanitario possiamo altresì includere anche il vaglio attuato dalle amministrazioni pubbliche relativamente al rilascio di provvedimenti di *autorizzazione* e di *accreditamento* da parte della regione; così se la prima si prefigge di "*garantire i requisiti strutturali necessari a svolgere l'attività*", l'accreditamento invece "*attesta la specifica idoneità a erogare le prestazioni richieste dalla programmazione pubblica, secondo modalità e standard definiti*": esso rappresenta, in altre parole, il "*presupposto affinché un soggetto privato che entra a far parte del sistema integrato dei servizi sociali possa percepire tariffe a carico dell'ente pubblico*"<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> S. SIMI, *Dalla medicina basata sulle prove alla medicina centrata sul paziente*, in *Quale salute per chi. Sulla dimensione sociale delle salute*, Milano, 2009, p. 113-114.

<sup>66</sup> Così S. SIMI, *op. ult. cit.*, p. 117, che ricorda come i risultati dei trial clinici sono assoggettati dalla Cochrane a revisioni sistematiche pubblicate su una rivista elettronica, la *Cochrane Library*, e la "*parte che più caratterizza una revisione Cochrane è il suo riassunto (Plain Language Summary, PLS) che presenta i risultati con un linguaggio per i non addetti ai lavori*" (p. 119). L'Autore ricorda altresì la World Alliance for Patient Safety, una "*alleanza internazionale per la sicurezza del paziente, per approntare, coordinare ed accelerare le migliori soluzioni per la sicurezza del paziente a livello internazionale, perché malgrado la diversità dei contesti, le sfide sono comuni ed un evento avverso a carico di un paziente in una qualunque parte del mondo può essere un modo per imparare ad evitarlo a beneficio dei pazienti di tutte le altre parti del mondo*" (p. 123).

<sup>67</sup> A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da Mario Pilade Chiti, Milano, 2007, p. 1902.

In entrambi i casi, l'autorizzazione al funzionamento e l'accreditamento definiscono requisiti strutturali, funzionali e di processo, che devono essere garantiti dal servizio e che vengono costantemente verificati e vigilati da organismi istituiti dalla Regione stessa.

Particolare e crescente interesse riveste poi un ulteriore strumento di tutela dell'utente socio sanitario; il riferimento è alla cd. "Carta dei servizi"<sup>68</sup>, inteso quale documento volto non solo a illustrare agli utenti i servizi resi disponibili da una soggetto erogatore, pubblico o privato, ma anche a garantirne la qualità.

La "Carta dei servizi" (introdotta come noto dalla direttiva Ciampi del 27 gennaio 1994, più precisamente intitolata "Principi sull'erogazione dei servizi pubblici") si connota sin dalle proprie origini, e pur con alcuni dubbi interpretativi<sup>69</sup>, come strumento giuridico innovativo: essa rappresenta un aspetto interessante della trasformazione della amministrazione pubblica da amministrazione di stampo autoritativo che agisce mediante l'emaneazione di provvedimenti amministrativi a carattere imperativo, ad una amministrazione che agisce invece in modo prevalente mediante la erogazione di servizi, "per lo svolgimento di attività materiali (e giuridiche complementari) volte alla prestazione di servizi alla persona dell'utente"<sup>70</sup>.

La Carta sancisce perciò, unitamente ad una altra importante serie di strumenti giuridici "di riforma" sui quali dottrina giuridica si è a lungo soffermata<sup>71</sup>, il capovolgimento della

---

<sup>68</sup> Come noto, le prime Carte dei diritti sono state introdotte dai Coloni americani ed erano finalizzate "a mantenere i diritti già goduti per se stessi e per i loro eredi, ma anche a garantirne il godimento a tutti i potenziali titolari, vale a dire a conferire alle Carte stesse un valore più generale e prospettico, non ristretto alle particolari condizioni di momento... Quest'ultimo elemento divenne addirittura preponderante quando i diritti concessi nelle primitive Charters furono incorporati e resi universali dalle prime Dichiarazioni dei diritti statali, dove è possibile scorgere l'espressione più matura della moderna concezione dei diritti inviolabili. Dopo alcune Dichiarazioni rese su base locale, come ad esempio la Massachusetts Provincial Charter del 1691, e dopo alcune teorizzazioni sulla inviolabilità o sulla perpetua immutabilità dei diritti di coscienza, direttamente ricollegate alla tradizione puritana delle libertà fondamentali... La prima Dichiarazione dei diritti di uno Stato sovrano che recepisce la concezione dei diritti inviolabili è quella della Virginia del 12 giugno 1776: "Tutti gli uomini sono per natura egualmente liberi e indipendenti e possiedono certi diritti innati dei quali, all'atto di costituirsi in società, non possono per contratto privare se stessi né la propria posterità; e tali diritti sono il godimento della vita e della libertà, con i mezzi di acquistare e possedere beni in proprietà e la ricerca e conseguimento della felicità e sicurezza", così A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, voce in *Enc. Dir.*, Roma, 1991, p. 3.

<sup>69</sup> Si vedano, per tutti, G. VESPERINI, *L'attuazione della Carta dei servizi pubblici in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 173 ss.; S. BATTINI, *La tutela dell'utente e la Carta dei servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 185 ss.; MUSSARI R., *Carta dei servizi pubblici e sistema dei controlli interni*, in *Riv. sc. amm.*, 1999, p. 121 ss.; F. GIGLIONI, *Le Carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 405; S. PIAZZA, *La Carta dei servizi pubblici come forma di tutela degli utenti*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2004, p. 21 ss.; A. GRECO, *Applicazione del codice di consumo all'utente utilizzatore di servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 2686 ss.

<sup>70</sup> L. IEVA, *Il principio di qualità del servizio pubblico e la "Carta dei servizi"*, in *Foro Amm.*, 2001, p. 231.

<sup>71</sup> Sul punto il rinvio è, per tutti, a M. SAVINO, *Le riforme amministrative in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, p. 437 ss., che colloca la introduzione della Carta di servizi all'interno del primo ciclo di riforme, e cioè quello degli anni 1993-94, in cui il governo Ciampi "delinea un ampio disegno riformistico, contenuto in due importanti documenti: il Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni e gli Indirizzi per la modernizzazione delle pubbliche amministrazioni. Nel primo vengono approfonditamente esaminati i problemi delle amministrazioni pubbliche, nel secondo si individuano i possibili rimedi. Nel pur breve periodo di durata del governo Ciampi, vengono realizzate numerose riforme: la

relazione tradizionale tra pubblica amministrazione e cittadino: quest'ultimo infatti non è più soltanto cittadino ma assume in sé anche la posizione di cittadino-consumatore di un servizio, e ciò fa sì che, *“in pratica, la posizione del destinatario non è antitetica, né subordinata a quella del soggetto esercente il servizio, ma si colloca sullo stesso piano (cd attività paritetica)”*<sup>72</sup>.

Il cittadino diviene allora utente e consumatore, e come tale *“le obbligazioni assunte dal soggetto (pubblico o privato concessionario o comunque abilitato) che viene incaricato di gestire un dato servizio pubblico, devono comunque rispondere a predeterminate e concrete esigenze dell'utenza”*<sup>73</sup>, ed anzi con la introduzione nel nostro ordinamento del Codice del consumo (decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206, in particolare il riferimento è all'art. 101 di esso) si assiste ad una equiparazione tra la nozione dell'utente e quella del consumatore, che realizza una sostanziale uniformità di diritti tra i due soggetti<sup>74</sup>.

Nonostante l'indubbia innovatività, la Carta presentava però anche alcuni aspetti di criticità che la dottrina giuridica non ha mancato, di volta in volta, di sottolineare, tra cui si ricordano in questa sede, ed unicamente in via esemplificativa, la veste giuridica di semplice direttiva governativa ed il sostanziale rinvio a forme di autoregolamentazione dell'ente circa la definizione dei parametri qualitativi del servizio, resi senza il ricorso al contraddittorio con l'utenza, che finivano di fatto per connotare la Carta come semplice atto di *moral suasion*<sup>75</sup>.

Va infine rilevato che come la più recente legge 24 marzo 2012 n. 27, che converte in legge il decreto legge 24 gennaio 2012 n.1, contenente *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, in certo senso valorizza in senso nuovo le Carte dei servizi, *“definendone meglio efficacia, contenuti e ambito applicativo”*<sup>76</sup>: in particolare l'art. 8 del decreto *“mostra chiaramente di dare per scontato che le Carte debbano definire gli obblighi cui sono tenuti i gestori dei servizi pubblici, anche locali e prescrive quale contenuto minimo obbligatorio l'indicazione “in modo specifico” dei diritti “anche di natura risarcitoria” che gli utenti possono esigere nei confronti del gestore del servizio”*.

---

*riorganizzazione dei controlli, l'introduzione della Carta dei servizi, l'avvio della politica di semplificazione, la definizione del disegno di privatizzazione del pubblico impiego...”*.

<sup>72</sup> L. IEVA, *op. ult. cit.*, p. 231.

<sup>73</sup> *“Dunque, l'obiettivo della customer satisfaction, ovvero della soddisfazione dei “clienti” dei multiformi servizi pubblici presenti, appare coesenziale alla stessa concezione di servizio pubblico, quale forma giuridica che consente ad un soggetto pubblico (o, in alternativa, ad un soggetto privato, ma sempre nell'ambito di un quadro normativo pubblicistico) di assumere il compito fondamentale di erogare una particolare tipologia di servizi, sia di rilevanza imprenditoriale che di rilievo sociale in grado di rimuovere ostacoli, di varia natura, che si frappongono alla realizzazione piena della persona umana, anche quale utente consumatore”*, così L. IEVA, *op. ult. cit.*, p. 231.

<sup>74</sup> Per tutti il rinvio è a A. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 2686 ss.

<sup>75</sup> A. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 2692 ss.

<sup>76</sup> A. M. BENEDETTI, *Liberalizzazioni, carte dei servizi e diritti degli utenti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, p. 517.

La Carta dei servizi diviene un “*documento impegnativo, fonte di obblighi per il gestore e di diritti (e rimedi) per gli utenti*”<sup>77</sup>, sancendo chiaramente “*il carattere impegnativo e vincolante delle Carte dei servizi, laddove indica che queste servono a definire gli obblighi cui i gestori dei servizi pubblici sembrano attenersi*”<sup>78</sup>.

Le Carte sono state altresì esaminate sotto il profilo di fonte di integrazione dei contratti di utenza, in relazione al quale si “*può affermare che il contenuto delle Carte dei servizi integri ex art. 1374 cod. civ. il contratto di utenza, qualunque sia il suo oggetto; oltre a costituire fonti di promesse unilaterali che, per via dell’art. 1987 cod. civ., vengono a produrre giuridici effetti in capo al promettente-erogatore, le Carte dei servizi interagiscono anche con i singoli contratti di utenza, concorrendo da una parte, a costituirne il regolamento contrattuale e, dall’altra, potendo rappresentare un limite alla validità delle clausole contenute in questi contratti*”; più precisamente “*la trasposizione dei contenuti protettivi delle Carte dei servizi nei singoli contratti d’utenza, infatti, ne rafforza e ne attua la sancita obbligatorietà ed è uno strumento che può garantire, tra l’altro, che il singolo utente conosca i rimedi e i mezzi di tutela dei quali può avvalersi*”<sup>79</sup>.

Lo stesso decreto sancisce peraltro, una volta per tutte, che le Carte debbano essere adottate qualunque sia la natura del soggetto erogato<sup>80</sup>.

Ma forse l’intervento più decisivo ed incisivo ai fini del rafforzamento della precettività della Carta è il fatto che la violazione di essa può costituire presupposto ai fini della attivazione di una *Class action*, come disposto dall’art. decreto legislativo 20 dicembre 1998 n. 198, ed è in proposito stato osservato che l’azione regolata da esso “*può infatti scattare quando un’amministrazione o un concessionario pubblico di pubblico servizio violi “gli obblighi contenuti nelle carte dei servizi” (art. 1 d.lgs. n. 198/2009), così implicitamente presupponendo che l’erogazione dei pubblici servizi debba sempre essere accompagnata dalla predisposizione di carte dei servizi, la cui violazione possa essere fatta valere dagli utenti anche (ma non solo) attraverso una specifica (per quanto assai blanda) azione di classe*”<sup>81</sup>.

Conclusivamente, le Carte di servizi producono “*in capo agli utenti veri e propri diritti nei confronti dell’ercente; protetti da rimedi generali e giudiziali (nullità, risarcimento danni) e da rimedi speciali preventivi (reclami, penali, indennizzi, rimborsi) e successivi (procedure di consultazione e/o risoluzione alternativa delle controversie, arbitrati, meccanismi di controllo affidati ad autorità e/o organismi pubblico o privati)*”<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> A. M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 518.

<sup>78</sup> A. M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 518.

<sup>79</sup> A. M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 519.

<sup>80</sup> “*Anche, e direi soprattutto, quando il servizio è volto alla protezione di un diritto costituzionale, come nel caso della salute, ed anche se si tratta, dunque, di un servizio pubblico di carattere non economico*”, così A. M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 519.

<sup>81</sup> A. M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 519.

<sup>82</sup> A. M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 522.



Ai fini del nostro studio va peraltro rilevato che per il settore sanitario l'emanazione di Carte dei servizi<sup>83</sup> è prevista dall'art. 14 del decreto legislativo n. 502 del 1992 e dall'art. 2, comma primo, del decreto legge 12 maggio 1995 n. 163, convertito in legge 11 luglio 1995 n. 273, mentre la legge n. 328 del 2000 dispone la emanazione di una Carta dei servizi sociali<sup>84</sup> all'art. 13, comma primo, prevede che essa sia emanata al fine di tutelare le posizioni soggettive degli utenti definendo in 6 mesi il termine per l'adozione di essa. prevede la possibilità, ferma restando la tutela in via giurisdizionale, "di attivare ricorsi nei confronti dei responsabili proposti alla gestione dei servizi" (art. 13, comma secondo): la rilevanza della Carta quale strumento di tutela dell'utente del servizio sociale è rafforzata dalla disposizione contenuta nel comma 3 del medesimo articolo, che prevede che l'adozione di tale Carta costituisca "requisito necessario ai fini dell'accreditamento".

L'art. 13, comma secondo, della legge n. 328 stabilisce in primo luogo che in essa "siano definiti i criteri per l'accesso ai servizi...", ed in secondo luogo "il medesimo comma dello stesso articolo prevede che nella Carta dei servizi siano fissate modalità di funzionamento dei servizi (corrispondenti agli standard quantitativi e qualitativi delle prestazioni) nonché le condizioni per facilitare la valutazione di tali modalità di funzionamento da parte degli utenti o dei soggetti che rappresentano i diritti degli utenti. In terzo luogo, la stessa norma prevede che le Carte dei servizi sociali contengano la definizione delle procedure per assicurare la tutela degli utenti. Infine al comma 3 dell'art. 13 della legge n. 328, viene in evidenza uno dei dati innovativi maggiormente rilevanti per tutta la legge: l'essenziale uniformità dell'adozione della Carta dei servizi al fine del conseguimento dell'accreditamento"<sup>85</sup>.

Se il soggetto che eroga il servizio è un ente pubblico, la Carta dei servizi sociali "assume la veste di atto amministrativo generale o di regolamento, vincolante per i successivi atti collegati e di erogazione"; qualora invece il soggetto possieda natura privata, la Carta sarà "essenzialmente richiamata all'interno del provvedimento concessorio o similare. In ogni caso la Carta dei servizi, in presenza di un soggetto privato, integra il contenuto degli atti disciplinanti il rapporto concessorio"<sup>86</sup>: essa quindi "contribuisce a completare la disciplina del rapporto di utenza, dal momento in cui la carta dei servizi si pone

<sup>83</sup> Il rinvio è a G. LA TORRE, *La Carta dai servizi pubblici sanitari*, in *L'amministrazione italiana*, 2000, p. 1280 ss.; G. OLMI, *Dalla qualità dei servizi alla Carta dei servizi attraverso il process management*, in *L'amministrazione italiana*, 2000, p. 633 ss.; S. CASCIOLI, *La Carta dei servizi sanitari nel sistema generale delle carte dei servizi: evoluzione, realtà e prospettive*, in *Dir. san. mod.*, 2004, p. 139 ss.; F. ROSATI, *Il destinatario privilegiato del ssn: utente o cliente?*, in *Dir. san. mod.*, 2009, p. 211 ss.; LAUS F., *L'azienda sanitaria privata: tra etica e mercato*, in *Sanità pubblica e privata*, 2011, p. 15 ss.

<sup>84</sup> Il riferimento è a S. PIAZZA, *La carta dei servizi sociali tra difficoltà analitiche e problemi di attuazione*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2005, p. 1117.

<sup>85</sup> S. PIAZZA, *La Carta dei servizi sociali tra difficoltà analitiche e problemi di attuazione*, in *Nuova Rassegna di Legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2005, p. 1118.

<sup>86</sup> A. SANTUARI, *I rapporti tra le organizzazioni non profit e i beneficiari*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di P. Cendon, Torino, 2004, p. 476.

*l'obiettivo di assicurare la prestazione di un servizio con determinate caratteristiche oggettive e di salvaguardare gli interessi legittimi degli utenti consumatori*<sup>87</sup>.

Di differente tenore e valenza giuridica la emanazione di *cd. "Carte dei Diritti"*, documenti che in via ordinaria sono rappresentativi di manifestazioni di "diritti", a volte non ancora effettivamente riconosciuti come tali dall'ordinamento, spesso di derivazione europea o internazionale, con cui gruppi di cittadini cercano di sensibilizzare il legislatore in relazione a ben precise e definite tematiche.

Tali Carte si presentano all'origine come "*proclamazioni astratte di diritti*" che "*non hanno alcuna efficacia e non possono averla se non vengono usate come momenti di un procedimento politico più ampio e, pertanto, utilizzate o come piattaforme programmatiche intorno alle quali unire più forze politiche, associative e personali con obiettivi di riforma legislativa, amministrativa e di costume, o come mezzi di aggregazione di massa per la loro funzione simbolica*"<sup>88</sup>.

In questa direzione, il settore sanitario conosce da tempo la Carta dei diritti del malato, articolata oggi in numerose altre interessanti estensioni quali la Carta dei diritti del malato disabile, del malato anziano, in cui il collegamento con l'aspetto sociale, e non solo medico sanitario, è del tutto evidente e, diremmo, inevitabile.

È interessante osservare come anche questa particolare tipologia di Carte dei diritti contenga alcuni riferimenti che costituiscono gli aspetti qualificanti anche le Carte dei servizi – di cui abbiamo in precedenza detto – e cioè, ad esempio, la qualità del servizio erogato, le procedure di reclamo, la possibilità di ricevere adeguati risarcimenti in caso di danni subiti: anzi, si è osservato che la Carta europea dei diritti del malato<sup>89</sup> indica nella prima parte i "*diritti fondamentali, che, trascendendo l'appartenenza nazionale e non discriminando criteri di cittadinanza, riguardano la persona umana come tale e al di fuori e al di sopra della sua nazionalità e nella seconda parte dei suoi 14 articoli individua, in ciascuno di essi, ogni singolo diritto a beneficio degli utenti senza prendere posizioni di tipo etico e riconoscendo il fatto che le differenze come l'età, il genere, la religione, lo stato socio*

<sup>87</sup> A. SANTUARI, *op. ult. cit.*, p. 476, che osserva altresì che "*Le disposizioni contenute nelle Carte dei servizi vanno sì ad integrare il rapporto concessorio ma non possono essere considerate condizioni generali di contratto ai sensi dell'art. 1341 C.C. Queste ultime sono dirette ad imporre agli utenti obbligazioni predisposte unilateralmente nell'interesse dell'impresa. Esse, inoltre, operano nei confronti della generalità dei contraenti ed hanno effetto nei confronti del singolo, non solo se questi le ha espressamente accettate ma in mancanza di un'espressa accettazione le ha riconosciute o avrebbe dovuto conoscerle. Le previsioni contenute nelle Carte dei servizi, invece, vincolano l'ente erogatore a rispettare determinati livelli di prestazioni nell'erogazione del servizio a favore degli utenti*".

<sup>88</sup> Così G. QUARANTA, *La Carta dei diritti del malato*, in *Politica del diritto*, 1989, p. 182 e p. 184, che precisa che sebbene "*La concezione che sta alla base di molte Carte dei diritti... è quella di un diritto astratto, talora ricavato da teoremi morali o talaltra dedotto da visioni filosofiche*", ciò "*non comporta la rinuncia ad inserire la Carta dei diritti in quadro culturale; manifesta, al contrario, l'intenzione di arrivare a proclamazione dei diritti per via induttiva, attraverso un procedimento politico che nasce dalla interpretazione della realtà e dall'uso della scienza, senza per questo rinunciare alle grandi strategie*".

<sup>89</sup> Presentata a Bruxelles il 15 novembre 2002 dal Consiglio d'Europa.

economico, il livello di alfabetizzazione possono costituire elementi che influenzano i bisogni individuali di assistenza sanitaria<sup>90</sup>, e diremmo noi, per analogia di pensiero, anche i bisogni socio sanitari.

Si pensi ad esempio alla Carta europea dei diritti del malato, che “*ha come primo fondamento giuridico la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, oggi incorporata nel Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa*”<sup>91</sup>, fa riferimento a 14 diritti che riprendono le innovazioni più significative contenute nelle Carte dei servizi quali il diritto alla informazione<sup>92</sup>, il diritto al rispetto dei tempi<sup>93</sup> e degli standard di qualità<sup>94</sup>, il diritto alla sicurezza<sup>95</sup>, il diritto al reclamo<sup>96</sup> e al risarcimento<sup>97</sup>.

Ricordiamo infine, che tra gli strumenti di tutela di tipo indiretto dell’utente del servizio, e specificamente in capo alle ONLUS, il decreto legislativo n. 460 del 1997 impone ad esse alcune importanti limitazioni alla loro autonomia privata, tra cui: “(1) *gli statuti e gli atti costitutivi devono essere redatti per atto pubblico o scrittura privata autenticata o registrata; (2) non possono essere svolte altre attività diverse da quelle elencate, salvo quelle direttamente connesse (d.lg. 14.12.1997 n. 460, art. 10, 5° co); (3) divieto di distribuzione, anche in modo indiretto, di utili o avanzi di gestione nonché di fondi, riserve o capitali, salvo che la destinazione o distribuzione non siano disposte dalle legge (d.lg. 4.12.1997 n. 460, art. 10, 6° c.); (4) obbligo di impiegare gli utili eventualmente conseguiti per la realizzazione delle attività istituzionali e di quelle connesse; (5) il patrimonio finale deve essere devoluto ad altre ONLUS o a fini di pubblica utilità; (6) obbligo di tenuta di bilancio; (7) gli enti devono essere informati al principio di democraticità, ossia agli associati deve essere riconosciuto pienamente e senza limitazione il diritto di voto per l’approvazione e la modificazione dello statuto, nonché per l’elezione degli organi direttivi*”<sup>98</sup>.

A ciò si aggiunga che all’interno delle organizzazioni non profit, si può fare riferimento ad un’azione di autodisciplina tipica ed assai comune, la cd. *Carta delle donazioni*, e cioè “un

<sup>90</sup> C. CALCAGNI, *I diritti del malato secondo la Carta europea*, in *Archivio di medicina legale, sociale e criminologia*, 2004, p. 272.

<sup>91</sup> M. DIONIGI, *Dal diritto alla salute ai diritti della persona malata*, in *Nuove autonomie*, 2006, p.360.

<sup>92</sup> Carta europea dei diritti del malato, Diritto n. 3: “*Ogni individuo ha diritto di accedere a tutti i tipi di informazione che riguardano il suo stato di salute e i servizi sanitari e come utilizzarli, nonché a tutti quelli che la ricerca scientifica e la innovazione tecnologica rendono disponibili*”.

<sup>93</sup> Carta europea dei diritti del malato, Diritto n. 3: “*Ogni individuo ha diritto di ricevere i trattamenti sanitari in un periodo di tempo veloce e predeterminato. Questo diritto si applica ad ogni fase del trattamento*”.

<sup>94</sup> Carta europea dei diritti del malato, Diritto n. 8: “*Ogni individuo ha diritto di accedere a servizi sanitari di alta qualità, sulla base delle definizioni e del rispetto di precisi standard*”.

<sup>95</sup> Carta europea dei diritti del malato, Diritto n. 9: “*Ogni individuo ha il diritto di essere libero da danni derivanti dal cattivo funzionamento dei servizi sanitari, dalla malpractice e dagli errori medici, e ha il diritto di accesso a servizi e trattamenti sanitari che garantiscano elevati standard di sicurezza*”.

<sup>96</sup> Carta europea dei diritti del malato, Diritto n. 13: “*Ogni individuo ha diritto di reclamare ogni qual volta abbia sofferto un danno e ha il diritto di ricevere una risposta o un altro tipo di reazione*”.

<sup>97</sup> Carta europea dei diritti del malato, Diritto n. 14: “*Ogni individuo ha il diritto di ricevere un sufficiente risarcimento in un tempo ragionevolmente breve ogniqualvolta abbia sofferto di un danno fisico ovvero morale e psicologico causato da un trattamento di un servizio sanitario*”.

<sup>98</sup> A. SANTUARI, *op. ult. cit.*, p. 472.

*codice etico di autoregolamentazione a garanzia delle operazioni di raccolta fondi effettuata mediante la sollecitazione del pubblico, con l'obiettivo di garantire ai cittadini donatori la massima trasparenza sullo scopo della raccolta e sull'effettiva destinazione della donazione*<sup>99</sup>.

Allo stesso modo, anche le procedure di controllo interno previste e da tempo avviate all'interno delle organizzazioni non profit possono esercitare un'azione di protezione indiretta dell'utente, dal momento che *“attraverso la partecipazione dei beneficiari o dei loro rappresentanti alle scelte organizzative degli enti, si pone l'obiettivo di verificare in primo luogo che venga rispettato l'obbligo di non distribuzione (o distribuzione limitata degli utili), la tutela delle minoranze, la parità di trattamento e soprattutto le finalità istituzionali sancite dallo statuto e, in secondo luogo, per controllare la qualità dei servizi erogati”*: va peraltro sottolineato che sotto il profilo del controllo interno le *“organizzazioni non profit si differenziano notevolmente tra loro”*, ed infatti *“alcune prevedono vere e proprie forme di partecipazione dell'utente la governo dell'organizzazione (così ad esempio, le cooperative), altre adottano vincoli di trasparenza che favoriscono un coinvolgimento del consumatore, almeno sul piano della valutazione di qualità dei servizi”*<sup>100</sup>.

### *3. La misurazione dell'efficacia del servizio socio sanitario come strumento di tutela dell'utente: criticità.*

L'utilizzazione di appropriati strumenti di valutazione della efficacia dei servizi erogati rappresenta uno strumento centrale e necessario al fine di comprendere se essi sono stati resi in modo efficiente, anche in relazione alla quantità di risorse pubbliche utilizzate.

Questa considerazione dovrebbe quindi essere estesa al settore socio sanitario, in relazione al quale non è però stato possibile rinvenire l'utilizzo di un indicatore unico e sintetico di efficacia.

Le medesime difficoltà relative alla difficoltà di reperire tale indicatore si riscontrano anche in relazione della sanità sia al settore sociale.

Relativamente al settore sanitario, la dottrina aziendalistica nazionale<sup>101</sup> ed anglossassone<sup>102</sup> hanno censito l'esistenza di una elevata molteplicità di singoli indicatori, per lo più finalizzati alla misurazione delle performance manageriali di settore.

<sup>99</sup> A. SANTUARI, *op. ult. cit.*, p. 471.

<sup>100</sup> A. SANTUARI, *op. ult. cit.*, p.475.

<sup>101</sup> Per la dottrina giuridica, il riferimento è a C. BOTTARI, *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Bologna, 2012 e a C. BOTTARI-E. JORIO, *Per una sanità migliore occorre separare il debito dalla gestione ordinaria*, in *Sanità pubblica e privata*, 2012, p. 26 ss. Per la dottrina aziendalistica, si rinvia, per tutti, a M. TIEGHI, *Il bilancio di esercizio delle aziende sanitarie pubbliche*, Bologna, 2000, e del medesimo Autore, *Il problema delle valutazioni economiche preventive e delle forme di controllo consuntivo nelle esperienze emiliano romagnole di collaborazione pubblico- privato in sanità*, Bologna, 2004; *Linee guida per la predisposizione del bilancio sociale delle ASP dell'Emilia*

Anche la dottrina economica ha costruito e utilizza una vasta molteplicità di indicatori<sup>103</sup> di misurazione dei servizi sanitari, soprattutto di derivazione OMS, relativi all'impiego delle risorse sanitarie, al verificarsi di singole patologie, ovvero che fanno rinvio ad aspetti specifici relativi alla vita del paziente, quali della speranza media di vita attesa, gli anni trascorsi in buona salute e così via<sup>104</sup>, ma anche in questo caso non è stato possibile rinvenire l'esistenza di un indicatore unico e sintetico di misurazione.

Eguale accade per il settore dei servizi sociali, almeno stando a quanto è stato possibile rilevare, ove manca persino "una precisa definizione classificazione delle "patologie" sociali e delle prestazioni ad esse collegate"<sup>105</sup>: se infatti sul versante sanitario "il bisogno è certamente espresso dalla presenza di una certa patologia o malattia, curabile in maniera sostanzialmente standardizzata (ad esempio le linee guida), sul versante sociale si fa riferimento ad una situazione di fragilità che spesso non è facilmente misurabile: pertanto gli interventi che ne seguono sono poco standardizzabili. Il sistema welfare riconosce a tutta la popolazione la garanzia di alcuni diritti essenziali: i livelli essenziali per le prestazioni sociali rappresentano la specifica traduzione, per i rispettivi ambiti, delle garanzie del cittadino, ovvero dei diritti sociali esigibili. Se sul versante sanitario tali diritti sono esplicitamente definiti attraverso i LEA, su quello sociale, invece, i LIVEAS sono ancora in fase di determinazione e definizione da parte del Governo.

---

Romagna, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2011 e *Gli strumenti per le analisi dei bilanci di esercizio delle ASP dell'Emilia Romagna*, in Mecosan, 2012. Si veda altresì la *Guida alla lettura ed interpretazione del primo gruppo di indicatori*, a cura del Laboratorio Management e Sanità – Mes - della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, Ministero della Salute, Valutazione della performance della sanità 2011, che ha elaborato l'analisi di un primo gruppo di indicatori per misurare l'appropriatezza, l'efficienza e la qualità dei servizi sanitari erogati, elaborati a livello regionale, di singolo soggetto erogatore: i risultati riportati da ogni azienda sanitaria sono rappresentati con la simbologia del "bersaglio", suddiviso in settori circolari che rappresentano dimensioni di valutazione diverse. I risultati più positivi conseguiti sono collocati al centro del "bersaglio" (zona verde) e quelli meno positivi nelle fasce più lontane dal centro. Si rinvia altresì a M. SCHEGGI, *Il governo della spesa sanitaria*, in *Panorama della sanità*, 2012, p. 1 ss., che opera un interessante confronto tra congruità della spesa sanitaria e bisogni di salute, in raffronto con gli altri Paesi dell'Unione europea.

<sup>102</sup> Il riferimento è, per tutti, a C. LARSON-A. MERCER, *Global Health Indicator: an Overview*, in *Canadian Medical Association Journal*, 2004, p. 9 ss.

<sup>103</sup> Si vedano i parametri e gli indicatori contenuti nei seguenti siti WHO:

<http://www.who.int/whosis/indicators/en/>,

[http://www.who.int/gho/publications/world\\_health\\_statistics/EN\\_WHS2013\\_Full.pdf](http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/EN_WHS2013_Full.pdf).

Per le rilevazioni nazionali si vedano gli indicatori ISTAT - *Health for All-Italia*, aggiornati al mese di giugno 2013: <http://www.istat.it/it/archivio/14562>.

<sup>104</sup> Per tutti il rinvio è a G. FIORENTINI-E. IEZZI-M. LIPPI BRUNI-C. UGOLINI, *Incentives in primary care and their impact on potentially avoidable hospital admission*, in *The European Journal of Health and Economics*, 2011, p. 297; E. IEZZI-C. UGOLINI, *Modelli multilivello a scelta binaria: i vantaggi di una loro applicazione ai dati sanitari*, in *Politiche sanitarie*, 2009, p. 69 ss.; M. LIPPI BRUNI-L. NOBILIO-C. UGOLINI, *Economic incentives in general practice: the impact of pay-for-participation and pay-for-compliance programs on diabetes care*, in *Health Policy*, 2009, p. 140 ss.; M. LIPPI BRUNI-C. UGOLINI, *Economic evaluation in social and health services*, in *Rivista delle politiche sociali*, 2007, p. 207 ss.

<sup>105</sup> S. NUTI-S. BERSANTI, *op. ult. cit.*, p. 12.

*Una doverosa articolazione e definizione dei LIVEAS risulta però di particolare importanza nella definizione di possibili indicatori e/o standard sociali*<sup>106</sup>.

Per quanto concerne l'oggetto del nostro studio, va osservato che per la misurazione e valutazione delle prestazioni socio sanitarie i parametri aziendalistici ed economici tradizionali possono trovare solo parziale applicazione e utilizzo, in ragione della difficile "misurabilità" delle situazioni di fragilità sociale, tanto è vero che *"rispetto alla valutazione aziendale, che comprende indicatori che analizzano le diverse componenti, con i rispettivi obiettivi, di una azienda sanitaria, dal presidio ospedaliero, al territorio, ai servizi amministrativi, ecc... gli indicatori dei bersagli zone-distretto devono concentrarsi da una parte sulle sole performance del territorio, dall'altra allargarsi alle performance dei servizi sociali, nonché cercare di catturare i risultati e gli output di tutti quei servizi integrati"*<sup>107</sup>.

Nel frattempo però *"i bisogni socio sanitari dei cittadini si sono evoluti per effetto di diverse determinanti (es. invecchiamento, comportamento e stili di vita, innovazione tecnologica, ecc.) con crescenti sovrapposizioni che rischiano di mettere sempre più in crisi una divisione rigida dei ruoli nelle fasi di programmazione, organizzazione e gestione di singoli servizi assistenziali. Malgrado il frastagliamento delle soluzioni istituzionali ed organizzative permane il fabbisogno, a tutti i livelli, di un sistema di governance integrato che permetta di valutare le azioni intraprese in termini congiunti"*<sup>108</sup>.

La mancanza di indicatori unici e sintetici per la valutazione della efficacia delle prestazioni e dei servizi socio sanitari rappresenta dunque uno dei punti più critici della disciplina di esso, rendendo alquanto incerta ogni comparazione tra settore e quantità di risorse pubbliche assegnate, tra risorse assegnate e obiettivi conseguiti.

#### 4. Osservazioni conclusive.

In via conclusiva, possiamo osservare come il settore oggetto della presente analisi presenti numerosi elementi di criticità, in particolare relativi alla assenza di un quadro normativo organico, nazionale ma anche europeo, che consapevolmente prenda atto che la figura dell'utente del servizio socio sanitario si connota per non essere quasi mai esclusivamente utente di un servizio sanitario e/o esclusivamente di un servizio sociale.

<sup>106</sup> S. NUTI-S. BERSANTI, *op. ult. cit.*, p. 12.

<sup>107</sup> S. NUTI-S. BERSANTI, *op. ult. cit.*, p. 12, che riporta l'esperienza di collaborazione tra Laboratorio Mes dealal Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa e il Settore Politiche Sociali della Regione Toscana, finalizzata alla individuazione di *"indicatori di sintesi che potessero essere utilizzati nella valutazione della zona-distretto e che comprendessero anche la parte fin ad allora esclusa dei servizi sociali"*.

<sup>108</sup> S. NUTI-S. BERSANTI, *op. ult. cit.*, p. 1.

Non sfuggono in proposito le riserve avanzate dalla dottrina in ordine all'utilizzo della nozione di utente, che da tempo ha sottolineato come la *"individualizzazione dell'azione svolta dai pubblici poteri aveva comportato la trasformazione dell'amministrazione in apparato erogatore di prestazioni in favore di terzi singolarmente considerati, con conseguente elevazione delle relative situazioni giuridiche a vere e proprie pretese alla acquisizione di un vantaggio determinato"*<sup>109</sup>.

Tale individualizzazione ha condotto la dottrina a riflettere sulle diverse posizioni in cui essa si articola, ed in particolare sul concetto di cittadinanza, in relazione al quale si osserva che *"occorre con franchezza riconoscere che esso ha ormai esaurito la sua funzione euristica"*, ritenendo che *"sia ormai maturo il tempo di riportare al centro della scena la persona-homo, l'uomo concreto in carne ed ossa"*<sup>110 111</sup>.

Da tale premessa discende che la "scomposizione" della figura del cittadino *"nelle sue elementari unità esistenziali svela la intima natura economica dei bisogni e dell'agire umano, rendendo quantomeno arbitrarie le differenziazioni correnti tra figure idealtipiche, quali cittadini, utenti di servizi e consumatori, privati imprenditori e così via, quasi che esista un criterio idoneo a distinguere gli stati soggettivi ed i fini in relazione agli oggetti dell'azione umana"*<sup>112</sup>.

Sulla base di tale consapevolezza, avanziamo in sede conclusiva del nostro studio un'ulteriore riflessione, relativa alla necessità di considerare l'utente quale utilizzatore di servizi che sono sempre più interconnessi e integrati tra loro, al fine di costruire politiche di intervento pubblico che abbattano ogni steccato normativo e regolatorio tra i diversi settori di riferimento.

L'utente come persona necessita perciò, a nostro avviso, di essere considerato sia dal legislatore sia dalla pubblica amministrazione come un *unicum*, come cioè un complesso inscindibile di bisogni e esigenze che non possono essere artificialmente scomposte né dal legislatore né dal burocrate.

Questo modo di intendere l'utente in quanto persona è stato accolto recentemente dal legislatore anglosassone allorché introduce un nuovo concetto di *Integrated Care*<sup>113</sup>, all'interno dell'*Health and Social Care Act* del 2012, finalizzato ad abbattere la persistente separazione tra i settori della sanità e della assistenza sociale, che ha portato alcuni studiosi a

<sup>109</sup> G. D. COMPORITI, *Amministrazione e cittadino*, in *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, a cura di Franco Manganaro e Antonio Romano Tassone, Torino, 2004, p. 4, che richiama lo studio di V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, p. 369 ss.

<sup>110</sup> G. D. COMPORITI, *op. ult. cit.*, p. 7.

<sup>111</sup> G. D. COMPORITI, *op. ult. cit.*, pp. 10-11.

<sup>112</sup> G. D. COMPORITI, *op. ult. cit.*, p. 12.

<sup>113</sup> I. MUR VEEMAN-A. VAN RAAK -A. PAULUS, *Comparing Integrated Care Policy in Europe: Does policy matter?*, in *Health Policy*, 2008, pp. 172-183.

parlare della esistenza di una barriera tra settori equiparabile al “Muro di Berlino”<sup>114</sup> (che aveva caratterizzato l’ordinamento britannico del secondo dopoguerra che regolava i due settori con due distinte *Acts*, il *National Health Service Act* e il *National Assistance Act*).

Il più recente *Health and Social Care Act* del 2012 attribuisce infatti al *The NHS Commissioning Board* il compito di promuovere ulteriormente l’integrazione tra assistenza sanitaria e assistenza sociale, al fine di garantire che la prestazione dei servizi sanitari si integri con la erogazione di servizi sociali ritenuti idonei a migliorare la qualità dei servizi, a ridurre le disuguaglianze in termini di accessibilità dei servizi e rispetto all’efficacia di essi.

Ai fini di un più diretto coinvolgimento dell’utente l’*Health and Social Care Act* istituisce organismi di controllo esterni denominati *Healthwatch England Committee* e *Local Healthwatch Organisations*, deputati alla applicazione delle disposizioni del *Local Government and Public Involvement in Health Act* del 2007, che hanno come compiti, tra gli altri, quello di promuovere e sostenere la partecipazione degli utenti dei servizi socio sanitari nella fase di predisposizione, erogazione e controllo dei servizi erogati, di acquisire informazioni dagli utenti circa le loro esigenze ed esperienze in merito ai servizi sociale e sanitari, fornire consulenza e informazioni sull’accesso ai servizi di cure e sulle scelte a disposizione dell’utente circa i diversi aspetti di tali servizi; nonché redigere relazioni e formulare raccomandazioni circa il miglioramento del servizio erogato<sup>115</sup>.

In questa direzione, sono istituiti appositi organismi, i cd. *Health and Wellbeing Board*, che elaborano specifiche rilevazioni e valutazioni dei bisogni relativi a singole aree, e predispongono una strategia idonea a rispondere in misura adeguata ad essi, non solo in termini di salute (*health*) ma anche di benessere (*well-being*).

L’*Health and Social Care Act* del 2012 dispone altresì quale obbligo primario del *National Health Service Commission Board* quello di promuovere l’integrazione, e precisamente “*The Board must exercise its functions with a view to securing that the provisions of health services is integrated with the provisions of health related services or social care services...*”<sup>116</sup>, mentre nella sezione dedicata alla *Regulation of Health and Adult Social Care Services*, posta sotto l’autorità di un *Independent Regulator of National Health Service Foundation Trusts* denominato *Monitor*, afferma chiaramente che “*the main duty of Monitor is exercising its functions is to protect and promote the interests of people who use health care services by promoting provisions of health care services...*” e “*Monitor must exercise its*

<sup>114</sup> I. MUR VEEMAN-B. HARDY-M. STEENBERGEN-G. WISTOW, *Development of integrated care in England and the Netherlands. Managing across public/private boundaries*, in *Health Policy*, 65, 2003, p. 233.

<sup>115</sup> L’*Health and Social Care Act* del 2012 istituisce altresì gli *Independent Advocacy Services*, deputati ad assistere gli utenti nella attivazione di procedure di reclamo o di denunce per disservizi per servizi sociali e sanitari.

<sup>116</sup> *Health and Social Care Act* 2012, Part 1, Chapter A1, 13 N.



*functions with a view to enabling of health care services provided for the purposes of the NHS to be integrated with the provision of health-related services or social care services...*<sup>117</sup>.

Volendo ora tratteggiare una considerazione finale al presente studio, possiamo osservare come l'utente del servizio socio sanitario non goda oggi di un sistema di tutele giuridiche maturo e compiuto né a livello nazionale né a livello europeo.

Ciò è frutto di una normativa disorganica e frammentata e della mancanza di indicatori sintetici di natura economica e aziendale che possano in qualche modo orientare le scelte del legislatore e del regolatore di interventi amministrativi non sempre supportati da essenziali elementi di riflessione e valutazione per una efficace ed efficiente azione amministrativa nel settore.

L'auspicio va nella direzione di procedere ad una tempestiva e approfondita riflessione sulla importanza economica e sociale che il settore riveste nel nostro Paese, e nell'intera Europa, al fine di costruire un sistema normativo e amministrativo al passo con i tempi e con la necessità di garantire all'utente, considerato nella sua entità di *persona*, il rispetto dei diritti sociali di cui rimane, nonostante tutto, titolare.

---

<sup>117</sup> Health and Social Care Act 2012, Part 3, Chapter 1, 62.

## L'attuazione dell' Unione Bancaria europea: il Meccanismo di vigilanza unica e il Meccanismo unico di risoluzione delle crisi. Profili generali.

di Mario Affinita

### ABSTRACT

*The present work aims to examine the main elements of Banking Union, in particular the Single Supervisory Mechanism, and highlight the perspectives and critical issues without pretending to be exhaustive, because, although they have been important steps forward, process is still under construction and refinement. A further consideration deserves the Single Resolution Mechanism, a management mechanism of the failure of the banks, regarded as the " necessary complement to the Single Supervisory Mechanism " and foreshadowed with the primary objective to break that vicious circle linking banks and public debts. Recently, at ECOFIN has been reached, although with difficulty, an agreement in principle on the Single Resolution Mechanism and the related Single Resolution Fund. In fact, critical issues had emerged in order to identify the parties responsible and the methods about the liquidation of a bank as well as in reference to the identification of the " recipients" of the consequences in case of default. Despite the agreement, there are still doubts and gaps of a rather complex network, however it is undeniable that has been taken an important step forward. "The road is still long, but it has begun".*

**SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Il problema della base normativa del Meccanismo di vigilanza unica. Il superamento della "dottrina Meroni" - 2.1. Ambito territoriale del MVU, poteri della BCE e soggetti vigilati - 2.2. I rapporti della BCE con le autorità nazionali e con l'EBA - 3. Il Meccanismo unico di risoluzione - 4. Lo schema comune di garanzia dei depositi bancari - 5. Aspetti critici e spunti di riflessione sul nuovo network - 6. Osservazioni conclusive.**

### 1. Introduzione.

La crisi economica e finanziaria degli ultimi anni ha evidenziato la vulnerabilità del sistema bancario delle economie avanzate, tra le quali, a buon diritto, va ricompresa la UE. Gli eventi hanno dimostrato che il *default* di una singola banca può rapidamente contagiare altri istituti, con conseguenze imponderabili per il sistema produttivo e per i privati, oltre che per le stesse istituzioni finanziarie. La crisi ha messo in luce l'inadeguatezza del modello

della vigilanza armonizzata, introdotto in Europa, insieme al principio dell'*home country control*, dalle direttive europee, a partire dalla fine degli anni 70<sup>118</sup>. Muovendo da tale evidenza, l'UE ha potenziato i controlli sul settore finanziario; già nel corso del 2011 i Paesi membri si erano resi conto dell'insufficienza delle misure adottate per raggiungere l'obiettivo della stabilità finanziaria e, anche su impulso della Commissione UE, il vertice dei Capi di Stato e di Governo del 28 e 29 giugno 2012 ha, tra le altre misure, deciso di procedere alla creazione della cosiddetta "Unione bancaria"<sup>119</sup>; in quell'occasione il vertice ha anche proposto di utilizzare lo *European Financial Stability Facility* per tutelare la stabilità finanziaria (di seguito *European Stability Mechanism*)<sup>120</sup>. Le misure del dicembre successivo (soprattutto il via libera politico al regolamento per l'attribuzione di poteri di vigilanza alla Bce), rappresentano un primo e fondamentale passo verso l'obiettivo - fatto proprio dal Consiglio del giugno 2012 - di "spezzare il circolo vizioso tra banche e debito sovrano"<sup>121</sup>. Si pensi, infatti, che secondo

<sup>118</sup> Per un quadro analitico delle direttive comunitarie, si veda M. PORZIO, *Trattato di diritto commerciale. Sez. III. Vol. 1: Le imprese bancarie.*, Giappichelli, 2007.

<sup>119</sup> Nelle conclusioni del Consiglio del 28/29 giugno 2012 si può leggere: «*The report "Towards a Genuine Economic and Monetary Union" presented by the President of the European Council, in cooperation with the Presidents of the Commission, Eurogroup and ECB, sets out "four essential building blocks" for the future EMU: an integrated financial framework, an integrated budgetary framework, an integrated economic policy framework and strengthened democratic legitimacy and accountability*».

<sup>120</sup> L'*European Stability Mechanism*, è qualificato dal trattato istitutivo, con qualche ambiguità, come "istituzione finanziaria internazionale". Di qui il dubbio se essa debba "avere o meno una operatività assimilabile a quella bancaria, e il rilievo che sia riconducibile a una organizzazione intergovernativa, di natura pubblicistica". In tal senso v. G. NAPOLITANO, *La nuova governance economica europea: Il meccanismo di stabilità e il fiscal compact*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2012, 462 ss.. Sul punto cfr., pure, E. CHITTI, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 57 ss.; R. PEREZ, *La nuova governance economica europea: il Meccanismo di stabilità e il Fiscal Compact - Il Trattato di Bruxelles e il Fiscal compact*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2012. Il Meccanismo europeo di stabilità (ESM), detto anche Fondo salva-Stati, istituito dalle modifiche al Trattato di Lisbona (art. 136) approvate il 23 marzo 2011 dal Parlamento europeo e ratificate dal Consiglio europeo a Bruxelles il 25 marzo 2011, nasce come fondo finanziario europeo per la stabilità finanziaria della zona euro (art. 3). Esso ha assunto però la veste di vera e propria organizzazione intergovernativa (sul modello dell'FMI), a motivo della struttura fondata su un consiglio di governatori (formato da rappresentanti degli stati membri) e su un consiglio di amministrazione e del potere, attribuito dal trattato istitutivo, di imporre scelte di politica macroeconomica ai paesi aderenti al fondo-organizzazione. Il Consiglio Europeo di Bruxelles del 9 dicembre 2011, con l'aggravarsi della crisi dei debiti sovrani, decise l'anticipazione dell'entrata in vigore del fondo, inizialmente prevista per la metà del 2013, a partire da luglio 2012. Successivamente, però, l'attuazione del fondo è stata temporaneamente sospesa in attesa della pronuncia da parte della Corte Costituzionale della Germania sulla legittimità del fondo con l'ordinamento tedesco. La Corte Costituzionale Federale tedesca ha sciolto il nodo giuridico il 12 settembre 2012, quando si è pronunciata, purché vengano applicate alcune limitazioni, in favore della sua compatibilità con il sistema costituzionale tedesco.

<sup>121</sup> Il Consiglio europeo ha preso atto, nelle conclusioni del 13/14 dicembre 2012, che "in un contesto in cui la vigilanza bancaria è trasferita effettivamente ad un meccanismo di vigilanza unico sarà necessario un meccanismo di risoluzione unico, dotato dei poteri atti ad assicurare che qualsiasi banca in uno Stato membro partecipante possa essere assoggettata a risoluzione mediante gli strumenti opportuni e che il meccanismo di

la Commissione Ue dal 2008 al 2011 sono stati impegnati in Europa 4.500 miliardi di euro per il salvataggio delle banche (37% del Pil europeo).

Per rimediare agli effetti della crisi, la grande maggioranza degli Stati e le Istituzioni europee hanno optato per il “percorso” delineato dal Rapporto redatto nel 2009 dagli esperti del Gruppo presieduto da Jacques de Larosière, il quale propugnava – in linea con la teoria del c.d. “trilemma finanziario”<sup>122</sup> – un rafforzamento della scelta federalista, pur in un contesto di regole armonizzate, ravvisando da un lato la necessità di assicurare maggiore uniformità alle norme regolamentari, eliminando le eccezioni e le deroghe frutto delle opzioni lasciate nel tempo ai legislatori nazionali dalle direttive europee ed esercitate dagli stessi, dall’altro l’esigenza di accentrare a livello europeo alcuni compiti e poteri di vigilanza, mediante la creazione di nuove Autorità, reputando necessaria un’ulteriore spinta federalista alla realizzazione di una vera e propria *Banking Union*, caratterizzata da una vigilanza pienamente integrata<sup>123</sup>.

---

risoluzione unico dovrebbe basarsi sui contributi dello stesso settore finanziario e comprendere adeguate ed efficaci misure di sostegno”.

<sup>122</sup> Secondo tale teoria, elaborata da D. SCHOENMAKER, *Il trilemma finanziario*, in *Economic Letters*, 2011, n. 111, pagg. 57-59, l’integrazione e la stabilità finanziarie non sarebbero compatibili con il contestuale mantenimento di una vigilanza strutturata su base nazionale, per cui il rafforzamento della spinta federalista sarebbe la sola possibile risposta all’odierna crisi finanziaria.

<sup>123</sup> Cfr. *The High-Level Group on financial supervision in the EU*, Chaired by Jaques de Larosiere, *REPORT*, Brussels, 25 February 2009. La relazione de Larosière analizza, nel capitolo I, le cause complesse della crisi finanziaria, la cui comprensione è ritenuta essenziale per decidere le risposte corrette sul piano della regolamentazione e della vigilanza. Infatti, la relazione distingue tra regolamentazione e vigilanza in materia finanziaria, analizzate rispettivamente nei capitoli II e III; secondo il progetto la regolamentazione e la vigilanza sono due aspetti interdipendenti: una vigilanza competente non può risolvere le carenze della politica di regolamentazione finanziaria ma senza un’attività di vigilanza competente e ben congegnata anche le buone politiche di regolamentazione rischiano di essere inefficaci. In entrambi i casi è dunque richiesto un livello di qualità elevato. Per quanto interessa il presente lavoro, il progetto esamina le politiche e le prassi di vigilanza dei servizi finanziari all’interno dell’UE e propone cambiamenti a breve e a lungo termine, cambiamenti ritenuti necessari sulla base delle carenze reali e importanti a livello di vigilanza, sia dal punto di vista macroprudenziale che microprudenziale. La soluzione per il gruppo de Larosière, risiede, appunto, nella creazione di un sistema europeo di vigilanza e gestione della crisi, con un nuovo ruolo, di primo piano, svolto dalla BCE. Il gruppo propone un processo in due fasi volto a rafforzare la vigilanza del settore finanziario europeo e, dunque, a ricreare fiducia nel mercato. La rapidità del processo è ritenuta essenziale, pur lasciando a tutti gli interessati tempo sufficiente per convergere verso l’obiettivo di un sistema rafforzato e maggiormente integrato. La relazione, infine, si sofferma sui rimedi, volti a salvaguardare alcuni obiettivi fondamentali a livello mondiale: la stabilità e l’integrazione finanziaria; il rafforzamento della cooperazione delle autorità di vigilanza; quadro efficiente di gestione delle crisi e di coordinamento a livello internazionale; una coerente rappresentanza dell’UE nella nuova architettura economica e finanziaria Mondiale e le sue relazioni con le principali potenze finanziarie del mondo.

## 2. Il problema della base normativa del Meccanismo di vigilanza unica. Il superamento della “dottrina Meroni”.

L'obiettivo dell'Unione bancaria è il ripristino e rafforzamento della fiducia nel sistema creditizio e, in una visione più ampia e di lungo termine, costituisce uno dei tasselli attraverso cui la UE intende rafforzare l'integrazione economica e di bilancio continentale, creando una vera e propria Unione bancaria europea – quantomeno fra gli Stati della zona euro, ma aperta anche a chiunque altro intenda aderirvi – basata su un *corpus* unico di norme completo e dettagliato, la cui supervisione sia affidata a un meccanismo di vigilanza unico (*Single Supervisory Mechanism*, SSM), considerato il “primo passo” verso una vera unione bancaria, che assicuri un controllo ottimale sotto il profilo qualitativo e libero da considerazioni estranee all'ottica prudenziale<sup>124</sup>, e realizzi quel tanto auspicato cd. *level playing field* tra le banche dell'Unione.

Protagonista di questo importante, se non addirittura epocale, processo evolutivo di integrazione è sicuramente l'istituzione europea della BCE, alla quale il regolamento (UE) del Consiglio n. 1024 del 15 ottobre 2013 (di seguito “reg. SSM”) conferisce rilevanti poteri; tuttavia ruolo non marginale conservano le Autorità nazionali di vigilanza, il cui rapporto con la BCE è improntato ai principi di collaborazione e coordinamento. Inoltre, il nuovo *network* si va ad affiancare, al Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF) e, in particolare, all'*European Banking Authority* (EBA), Agenzia europea indipendente, istituita con il Regolamento (UE) n. 1093/2010<sup>125</sup>.

Venendo alla legittimazione giuridica del nuovo sistema, si osserva che, a differenza del regolamento dell'EBA, istituita con la procedura di cui all'art. 114 TFUE<sup>126</sup>, la base

<sup>124</sup> Cfr. Considerando n. 12 del Regolamento (UE) del Consiglio n. 1024 del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 287 del 29 ottobre 2013, pp. 63 ss..

<sup>125</sup> Da ultimo modificato dal Regolamento (UE) n. 1022/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, recante modifica del regolamento (UE) n. 1093/2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), per quanto riguarda l'attribuzione di compiti specifici alla Banca centrale europea ai sensi del regolamento del Consiglio (UE) n. 1024/2013, in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 287 del 29 ottobre 2013, pp. 5 ss.

<sup>126</sup> L'art. 114 TFUE consente al Parlamento europeo e al Consiglio di adottare, con procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, le “misure relative al ravvicinamento delle

normativa del processo costitutivo, che dovrebbe portare ad un'unione bancaria, poggia sul disposto dell'art. 127, par. 6, del TFUE.

In merito all'istituzione dell'EBA<sup>127</sup>, si era riproposto il dibattito, mai sopito in verità, circa il rispetto della cd. “dottrina Meroni”<sup>128</sup> da parte delle *Authorities* indipendenti europee. Secondo la giurisprudenza su cui si basa tale “dottrina”, le istituzioni comunitarie possono delegare i poteri conferiti loro dal Trattato a un'entità separata quale un'agenzia, a condizione che tale delega sia limitata a poteri esecutivi chiaramente definiti e limitati, il cui esercizio possa essere soggetto a un riesame alla luce di criteri oggettivi ben determinati dal delegante. Ad ogni modo, tale delega non dovrebbe comprendere poteri di natura discrezionale il cui esercizio richieda il contemperamento di politiche differenti, poiché ciò potrebbe alterare l'equilibrio istituzionale previsto dal Trattato. Si tratterebbe, in altre parole di delega di poteri consultivi, di coordinamento o di mera esecuzione; tuttavia, a ben vedere, l'EBA non espleta soltanto le funzioni ora citate, ma condivide, su una base di sostanziale equiordinazione con la Commissione e gli Stati membri, la funzione regolatoria e può esercitare, a determinate condizioni, poteri di tipo decisorio sia nei confronti delle autorità nazionali di vigilanza, sia di singoli istituti finanziari. Difatti, il ruolo assegnato in questo campo all'EBA è di tipo sostanzialmente regolamentare<sup>129</sup>; da ciò la conclusione che il reg. 1093/10 finisce per aggirare il divieto della dottrina Meroni della Corte di giustizia sulla delega di poteri discrezionali alle agenzie europee<sup>130</sup>, poiché affida all'EBA la concreta

---

disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno”.

<sup>127</sup> Per una chiara analisi del processo europeo di *agencification*, cfr. E. CHITTI, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2010, 01, 57.

<sup>128</sup> Da un celebre caso del 1956 nel quadro giuridico della CECA, ritenuto poi valido anche nel contesto della CE: *Meroni eCo. Industrie Metallurgiche Spa/Alta Autorità*, cause riunite 9/56 e 10/56.

<sup>129</sup> L'EBA, oltre a conservare la responsabilità del *Single Rulebook*, inteso come *corpus* unico di norme nel settore finanziario dell'UE, dovrebbe assumere anche la funzione di garantire pratiche uniformi di vigilanza, attraverso la predisposizione di un manuale che definisca determinati standard tecnici, ovvero il *Single Handbook*. Entrambi sono cruciali per preservare il mercato interno, soprattutto con riferimento agli Stati Membri non appartenenti all'area euro che decideranno di non aderire al meccanismo di vigilanza unico.

<sup>130</sup> Cfr. F. GUARRACINO, *Supervisione bancaria europea. Sistema delle fonti e modelli teorici*, Milano, 2012., 104 ss., ove si osserva che viene così aggirato l'ostacolo giuridico ad una delega diretta di poteri di regolamentazione all'EBA derivante dal principio “Meroni” della Corte di giustizia, equivalente europeo della statunitense *nondelegation doctrine* basata sul principio costituzionale di separazione dei poteri, vale a dire da quel principio giurisprudenziale secondo il quale, costituendo l'equilibrio dei poteri che caratterizza la struttura della (allora) Comunità una garanzia prevista dal Trattato per coloro cui esso si applica, «una delega di poteri discrezionali ad organi diversi da quelli che il Trattato ha istituito per esplicitarli o controllarne l'esercizio nell'ambito delle loro rispettive attribuzioni, violerebbe tali garanzie» (cfr. Corte di giustizia, 13 giugno 1958, causa 9/56, *Impresa*

determinazione del contenuto delle norme tecniche di regolamentazione e di attuazione, introducendo così, in maniera surrettizia, una sorta di esercizio in comune o condiviso tra Commissione ed EBA<sup>131</sup>, e pertanto si avverte l'esigenza di una modifica dei Trattati o, quantomeno del riconoscimento di un nuovo concetto di indipendenza in un'accezione "forte"<sup>132</sup>.

Diversa e più solida è la base normativa del regolamento istitutivo del SSM e, quindi, dei poteri conferiti alla BCE, che, come sopra ricordato, trova fonte nell'art. 127 TFUE, il quale è posto in apertura del capo dedicato alla politica monetaria dell'Unione. In particolare, assumono rilievo due disposizioni: il paragrafo 5, che stabilisce che "il SEBC contribuisce ad una buona conduzione delle politiche perseguite dalle competenti autorità per quanto riguarda la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario". Il successivo paragrafo 6, poi, prevede che "il Consiglio, deliberando all'unanimità mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, previa consultazione del Parlamento europeo e della Banca centrale europea, può affidare alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e le altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione".

Orbene, si è osservato che, quella del SEBC non è una competenza esclusiva, in quanto l'art. 127, § 5, adopera il verbo "contribuire" - che significa prestare aiuto, collaborare, cooperare con qualcuno a qualcosa - e usa tale verbo in riferimento a politiche "perseguite dalle competenti autorità", con ciò assumendo che la titolarità delle relative funzioni spetti a qualcun altro che al SEBC; inoltre, la previsione dell'art. 127, § 5, non specifica in che modo il SEBC debba contribuire ad una buona conduzione delle politiche in materia di vigilanza

---

*Meroni & Co., Industrie Metallurgiche s.p.a.*, in Racc., 1958, pag. 11 ss.; 13 giugno 1958, causa 10/56, *Impresa Meroni & Co., Industrie Metallurgiche s.p.a.*, in Racc., 1958, pag. 51 ss.; 12 luglio 2005, in cause riunite C-154/04, *The Queen, ex parte Alliance for Natural Health*, e C-155/04, *The Queen, ex parte National Association of Health Stores*, in Raccolta, 2005, pp. I-6451 ss.; 26 maggio 2005, in causa C-301/02 P, *Carmine Salvatore Tralli contro Banca Centrale Europea*, Racc. 2005, p. I-4099). Sull'applicazione della "dottrina Meroni" alle agenzie europee, ancora dopo il Trattato di Lisbona, cfr. GRILLER - ORATOR, *Everything under control? The "way forward" for European agencies in the footsteps of Meroni doctrine*, in *European Law Review*, vol. 35, 1, febbraio 2010, 3 ss.

<sup>131</sup> Osserva, tuttavia, G. MAJONE, *Dilemmas of European Integration. The Ambiguities & Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford University Press, New York, 2005, 89, che "although European courts ... continue to consider Meroni as good law, doubts about the continued relevance of the doctrine have been raised by several legal scholars who point out that the situation that give rise to that case – the delegation of certain discretionary tasks to private associations – is quite different from the current issue of delegating powers to European public law agencies.... Even admitting the continued relevance of the old doctrine, its conditions would be satisfied as long as the Commission retains certain control powers".

<sup>132</sup> Sul punto cfr. *Lo spazio amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI e A. NATALINI, Bologna, 2012.

prudenziale degli enti creditizi e stabilità del sistema finanziario, il che sembra lasciare spazio per soluzioni diverse nei limiti in cui vengano rispettati i principi di sussidiarietà e di proporzionalità<sup>133</sup>.

Quanto all'art. 127, § 6, esso consente di ampliare ulteriormente la sfera di competenza del SEBC, adottando, con procedura legislativa speciale e voto unanime del Consiglio, un regolamento che attribuisca alla BCE compiti specifici in materia di vigilanza. La disposizione, si evidenzia, parla di conferimento di compiti "specifici"<sup>134</sup>.

Ciò detto, si può notare come la previsione dell'art. 127, § 6, del TFUE sia sostanzialmente "doppiata" dall'art. 25, § 2 dello statuto SEBC/BCE (allegato al Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 di modifica del trattato sull'Unione europea e del trattato istitutivo della Comunità europea), il quale afferma che "conformemente ai regolamenti del Consiglio ai sensi dell'articolo 127, § 6, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, la BCE può svolgere compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, eccettuate le imprese di assicurazione".

Inoltre, l'art. 132, § 1 primo trattino, del TFUE, prevede che la BCE "stabilisce regolamenti nella misura necessaria per assolvere i compiti definiti nell'articolo [...] 25, § 2 dello statuto del SEBC e della BCE [...]", oltre ad assumere le decisioni necessarie per assolvere ai compiti attribuiti al SEBC e a formulare raccomandazioni e pareri. Dunque, dal combinato disposto degli artt. 126, § 6 TFUE, 25, § 2 Statuto SEBC/BCE e 132, § 1 TFUE risulta espressamente prevista, dai trattati, la possibilità, non soltanto che siano conferiti alla BCE compiti specifici in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e altre istituzioni finanziarie, ma che, in questo caso, essa disponga anche dei necessari poteri regolamentari, con l'avallo dei trattati, superando, in tal modo le limitazioni poste dalla dottrina Meroni, o, da altro punto di vista, rientrando nei confini della sua interpretazione.

<sup>133</sup> Cfr. F. GUARRACINO, *Il meccanismo unico di vigilanza sugli enti creditizi tra diritto primario e riforma dei trattati*, in *Riv. Trim. dir. Econ.*, n. 3/2013, 171.

<sup>134</sup> Cfr. F. GUARRACINO, *Il meccanismo unico di vigilanza sugli enti creditizi*, op. cit., per il quale, l'uso dell'aggettivo "specifico" non sembra correlato al rispetto di un limite di natura quantitativa (naturalmente fatto salvo il caso estremo dell'esautoramento totale delle competenze di vigilanza nazionali, che peraltro difficilmente potrebbe conciliarsi col principio di sussidiarietà) e la norma, piuttosto, sembra vietare il ricorso a formule attributive vaghe, generiche o indeterminate che, in sede di interpretazione applicativa, potrebbero portare ad un tradimento degli equilibri stipulati tra gli Stati membri nella loro volontà affidata al voto unanime del Consiglio.



## 2.1. Ambito territoriale del MVU, poteri della BCE e soggetti vigilati.

La principale valenza innovativa del nuovo regolamento SSM risiede nel fatto che esso accentra l'esercizio della funzione di vigilanza e di buona parte dei relativi poteri presso un *network* privo di personalità giuridica, appositamente istituito (il *Single Supervisory Mechanism*), composto dalla BCE e dalle Autorità nazionali degli Stati membri partecipanti (cfr. art. 2, n. 9, reg. SSM). Dalle funzioni devolute allo SSM restano esclusi, continuando a far capo alle singole Autorità nazionali, tutti i compiti relativi alle materie dell'antiriciclaggio, della protezione del consumatore, della vigilanza sulle succursali di banche extraeuropee insediate negli Stati europei aderenti e sui soggetti non rientranti nella definizione di "ente creditizio", adottata nel diritto dell'Unione Europea, dei servizi di pagamento, nonché le eventuali competenze che consentano l'applicazione di strumenti macro prudenziali non previsti da disposizioni europee (cfr. Cfr. considerando 28 e art. 1, commi 5 e 6 reg. SSM)<sup>135</sup>.

In ordine al perimetro territoriale del meccanismo unico di vigilanza, soltanto gli Stati la cui moneta è l'euro rientrano automaticamente, in forza dello stesso regolamento, tra quelli partecipanti al sistema, che si esplica quindi senz'altro nei confronti degli enti creditizi che vi sono stabiliti, vi aprano una succursale, vi prestino servizi transfrontalieri.

Per gli Stati membri che non hanno adottato l'euro come moneta, invece, la partecipazione allo SSM può avvenire attraverso l'instaurazione di una "cooperazione stretta" tra l'autorità nazionale competente e la BCE su richiesta dello Stato interessato, il quale non solo deve impegnarsi ad assicurare che la autorità nazionale rispetti gli orientamenti o le richieste della Banca centrale europea, ma deve aver adottato una pertinente normativa nazionale per assicurare che detta autorità sia tenuta ad adottare, nei

---

<sup>135</sup> Ai sensi del Cons. 28 reg. SSM: «È opportuno lasciare alle autorità nazionali i compiti di vigilanza non attribuiti alla BCE, in particolare i seguenti compiti: ricevere dagli enti creditizi le notifiche in relazione al diritto di stabilimento e alla libera prestazione di servizi, esercitare la vigilanza sui soggetti che, benché non rientranti nella definizione di "ente creditizio" ai sensi del diritto dell'Unione, il diritto nazionale sottopone alla stessa vigilanza degli enti creditizi, esercitare la vigilanza sugli enti creditizi dei paesi terzi che aprono una succursale o che prestano servizi transfrontalieri nell'Unione, esercitare la vigilanza sui servizi di pagamento, effettuare le verifiche quotidiane sugli enti creditizi, assolvere nei confronti degli enti creditizi la funzione di autorità competenti in relazione ai mercati degli strumenti finanziari, prevenire l'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio di denaro e di finanziamento del terrorismo e proteggere i consumatori».

confronti degli enti creditizi, le misure chieste dalla BCE ai sensi del regolamento (cfr. art. 7, § 2 lett. c, reg. SSM).

Nei confronti degli enti creditizi stabiliti o operanti in uno Stato in regime di cooperazione stretta, la BCE (qualora reputi opportuna l'adozione di una misura nei loro confronti) potrà formulare istruzioni all'indirizzo dell'autorità nazionale competente, indicando i termini pertinenti: qualora l'autorità non ottemperi, la BCE non può far altro che, sospendere o porre fine alla cooperazione stretta previo avvertimento allo Stato membro interessato e decorsi quindici giorni, (cfr. art. 7, §§ 4 e 5, reg. SSM). Per bilanciare gli interessi dello Stato membro in regime di "cooperazione stretta", posto che esso (non avendo adottato l'euro come moneta) non ha esponenti nel Consiglio direttivo della BCE ed è in minoranza nel Consiglio di vigilanza (si tratta, con evidenza, di un incentivo politico alla partecipazione volontaria allo SSM) sono previsti, a seconda dei casi (cfr. art. 7, §§ 7 e 8, reg. SSM, ai quali si rinvia per i necessari dettagli), meccanismi di "disaccordo" nei confronti delle decisioni del Consiglio di vigilanza e delle eventuali obiezioni del Consiglio direttivo.

E' particolarmente importante rilevare che il reg. SSM ha accolto il principio della separazione delle funzioni monetarie e di vigilanza. Il ruolo rilevante attribuito al Consiglio di sorveglianza nei confronti del Consiglio direttivo è una delle garanzie ai fini di una netta separazione tra la funzione monetaria e quella di vigilanza della BCE (art. 25 reg. SSM, rubricato Separazione dalla funzione di politica monetaria)<sup>136</sup>.

Con riferimento, infine, agli Stati membri dell'U.E., che, non avendo adottato l'euro come moneta, non optino neppure per aderire allo SSM in regime di cooperazione stretta, il regolamento prevede la conclusione di un *memorandum* d'intesa tra la BCE e le rispettive autorità nazionali che descriva in termini generali come essi intendono cooperare

---

<sup>136</sup> In particolare, ai sensi dell'art. 25 §§. 4 e 5 del reg. SSM "La BCE garantisce che il consiglio direttivo operi in modo completamente differenziato per quanto riguarda le funzioni di politica monetaria e di vigilanza. Tale differenziazione prevede riunioni e ordini del giorno rigorosamente separati". "Al fine di garantire la separazione tra compiti di politica monetaria e compiti di vigilanza la BCE istituisce un gruppo di esperti di mediazione. Questo gruppo di esperti risolve le divergenze dei pareri espressi dalle autorità competenti degli Stati membri partecipanti interessati in ordine a un'obiezione del consiglio direttivo a un progetto di decisione del consiglio di vigilanza. Comprende un membro per Stato membro partecipante, scelto da ciascuno Stato membro tra i membri del consiglio direttivo e del consiglio di vigilanza e decide a maggioranza semplice; ciascun membro dispone di un solo voto. La BCE adotta e rende pubblico il regolamento istitutivo di tale gruppo di esperti di mediazione e il relativo regolamento interno".

nell'assolvimento dei loro compiti di vigilanza ai sensi del diritto dell'Unione (cfr. art. 3, § 6, reg.; ove necessario, peraltro, la BCE può stipulare *memorandum*).

Quanto ai poteri della BCE, ai sensi dell'art. 4 del reg. SSM (rubricato “Compiti attribuiti alla BCE”, che individua le funzioni “microprudenziali”), ad essa vengono attribuite competenze esclusive, in parte individuate sulla scorta di un criterio per materia, tra i quali assumono particolare rilievo: il rilascio e la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria; l'autorizzazione e l'opposizione all'acquisto di partecipazioni rilevanti nel capitale delle banche; la verifica del rispetto dei requisiti patrimoniali imposti in via prudenziale agli enti creditizi vigilati; la verifica del rispetto delle regole di *governance*, organizzazione e controlli interni funzionali a un efficiente governo societario e a una pronta rilevazione e gestione dei rischi. A tali fini la BCE applicherà la normativa comunitaria ed eventualmente quella nazionale, che sia stata emanata in recepimento di Direttive, e potrà altresì adottare linee guida, raccomandazioni e decisioni.

Appartiene in via esclusiva alla BCE anche il compito individuato all'art. 4, § 1, lett. h), cioè quello di “partecipare alla vigilanza supplementare dei conglomerati finanziari in relazione agli enti creditizi che ne fanno parte e assumere i compiti di coordinatore quando la BCE è nominata coordinatore per un conglomerato finanziario conformemente ai criteri fissati nel pertinente diritto dell'Unione”.

La BCE godrà anche di un potere regolamentare, circoscritto agli ambiti di supervisione di propria competenza e senza pregiudicare il ruolo dell'EBA<sup>137</sup>; in parte la competenza della BCE è individuata sulla scorta di un criterio per soggetti, atteso che essa eserciterebbe la vigilanza prudenziale diretta e i relativi poteri sui soggetti vigilati<sup>138</sup> più rilevanti su base consolidata, alla stregua dei criteri di valutazione fissati nel paragrafo 4 dell'art. 6 (rubricato “Cooperazione con l'MVU”) del reg. SSM (dimensioni, l'importanza assunta per l'economia dell'Unione o per uno Stato membro e la significatività dell'operatività transfrontaliera). In

<sup>137</sup> La competenza diretta ed esclusiva riservata alla BCE in tema di autorizzazione e revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria e di valutazione delle domande di acquisto e cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi evidenzia il chiaro intento del legislatore europeo di sottrarre alle politiche nazionali, potenzialmente protezionistiche, l'assetto del mercato del credito, facendo segnare un evidente passo in avanti nell'effettiva integrazione del mercato.

<sup>138</sup> Alla stregua dell'art. 6, paragrafo 4, del regolamento rientrerebbero fra i soggetti vigilati gli enti creditizi, le società di partecipazione finanziaria o le società di partecipazione finanziaria mista, o le succursali, stabilite in Stati membri partecipanti, di enti creditizi stabiliti in Stati membri non partecipanti.

particolare, alla stregua di questo secondo criterio di riparto, sarebbe sottoposta al controllo diretto della BCE una platea stimabile in circa 150 banche europee, che includerebbe in ogni caso, salvo particolari circostanze, le tre più rilevanti di ciascuno Stato oltre a quelle che avranno richiesto o ricevuto assistenza finanziaria pubblica dall'*European Financial Stability Facility* (EFSF) o dall'*European Stability Mechanism* (ESM)<sup>139</sup>.

Infine, tutte le funzioni di vigilanza ed i relativi poteri che il regolamento SSM non attribuisce alla BCE, né riporta al perimetro del meccanismo unico di vigilanza, restano al di fuori del meccanismo stesso e permangono di competenza esclusiva delle autorità nazionali (cfr. art. 1, quinto comma); un elenco di queste attività è contenuto, come sopra ricordato, nel considerando 28 del reg. SSM.

## 2.2. I rapporti della BCE con le autorità nazionali e con l'EBA.

Per un buon funzionamento del Meccanismo Unico di Vigilanza, sia la BCE che le Autorità nazionali hanno l'obbligo di cooperare in buona fede nello svolgimento dei rispettivi compiti. Le Autorità nazionali competenti sono tenute, poi, al rispetto di obblighi informativi (si tratta principalmente di informazioni sui requisiti prudenziali degli istituti creditizi di cui all'art. 6, § 4 reg. SSM); in particolare, esse forniscono alla BCE tutte le informazioni necessarie per l'assolvimento dei compiti attribuiti alla stessa dal reg. SSM, fatto salvo il potere della BCE di ricevere direttamente le informazioni comunicate su base continuativa dagli enti creditizi, o di accedervi direttamente (art. 6, § 2 reg. SSM).

Inoltre, ove opportuno e fatte salve la competenza e la responsabilità della BCE in ordine ai compiti attribuiti dal reg. SSM, spetta alle autorità nazionali competenti assistere la BCE, alle condizioni stabilite nel quadro indicato nell' art. 6, § 7 del reg. SSM (alla cui lettura si

---

<sup>139</sup> Ad integrazione dei criteri di rilevanza in tal modo stabiliti, da un lato è previsto che la BCE possa assumere, di propria iniziativa, fra i soggetti rilevanti su base consolidata un ente che abbia stabilito filiazioni in più di uno Stato membro partecipante, le cui attività e passività transfrontaliere rappresentino una parte significativa delle attività o passività totali soggette alle condizioni di cui alla metodologia (art. 6, par. 4 reg.); dall'altro che, ove necessario per garantire l'applicazione coerente di *standard* di vigilanza elevati, la stessa BCE possa decidere in qualsiasi momento, di propria iniziativa dopo essersi consultata con le Autorità nazionali o su richiesta di un'autorità nazionale competente, di esercitare la vigilanza diretta e i relativi poteri anche su una o più banche meno rilevanti su base consolidata (art. 6, par. 5, lettera b).

rinvia per i dettagli), nella preparazione e nell'attuazione degli atti inerenti ai compiti di cui all'articolo 4 del predetto regolamento concernenti tutti gli enti creditizi, compresa l'assistenza nelle attività di verifica. Esse seguono le istruzioni fornite dalla BCE nell'assolvimento dei compiti di cui all'articolo 4.

Alla BCE, cui l'art. 19 del regolamento garantisce la piena indipendenza nell'esercizio della funzione di vigilanza, è affidata la responsabilità del funzionamento efficace e coerente del *network* (art. 6, § 1) e la sorveglianza sul funzionamento dello stesso (art. 6, § 5, lettera c) e, a tale riguardo, è previsto che essa risponda al Parlamento e al Consiglio europei dell'attuazione del regolamento e trasmetta annualmente una relazione sull'esecuzione dei suoi compiti a tali organi, nonché alla Commissione europea, all'Eurogruppo e ai Parlamenti nazionali degli Stati membri partecipanti, secondo le regole di *accountability* stabilite negli artt. 20 e 21 del regolamento.

Quanto ai rapporti tra BCE ed EBA, la materia dei rapporti fra lo SSM e il SEVIF è puntualmente regolata, innanzitutto, dall'art. 3, §§ 1 e 3, e dall'art. 4, § 3, comma 2, del reg. SSM.

La prima delle due norme stabilisce che l'esercizio delle funzioni attribuite alla BCE faccia salve le competenze e le funzioni conferite alle tre Agenzie e all'*European Systemic Risk Board* (ESRB), che fanno parte del SEVIF, con cui la prima è tenuta a cooperare strettamente<sup>44</sup>; mentre, ai sensi della seconda disposizione normativa, la BCE “è soggetta alle norme tecniche di regolamentazione e di attuazione vincolanti elaborate” dall'EBA “e adottate dalla Commissione a norma degli articoli da 10 a 15 del regolamento (UE) n. 1093/2010, all'articolo 16 di tale regolamento [concernente gli orientamenti e le raccomandazioni] e alle disposizioni di tale regolamento sul manuale di vigilanza europeo predisposto (dall'EBA) conformemente a tale regolamento”.

Altrettanto chiaro è il tenore del considerando 32 del reg. SSM, secondo cui, non essendo opportuno che la nuova Autorità europea di vigilanza subentri all'EBA, nei compiti ad essa affidati di “elaborare progetti di norme tecniche nonché orientamenti e raccomandazioni finalizzati alla convergenza nella vigilanza e alla coerenza dei relativi risultati nell'ambito dell'Unione”, “la BCE dovrebbe esercitare il potere di adottare regolamenti a norma dell'art. 132 del TFUE” “in conformità degli atti dell'Unione adottati dalla Commissione sulla base di progetti elaborati” dall'EBA.

Ulteriori elementi chiarificatori sembrano potersi ricavare, poi, dalla nuova più esplicita formulazione che gli articoli 2, § 2, lett. f), e 4, § 2, lettera i), del regolamento UE n. 1093/2010 hanno assunto a seguito degli emendamenti contenuti nel regolamento UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013 n. 1022/2013. In virtù delle modifiche apportate, il primo dei due articoli, in relazione alle nuove funzioni attribuitele nell'ambito del *Single Supervisory Mechanism*, ricomprenderebbe espressamente anche la BCE fra "le autorità competenti o di vigilanza degli Stati membri" componenti il SEVIF, mentre il secondo dedicato alle definizioni, includerebbe coerentemente fra "le autorità competenti definite nelle direttive 2006/48/CE, 2006/49/CE" la stessa BCE, quando agisce per l'assolvimento dei compiti di vigilanza ad essa attribuiti dalla proposta di regolamento istitutiva dello SSM.

Discende da tali disposizioni che la BCE, ancorché assommi in sé le qualità di autorità home e host di tutti gli Stati aderenti al *Single Supervisory Mechanism*, assumerebbe pur sempre di fronte all'EBA lo status di un'Autorità nazionale. Con la conseguenza che da un lato sembrano senz'altro adottabili anche nei suoi confronti, ove ricorrano i presupposti previsti dagli artt. 17, 18 e 19 del regolamento UE n. 1093/2010, gli atti che l'EBA è legittimata ad assumere in sostituzione delle Autorità nazionali, e dall'altro che non sembra dubitabile che la stessa EBA conservi, pur nel nuovo scenario, il proprio ruolo di *Regulator* prudenziale per l'intera Unione Europea, ponendosi i suoi progetti di norme tecniche di regolamentazione e di attuazione, una volta adottati dalla Commissione, al di sopra, nella gerarchia delle fonti, rispetto agli orientamenti, alle raccomandazioni e, finanche, ai regolamenti adottati dalla BCE nell'ambito dello SSM.

Si è autorevolmente osservato che nel nuovo sistema di vigilanza integrato a livello europeo, "la gerarchia delle fonti normative disciplinanti la vigilanza bancaria avrà quindi al suo vertice la *Union Law*, vale a dire i regolamenti e le direttive europee, seguita dalle norme tecniche di regolamentazione e di attuazione adottate dalla Commissione sui progetti elaborati dall'EBA e, infine, dai regolamenti, dalle decisioni e dagli orientamenti adottati dalla BCE, i quali, ancorché validi per tutti gli Stati dell'Eurozona e per gli altri, che dovessero decidere di aderire al Meccanismo Unico, nella scala di valore sarebbero formalmente

equiparati sul piano giuridico alle norme regolamentari, alle istruzioni e alle decisioni adottate dalle Autorità nazionali degli Stati membri non partecipanti allo SSM<sup>140</sup>.

Più problematica è la definizione delle modalità tramite le quali la BCE può partecipare all'elaborazione dei progetti di norme tecniche di regolamentazione e di attuazione e all'assunzione delle decisioni in seno all'EBA, stante l'estrema difficoltà di tracciare una chiara linea di demarcazione fra le funzioni di regolazione e di vigilanza e la constatazione che una parte significativa delle regole prudenziali si origina proprio dalla prassi di vigilanza.

Peraltro, il peso della partecipazione della BCE si è, in ogni caso, fortemente ridotto anche in conseguenza delle modifiche apportate all'art. 44 del Regolamento UE n. 1093/2010, da un emendamento contenuto nella menzionato reg. n. 1022/2013, che finisce con l'incidere profondamente sulle regole di voto, prescrivendo per le decisioni e le delibere più importanti l'adozione della regola della doppia maggioranza, vale a dire della simultanea maggioranza sia degli Stati aderenti al *Single Supervisory Mechanism* sia di quelli che non ne faranno parte.

E' ben vero che nel reg. SSM permane l'affermazione di principio, contenuta nell'art. 4, al quarto comma del paragrafo 3, secondo cui "se necessario, la BCE contribuisce svolgendo qualsiasi ruolo partecipativo, all'elaborazione di progetti di norme tecniche di regolamentazione o di attuazione [dell'EBA] a norma del regolamento (UE) n. 1093/2010 o richiama l'attenzione di quest'ultima sulla potenziale necessità di presentare alla Commissione progetti di norme che modificano le attuali norme tecniche di regolamentazione o di attuazione", ma è evidente che si tratta di previsione normativa di scarsa utilità sul piano pratico, ove si consideri che, ai sensi dell'art. 40 del regolamento UE n. 1093/2010, come emendato dal più volte citato reg. n. 1022/2013, alle riunioni del Consiglio delle Autorità nazionali può prendere parte per la BCE solo un rappresentante del *Supervisory Board*, privo oltretutto del diritto di voto.

Il sistema presenta profili di criticità: se, da una parte, il venir meno del compito di coordinare la posizione e il voto degli Stati partecipanti allo SSM in seno agli organi dell'EBA e l'introduzione della regola della doppia maggioranza per le principali decisioni e delibere di tali organi potranno forse rassicurare gli Stati non partecipanti, che paventavano

---

<sup>140</sup> Cfr. M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n. 73, settembre 2013, 35.

di veder considerevolmente ridotto il loro peso politico, d'altra parte, si è evidenziato, rischiano di comportare almeno due conseguenze potenzialmente negative: da un lato si rischia, infatti, di ostacolare l'adozione a livello europeo delle migliori regole prudenziali uniformi e dall'altro sembra ridimensionarsi indubbiamente il peso e l'autorevolezza della BCE, la cui posizione pare divenuta paradossalmente peggiore rispetto a quella delle semplici Autorità nazionali degli Stati aderenti al Meccanismo Unico, le quali possono partecipare autonomamente e con diritto di voto alla realizzazione delle regole prudenziali comuni in seno al competente organo EBA, laddove all'Autorità europea, che svolgerà le funzioni di vigilanza sulle più importanti banche del continente, sarebbe consentita solo una partecipazione senza diritto di voto<sup>141</sup>.

### 3. Il Meccanismo unico di risoluzione - 4. Lo schema comune di garanzia dei depositi bancari.

La creazione di un quadro europeo per la vigilanza costituisce il primo pilastro della *Union banking*, di cui il SSM è, dunque, soltanto uno dei "tasselli"<sup>142</sup>. Un secondo elemento che viene considerato essenziale per la *Union banking* è la creazione di un meccanismo di gestione delle crisi unico il *Single Resolution Mechanism* (SRM), giudicato come "necessario completamento al Meccanismo di vigilanza unico"<sup>143</sup>. Il quadro per il meccanismo di "risoluzione unico" è ancora in corso di definizione, anche se un importante accordo è stato raggiunto di recente in sede di ECOFIN<sup>144</sup>.

Il 10 luglio 2013, pochi giorni dopo l'ECOFIN (*Economic and Financial Affairs Council*) che ha definito a livello politico le regole europee di gestione ordinata dei fallimenti bancari, la

<sup>141</sup> Cfr. M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, op. cit.

<sup>142</sup> Cfr. M. RISPOLI FARINA, *Verso la Vigilanza unica europea. Stato dell'arte*, in *Innovazione e diritto*, n. 6/2012, 2.

<sup>143</sup> Cfr. parere BCE dell'08/11/2013 consultabile sul sito [www.ecb.europa.eu](http://www.ecb.europa.eu).

<sup>144</sup> Si veda in proposito, COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Brussels, 18 December 2013, 17602/13 (OR. en) *Council agrees general approach on Single Resolution Mechanism*, disponibile sul sito [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu), in cui si può leggere che "The compromise reached within the Council consists of a draft regulation on the single resolution mechanism, and a decision by euro-area member states committing them to negotiate, by 1 March 2014, an intergovernmental agreement on the functioning of the single resolution fund. This agreement, (...) would include arrangements for the transfer of national contributions to the fund and their progressive mutualisation over a 10-year transitional phase. It would endorse the bail-in rules established in the bank recovery and resolution directive as applicable to the use of the single fund".



Commissione Ue ha presentato il progetto per la creazione del Meccanismo unico di risoluzione<sup>145</sup>.

Si è allora stabilito che il termine *resolution* non implica salvataggio (a carico degli Stati), in quanto a favore degli azionisti e dei creditori della banca, ma indica il ricorso ad un fondo basato sui contributi del settore bancario. Si può pensare ad una fornitura temporanea di risorse, se il fondo di risoluzione non disponga di risorse sufficienti, per esempio, per capitalizzare una banca, valendosi di una soluzione ponte e prevedendo poi la vendita al settore privato, recuperando il capitale in questione. Ciò implica, quindi, un terzo elemento di completamento della struttura, l'esistenza di un fondo, che sarà anche coinvolto nella ricapitalizzazione diretta delle banche (*Single Bank Resolution Fund*); in prospettiva, quindi, il Fondo unico andrà a sostituirsi ai Fondi di risoluzione nazionali: un'ipotesi che implica la mutualizzazione dei *default* bancari non più a livello nazionale, ma a livello di tutto il sistema bancario europeo vigilato dalla Bce. Meccanismo unico e Fondo unico di risoluzione, rappresentano entrambi il “secondo pilastro” dell'Unione europea bancaria.

Quanto al concreto funzionamento del Meccanismo unico di risoluzione si è previsto il raccordo delle funzioni tra le diverse Autorità. In particolare, alla Bce, in quanto responsabile della vigilanza, spetterà il compito di individuare le banche della zona euro (o di uno Stato Ue non euro comunque partecipante all'unione bancaria) che versino in gravi difficoltà finanziarie e per le quali sia necessario gestire la crisi. Importante organo è il Comitato di risoluzione delle crisi (cd. *board*) a cui sono attribuiti ampi poteri di analisi sulla situazione e di definizione delle modalità di risoluzione della crisi, nonché il potere di monitoraggio della crisi, oltre a quello di surroga operativa alle autorità nazionali in caso di necessità. In particolare, il Comitato, o di propria iniziativa o su segnalazione della BCE, avuto

---

<sup>145</sup> Cfr. la Comunicazione della CE del 10 luglio 2013, COM(2013)0520, recante “Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione delle crisi degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo unico di risoluzione delle crisi e del Fondo unico di risoluzione delle crisi bancarie e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010”. Il Commissario per il mercato interno e i servizi finanziari Michel Barnier riassume il senso della proposta: “Le crisi bancarie possono dilagare rapidamente al di là dei confini, innescando una spirale di sfiducia in tutta la zona euro (...). Abbiamo bisogno di un sistema che possa prendere decisioni in modo rapido ed efficiente, che non faccia sorgere dubbi circa l'incidenza sulle finanze pubbliche e le cui regole siano fonte di certezza sul mercato (...). Garantendo che la vigilanza e la risoluzione delle crisi siano allineate a livello centrale (...), e sostenute da adeguate modalità di finanziamento, il Meccanismo consentirà di gestire le crisi bancarie in modo più efficiente nell'unione bancaria e contribuirà a spezzare il legame tra crisi del debito sovrano e banche in difficoltà”, tratto dal Comunicato stampa, del 10 luglio 2013 disponibile sul sito [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

conoscenza che una banca è in default o rischia di fallire, potrà adottare uno schema di gestione della crisi collocando, eventualmente, la banca in “*resolution*”; potrà, inoltre, determinare la tipologia di strumenti di risoluzione e l'utilizzo del Fondo unico di risoluzione. La celerità è ritenuta essenziale; infatti, le decisioni del Comitato di risoluzione verranno eseguite entro 24 ore dalla loro adozione, a meno che il Consiglio Ue, agendo a maggioranza semplice su proposta della Commissione europea, prospetti o proponga modifiche" al piano di risoluzione. Il Comitato di risoluzione sarà composto da un direttore esecutivo, quattro membri permanenti e i rappresentanti della autorità di risoluzione nazionale di tutti i paesi partecipanti. Le decisioni verranno prese in sessione esecutiva (direttore e membri permanenti), e in sessione plenaria (direttore, membri e rappresentanti). Il *board* sarà responsabile per le banche transfrontaliere e quelle vigilate direttamente dalla Bce mentre le autorità nazionali di risoluzione si occuperanno delle altre. Il *board*, inoltre, sarà sempre responsabile se la risoluzione di una banca implica l'accesso al fondo europeo<sup>146</sup>.

Si precisa, peraltro, che se nell'originaria proposta di regolamento, il potere di avviare la risoluzione della crisi di una banca e di definire il quadro per l'uso degli strumenti di risoluzione della crisi e del Fondo, era della Commissione (che spingeva per un forte accentramento della funzione), invece, all'esito dell'ECOFIN, il ruolo dell'Istituzione comunitaria ne esce profondamente ridimensionato, a riprova della natura compromissoria dell'accordo e delle esigenze squisitamente politiche sottese al delicato processo evolutivo in questione. L'attuazione del piano di risoluzione è stata, dunque, posta in capo alle autorità nazionali di risoluzione delle crisi, su cui comunque vigila il Comitato di risoluzione. L'implementazione della ristrutturazione o la chiusura della banca in crisi, quindi, verranno gestite a livello nazionale.

In sintesi, l'intesa di massima stabilisce due punti fondamentali. 1) gli Stati daranno vita ad un Fondo “salva-banche” unico (che dovrebbe gradualmente sostituire il fondo salva-Stati

---

<sup>146</sup> Si può leggere, infatti, nel *Council agrees general*, cit., :“*The draft regulation agreed by the Council provides for a single resolution board with broad powers in cases of bank resolution. Upon notification by the European Central Bank that a bank is failing or likely to fail, or on its own initiative, the board would adopt a resolution scheme placing the bank into resolution. It would determine the application of resolution tools and the use of the single resolution fund. Decisions by the board would enter into force within 24 hours of their adoption, unless the Council, acting by simple majority on a proposal by the Commission, objected or called for changes. The board would consist of an executive director, four full-time appointed members and the representatives of the national resolution authorities of all the participating countries. It would exercise its tasks in either a plenary or executive format. Most draft resolution decisions would be prepared in the executive session, composed of the executive director and the appointed members, with the representatives of member states concerned by a particular resolution decision involved in a first stage*”.

ESM), finanziato con prelievi sulle banche a livello nazionale. Inizialmente sarà formato da compartimenti nazionali che alla fine confluiranno in un unico Fondo di risoluzione (SRF) nel giro di dieci anni. In attesa dell'attuazione del Fondo, nella fase transitoria, le banche in default controllato potranno attingere solo al fondo del proprio Paese, ma negli anni successivi, man mano che il fondo crescerà, ci sarà una “mutualizzazione” progressiva delle risorse. Se le risorse dell'SRF non dovessero essere sufficienti, la gestione della crisi bancaria prevede una rete di sicurezza, una sorta di "paracadute" comune europeo finanziato con risorse pubbliche oppure con l'ESM. Tale *backstop* assicura che nella fase iniziale del fondo, dopo l'auto-salvataggio<sup>147</sup> delle banche che assegna le perdite secondo una gerarchia di interventi (precisamente nell'ordine: azionisti; obbligazionisti dei prestiti subordinati; obbligazionisti non subordinati; depositi delle grandi imprese; dei depositi con giacenze superiori a centomila euro<sup>148</sup>), se a una banca serviranno ancora fondi, si potranno avere “finanziamenti ponte” da parte degli Stati o del fondo salva-Stati ESM. Saranno possibili anche i prestiti tra compartimenti del fondo salva-banche. 2) La seconda componente del meccanismo di risoluzione unico è l'Autorità che prende la decisione di far fallire una banca in difficoltà: come sopra ricordato, sarà un *board* formato da rappresentanti delle autorità nazionali, che agirà su impulso della BCE. Saranno gli Stati ad avere l'ultima parola, perché la Commissione, che avrebbe voluto voce in capitolo, è stata invece in pratica estromessa da ogni decisione vera e propria. Il meccanismo unico di risoluzione si applicherà a circa 250 banche, circa il doppio di quelle vigilate direttamente dalla Bce (130). Si applicherà non solo

<sup>147</sup> Si può leggere nel *Council agrees general*: “The single resolution fund would be financed by bank levies raised at national level. It would initially consist of national compartments that would be gradually merged over 10 years. During this period, mutualisation between national compartments would progressively increase. So while during the first year the cost of resolving banks (after bailin) would mainly come from the compartments of the member states where the banks are located, the share would gradually decrease as the contribution from other countries' compartments increases”. Cfr. D. SCHOENMAKER e D. GROS, *A European Deposit Insurance and Resolution Fund – An Update*, CEPS, Policy Brief n. 283/2012; al fine di isolare ancor più l'intervento pubblico nazionale nel capitale delle banche: ogni aiuto pubblico andrà subordinato all'assunzione delle perdite in capo ai privati (cd. “bail-in”) e alla presentazione di un piano di ristrutturazione/ricapitalizzazione che dia garanzie sulla solvibilità futura dell'istituto. “Bail-in”, significa risanamento “dall'interno” della banca stessa nel senso che la competenza e i costi della ristrutturazione verrebbero trasferiti sugli azionisti e creditori della banca e sugli eventuali responsabili della cattiva gestione; tali misure dovrebbero contribuire a ridurre il potenziale impatto del fallimento di una banca sulla stabilità dei mercati finanziari e ad arginare il costo sostenuto dal contribuente in caso di salvataggio. Il meccanismo di *bail-in* è, in realtà, già stato previsto per il funzionamento dell'ESM, ora dovrebbe essere perfezionato ed adeguato alla nuova vigilanza europea.

<sup>148</sup> Sulla base di quanto appena riportato rimarrebbero al sicuro, pertanto, i soli depositi con giacenze non eccedenti tale importo.

alle banche sistemiche ma anche a quelle con attività transfrontaliere, e interesserà tutti i paesi che partecipano al meccanismo unico di vigilanza, vale a dire quelli dell'Eurozona (diciotto da gennaio 2014) e tutti quelli fuori dall'Euro che desiderano unirsi attraverso trattati di collaborazione.; fino all'entrata in vigore della nuova disciplina (nel gennaio 2015, mentre le regole di bail-in esattamente un anno dopo, nel gennaio 2016<sup>149</sup>) le crisi bancarie continueranno ad essere gestite con le attuali regole su base nazionale, anche se tali regole saranno adattate ai principi già definiti dall'ECOFIN.

#### 4. Lo schema comune di garanzia dei depositi bancari.

Ulteriore tassello della *Union banking* è l'istituzione di un sistema comune di tutela dei depositi. Un primo passo in questa direzione sarà l'adozione della proposta legislativa relativa ai sistemi di garanzia dei depositi, che fornisce un quadro armonizzato<sup>150</sup>. Tale armonizzazione della tutela dei depositi bancari rappresenta, dunque, la terza componente strutturale del progetto di unione bancaria: si tratta dell'attivazione di un fondo comune europeo finanziato dalle stesse banche, al quale attingere in caso di crisi di liquidità o solvibilità. Il principio di base dietro a tale meccanismo è di evitare che il risparmio cada vittima di errori dei manager e del sistema di vigilanza. La Commissione ha presentato una proposta di direttiva per l'armonizzazione dei sistemi nazionali<sup>151</sup>, tuttavia la norma sulla revisione degli schemi di assicurazione dei depositi è in sospenso dal 2010 a causa di contrasti tra i paesi Ue.

<sup>149</sup> Infatti, *"The SRM would enter into force on 1 January 2015. Bail-in and resolution functions would apply from 1 January 2016"*.

<sup>150</sup> Si registra, invero, una sorta di mutato ordine di priorità degli interessi tutelati, nel senso che se è vero che il primo comma del paragrafo 1, dell'art. 1 del regolamento n. 1024/2013 prescrive che i compiti di vigilanza prudenziale attribuiti alla BCE siano preordinati *"al fine di contribuire alla sicurezza e alla solidità degli enti creditizi e alla stabilità del sistema finanziario all'interno dell'Unione e di ciascuno Stato membro"*, cui il considerando 30 aggiunge l'unità e l'integrità del mercato interno e la tutela dei depositanti, tuttavia già nella relazione illustrativa di accompagnamento alla proposta di direttiva sulla risoluzione delle crisi bancarie, l'interesse alla protezione dei depositanti concorre, ad esempio, con nuovi interessi di rilievo pubblico apparentemente non inferiore, emersi con la crisi, quali il risparmio del denaro pubblico, l'esigenza di ridurre le perdite che, a seguito di una crisi bancaria, vengono arretrate all'*economic welfare*, la minimizzazione del costo cui sono esposti i contribuenti in conseguenza dei fallimenti bancari e l'esigenza di scoraggiare i comportamenti di *moral hazard* degli enti creditizi e l'assunzione dei rischi eccessivi che ne derivano. In senso analogo cfr. M. RISPOLI FARINA, *Verso la vigilanza unica*, op. cit.

<sup>151</sup> Cfr. la Comunicazione della CE del 12 luglio 2010, COM(2010)368, recante *"Proposta di direttiva .../.../UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai sistemi di garanzia dei depositi (rifusione)"*.

La proposta della Commissione europea del luglio 2010 prevede un'armonizzazione degli schemi nazionali di garanzia dei depositi, introducendo un obbligo di finanziamento ex-ante dei fondi da parte delle banche, con contributi basati sul profilo di rischio, e prevedendo anche la possibilità di prestiti tra gli schemi nazionali dei diversi paesi.

È stato, tuttavia, osservato che non si è ancora in presenza di un sistema europeo integrato di garanzia dei depositi, comprendente sia un livello europeo, sia un livello nazionale. Il primo requisito fondamentale è che la garanzia copra esclusivamente i depositanti e non possa essere usata per coprire le perdite delle banche e proteggere i manager, gli azionisti o i creditori diversi dai depositanti. Inoltre, serve un fondo europeo di assicurazione, che garantisca un adeguato “cumulo” dei rischi di fallimento, o almeno di perdite significative, delle grandi banche *cross-border*. È importante sottolineare, a questo riguardo, che l'accumulazione e il cd. *pooling* del fondo assicurativo europeo inizierebbero con il nuovo sistema e non riguarderebbero le risorse già accumulate dagli schemi nazionali di garanzia dei depositi. L'istituzione di un fondo europeo pone delicati rapporti di raccordo con i fondi nazionali, che probabilmente dovrebbero continuare ad esistere, ma sarebbero impoveriti per lo spostamento al livello europeo della tutela delle banche di maggiori dimensioni<sup>152</sup>.

##### 5. Aspetti critici e spunti di riflessione sul nuovo network.

Nonostante la costruzione dell'Unione bancaria stia procedendo alquanto speditamente, non mancano le critiche, anche aspre, da parte di chi evidenzia i profili problematici connessi all'adozione di una vigilanza unica europea. In primo luogo, autorevole dottrina ha messo in evidenza quella che definisce “irruzione” della disciplina europea nel settore creditizio e del risparmio, a partire, in particolare dalla seconda direttiva sull'armonizzazione delle regole bancarie, CE n. 646/89, e a seguire con gli Accordi di Basilea, che segnano il passaggio dalla cd. vigilanza cd. “strutturale”, volta a perseguire l'obiettivo della stabilità del sistema attraverso la preventiva valutazione del bisogno economico del mercato, a quella

---

<sup>152</sup> Cfr. *Indagine conoscitiva in relazione all'esame degli atti comunitari n. COM(2012) 280, n. COM(2012) 511 e n. COM(2012) 512, concernenti la risoluzione delle crisi e la vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, Audizione del Direttore Generale dell'Assonime Stefano Micossi, Roma, 6 novembre 2012.

“prudenziale” fondata, essenzialmente, sulla valutazione dell’adeguatezza del patrimonio bancario a presidio dei “rischi d’impresa” con un approccio eccessivamente rispettoso delle prerogative degli operatori di mercato (e molto meno di quelle di depositanti e contribuenti) e che avrebbe comportato l’adozione – ma anche l’imposizione “*ope legis*” – del modello imprenditoriale di banca universale. Si sottolinea, inoltre, che il Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea non contiene, in conformità all’evoluzione legislativa europea, alcun riferimento alla tutela del risparmio e che la mancata menzione nel Trattato di tale principio ha comportato con riguardo alla nozione di risparmio una sorta di interscambiabilità dei termini “risparmiatore” e “investitore”. In altri termini, l’Unione bancaria europea, predicherebbe implicitamente la assoluta indifferenza verso la formazione diffusa del risparmio, e la presupposta finalità redistributiva in essa insita, preoccupandosi invece solo della stabilità finanziaria. Quest’ultima, a sua volta, è assunta dal solo punto di vista dell’impresa bancaria, cioè come instaurazione di una fiducia sulla solvibilità di sistema, tutta racchiusa nella logica di parametri riferiti ai soli bilanci e indici di patrimonializzazione bancaria; con ciò rendendosi altrettanto indifferente verso ogni forma di *moral hazard* nel credito e di tipologia “universale” di investimento consentita alle banche, e quindi al di fuori di ogni ipotesi di repressione finanziaria e di (previgente) separazione delle tipologie di attività bancario-finanziaria<sup>153</sup>. Per altro verso si è evidenziato come l’Unione europea abbia inteso passare dalla Comunità all’Unione attraverso la messa in comune di un solo frammento della sovranità, la sovranità monetaria. Senonché nell’Unione monetaria è rimasto per il momento irrisolto un “passaggio”: l’Unione monetaria è stata realizzata creando, ovviamente, una banca centrale altrettanto ovviamente europea ed unitaria e dotata di tutte le caratteristiche dell’autorità neutra indipendente così come descritta da Carl Schmitt<sup>154</sup>, alla quale è stato però imposto un vincolo finalistico, il perseguimento della stabilità dei prezzi, cioè un vincolo solo sognato, ma non ancora realizzato<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> Cfr. L. BARRA CARACCILO, *Che cosa penso dell’Unione bancaria europea*, su [www.formiche.net](http://www.formiche.net).

<sup>154</sup> La configurazione di un modello costituzionale di autorità indipendente viene solitamente ricondotta alla lezione di Carl Schmitt, che nel corso della conferenza tenuta nel 1930 alla Camera di Commercio di Berlino sostenne che la Banca Centrale, insieme ad altri organismi tecnici, si dovevano considerare quali organi di governo dell’economia neutri rispetto all’indirizzo politico governativo; cfr., in tema MERUSI - PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. Dir. Agg.*, VI, Milano, 2003.

<sup>155</sup> Cfr. F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Ruolo del diritto pubblico nelle crisi economiche*, in *Riv. Trim. dir. Econ.*, n. 1, 2013, 1; . Cfr. anche ANTONIAZZI, *La banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Giappichelli, 2013.

In conclusione, schematizzando ai fini espositivi e rappresentando così gli spunti di riflessione emersi nella recente letteratura, si evidenziano i seguenti punti: 1) risulta evidente che se l'obiettivo da raggiungere è una piena integrazione e il completamento del mercato unico, bisognerà garantire l'applicazione uniforme delle norme, compito che può essere svolto solo da un'unica autorità di vigilanza pienamente indipendente ed imparziale. La distanza che si creerà tra l'autorità di supervisione e i soggetti vigilati (nazionali) sarà la miglior garanzia che tutti gli istituti di credito continentali vengano monitorati con il medesimo livello di severità; del resto, l'integrazione tra i Paesi europei, specie i 17 dell'Eurozona (18 con l'ingresso della Lettonia a far data dal 01/01/2014) necessita di regole in ambito finanziario omogenee, per evitare che le istituzioni finanziarie approfittino di varchi o debolezze normative dei singoli Stati a proprio vantaggio, e a danno delle finanze pubbliche.

2) È altrettanto evidente come la predisposizione di strumenti europei di contrasto alle crisi finanziarie delle singole banche non possa prescindere dall'accentramento dei controlli: la logica impone che il fondo di stabilità europeo ESM (o il fondo "salva-banche" che sarà) possa intervenire utilizzando risorse comuni solo se lo stato di crisi bancaria sia stato decretato da un'autorità di vigilanza comune; tuttavia, l'ESM, in attesa del Fondo unico di risoluzione, potrà ricapitalizzare direttamente le banche, ma con un meccanismo graduale, teso ad evitare le classiche ipotesi di moral hazard, che prevede sempre il coinvolgimento degli Stati membri. Ulteriore elemento di deterrenza per comportamenti avventati, consiste, poi, nella possibilità dell'ESM di riservarsi ampi, estesi e penetranti poteri per intervenire sulla governance delle banche salvate. Le risorse non sono certo di grandi dimensioni ma, come spesso si è detto in questi casi, è importante l'affermazione di un principio<sup>156</sup>.

3) Un altro aspetto fondamentale dell'Unione bancaria, messo in evidenza precedentemente, che rappresenta per alcuni l'essenza del nuovo sistema di vigilanza europeo, consiste nel Meccanismo unico di risoluzione, cioè di liquidazione accentrata degli attivi degli intermediari dichiarati in crisi. La vera novità dell'approccio europeo riguarderebbe il principio del *bail-in*. In altri termini, l'onere delle crisi bancarie a partire dal primo gennaio 2016 non ricadrà più sui contribuenti, ma su azionisti, obbligazionisti e

---

<sup>156</sup> Così, F. VELLA, *Le vie del compromesso del sistema bancario europeo*, su [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info).

depositanti sopra i centomila euro<sup>157</sup>. Questi, infatti, saranno tenuti a coprire la prima perdita fino almeno all'8% degli attivi della banca. Poi entrerà in opera il fondo di risoluzione per un altro 5% e solo a questo punto i governi potranno aiutare le banche in difficoltà, sempre che gli venga concesso dall'organo comunitario incaricato di gestire le crisi. Ciò non rappresenta altro che la naturale evoluzione, estremizzata, del principio secondo il quale il risparmio non debba più ritenersi veicolato all'interno del settore finanziario da risparmiatori pubblicamente tutelati bensì da investitori razionali i quali, se correttamente informati, subiscono su di sé gli effetti negativi di un investimento sbagliato<sup>158</sup>.

4) Sempre in tema di Meccanismo di risoluzione, l'intesa raggiunta in sede ECOFIN è già il frutto di un compromesso tra la visione federale e la visione confederale. Tuttavia, le costanti pressioni dei Paesi più conservatori (in particolare la Germania), come si è visto, hanno spostato la barra rispetto alle ipotesi originarie: l'impostazione è diventata molto più confederale, nel senso che si è lasciato ai singoli Stati un forte potere di veto sull'uso dei fondi accentrati e altrettanto un forte potere di influenza sui processi decisionali formalmente attribuiti al livello centrale Ue (anche se sono ancora in via di definizione i meccanismi di voto). Dietro tale opposizione si nascondono certamente interessi politici di protezione nei confronti dei propri contribuenti; tanto che, in riferimento alla posizione della Germania, si è detto, utilizzando un'efficace metafora, "perché le formiche tedesche dovrebbero pagare per le cicale del Sud Europa?"<sup>159</sup>. Siffatta impostazione rappresenta, in realtà, un evidente ostacolo al processo di integrazione: prevalendo l'esigenza di autonomismo, e con essa l'adozione del modello confederale, prevale, in realtà, un modello inadatto ai tempi; nel settore finanziario, infatti, l'inadeguatezza del modello confederale si declina con la sua incapacità di spezzare il circolo vizioso tra bilanci bancari e bilanci sovrani. Dunque, si continua a ragionare, per ora, in termini di armonizzazione dei sistemi nazionali, invece che di creazione di un sistema unico europeo. Ma senza un sistema europeo di gestione delle crisi, il problema dell'azzardo morale non potrà essere risolto, per la tendenza delle autorità nazionali a proteggere le proprie banche maggiori;

<sup>157</sup> Cfr. R. HAMAUY, *Unione bancaria europea: se il mercato sostituisce lo Stato*, su [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info).

<sup>158</sup> Cfr. L. BARRA CARACCILO, *Che cosa penso dell'Unione bancaria europea*, cit.

<sup>159</sup> L. ZINGALES, *Le grandi cicale sono tedesche*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 luglio 2013.



5) Ulteriore aspetto interessante, è rappresentato dall'*Asset quality review* (AQR) nella quale si esplica concretamente la vigilanza affidata alla BCE. Essa è partita in novembre 2013 e dovrà concludersi al massimo entro l'ottobre 2014, alla vigilia dell'assunzione della vigilanza bancaria in capo alla BCE stessa. La valutazione si articolerà su tre livelli: I) valutazione generale del rischio (*risk assessment*) che consisterà nello svolgere le attività di vigilanza, sia quantitative che qualitative, oggi effettuate dalle autorità nazionali: in quest'ambito rientra l'analisi dei rischi fondamentali dell'attività bancaria (liquidità, leva finanziaria, fonti di raccolta). La metodologia utilizzata sarà il più possibile omogenea: anzi, questo passaggio servirà anche a mettere a punto un manuale di vigilanza europeo, necessario per standardizzare le prassi nazionali; II) verifica della qualità degli attivi (la vera e propria *asset quality review*<sup>160</sup>), che esaminerà in modo dettagliato non solo i crediti, ma anche titoli e altri strumenti finanziari: il fine è di evidenziare con chiarezza le esposizioni delle banche. E' possibile che venga richiesto alle banche di modificare la classificazione dei prestiti (in base alle nuove disposizioni EBA) o di modificare le politiche di copertura su trading e derivati (verrà infatti indagata anche l'adeguatezza dei collateralizzati a copertura): tali operazioni potrebbero portare ad un maggior fabbisogno di capitale; La definizione di capitale per l'AQR sarà quella di Basilea III<sup>161</sup>, recepita in Europa dalla direttiva CRD IV<sup>162</sup>; III) *stress test*

<sup>160</sup> L'analisi sarà condotta avendo come riferimento il requisito di capitale calcolato secondo la definizione del Common *equity tier 1* (Cet1): le banche dovranno avere un rapporto fra il patrimonio di base e gli impieghi ponderati per il rischio all'8%, un livello che la Bce giudica raggiungibile e al contempo sufficiente garanzia di stabilità.

<sup>161</sup> Il 12 settembre 2010, al fine di garantirne una maggiore solidità e scongiurare il ripetersi di una crisi come quella del 2008-09, il Comitato dei Governatori delle Banche centrali ha approvato un "nuovo" Accordo, il cosiddetto "Basilea III" che impone requisiti patrimoniali più severi per l'operatività delle banche. Cfr. BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking system (revised version June 2011)*.

<sup>162</sup> Il 20 luglio del 2011 la Commissione Europea ha adottato la proposta legislativa per recepire nell'Unione Europea le regole di Basilea III. Sono stati presentati due distinti atti legislativi: 1) una nuova *Capital Requirements Directive* (la cosiddetta direttiva CRD IV), che contiene disposizioni in materia di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, libera prestazione dei servizi, cooperazione tra le Autorità di vigilanza home e host, secondo pilastro, ambito di applicazione dei requisiti, metodologie per la determinazione dei buffer di capitale; 2) una *Capital Requirements Regulation* (CRR), che disciplina i requisiti prudenziali direttamente applicabili alle banche e alle imprese di investimento che operano nel Mercato Unico. Si tratta dei nuovi requisiti che derivano da Basilea 3 e di quelli già in vigore, in quanto provenienti dalle direttive 2006/48 (sulle banche) e 2006/49 (sulle imprese di investimento) emesse in attuazione dell'accordo di Basilea II. Il recepimento del cd. "pacchetto CRD IV" è avvenuto con il regolamento (UE) n. 575/2013 del 26 giugno 2013 che, con un testo di ben 521 articoli, introduce regole uniformi concernenti i requisiti prudenziali delle banche e delle imprese di investimento, e con la direttiva 2013/36/UE del 26 giugno 2013, che disciplina con norme di massima armonizzazione l'accesso all'attività bancaria e la vigilanza prudenziale sulle banche e sulle imprese di investimento.

finale, con il quale i bilanci verranno sottoposti a simulazioni di situazioni estreme (ad es., forte recessione, forte aumento dei tassi) per valutarne la capacità di reazione: anche in questa fase potrebbe emergere una maggiore necessità di patrimonio. I dettagli sullo *stress test* (in cui assumerà un peso rilevante la valutazione della reazione del portafoglio investito in debiti sovrani) saranno annunciati in coordinamento con l'EBA (che verrà coinvolta nei test), anche se la BCE considera le tre parti in cui si scompone l'analisi complessiva strettamente interdipendenti tra loro.

In definitiva l'AQR intende perseguire tre obiettivi: trasparenza, per rafforzare la qualità delle informazioni disponibili sul reale stato di salute delle banche; riparazione, per "identificare e attuare le necessarie azioni correttive se e quando necessario"; ricostruzione della fiducia, per "assicurare tutte le parti interessate che le banche sono fundamentalmente sane e degne di fiducia".

L'obiettivo ritenuto primario, è quello della trasparenza, da cui derivano gli altri due: pertanto, se dal punto di vista pratico l'analisi dei bilanci ha la finalità di allineare delle valutazioni contabili in tutto il continente, la funzione strategica dell'AQR è di portare trasparenza nei bilanci bancari, in modo da sanare i casi di minor solidità e da ristabilire la fiducia degli investitori privati. Secondo la BCE, inoltre, la scoperta di eventuali carenze patrimoniali (e le conseguenti ricapitalizzazioni) potrà consentire la riapertura dei rubinetti del credito verso l'economia reale, in modo da dare una spinta propulsiva alla ripresa economica europea attesa nel corso del 2014.

Alla base di tutti questi ragionamenti vi è la credibilità che la Bce saprà guadagnarsi non esitando nel bocciare le banche che non passano la prova degli *stress test*, e rassicurando i mercati sul fatto che l'AQR non verrà annacquata o piegata ad esigenze particolari, ma sarà seria e credibile. La valutazione è condotta, infatti, dalla Bce, che subito dopo assumerà la responsabilità della vigilanza (quindi avrà il potere di monitorare e far rispettare l'attuazione delle risultanze dell'AQR); gli stress verranno realizzati (e in parte si sovrapporranno) con l'AQR, quindi potranno disporre di una base di dati molto più chiara e soprattutto uniforme a livello europeo;

6) Quanto al raccordo di poteri tra le diverse Autorità del sistema, sarà fondamentale la chiara individuazione dei rapporti e delle competenze specifiche tra BCE e le altre Autorità, sia nazionali che europee (in particolare l'EBA) al fine di evitare una frammentazione delle

funzioni di vigilanza e una sovrapposizione, o una dispersione, dei poteri; in particolare, allo stato attuale, si rischia che le maggioranze qualificate (previste nelle decisioni dell'EBA, per tutelare i Paesi non euro e restii ad aderire al processo di unione bancaria), finiscano per bloccare la definizione di un *single Rulebook*. Pertanto, attesa la delicatezza della materia e l'eterogeneità delle posizioni inter-pretative, si sottolinea la necessità di un ulteriore chiarimento legislativo al fine della corretta attuazione della normativa.

7) Problematica appare, poi, la disciplina dei poteri sanzionatori degli organi supervisor: l'art. 18 del regolamento n. 1024/2013 sembra, infatti, prospettare un criterio di riparto fra la BCE e le Autorità nazionali del tutto disomogeneo rispetto a quello, previsto nell'art. 6, adottato per la ripartizione della funzione di vigilanza; in sostanza, il contenuto innovativo della norma sembra quello di attribuire alla BCE una potestà sanzionatoria molto più ampia rispetto a quella che il suo Statuto le accordava<sup>163</sup>, senza che ciò comporti l'abrogazione, esplicita o implicita, delle norme che nei vari ordinamenti demandano i poteri sanzionatori alle Autorità nazionali, la sopravvivenza dei quali trova anzi conferma ove si consideri che è consentito alla BCE sollecitarne l'esercizio. Verrebbe così delineata, sulla falsariga della materia *antitrust*, una sorta di competenza sanzionatoria concorrente fra Autorità europea e nazionali, senza tracciare chiari confini fra le due, il che imporrà, innanzitutto, di prevedere modalità di composizione dei possibili conflitti, onde evitare che possano determinarsi violazioni del principio *ne bis in idem*.

8) Venendo, infine all'analisi della struttura bancaria, in prospettiva futura, esaminati i principali aspetti dell'Unione bancaria, nell'ottica di una potenziale accettabile sicurezza del sistema bancario e finanziario rispetto a crisi sistemiche e comportamenti predatori, si potrà analizzare la possibilità di individuare un modello di banca "vincente" che emerga nel mutato contesto giuridico-economico e sociale, come modello di autentica "banca europea", posto che l'Unione bancaria avrà come conseguenza implicita una spinta all'aggregazione su base continentale dei gruppi bancari maggiori, che saranno anche incentivati ad allocare nel modo più efficiente i loro capitali. Sul punto, si è evidenziato come la degenerazione dei rapporti banca-finanza, con effetti recessivi a catena sull'economia reale di pressoché tutti i

---

<sup>163</sup> L'art. 34.3 del Protocollo sullo statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea consentiva, infatti, alla BCE di infliggere alle imprese "ammende o penalità di mora solo in caso di inosservanza degli obblighi imposti dai regolamenti e dalle decisioni da essa adottati".

Paesi del globo a causa dei rapporti economici ormai "globalizzati", sia legata all'uso, ormai generalizzato, della banca universale, cioè della banca che, a differenza di quella disciplinata dalla legge bancaria italiana del 1936, può fare tutto, senza distinzione fra raccolta o credito per periodi temporali e senza distinzione di tipologia di operazioni, comprese in particolare le operazioni finanziarie non creditizie (si pensi al fenomeno dello *Shadow banking*)<sup>164</sup>. Sul punto, sarà interessante verificare la possibilità di un ritorno, se non ad una separazione, ad una linea di demarcazione più netta tra banca commerciale e banca d'investimento.

## 6. Osservazioni conclusive.

Il 2014 sarà un anno importante nella storia dell'Unione Europea. Lo spostamento dell'attività di vigilanza dalle singole autorità nazionali alla BCE e l'avvio delle misure previste da Basilea III, infatti, diverranno realtà concrete nel corso del 2014. La BCE avrà il potere di dettare le linee di condotta per l'implementazione delle pratiche di vigilanza agli organismi di controllo nazionale e di intervento diretto su tutti gli istituti di credito.

Nel quadro dei preparativi per il meccanismo di vigilanza unico, la BCE e le Autorità nazionali svolgeranno una valutazione approfondita degli enti creditizi che saranno soggetti a vigilanza diretta, valutazione che comprenderà un'analisi dei rischi ai fini di vigilanza, un esame della qualità degli attivi e una prova di stress. Dal 1° gennaio 2014, inoltre, scattano le nuove regole del pacchetto Basilea III con il prossimo recepimento nel diritto nazionale del cd. "pacchetto CRD IV", con impatti sulle regole di *governance* e sulla vigilanza prudenziale.

<sup>164</sup> Cfr. F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Ruolo del diritto pubblico nelle crisi economiche*, cit. Secondo l'autore, infatti, utilizzando il modello della banca universale pressoché tutte le banche hanno sconfinato nella finanza alla ricerca di incrementare gli utili sempre più esigui apportati dall'attività di intermediazione del risparmio col credito. La fenomenologia dello sconfinamento "pericoloso" delle banche nella finanza è estremamente varia e spesso estremamente complessa, complessità in molti casi deliberatamente voluta per mascherare i profili problematici delle singole operazioni. L'autore sostiene che le fonti finanziarie dell'attuale crisi economica "globale" sono due: 1) la cartolarizzazione del rischio di credito; 2) la banca ombra o fantasma, attraverso la quale si portano fuori dalla banca gli *asset* negativi per gestirli in parallelo con una banca di "fatto" camuffata da società finanziaria. Sul fenomeno dello *shadow banking* cfr., VISCO, *Ruolo, responsabilità, azioni della Banca Centrale nella "lunga" crisi*, Firenze, 18 gennaio 2013: "Rispetto all'attività tradizionale di intermediazione bancaria ha finito per prevalere ... l'attività di trasformazione dei prestiti in altri prodotti finanziari garantiti dagli stessi crediti, da offrire sul mercato attraverso il cosiddetto "sistema bancario ombra", costituito da una rete di intermediari poco regolamentari, con alto *leverage* e con una esposizione al rischio ben superiore a quella delle banche". Cfr. anche, Cfr. ISTITUTO EINAUDI, *Shadow Banking System: A potential New Financing Channel for European Companies?*, Roma, 30th November and 1st December 2012.

Il 2014 segna, dunque, l'evoluzione (o la rivoluzione) verso una regolazione e una vigilanza bancaria centralizzata, in un contesto da sempre disciplinato dalla *soft law*. Si è osservato che per capire dove andrà la *soft law* bisogna anche capirne e affrontarne i fallimenti. Questi ultimi, si è detto, dipendono da tre fattori: il primo è stato il fatto che gli standard internazionali sono stati coniugati in maniera molto diversa a livello nazionale, che si è perso in uniformità e la definizione del capitale è l'esempio più chiaro. Il secondo, la mancanza di implementazione. Il terzo, è la presenza di gruppi *cross-border* che non sono grado di interconnettere le procedure di risoluzione delle crisi tra vari Paesi<sup>165</sup>. Se, da una parte, il mercato comune è il più grande successo della politica economica europea del dopoguerra (ha rafforzato la crescita economica e incoraggiato l'interscambio culturale), d'altra parte, il mercato comune esige regole uguali per tutti e le Istituzioni comunitarie si sono impegnate a fondo, nel corso degli anni, per garantire condizioni di questo tipo in molti settori.

Finora, tuttavia, il settore bancario, ha rappresentato un'eccezione al processo di integrazione; in teoria, le regole bancarie nell'UE sono le stesse per tutti gli Stati membri, ma, in pratica, la loro implementazione fino a poco tempo fa era lasciata alle autorità di regolamentazione nazionali, che applicavano criteri diversi. L'Unione bancaria che sta emergendo, si è detto, non è solo il primo passo verso un'unione di bilancio, è anche il passo finale verso il completamento del mercato comune. Il primo traguardo è il meccanismo di vigilanza unica, tuttavia, il secondo passo è il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie che garantisca regole del gioco uguali per tutti, e si attende ora la definizione di uno schema comune di tutela dei depositi bancari.

La consapevolezza dei fallimenti della cd. armonizzazione minima nonché la ricerca e il perfezionamento di strumenti per sopperire a tali fallimenti, lasciano ritenere ormai maturi i tempi per la piena operatività del nuovo *network* bancario europeo. Molti dettagli di questa architettura non sono ancora completati e vi sono lacune, incertezze, problemi da chiarire; ma se essa porterà ad una maggiore omogeneità delle prassi di vigilanza nei paesi europei e ad un isolamento delle banche dalle perturbazioni originate dai debiti sovrani, si sarà

---

<sup>165</sup> Cfr. ENRIA, *Livello globale e ruolo della soft law, Capire la soft law e analizzarne i fallimenti*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa: la storia, il presente, il futuro*, Atti della conferenza tenutasi a Roma il 14 ottobre 2011, p. 85.

compiuto un grande passo in avanti verso l'uscita dalla crisi, con notevoli effetti benefici per il mercato comune e dunque per il processo di integrazione europea. Ai fini del raggiungimento di tali obiettivi, molto dipenderà dagli sforzi delle Istituzioni europee e nazionali verso una maggiore integrazione politica, dalla reciproca fiducia dei Paesi europei, ma soprattutto dall'effettività della nuova vigilanza tendente a creare un definitivo argine ai comportamenti spregiudicati delle grandi banche, succedutisi negli ultimi anni, e dal corretto funzionamento del Meccanismo di risoluzione delle banche finite in *default*.

**La crisi internazionale del 2008 in Spagna e la risposta europea.  
di Simona Giannetti**

ABSTRACT

*The international crisis of 2008 affected particularly the States of the European Union, particularly Spain, pointing out unification problems and interaction between banking and financial activities. This paper examines the Spanish crisis and the its effects on the banking and financial system, also analyzing the Spanish banking system and some aspects of European Banking Union at the end.*

**SOMMARIO:** 1. L'economia Spagnola: dal 1990 al 2008. – 2. La crisi spagnola a livello sociale. – 3. Il sistema bancario spagnolo. – 4. Il sistema di vigilanza spagnolo. – 5. La crisi del sistema bancario spagnolo. – 6. La crisi internazionale e la risposta Europea.

1. La crisi internazionale del 2008 ha colpito tutti gli Stati del mondo, soprattutto quelli dell'Unione Europea e, tra questi, in particolar modo la Spagna. I primi segnali di crisi giunti in Europa sono immediatamente successivi alla richiesta, da parte di *Lehman Brothers Holdings Inc.*, di accedere alla procedura fallimentare e alla manifestazione dell'indebitamento del sistema bancario islandese che, nonostante le misure del governo locale, porta al necessario intervento del Fondo Monetario Internazionale.

La Spagna, inizialmente, non pare subire pesanti ripercussioni finanziarie e non viene colpita duramente dagli effetti della crisi come altri Paesi, si pensava grazie alle oculate politiche di supervisione bancaria attuate dal governo spagnolo che aveva imposto alle banche di mettere in sicurezza i loro bilanci e impedito di operare nel mercato dei mutui *subprime*. Successivamente, però, le difficoltà derivanti dalla crisi dei mercati internazionali e l'inizio della crisi del debito dell'area euro hanno portato allo scoperto le debolezze della Spagna, debolezze dovute agli squilibri, esterni ed interni, accumulatisi durante gli anni: le entrate statali spagnole erano strettamente legate alle imposizioni fiscali del settore edile e alle proprietà immobiliari (settori poi gravemente colpiti dalla crisi internazionale con le conseguenti ripercussioni sulle entrate fiscali del Paese).

Per comprendere più a fondo i motivi della maggiore recrudescenza della crisi in Spagna, occorre fare un breve cenno alla situazione economica di questo paese partendo dagli anni '90.

La Spagna, fino ai primi anni '90 vive un grave periodo di recessione, successivamente – tra il 1994 e il 2007 – si avvia una fase di crescita ininterrotta, specie a livello occupazionale, con la creazione di circa 8 milioni di nuovi posti di lavoro. Il tasso di disoccupazione si riduce così dal 21,3% all' 8,3%. Da metà anni '90 in poi l'economia spagnola viene condizionata da diversi fattori, quali l'entrata in vigore dell'euro, la riduzione dei tassi di interesse e le politiche di liberalizzazione e privatizzazione imposte dalle istituzioni europee. Tutti questi fattori hanno portato ad un profondo mutamento dell'economia spagnola: se, per un verso l'adesione all'euro ha dato modo alla Spagna di poter riposizionare competitivamente la propria economia nei mercati internazionali, per l'altro, ha anche posto le basi per i numerosi problemi poi emersi col tempo, soprattutto quelli legati alla bolla immobiliare, esplosa a causa della liberalizzazione della terra a scopo edilizio, ai notevoli afflussi di immigrati (verificatisi tra il 1996 e il 2006) ed infine alle politiche di governo che prevedevano incentivi fiscali per l'acquisto di abitazioni.

Nel 2005, il governo spagnolo, per osservare i rigidi criteri imposti da Maastricht, è costretto ad abbassare i tassi d'interesse a lungo termine, incoraggiando così imprese e privati a chiedere prestiti bancari specialmente per l'acquisto di immobili. “Durante quegli anni il Paese ha vissuto quello che era stato considerato al momento un “circolo virtuoso”: costruzione - nuovi posti di lavoro - nuove famiglie - costruzione”<sup>166</sup>.

La forte crescita economica e l'aumento occupazionale di quegli anni portano la Spagna, nel 2006, in ambito di convergenza economica, ad avere il PIL *pro capite* più alto rispetto alla media europea.

In un primo momento, grazie alle politiche imposte dal governo spagnolo, il mercato delle costruzioni si incrementa notevolmente, portando le imprese edili a richiedere nuova manodopera, e facendo così confluire nel Paese numerosi immigrati. Le politiche spagnole di reazione alla crisi sono state, in linea di massima, coerenti con quelle degli altri Paesi, in quanto si è cercato di adottare misure di revisione finalizzate a porre rimedio agli squilibri della crisi, ma “la brusca correzione operata contro questi squilibri ha trascinato il paese in una profonda recessione, provocando un'enorme perdita di posti di lavoro”<sup>167</sup>.

<sup>166</sup> Cfr. M. DE LA ROCHA VAZQUEZ, *Dal boom economico allo scoppio della crisi: luci e ombre dell'economia spagnola tra il 1994 e il 2012*, in *Osservatorio di politica internazionale*, a cura dell'ISPI, n. 71 Dicembre 2012, p. 9.

<sup>167</sup> Così, M. DE LA ROCHA VAZQUEZ, *op. cit.*, p. 1.



Nel 2007, tuttavia, si verifica una brusca contrazione della domanda immobiliare che causa un rallentamento del relativo mercato e, conseguentemente, avvia un incremento della disoccupazione. Dunque, l'accrescimento esponenziale di disoccupazione, può a ragione ritenersi l'elemento chiave della crisi del debito pubblico spagnolo, in quanto i sussidi di disoccupazione risultano essere in Spagna particolarmente cospicui.

Possiamo, oggi, affermare che gli anni di forte crescita economica e di dati economici positivi hanno solo camuffato profondi e crescenti squilibri di cui il Regno soffriva, squilibri emersi quando, nel 2008, la straordinaria crescita economica del Paese si è interrotta a causa della crisi finanziaria internazionale.

2. La crisi finanziaria non ha colpito gli Stati provocando fratture solo sul piano economico-finanziario, ma causando gravi ripercussioni anche sullo stato sociale. In Spagna, come altrove, con il crollo dell'economia nazionale, inevitabilmente si è verificato anche un collasso dell'intero sistema sociale, infatti, con l'economia in continua crisi, la sfera sociale spagnola ha vissuto (e tutt'oggi ancora vive) un costante stato di tensione.

Le statistiche dipingono la Spagna in un inesorabile quadro di miseria, di disparità e disuguaglianza. Solo nei primi sei mesi del 2012, il tasso di disoccupazione ha raggiunto il 25% della popolazione attiva, tasso che raddoppia, arrivando al 50%, se vengono presi in considerazione i giovani. "Nel mezzo della peggiore crisi economica delle ultime quattro decenni, si parla di "generazione perduta" per riferirsi ai milioni di giovani, disoccupati, non qualificati e con prospettive negative per il futuro"<sup>168</sup>.

I cittadini spagnoli ritengono ingiusto il comportamento del proprio Stato, poiché milioni di euro dei contribuenti vengono destinati al salvataggio del sistema bancario, mentre si realizzano al contempo drastici tagli all'istruzione, al sistema sanitario e a numerosi altri settori pubblici, base del *Welfare State*, tanto voluto negli ultimi 35 anni e altrettanto difficilmente ottenuto con il ritorno alla democrazia.

La crisi sta influenzando anche sull'idea di "Europa": in un Paese che ha fortemente voluto, più di altri, l'integrazione europea, ora si verifica un preoccupante incremento dell'euroscetticismo. Il modificarsi dell'idea di propensione verso l'Europa è avvenuta

---

<sup>168</sup> Cfr. M. DE LA ROCHA VAZQUEZ, *op. cit.*, p. 12.

rapidamente anche a causa delle politiche di *austerity*<sup>169</sup> imposte da Bruxelles che hanno portato allo sgretolamento quasi totale delle idee e delle concezioni passate.

Col tempo lo sguardo scettico verso il sistema politico del paese aumenta sempre più fino a far emergere movimenti sociali di protesta, come quello degli *Indignados*<sup>170</sup>, che manifestano nelle piazze e nelle strade contro un sistema politico ed una classe politica incapace di gestire seriamente una situazione così critica per il Paese.

3. Le funzioni di base di un sistema finanziario sono cinque, 1) agevolare lo scambio di beni e servizi, 2) produrre informazioni *ex ante* su possibili progetti di investimento, 3) spostare i risparmi attraverso progetti di investimento vantaggiosi, 4) monitorare i progetti di investimento e 5) facilitare lo scambio, la diversificazione e la gestione del rischio. Queste cinque funzioni dipendono, a loro volta, da tre caratteristiche insite nei sistemi finanziari, *a)* la dimensione dell'intermediazione finanziaria, *b)* la qualità e l'efficienza dell'intermediazione, *c)* la composizione degli intermediari finanziari.

Nel caso dell'economia spagnola, il settore bancario presenta un rilievo preponderante nella struttura finanziaria dell'economia<sup>171</sup>.

A differenza di alcuni Paesi dell'Unione Europea, la Spagna ha un sistema finanziario diverso, moderno, competitivo e ben integrato con tutti i principali mercati finanziari internazionali.

In Spagna la massima autorità in materia di politica finanziaria è il Governo, in quanto il Ministero dell'economia e delle finanze è responsabile di tutti gli aspetti relativi al funzionamento degli istituti finanziari. Il Ministero esercita le sue funzioni attraverso degli organi esecutivi, e cioè: la Direzione Generale di Politica Commerciale e per gli Investimenti esteri, il *Banco de España*, la Direzione Generale del Tesoro e della Politica

---

<sup>169</sup> In economia politica, il termine *austerity* viene utilizzato per definire la politica di bilancio adottata dagli Stati in periodi di crisi. Tale politica è utilizzata per ridurre il deficit pubblico operando tagli alla spesa pubblica e aumentando le imposte.

<sup>170</sup> Per *Indignados* si intende il Movimento 15-M, un movimento sociale di cittadini che ha dato vita ad una larga mobilitazione di protesta pacifica dal basso contro il governo spagnolo di fronte alla grave situazione economica in cui versa il Paese.

<sup>171</sup> Sul punto, v. J. MAUDOS VILLARROYA, J. F. DE GUEVARA RADOSELOVICS, *El sector bancario español en el contexto internacional: evolución reciente y retos futuros*, Fundación BBVA, Novembre 2008, p. 16-17.

Finanziaria, la Direzione Generale delle Assicurazioni e la Commissione Nazionale del Mercato e dei Valori (CNMV) <sup>172</sup>.

Il sistema bancario spagnolo è un insieme, variegato, di numerose organizzazioni, cioè di grandi gruppi bancari e *cajas* <sup>173</sup>; esso è composto da banche, casse di risparmio, cooperative di credito, istituti finanziari di credito e dall'Istituto ufficiale di credito (ICO) <sup>174</sup>, cioè un istituto molto simile ad una banca pubblica, ma senza filiali <sup>175</sup>.

Tutti gli istituti di credito sono assoggettati al controllo del *Banco de España* <sup>176</sup> che gestisce le riserve monetarie del Paese, garantisce il buon funzionamento e la stabilità del sistema finanziario e coordina la propria attività con quella della Banca Centrale Europea (BCE).

Nel sistema bancario spagnolo gli istituti più rilevanti sono le banche, le casse di risparmio e le cooperative di credito, che rappresentano il 90% di tutti gli istituti di credito che ne fanno parte.

<sup>172</sup> Cfr. F. MOYA ARJONA, *Estructura del Sistema Financiero*, in [www.monografias.com](http://www.monografias.com) sez. Economia.

<sup>173</sup> Per *cajas*, o “*caja de abarros*” (cassa di risparmio) si intendono degli istituti finanziari che svolgono operazioni finanziarie allo stesso modo degli altri istituti che fanno parte del sistema bancario spagnolo. Le casse di risparmio sono delle fondazioni di natura privata senza scopo di lucro, ovvero non hanno azionisti e non possono suddividere i loro dividendi. Nonostante la libertà operativa di cui sono dotati, questi istituti, sono specializzati nel canalizzare il risparmio popolare e nel finanziare le famiglie e le piccole e medie imprese. Sono enti che prevalentemente hanno radici locali, anche se alcune casse maggiori hanno anche presenza nazionale e internazionale. Questi enti sono raggruppati nella Confederazione spagnola delle casse di risparmio. Prima della crisi le *cajas* non avevano nessuna regolamentazione, infatti, non erano tenute a divulgare notizie sulle garanzie dei prestiti e per questo concedevano prestiti, anche a coloro che, nelle grandi banche, erano considerati debitori indesiderati. Dopo lo scoppio della crisi, il Governo Spagnolo, ha regolato tali istituti finanziari con il “Real Decreto Ley” del 11/2010.

<sup>174</sup> Istituto ufficiale di credito (ICO): L'Istituto Ufficiale di Credito è una banca pubblica, con la forma giuridica di società per azioni, è posta sotto il Ministero della Scienza e dell'Innovazione attraverso la Segreteria di Stato per il sostegno economico e commerciale. Questo Istituto è retto dal principio dell'equilibrio finanziario, in base al proprio statuto, approvato con il “Real Decreto Ley” 706/1999.

<sup>175</sup> F. ÁLVAREZ MOLINA, *Estructura simplificada y comentarios personales sobre el Sistema financiero español y los organismos financieros internacionales*, in [www.labolsaylarida.org](http://www.labolsaylarida.org), Febbraio 2013, p. 21, il quale evidenzia che: “El Instituto de Crédito Oficial, conocido por la sigla ICO es algo así como un banco público pero que, desgraciadamente, no tiene sucursales. Digo desgraciadamente porque el dinero que presta debe pasar por las redes de sucursales de los bancos para que pueda llegar a las empresas. Es un puro intermediario financiero porque lo que hace es captar dinero y prestarlo a las empresas, percibiendo por ello un interés”.

<sup>176</sup> *Banco de España*: è la banca centrale nazionale spagnola, è l'autorità di vigilanza del sistema bancario spagnolo. L'attività della Banca centrale spagnola, e il suo ruolo di vigilanza del sistema bancario del Paese è regolata dal suo statuto.

Le banche, spagnole e straniere sono tutte riunite nell' "Associazione Spagnola delle Banche" (AEB)<sup>177</sup>, mentre tutti gli altri istituti di credito sono riuniti nella "Confederazione Spagnola delle Casse di Risparmio (CECA)"; per quanto riguarda, invece, le cooperative di credito, queste hanno dato vita all'"Unione nazionale delle Cooperative di Credito (UNCC)"<sup>178</sup>. Tutti questi enti differiscono tra loro per la forma giuridica, mentre, sul piano delle possibilità operative sono sottoposti alle stesse normative.

Le casse di risparmio sono istituti di credito che hanno le stesse competenze degli altri enti che fanno parte del sistema creditizio spagnolo; sono delle fondazioni di carattere privato che hanno due funzioni principali: finanziaria (gestiscono più della metà dei risparmi delle famiglie spagnole e delle imprese, primeggiando così nell'attività creditizia dell'intero sistema finanziario) e sociale (sostengono lo sviluppo economico ed il progresso sociale combattendo, così, l'esclusione sociale).

4. Il sistema di vigilanza spagnolo è affidato al *Banco de España* e alla *Comisión Nacional del Mercado de Valores* (CNMV).

Il *Banco de España* è la banca centrale spagnola, e, come stabilito dalla Legge sull'autonomia della Banca di Spagna (L. n. 13 del 1° giugno 1994) ha anche il compito di verificare la solvibilità e la conformità della normativa specifica degli enti che deve supervisionare e, inoltre, ha la funzione di verificare i mercati interbancari e quelli dei cambi<sup>179</sup>.

Il modello di vigilanza spagnolo si basa su una regolamentazione effettiva e prudente, su norme di accesso e di esercizio dell'attività; su una supervisione continua attraverso sopralluoghi negli enti, i quali devono inviare periodicamente informazioni che il *Banco de España* deve analizzare; su misure correttive, quali richieste, raccomandazioni, piani di risanamento, l'intervento o la sostituzione di amministratori degli enti; su un regime disciplinare e sanzionatorio che può colpire sia gli enti che gli amministratori.

<sup>177</sup> Associazione Spagnola delle Banche (AEB): è un'associazione professionale aperta a tutte le banche spagnole ed estere che operano in Spagna. Nonostante l'iscrizione a questa associazione sia volontaria, tutte le banche, che svolgono una significativa attività finanziaria in Spagna, sono membri dell' AEB. Fu creata nel 1977, ha propria personalità giuridica, e per far fronte a tutte le spese che l'associazione deve sostenere, i soci pagano una quota annuale che è proporzionale all'attività e alla grandezza della banca.

<sup>178</sup> Unione Nazionale delle Cooperative di Credito (UNCC): fu fondata nel 1970 e ne fanno parte tutte le Società Cooperative di Credito spagnole.

<sup>179</sup> Cfr. F. ÁLVAREZ MOLINA, *op. cit.*, p. 27.

La *Comisión Nacional del Mercado de Valores* (CNMV)<sup>180</sup> è l'organismo che ha il compito di vigilare e ispezionare il mercato mobiliare spagnolo e l'attività di tutti i soggetti che in esso intervengono<sup>181</sup>. La Commissione deve “assicurare la trasparenza dei mercati, la corretta formazione dei prezzi degli strumenti finanziari, la sicurezza delle transazioni e la solvenza del sistema”<sup>182</sup>; in particolare, ha il potere di sospendere, per eccesso di rialzo o di ribasso, i titoli azionari.

Gli istituti finanziari sono sottoposti ad un regime speciale di regolamentazione e supervisione molto più rigido rispetto ad enti appartenenti ad altri settori economici.

L'art. 7 della “*Ley de Autonomía del Banco de España*”, del 1994, stabilisce che al *Banco de España* spetta di promuovere il buon funzionamento e la stabilità del sistema finanziario, e le si attribuisce la funzione di supervisore, conformemente alle normative vigenti, per la solvibilità, l'attuazione e il rispetto della normativa specifica da parte degli istituti di credito<sup>183</sup>. Il *Banco de España* ha anche il compito di verificare se gli istituti di credito siano adeguatamente capitalizzati, se seguono le normative vigenti, se sono prudenti nella gestione e nel controllo degli investimenti e dei rischi da loro derivanti.

L'obiettivo fondamentale del processo di vigilanza del *Banco de España* è quello di determinare e aggiornare il profilo di rischio di ciascun istituto finanziario e, se necessario, adottare misure per correggerlo. Il profilo di rischio riassume in un'unica variabile la possibilità che l'istituto finanziario abbia in futuro problemi di solvibilità, redditività e liquidità. Per raggiungere il suo obiettivo, il *Banco de España* realizza tre tipi di azioni di vigilanza, e cioè il monitoraggio e l'analisi a distanza, le visite d'ispezione e il monitoraggio continuato *in loco*. Il processo di supervisione comprende delle azioni differenti, ovvero: la revisione contabile (comprensiva della valutazione degli attivi e dei passivi), l'analisi

<sup>180</sup> La *Comisión Nacional del Mercado de Valores* (CNMV) (Commissione Nazionale del Mercato dei Valori) è un ente di diritto pubblico con personalità giuridica propria; istituita dalla Legge del Mercato dei Valori n. 24 del 1988, la quale ha riformato il sistema finanziario spagnolo. Le successive leggi n. 37 del 1998 e n. 44 del 2002 hanno, invece, aggiornato la legge originaria, stabilendo un quadro regolatore conforme alle esigenze dell'UE e funzionale allo sviluppo dei mercati finanziari spagnoli nel contesto europeo, inserendo, anche, misure in grado di proteggere gli investitori.

<sup>181</sup> Cfr. F. ÁLVAREZ MOLINA, *op. cit.*, p. 27.

<sup>182</sup> Da Servizi studi del Senato, “*L'ordinamento della vigilanza sui mercati finanziari in Europa: una panoramica di diritto comparato*”, a cura dell'Ufficio ricerche sulla legislazione comparata e per le relazioni con il C.E.R.D.P., n.10 – novembre 2009.

<sup>183</sup> Cfr. *Modelo de supervisión del Banco de España*, Madrid, 30 Giugno 2011, p. 1.

economico-finanziaria, la revisione della conformità alla normativa vigente e la revisione e la valutazione dei rischi e della solvibilità.

Il metodo che utilizza il *Banco de España* si chiama “*Supervisión de la Actividad Bancaria Bajo el Enfoque Riesgo* (SABER)”<sup>184</sup>, che fornisce un quadro uniforme e strutturato della qualificazione degli istituti di credito.

5. La crisi finanziaria ha avuto un duplice effetto sull'economia spagnola: da un lato ha accelerato il processo di sviluppo del settore delle costruzioni e, dall'altro, ha messo in luce gli eccessi del sistema finanziario che sono emersi causando problemi di liquidità. Due problemi – gli eccessi immobiliari e la mancanza di liquidità per il sistema finanziario – in parte correlati e in parte indipendenti, caratterizzano la crisi spagnola<sup>185</sup>.

I problemi che hanno interessato il settore bancario trovano la loro origine negli squilibri accumulati nella precedente fase di espansione economica vissuta dal paese. In concreto, le ragioni devono essere cercate nella combinazione: *a)* dell'abbondante liquidità che le banche spagnole avevano nei mercati internazionali con uno scenario di bassi tassi d'interesse; *b)* della rapida crescita dell'indebitamento; *c)* di un alto tasso di crescita del credito bancario, ben al disopra dell'aumento del PIL; *d)* di un'elevata concentrazione del rischio delle attività legate al settore della costruzione e della vendita immobiliare<sup>186</sup>.

Il sistema bancario spagnolo, come abbiamo detto precedentemente, è un sistema nel quale sono presenti numerosi tipi di istituti con una forte presenza di *cajas*, ovvero casse di risparmio regionali che erogano prestiti anche a clienti che, nelle banche più grandi, vengono considerati “indesiderati”, avendo una scarsa solvibilità. Queste casse di risparmio non hanno mai avuto, fino allo scoppio della crisi, una regolamentazione; l'assenza di

---

<sup>184</sup> La *Supervisión de la Actividad Bancaria Bajo el Enfoque Riesgo* (SABER) (Vigilanza dell'attività bancaria sull'approccio al rischio) è un metodo che aiuta a capire quali istituti siano più suscettibili ad avere, in futuro, problemi, in modo da potergli dedicare azioni di vigilanza rafforzata per evitare crisi future. Gli istituti con un profilo di rischio superiore, ricevono, quindi, un'attenzione maggiore. A partire dal livello di rischio e dalla importanza sistemica dell'istituto, si stabilisce il quadro di vigilanza che include la strategia di supervisione e l'intensità di monitoraggio da sottoporre all'istituto interessato. Il quadro di vigilanza viene aggiornato, quando e se necessario, o comunque riformulato annualmente.

<sup>185</sup> Così, A. RECARTE, *La crisis financiera internacional y el crack financiero español*, N. 37 – Varia, in [www.ilustracionliberal.com](http://www.ilustracionliberal.com), del 2008.

<sup>186</sup> Cfr. J. MAUDOS, *El impacto de la crisis en el sector bancario español*, in Cuadernos de información económica N. 226, Gennaio/Febbraio 2012, p. 155-156.

controllo e di regolamentazione ha sempre impedito, quindi, al governo spagnolo di poter verificare la situazione finanziaria di questi istituti e, soprattutto, di constatare in quale percentuale il mercato immobiliare, uno dei più forti settori dell'economia spagnola, incidesse sul loro patrimonio.

Nel 2007, due tra le più grandi banche del Paese, *Santander* e *BBVA* iniziano a rallentare l'attività di cessione di credito profilando un inizio di crisi economica; nonostante tale evento e nonostante l'inizio del declino del settore immobiliare, gli investimenti delle *cajas* non rallentano, tanto che circa il 56% dei mutui e dei prestiti del Paese, nel 2009, sono nelle loro "mani".

Quando nel 2009 si verifica il definitivo crollo del mercato immobiliare spagnolo, l'attività delle *cajas* si paralizza; e, nel Marzo dello stesso anno, il governo annuncia il primo salvataggio di una *caja*: *Caja Castilla La Mancha* (Ccm)<sup>187</sup>. Questa operazione fa emergere come la situazione economico-finanziaria del Paese si trovi in bilico.

Sebbene tra *cajas* e banche ci sia una sostanziale differenza, la fiducia degli investitori nelle banche spagnole crolla e la popolazione inizia la corsa agli sportelli, provocando una radicale riduzione di riserve di liquidità delle banche. Questi avvenimenti generano una reazione a catena e portano il governo ad attuare altri piani di salvataggio per evitare che numerosi istituti bancari possano finire in bancarotta.

Per cercare di rimediare alla situazione di crisi all'interno del sistema bancario è necessario circa il 10% del PIL, questo dato mostra il costo della crisi all'interno di tale sistema, il quale negli ultimi due anni ha subito un'ulteriore e profonda trasformazione, soprattutto con la ristrutturazione delle casse di risparmio<sup>188</sup>.

6. Il governo e le istituzioni di vigilanza spagnoli hanno adottato una serie di misure per cercare di far fronte ai perduranti effetti della crisi, ma come emerge chiaramente dalle

---

<sup>187</sup> La *Caja Castilla La Mancha* (Ccm): era una cassa di risparmio con sede nella città autonoma di Castilla – La Mancha. Fondata il 26 giugno 1992 dalla fusione di 3 diverse banche. Fu la prima a creare un Comitato per il Buon Governo e la Responsabilità Sociale Corporativa. Il 1 luglio 2010 la Giunta Generale delle Casse di Risparmio annunciò l'estinzione di Ccm come Cassa di Risparmio per convertirsi in una Fondazione.

<sup>188</sup> Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, *Un estudio de FUNCAS y el Ivie analiza el impacto de la crisis en el sector bancario español y detalla los desafíos pendientes a los que se enfrentan las entidades financieras*, in [www.ivie.es](http://www.ivie.es).

analisi effettuate dallo stesso *Banco de España*<sup>189</sup>, un fenomeno di tali dimensioni non può essere affrontato e gestito in autonomia dai singoli Stati europei, soprattutto nei casi in cui, come per la Spagna, esso ha coinvolto l'intera economia, con i gravissimi risvolti per il contesto sociale e occupazionale di cui si è detto in precedenza.

Si rendeva necessaria, pertanto, una risposta unitaria delle istituzioni europee, essendo ormai evidente come il mero coordinamento tra le varie autorità di vigilanza nazionali fosse insufficiente per poter mantenere la stabilità finanziaria dell'Unione Europea. Si è affermata, pertanto, l'idea che tale obiettivo potesse essere raggiunto solo creando una vera e propria unione bancaria basata su un *corpus* unico di norme dettagliate, coadiuvate da un meccanismo unico di vigilanza, realmente in grado di assicurare un controllo più efficace sotto il profilo qualitativo.

La realizzazione del progetto di creare la c.d. *Banking Union* si è avviato con l'approvazione del “*pacchetto CRD IV*”<sup>190</sup>, è passata attraverso l'istituzione del *Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria* (SEVIF)<sup>191</sup>, per arrivare al *Single Supervisory Mechanism* (SSM), primo vero pilastro dell'unione bancaria, e all'accordo sul *Single Resolution Mechanism* (SRM), di cui si dirà nel prosieguo.

Il percorso verso la *Banking Union* è da poco iniziato, ma la stessa è già considerata essenziale per sostenere e consolidare il quadro dell'Unione Economica e Monetaria in quanto, istituendo un meccanismo unico per la supervisione a livello europeo, viene

---

<sup>189</sup> Un dossier completo sulle operazioni di ristrutturazione del sistema bancario e sulle misure di salvataggio adottate in Spagna si trova al link [www.bde.es/bde/es/secciones/prensa/infointeres/reestructuracion/](http://www.bde.es/bde/es/secciones/prensa/infointeres/reestructuracion/); si v. altresì l'ultima Relazione annuale del *Banco de España: Informe Anual 2012*, reperibile all'indirizzo [www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/12/Fich/inf2012.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/12/Fich/inf2012.pdf)

<sup>190</sup> Pacchetto CRD IV: entra in vigore a gennaio 2014, si tratta di un regolamento e una direttiva che attuano i nuovi standard globali sui capitali bancari derivanti da Basilea 3. Questo Pacchetto stabilisce requisiti prudenziali più incisivi per le banche, in quanto devono avere sufficiente liquidità e riserve di capitale.

<sup>191</sup> Il Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF): è composto da: *European Systemic Risk Board* (ESRB), dall'*European Banking Authority* (EBA) per le banche, dall'*European Securities and Markets Authority* (ESMA) per i mercati e gli strumenti finanziari e dall'*European Insurance and Occupational Pensions Authority* (EIOPA) per le assicurazioni e le pensioni aziendali e sociali. Tale sistema è fondato sulla leale cooperazione di tutte le sue componenti, che devono esercitare i propri poteri in modo adeguato agli atti adottati, nelle rispettive materie, dalle istituzioni europee.



affrontato il c.d. “trilemma finanziario”<sup>192</sup>; possiamo, inoltre, dire fin da ora che il nuovo modello di vigilanza europeo assumerà la “forma di una struttura a geometria variabile”<sup>193</sup>.

La nuova architettura di vigilanza unica europea può, infatti, essere raffigurata come due cerchi concentrici: su quello più esterno si collocano le nuove normative europee, che sono applicate a “tutti” gli Stati dell’Unione Europea, mentre su quello più interno vi è la disciplina c.d. “speciale”, che è applicata solo agli Stati dell’Eurozona e ai paesi che vorranno assoggettarsi in modo spontaneo a tale sistema<sup>194</sup>.

Il “cerchio interno” è formato dal regolamento istitutivo del *Single Supervisory Mechanism* (SSM) e (ora) da quello del *Single Resolution Mechanism*, nonché dalla proposta di regolamento del *Single Bank Resolution Fund*, norme che saranno applicate solo agli Stati che utilizzano l’euro o che aderiscono al nuovo sistema per libera scelta.

Lo strumento che ha effettivamente assicurato il raggiungimento di un maggiore livello di armonizzazione è la normativa della *Capital Requirements Directive*, il c.d. “Pacchetto CRD IV” che ha realizzato sensibili progressi verso l’uniformità delle regole tecniche, dei criteri applicativi e delle prassi di vigilanza, ed è rivolta a tutti gli Stati dell’Unione Europea.

Il valore di questa normativa è riscontrabile nella caratteristica di accentrare alcuni poteri e la funzione di vigilanza presso un apposito *network*, istituito senza personalità giuridica, ovvero il *Single Supervisory Mechanism* (SSM). Come ben possiamo intuire, l’SSM è un meccanismo di supervisione di cui fanno parte le autorità nazionali competenti e la BCE, oltre agli Stati che non rientrano nella Zona Euro ma decidono di prendere parte a tale sistema.

Un decisivo passo in avanti verso il completamento della *Banking Union* è stato realizzato il 18 dicembre 2013, con l’approvazione da parte dell’Ecofin dell’accordo relativo al meccanismo unico di gestione delle crisi bancarie a livello europeo, il *Single Resolution*

---

<sup>192</sup> Secondo la teoria del *Trilemma finanziario* l’integrazione e la stabilità finanziarie non sono compatibili con un sistema di vigilanza a base nazionale e, quindi, l’unica risposta plausibile alla crisi finanziaria risulta essere il rafforzamento del federalismo; cfr. D. SCHOENMAKER, *Il trilemma finanziario*, in *Economic Letters*, 2011, n. 111, p. 57-59; sul punto, *amplius*, M. RISPOLI FARINA, *Verso la vigilanza unica europea. Stato dell’arte*, in *Innovazione e diritto*, 2012, p. 12-13.

<sup>193</sup> In argomento, v. diffusamente M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di Ricerca giuridica della Consulenza Legale* della Banca d’Italia, n. 73, settembre 2013, p. 10.

<sup>194</sup> Cfr. M. ROIG, *Alemania accepta dar ayudas a cambio de reformas pero exige compromisos*, in [www.expansion.com](http://www.expansion.com), del 20 Dicembre 2013

*Mechanism* (SRM). L'approvazione di tale meccanismo rappresenta, secondo molti osservatori, un "risultato storico"<sup>195</sup>.

Il compromesso raggiunto "prevede la nascita di un Consiglio di risoluzione, di un fondo di risoluzione e di un paracadute finanziario"<sup>196</sup>, c.d. "*backstop*", da utilizzare durante il periodo in cui il fondo deve entrare a regime. Tale ultima componente è stata fortemente voluta dall'Italia, la quale ha ottenuto, che, "durante il periodo transitorio di messa a regime del fondo di risoluzione (periodo che durerà 10 anni)"<sup>197</sup>, il fondo abbia tutti gli strumenti necessari ad ovviare a crisi bancarie di qualsiasi entità.

L'accordo è basato su di un regolamento e di un trattato intergovernativo per creare un fondo di risoluzione, voluto particolarmente dalla Germania per dare una base legale certa al fondo stesso. Il fondo unico di risoluzione sarà finanziato da denaro privato, evitando che gli Stati siano chiamati, come avvenuto in precedenza<sup>198</sup>, ad usare denaro pubblico per salvare le banche in difficoltà.

Tale meccanismo di risoluzione (SRM) costituisce il secondo degli elementi chiave della *Banking Union* e si aggiunge al meccanismo di vigilanza unico (SSM).

Come si accennava, la creazione di una "unione bancaria" è elemento essenziale per superare la frammentazione del mercato, infatti, la creazione dell'SRM ha proprio l'obiettivo di assicurare che il controllo e la risoluzione delle crisi siano esercitati allo stesso livello decisionale per tutti i paesi che fanno parte del sistema, cercando quindi di prevenire l'insorgere di tensioni tra la vigilanza europea e quella nazionale.

L'SRM sarà valido per tutti i paesi che partecipano all'SSM, ovvero quelli che fanno parte della Zona Euro, e quelli che, non pur non facendone parte, decideranno di aderirvi.

L'SRM entrerà in vigore il 1° gennaio 2015, le funzioni di *bail-in* e di risoluzione inizieranno ad essere applicate a partire dal 1° gennaio 2016, ma, comunque, l'SRM non potrà essere operativo prima che l'accordo intergovernativo entri in vigore.

---

<sup>195</sup> Come afferma il Ministro dell'Economia, Fabrizio Saccomanni, *Unione bancaria: l'Ecofin ha approvato il meccanismo unico di gestione delle crisi delle banche*, in [www.diritto bancario.it](http://www.diritto bancario.it), 19 Dicembre 2013.

<sup>196</sup> Cfr. B. ROMANO, *Crisi e fallimenti nelle banche, accordo raggiunto nella UE*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 19 Dicembre 2013.

<sup>197</sup> Cfr. I. BUFACCHI, *Accordo sull'unione bancaria, Saccomanni: risultato storico*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 19 Dicembre 2013.

<sup>198</sup> Tra il 2008 e il 2011 i paesi dell'Unione Europea hanno usato circa 4 miliardi di euro per sostenere il settore finanziario in crisi.

In conclusione, i devastanti effetti della crisi finanziaria internazionale hanno fatto nascere la consapevolezza della necessità di un ulteriore *transfert* di sovranità nazionale all'ambito europeo che va a sommarsi a quella in precedenza già traslata con l'adozione della moneta unica. Difatti, l'accordo raggiunto sul *Single Resolution Mechanism* (SRM) è espressione dell'impegno dei governi europei di porre rimedio alla crisi (al di là delle evidenti soluzioni di compromesso), nonché di evitare che i suoi effetti possano degenerare ulteriormente e, soprattutto, di fare in modo che future situazioni di crisi non impattino ancora una volta sull'intero sistema bancario-finanziario europeo con le, già sperimentate, conseguenze negative sulle finanze pubbliche degli Stati membri dell'Unione.

## Adeguata verifica della clientela nella normativa antiriciclaggio: gli obblighi dei professionisti

di Gennaro Rotondo

### ABSTRACT

*The d.lgs. n. 231/2007 (Articles 15 to 35) requires a policy of strong control, to say a high level discipline of customer knowledge. This discipline implies that controllers will severely identify customers at high risk of money laundering. The risk can be deduced from: the nature of counterpart, the type of required service, the geographical area. In this context, professionals are required to carry out a task that goes far beyond the mere checking of the identity of people requiring the service (risk based approach). In fact, professionals have to realize an accurate customer knowledge and a continuous monitoring of all aspects of the professional connection.*

SOMMARIO: 1. Premessa. Lotta al riciclaggio e adeguata verifica della clientela. – 2. Identificazione del cliente e applicazione degli obblighi di adeguata verifica ai professionisti. – 2.1. Il titolare effettivo. – 3. Scopo e natura del rapporto continuativo. Controllo del rapporto continuativo. – 4. Obbligo di astensione. – 5. Modalità semplificate di adeguata verifica della clientela. – 6. Modalità rafforzate di adeguata verifica della clientela. – 7. Identificazione da parte di terzi. – 8. Gli adempimenti dei professionisti collaboratori dello studio. – 9. Comunicazione UIF sui comportamenti anomali relativi all'utilizzo dei *trust*. – 10. Rapporto UIF 2013. Riciclaggio ed evasione fiscale. – 11. Osservazioni conclusive.

***1. In un contesto di mercati sempre più integrati, la lotta a fenomeni come il riciclaggio del denaro proveniente da attività illecite si attua non solo attraverso il diritto penale, ma anche sul piano amministrativo e finanziario, con strumenti che consentano di prevenire o individuare le condotte criminali ove esse si manifestano con maggiore frequenza e intensità, cioè all'interno delle istituzioni e dei mercati.***

Le politiche legislative devono, inoltre, superare i confini nazionali, le risposte degli Stati devono essere coordinate, esprimere regole uniformi o, quanto meno, omogenee e

convergenti atte a ostacolare possibili arbitraggi regolamentari <sup>199</sup>. L'offerta di fondi di dubbia provenienza (come anche di risorse sottratte all'imposizione fiscale) costituisce, infatti, un richiamo per i Paesi che intendono favorire l'afflusso di risorse, sebbene questo implichi un'attenuazione dei controlli sulla provenienza e sull'impiego delle somme. La lotta al riciclaggio deve essere, pertanto, un obiettivo primario per tutti i sistemi economico-finanziari che aspirano ad essere stabili ed evoluti.

In tale ambito, l'adeguata verifica della clientela rappresenta il primo dei tre pilastri su cui si fonda il sistema di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo predisposto dalla normativa comunitaria e da quella italiana (il decreto legislativo n. 231/2007 e le relative disposizioni secondarie), insieme agli obblighi di registrazione (e conservazione delle informazioni) e alla segnalazione delle operazioni sospette. Naturalmente, si tratta di una serie di adempimenti strettamente correlati e conseguenti tra loro.

Con la previsione degli obblighi di adeguata verifica, il decreto n. 231/2007 (agli artt. da 15 a 35) reca una disciplina rafforzata in tema di conoscenza della clientela <sup>200</sup> che impone ai destinatari della stessa di commisurare il rigore degli adempimenti di identificazione dei clienti al rischio di riciclaggio desumibile dalla natura della controparte, dal tipo di servizio richiesto, dall'area geografica di riferimento (c.d. approccio basato sul rischio). L'elemento del rischio deve, quindi, essere preso in considerazione non solo per l'individuazione e la segnalazione di operazioni sospette, ma anche per l'applicazione di misure differenziate,

<sup>199</sup> Cfr. G. CASTALDI, *Il d.lgs. 231/2007 e la normativa d'attuazione. Il contributo dell'UIF alla lotta alla corruzione*, intervento al Convegno "Riciclaggio e corruzione. Prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali", Courmayeur, 28-29 settembre 2012, p. 3.

<sup>200</sup> *In argomento*, v. S. MIELI, *Il nuovo approccio regolamentare al rischio di riciclaggio, intervento al Convegno "Antiriciclaggio: innovazioni normative e operazioni sospette"*, *Compliance Dexia Crediop*, Roma, 24 giugno 2010, p. 2, secondo cui l'efficacia delle misure introdotte con il d.lgs. n. 231/2007 trae rinnovata forza da un'impostazione della regolamentazione che realizza un'anticipazione della soglia di tutela, dettagliando e rafforzando il percorso che mira all'adeguata conoscenza del cliente. Inoltre, un ruolo determinante è attribuito sia alla collaborazione attiva da parte dei destinatari delle disposizioni previste dal decreto sia allo stretto coordinamento tra gli attori istituzionali che, a vario titolo, sono chiamati a dare il proprio contributo nella prevenzione e nel contrasto di questi fenomeni criminali. In generale, sulla disciplina dell'adeguata verifica della clientela, v. anche C. RUGGIERO, *La nuova disciplina dell'antiriciclaggio (dopo il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231)*, *Utet*, Torino, 2008, p. 99 ss.; M. CARBONE, *Soggetti e obblighi di adeguata verifica della clientela*, in *CAPOLUPO, CARBONE, BATTAGLIA, STURZO, Antiriciclaggio. Obblighi per professionisti, intermediari e altri soggetti*, *Ipsa*, Milano, 2012, p. 201; R. RAZZANTE, *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, *Giappichelli*, Torino, 2011, p. 88 ss.

semplificate o rafforzate, di adeguata verifica della clientela in relazione, rispettivamente, a ipotesi di rischio minore o maggiore<sup>201</sup>.

Ne consegue che il tipo di approfondimento richiesto ai professionisti va ben oltre il mero accertamento dell'identità del soggetto che richiede la prestazione essendo finalizzato ad una approfondita conoscenza e al continuo monitoraggio del relativo rapporto<sup>202</sup>.

Gli obblighi di adeguata verifica della clientela consistono nelle seguenti attività: identificare il cliente e verificarne l'identità sulla base di documenti, dati o informazioni ottenuti da una fonte affidabile e indipendente; identificare l'eventuale titolare effettivo; ottenere informazioni sullo scopo e sulla natura del rapporto continuativo o della prestazione professionale; svolgere un controllo costante nel corso del rapporto continuativo o della prestazione professionale, tenendo conto delle caratteristiche soggettive e oggettive del cliente.

Per la valutazione del rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, i professionisti sono tenuti ad osservare criteri riferiti al tipo di cliente (elementi soggettivi), ovvero all'operazione o al rapporto continuativo (elementi oggettivi).

I professionisti devono osservare gli obblighi di adeguata verifica, in particolare, nei seguenti casi: quando si instaura un rapporto *continuativo*; quando si eseguono operazioni occasionali disposte dai clienti che comportino la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento di importo pari o superiore a 15.000 euro; quando vi è sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, indipendentemente dall'importo, da deroghe, esenzioni; quando il valore dell'operazione sia di valore indeterminato o indeterminabile; quando vi sono dubbi sulla veridicità o sull'adeguatezza dei dati precedentemente ottenuti ai fini dell'identificazione di un cliente.

---

<sup>201</sup> Si tratta di un più esteso dovere di *customer due diligence* – da espletarsi per mezzo di informazioni sul cliente, sul titolare effettivo, sulla natura e scopo della relazione d'affari – che comporta un monitoraggio continuo sull'andamento del rapporto; cfr. S. MIELI, *Il nuovo approccio*, cit., p. 4.

<sup>202</sup> La disciplina richiede al professionista di effettuare una valutazione del rischio fin dal momento in cui riceve l'incarico e impone un obbligo di astensione dal compimento della prestazione nel caso in cui i risultati di detta valutazione sconsiglino in assoluto l'instaurarsi del rapporto professionale (v. *infra*); in senso critico, v. ISTITUTO DI RICERCA DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI (IRDCEC), *Antiriciclaggio: check list per l'adozione delle misure di legge negli studi professionali*, documento n. 19, maggio 2013, p. 7; in tal senso, anche G. CASTALDI, *Il d.lgs. 231/2007*, cit., p. 9, il quale ricorda, altresì, come la adeguata verifica della clientela rappresenti l'aspetto più innovativo introdotto col recepimento della Terza direttiva.

*2. Gli obblighi di registrazione e le modalità di conservazione dei dati acquisiti in sede di adeguata verifica sono finalizzati, per esplicita indicazione legislativa, a consentirne la ricerca e l'utilizzo in caso di indagini in materia di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e per le attività di analisi della Unità di Informazione Finanziaria (UIF) o delle altre autorità competenti. La registrazione dei dati va effettuata con tempestività e, comunque, non oltre trenta giorni dal compimento dell'operazione o dall'apertura, variazione o chiusura del rapporto continuativo o della prestazione professionale* <sup>203</sup>.

L'identificazione è *diretta* quando la verifica dell'identità del cliente e del titolare effettivo è svolta, in presenza del cliente. Qualora il cliente sia una società o un ente va verificata l'effettiva esistenza del potere di rappresentanza e sono identificati i rappresentanti delegati alla firma per l'operazione da svolgere.

Al fine di verificare il corretto adempimento dell'obbligo di adeguata verifica della clientela (ordinaria, semplificata o rafforzata), vanno richiamate le istruzioni contenute nell'allegato alla *Circolare* della Guardia di Finanza n. 83607/2012 <sup>204</sup> (nel prosieguo, "Circolare GdF"). A tal fine, è necessaria l'acquisizione di un elenco anagrafico dei clienti, delle operazioni e delle prestazioni professionali distinte per rilevanza di importi e, per gli studi di piccole dimensioni, dei fascicoli della clientela.

In conformità agli indicatori individuati dall'art. 20 del d.lgs. 231/2007 ai fini della valutazione del rischio legato a ciascun cliente (e relativa operazione), i campioni che vengono analizzati dalla Guardia di Finanza in un'eventuale ispezione attengono alle prestazioni professionali riconducibili ai nominativi di clienti: maggiormente ricorrenti nell'attività del professionista; non residenti o non operanti nella zona di competenza del professionista; che hanno richiesto l'esecuzione di operazioni o di prestazioni professionali di importo significativo; che ricorrono frequentemente all'uso di contante, a libretti di deposito al portatore, a valuta estera e all'oro; che eseguono conferimenti o apporti di capitale in società per importi palesemente sproporzionati rispetto a quelli di mercato; nei confronti dei quali siano state rese prestazioni professionali aventi ad oggetto finanza strutturata a rilevanza transnazionale, avendo particolare riguardo alle operazioni con Paesi a fiscalità privilegiata o non rientranti tra i Paesi terzi equivalenti ai fini antiriciclaggio; che

<sup>203</sup> Cfr. S. MIELI, *Il nuovo approccio*, cit., p. 5.

<sup>204</sup> Nelle quali si afferma, anzitutto, che l'unità operativa preposta al controllo debba selezionare un campione di operazioni e/o prestazioni professionali potenzialmente soggette all'assolvimento dello stesso, cfr. Comando Generale della Guardia di Finanza, *Circolare* n. 83607, *Prevenzione e contrasto del riciclaggio, del finanziamento del terrorismo e dei traffici transfrontalieri di valuta*, Roma, 19 marzo 2012.

presentano precedenti penali, fiscali o di polizia, in particolare per reati a scopo di profitto; che presentano profili di incongruenza tra le operazioni poste in essere e la propria capacità reddituale e patrimoniale; catalogati quali persone politicamente esposte (in seguito p.e.p.)<sup>205</sup>, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. o), del d.lgs. 231/2007; nei confronti dei quali sono state rese prestazioni professionali attinenti alla consulenza, organizzazione o gestione di società fiduciarie, *trust* o strutture analoghe<sup>206</sup>.

Con riferimento ai riscontri documentali, la disciplina prevede la possibile acquisizione, oltre che della documentazione conservata dal professionista ispezionato ai fini antiriciclaggio, anche di «quella detenuta ad altro titolo dal medesimo ma comunque ritenuta rilevante ai fini di una compiuta ricostruzione dell'effettiva operatività della clientela e del relativo profilo di rischio». Sul punto, si esprime in termini di “perplexità” il documento IRDCEC del maggio 2013<sup>207</sup>, lasciando trasparire una (ormai obsoleta) visione del ruolo del professionista come depositario di “segreti” relativi all'operatività del proprio cliente che, laddove non integranti violazioni di altra natura, non si comprende quale tipo di pregiudizio possano arrecare al cliente stesso nel momento in cui vengano “disvelati” nell'ambito di una verifica antiriciclaggio.

Al fine di operare ulteriori riscontri, infatti, la Guardia di Finanza può esaminare gli strumenti informatici utilizzati presso lo studio e in particolare le e-mail e gli altri documenti acquisiti in sede di accesso. Tali dati possono essere utilizzati a fini fiscali, ai sensi dell'art. 36, comma 6, del d.lgs. n. 231/2007, suscitando anche in questo caso la “preoccupazione” dei Dottori commercialisti (v. *supra*).

Sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite, la Guardia di Finanza verifica il rispetto dell'adeguata verifica della clientela e, in caso affermativo, se siano state correttamente applicate le modalità ordinarie, semplificate o rafforzate previste dalla legge.

In caso di adeguata verifica *ordinaria*, il professionista deve accertarsi di aver predisposto le relative misure secondo le modalità imposte dall'art. 19 del d.lgs. n. 231/2007. Con riferimento alla tempistica, la Guardia di Finanza sottolinea come il cliente e il titolare

---

<sup>205</sup> Per “persone politicamente esposte” si intendono le persone fisiche cittadine di altri Stati comunitari o di Stati extracomunitari che occupano o hanno occupato importanti cariche pubbliche, i loro familiari diretti o coloro con cui intrattengono notoriamente stretti legami, individuate sulla base dei criteri di cui all'allegato tecnico del d.lgs. n. 231/2007. Ponendo rimedio all'evidente carenza dell'attuale disciplina antiriciclaggio, la proposta di quarta direttiva antiriciclaggio formulata dalla Commissione Europea estende le disposizioni in materia di persone politicamente esposte anche ai cittadini residenti in ciascuno degli Stati attuatori: in altre parole, oltre alle persone fisiche cittadine di altri Stati comunitari o di Stati extracomunitari, potranno essere ritenute “politicamente esposte” anche quelle nazionali; in argomento, v. anche IRDCEC, *Antiriciclaggio*, cit., p. 10 s.

<sup>206</sup> In tema v., altresì, IRDCEC, *Antiriciclaggio*, cit., p. 7 s.

<sup>207</sup> Cfr. documento IRDCEC, citato nelle note precedenti (spec. p. 7).



effettivo debbano essere identificati prima del conferimento dell'incarico professionale o dell'esecuzione della prestazione, mentre per la clientela già acquisita l'adeguata verifica si applica al primo contatto utile, fatta salva la valutazione del rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo che va operata in ogni momento <sup>208</sup>.

Di evidente rilievo ai fini del corretto adempimento, risulta essere quanto specificato dal Ministero dell'Economia e delle finanze <sup>209</sup> circa la necessità, per i soggetti obbligati, di stabilire tempi e modalità di acquisizione di dati aggiornati della clientela sulla base di un'autonoma valutazione del rischio da realizzarsi comunque nei casi di revisione del rapporto professionale (ad esempio, scadenza della documentazione identificativa precedentemente esibita, rinnovo del fido, rinegoziazione delle condizioni contrattuali, modifica del profilo di rischio del cliente per la prestazione di servizi di investimento e così via) in occasione del primo contatto utile con i clienti. Il Ministero ha precisato, altresì, che l'acquisizione dei dati aggiornati ai fini degli obblighi di adeguata verifica deve avvenire in tutti i casi in cui vi sia sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, ovvero se vi siano dubbi sulla veridicità dei dati precedentemente acquisiti <sup>210</sup>.

Inoltre, nella fase di identificazione della clientela è opportuno (in via cautelativa per il soggetto obbligato) conservare in fotocopia i documenti utilizzati. In caso di opposizione da parte del cliente a che il professionista tratti copia del documento di riconoscimento, occorre valutare se tale atteggiamento possa costituire elemento significativo per attivare la procedura di segnalazione di operazione sospetta. Il professionista può, comunque, procedere all'identificazione del cliente, non essendo obbligatoria per legge l'acquisizione di copia del documento. Tuttavia, bisogna considerare che, nel caso di ispezioni, le autorità competenti richiedono sistematicamente copia della documentazione utilizzata in sede di identificazione.

2.1. Va identificato, come si accennava, anche il c.d. *titolare effettivo*. Tale è la persona fisica per conto della quale è realizzata un'operazione o un'attività, ovvero, nel caso di entità

<sup>208</sup> Il che comporta, in caso di rischio elevato, la "immediata attualizzazione della verifica ordinaria del cliente, cfr. *Circolare GdF n. 83607*, cit.

<sup>209</sup> Il riferimento è alla nota di chiarimenti del Ministero dell'economia e delle finanze, n. 28108 del 6 aprile 2009, indirizzata alla Confederazione Nazionale dell'artigianato e della piccola e media impresa; v. anche IRDCEC, *Antiriciclaggio*, cit., p. 8.

<sup>210</sup> V. art 15, comma 1, lett. c) e d); art. 16, comma 1, lett. d) ed e); art. 17, comma 1, lett. c) e d) del d.lgs. n. 231/2007.

giuridica, la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano tale entità, ovvero ne risultano beneficiari.

L'identificazione del titolare effettivo deve avvenire contestualmente a quella del cliente e – in caso di persone giuridiche, *trust* e soggetti giuridici analoghi (come le società fiduciarie) – il professionista deve adottare misure adeguate e parametrare alla situazione di rischio per comprendere la struttura di proprietà e di controllo del cliente stesso.

Ai fini dell'individuazione del titolare effettivo, il professionista può ricorrere ai pubblici registri, agli elenchi o ai documenti conoscibili da chiunque, nonché alle informazioni fornite dal cliente (*ex art. 21 del d.lgs. 231/2007*).

La norma fa riferimento ad una generica necessità di “ottenere in altro modo” le informazioni relative al titolare effettivo, senza però delimitare il perimetro delle attività che il professionista in concreto dovrebbe svolgere. Ne consegue che, non essendo individuato l'ambito di azione di quest'ultimo per reperire informazioni, da un lato, non è possibile trarre alcuna conclusione in merito al limite posto a tale attività di accertamento, dall'altro restano incerti i confini di un'eventuale responsabilità di tipo omissivo <sup>211</sup>.

L'identificazione del titolare effettivo deve avvenire mediante un documento d'identità non scaduto al momento in cui l'obbligo è assolto; se il cliente è una società o un ente, ai fini del controllo rileva altresì la circostanza che il professionista abbia verificato anche l'effettiva esistenza del potere di rappresentanza, nonché l'identità dei rappresentanti delegati alla firma per l'operazione da svolgere <sup>212</sup>.

3. Rappresenta parte integrante dell'adeguata verifica della clientela anche l'acquisizione delle informazioni sullo scopo e la natura dell'operazione o della prestazione professionale.

Normalmente dette informazioni dovrebbero essere raccolte sotto forma di dichiarazione rilasciata dal cliente, *ex art. 21 del d.lgs. n. 231/2007*, e conservate all'interno del fascicolo ad esso dedicato.

Nella pratica, la natura è insita nel tipo di rapporto che si va ad instaurare (apertura di conto corrente, deposito titoli, prestazione professionale di varia natura, e così via), mentre

---

<sup>211</sup> Sul punto, ritengono necessario interpretare in modo restrittivo tutte le disposizioni che sembrano attribuire al professionista un ruolo di tipo investigativo, A. DE VIVO, M. GALLUCCI, *Antiriciclaggio. nuova disciplina e problematiche applicative per i dottori commercialisti*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 46; nel senso di interpretare come attività di tipo investigativo tali compiti del professionista anche IRDCEC, *Antiriciclaggio*, cit., p. 9; v., inoltre, in argomento la *Circolare GdF n. 83607*, cit.

<sup>212</sup> Cfr. IRDCEC, *Antiriciclaggio*, cit., p. 9.

per quanto riguarda lo scopo occorre raccogliere dal cliente, all'atto dell'avvio del rapporto stesso, apposita dichiarazione <sup>213</sup>.

Infine, gli adempimenti in materia di adeguata verifica ricomprendono, altresì, una costante attività di controllo nel corso del rapporto continuativo.

È fondamentale, infatti, l'introduzione di idonei strumenti di verifica della clientela, che comportino l'acquisizione, l'esame ed il costante aggiornamento dei dati rilevanti per la definizione del grado di rischio alla stessa associato. È la completezza del quadro conoscitivo a disposizione del professionista che consente, in massima parte, la corretta valutazione degli elementi di anomalia presenti nelle operazioni poste in essere dalla clientela, ai fini della eventuale segnalazione di operazioni sospette <sup>214</sup>.

È stato evidenziato che tra adeguata verifica dei clienti, tracciabilità delle transazioni e segnalazione delle operazioni sospette esiste una stretta correlazione. Molte anomalie, infatti, sono desumibili dalla mancanza di coerenza tra le caratteristiche soggettive del cliente, accertate in sede di adeguata verifica, e i suoi comportamenti finanziari. Se il profilo finanziario del cliente non viene correttamente definito all'inizio del rapporto, monitorato e correttamente tracciato, diverse condotte anomale possono sfuggire ai controlli <sup>215</sup>.

Ai fini in questione, pertanto, è opportuno che il fascicolo del cliente contenga anche la documentazione comprovante lo svolgimento del controllo costante nel corso della prestazione professionale, mediante l'aggiornamento dei documenti e delle informazioni detenute, nonché delle eventuali considerazioni formulate dal professionista <sup>216</sup>.

Pertanto, laddove necessario, occorre aggiornare i dati e la documentazione relativa alla clientela. In genere, il momento opportuno per successive verifiche è quello in cui viene richiesta l'esecuzione di una transazione rilevante o in cui si rileva un cambiamento sostanziale nell'operatività del cliente.

4. Il decreto antiriciclaggio (art. 23) disciplina il c.d. obbligo di astensione dalla prestazione richiesta dal cliente. Qualora il professionista non sia in grado di rispettare gli

---

<sup>213</sup> Cfr. IRDCEC, *Antiriciclaggio*, cit., p. 9.

<sup>214</sup> Cfr. S. MIELI, *Il nuovo approccio*, cit., p. 6.

<sup>215</sup> Così, G. CASTALDI, *Il d.lgs. 231/2007*, cit., p. 10.

<sup>216</sup> Cfr. IRDCEC, *Antiriciclaggio*, cit., p. 9.

obblighi di adeguata verifica, deve astenersi dall'instaurare un rapporto continuativo o dall'eseguire operazioni o prestazioni professionali, ovvero deve porre fine agli stessi ove siano già in essere, valutando nel contempo di inviare una segnalazione di operazione sospetta all'UIF.

Ci sono alcuni casi in cui l'obbligo di astensione è derogabile: quando sussiste un obbligo di legge di ricevere l'atto (come accade per i notai, ad esempio); quando l'operazione per sua natura non può essere rinviata ovvero l'astensione può ostacolare le indagini, casi in cui tali permane l'obbligo di segnalazione alla UIF subito dopo avere eseguito l'operazione; quando il professionista è impegnato nell'esame della posizione giuridica del cliente o nell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza dello stesso cliente in un procedimento giudiziario.

Nelle ipotesi in cui il professionista sia in possesso di disponibilità finanziarie (fondi, strumenti finanziari, ecc.) di spettanza del cliente, deve restituirle mediante bonifico su conto corrente indicato dal cliente stesso e specificando alla banca destinataria il motivo del bonifico (*i.e.* l'impossibilità ad effettuare l'adeguata verifica).

Una particolare ipotesi di astensione è quella disciplinata dai commi 7-*bis*, *ter* e *quater* dell'art. 28 del d.lgs. n. 231/2007<sup>217</sup>. È imposto ai destinatari della normativa antiriciclaggio (ad esclusione di uffici della P.A. e dei soggetti che esercitano attività da gioco) di astenersi dall'instaurare un rapporto continuativo, di eseguire operazioni o prestazioni professionali ovvero di porre fine alle stesse, quando – direttamente o indirettamente – intervengono società fiduciarie, *trust*, società anonime o controllate attraverso azioni al portatore aventi sede nei Paesi elencati in una *black list* (emanata dal Ministro dell'economia) in ragione del rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo ovvero della mancanza di un adeguato scambio di informazioni, anche in materia fiscale<sup>218</sup>.

---

<sup>217</sup> Introdotti dall'art. 36 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122).

<sup>218</sup> Cfr. IRDCEC, *Antiriciclaggio*, cit., p. 9.

**5. L'art. 25 del d.lgs. n. 231/2007<sup>219</sup> prevede modalità semplificate di adeguata verifica della clientela. A tal fine il professionista deve verificare la sussistenza di requisiti oggettivi e soggettivi che legittimano il ricorso alle stesse. In particolare, sulla scorta di riscontri documentali, l'autorità che compie ispezioni verifica se il professionista ha raccolto informazioni sufficienti per stabilire che il cliente potesse beneficiare della semplificazione, ai sensi dell'art. 25, comma 4.**

È necessario che il professionista provveda, in ogni caso, ad espletare gli adempimenti di identificazione del soggetto che conferisce l'incarico e di verifica dell'esistenza in capo a questi dei poteri di rappresentanza dell'ente per conto del quale opera. Ne è conferma l'art. 25, comma 5, del decreto il quale dispone che non è possibile applicare gli obblighi semplificati quando si abbia motivo di ritenere che l'identificazione effettuata non sia attendibile o non consenta di acquisire le informazioni necessarie. La semplificazione, dunque, opera solo con riferimento alle altre attività in cui consta l'adeguata verifica: identificazione dell'eventuale titolare effettivo e verifica della sua identità; richiesta di informazioni sullo scopo e sulla natura prevista della prestazione professionale; controllo costante nel corso del rapporto professionale<sup>220</sup>.

**6. La normativa prevede, altresì, degli obblighi di adeguata verifica rafforzata. In tal caso, il professionista deve porre in essere gli ulteriori adempimenti richiesti dall'art. 28 del d.lgs. n. 231/2007.**

A tale riguardo, in caso di identificazione effettuata senza la presenza fisica del cliente, il professionista deve accertare l'identità di quest'ultimo tramite documenti, dati o informazioni e, comunque, adottare misure supplementari per la verifica o la certificazione degli atti acquisiti.

Ove il cliente appartenga alla categoria delle p.e.p. (v. *infra* § 2), il professionista deve adottare misure adeguate per stabilire l'origine del patrimonio e dei fondi impiegati nell'operazione, svolgendo un controllo continuo nel corso dell'intera durata del rapporto professionale. In caso di rischio più elevato di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo,

---

<sup>219</sup> Per una dettagliata disamina delle condizioni oggettive e soggettive necessarie per l'adempimento degli obblighi secondo le modalità semplificate previste dall'art. 25, v. CNDCEC, *Antiriciclaggio* (d.lgs. 231/2007): *Linee guida per l'adeguata verifica della clientela*, luglio 2011, in [www.commercialisti.it](http://www.commercialisti.it); v. altresì IRDCEC, *Antiriciclaggio*, cit., p. 10.

<sup>220</sup> Cfr. IRDCEC, *Antiriciclaggio*, cit., p. 10.

non essendo previsti specifici ulteriori adempimenti, il professionista è tenuto a predisporre misure aggiuntive rispetto a quelle in cui si sostanzia l'ordinaria verifica della clientela, documentandole adeguatamente.

7. Il professionista può eventualmente avvalersi di un terzo qualificato per assolvere gli obblighi di adeguata verifica della clientela (artt. 29 ss. del decreto). In tale ipotesi, tuttavia, responsabile finale dell'assolvimento dell'obbligo resta il professionista che si avvale del terzo (e non quest'ultimo).

Sono terzi qualificati (ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.lgs. 231/2001): *a*) intermediari di cui all'art. 11, comma 1, nonché le loro succursali insediate in Stati extracomunitari che applicano misure equivalenti a quelle della direttiva 2005/60/CE; *b*) enti creditizi ed enti finanziari di Stati membri dell'Unione europea, così come definiti nell'art. 3, paragrafi 1 e 2, lett *b*), *c*), e *d*), della direttiva; *c*) banche aventi sede legale e amministrativa in Stati extracomunitari che applicano misure equivalenti a quelle della direttiva; *d*) professionisti di cui agli artt. 12, comma 1, e 13, comma 1, lettera *b*), nei confronti di altri professionisti.

Il professionista è tenuto a conservare l'attestazione fornita da uno dei soggetti previsti dall'art. 30, comma 1, dalla quale emerga la corrispondenza tra il soggetto che deve essere identificato e quello titolare del rapporto instaurato presso l'intermediario o il professionista, nonché l'esattezza delle informazioni comunicate a distanza. Il rispetto delle procedure di adeguata verifica della clientela è oggetto di controllo da parte delle autorità competenti, mediante riscontri incrociati presso i "terzi" al fine di appurare, anche sotto il profilo documentale, l'osservanza degli adempimenti antiriciclaggio imposti a tutti i soggetti obbligati <sup>221</sup>.

Opportuna, infine, risulterebbe un'equiparazione (in via interpretativa o *de iure condendo*) dei professionisti "terzi" agli ordini professionali, i quali potrebbero realizzare in tal modo attività di supporto dei singoli professionisti nell'adempimento degli obblighi di identificazione e di adeguata verifica della clientela (ad esempio, predisponendo banche dati dei clienti centralizzate e condivise).

---

<sup>221</sup> Sul punto, v. IRDCEC, *Antiriciclaggio*, cit., p. 11.

**8. Un altro aspetto interessante, messo in evidenza dall'Istituto di ricerca dei Dottori commercialisti, attiene agli adempimenti antiriciclaggio dei professionisti che prestano la propria attività su incarico di uno studio senza esservi associati.**

*Sul punto, non appare condivisibile la conclusione secondo cui gli adempimenti antiriciclaggio devono essere duplicati in tutti quei casi in cui la posizione del professionista che presta la propria attività nello studio associato sia giuridicamente autonoma, in quanto da tale autonomia si faceva discendere<sup>222</sup> la necessità di porre in essere gli obblighi antiriciclaggio a prescindere dalla circostanza che gli stessi fossero già stati assolti dallo studio.*

*Diversamente, nell'ipotesi di studio individuale, il professionista con partita iva sarebbe assimilabile al collaboratore e, quindi, esonerato dall'adempimento degli obblighi antiriciclaggio, a prescindere dal fatto che si sia relazionato al cliente ovvero abbia effettuato prestazione meramente intellettuale. È evidente che una soluzione equilibrata al problema non può prescindere da un'analisi caso per caso, delle prestazioni svolte dal collaboratore all'interno dello studio professionale, fermo restando che, almeno in linea di principio, un'inutile duplicazione degli adempimenti connessi all'adeguata verifica, nonché alla conservazione e alla registrazione dei dati, non sembra in alcun modo rafforzare l'efficacia preventiva delle procedure di legge.*

Ad ogni modo, attesa la delicatezza della materia e l'eterogeneità delle posizioni interpretative, peraltro anche in vigenza della precedente normativa antiriciclaggio, è evidente la necessità di un ulteriore chiarimento ufficiale da parte degli organi preposti alla corretta attuazione della normativa<sup>223</sup>.

9. Venendo ora ad alcuni recenti interventi normativi (secondari) in materia di obblighi di adeguata verifica, con la *Comunicazione* del 2 dicembre 2013, l'UIF ha emanato lo schema rappresentativo di comportamenti anomali ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. b) del d.lgs. 231/2007 in materia di operatività connessa con l'utilizzo di *trust*.

A livello internazionale, il GAFI (Gruppo di azione finanziaria internazionale) ha già evidenziato i possibili utilizzi abusivi del *trust* per finalità di riciclaggio<sup>224</sup>. In tal senso, le Raccomandazioni, approvate nel febbraio 2012, rafforzano gli standard in materia di trasparenza dei *trust* e di altri schemi operativi analoghi, specie con riferimento a obblighi di acquisizione e conservazione di informazioni complete e aggiornate sulla titolarità effettiva degli stessi<sup>225</sup>.

<sup>222</sup> Così il soppresso Ufficio Italiano dei Cambi (UIC) nei suoi orientamenti interpretativi, espressi ancora nella vigenza del d.lgs. n. 56/2004, v. i riferimenti riportati in IRDCEC, *Antiriciclaggio*, cit., p. 12 ss.

<sup>223</sup> Cfr. IRDCEC, *Antiriciclaggio*, cit., p. 13.

<sup>224</sup> Cfr. FATF-GAFI, *Risk-Based Approach Guidance for Trust and Company Services Providers* (TCPS), 17 giugno 2008; *Money Laundering Using Trust and Company Services Providers*, ottobre 2010.

<sup>225</sup> Cfr. *Raccomandazione 25 e relativa Nota Interpretativa*.

A fronte di tali potenziali criticità, l'UIF ha ritenuto opportuno, con questa *Comunicazione*, richiamare i destinatari degli obblighi antiriciclaggio che a vario titolo entrano in rapporto con il *trust* (sia in fase d'istituzione, sia in quella di esecuzione) a prestare particolare attenzione alle caratteristiche e alle finalità del medesimo.

10. Sempre in tema di adeguata verifica, ma in collegamento con il problema dell'evasione fiscale, nel suo *Rapporto* 2013 <sup>226</sup>, l'UIF afferma che risulterebbe un mancato introito di entrate fiscali per un importo di circa 130 miliardi di euro l'anno di imponibile. Ovviamente lo scopo perseguito dall'UIF non è di contrastare l'evasione fiscale (almeno non direttamente), quanto di studiare e svelare i comportamenti dell'evasore tipo in considerazione del fatto che dal 2012 anche il GAFI ha inserito l'evasione fiscale tra i "reati presupposto" del riciclaggio.

In sostanza, nel rapporto l'UIF evidenzia come l'analisi dell'evasore-medio effettuata per il tramite delle segnalazioni provenienti dal sistema bancario sia particolarmente completa e attendibile.

Fra le principali operazioni anomale rilevate, l'UIF ne segnala diverse. In primo luogo, l'utilizzo strumentale di conti correnti personali per veicolare movimentazioni riferibili invece all'azienda: in sostanza, dirottare parte del "fatturabile" sui conti di familiari e parenti. Non meno frequente è lo spostamento di denaro fra persone fisiche e giuridiche collegate (socio-società; proprietario-azienda, ecc.), e a maggior ragione il flusso ingiustificato di contanti sui conti aziendali è, secondo l'UIF, un indicatore tipico di operazioni in "nero".

Più evoluto, e spesso più efficace, è il ricorso all'interposizione fittizia di prestanome per celare i titolari effettivi dei fondi movimentati, mentre è diventato un classico (per la sua diffusione) la falsa fatturazione per prestazioni mai eseguite.

Un aspetto di particolare rilievo attiene alle carte di pagamento elettroniche, utilizzate soprattutto per aggirare il limite all'uso del contante (emesse con un tetto di 999,99 euro). L'antiriciclaggio grazie alle segnalazioni delle banche ha "scoperto" che esistono prestanome

---

<sup>226</sup> Consultabile al link [www.bancaditalia.it/homepage/notizie/uij/Rapporto\\_UIF\\_anno\\_2012.pdf](http://www.bancaditalia.it/homepage/notizie/uij/Rapporto_UIF_anno_2012.pdf), part. p. 37 ss.



“professionali” intestatari di centinaia di carte prepagate, ovviamente si tratta di soggetti del tutto ignoti al fisco<sup>227</sup>.

In sostanza, l'UIF mette in risalto come l'attività di verifica della clientela posta in essere dal sistema bancario in attuazione delle norme antiriciclaggio, sia particolarmente accurata al punto da poter essere considerata come una sorta di “modello” ideale da applicare anche alle altre categorie di soggetti coinvolti nella prevenzione del riciclaggio, in primo luogo i professionisti. Del resto pare che tale sia l'orientamento che emerge dai lavori e dal dibattito relativi al progetto di quarta direttiva europea.

Si delineano, in definitiva, i tratti di una sorta di “rete regolamentare” diretta alla prevenzione di reati finanziari: le norme su riciclaggio, evasione fiscale, usura e altri reati di matrice finanziaria, trovano sempre maggiori punti di convergenza e di interazione teorica ed applicativa, però caricando al contempo di sempre maggiori adempimenti i soggetti destinatari che sono inevitabilmente destinati ad “organizzarsi” per farvi fronte ed evitare così eventuali problemi “sistemici” di *compliance*.

11. È evidente come la normativa antiriciclaggio si sia spesso rivelata complessa e gravosa per i soggetti obbligati, ma tende a diventarlo in misura ancor maggiore laddove venga disattesa o non correttamente applicata, con le conseguenze, in termini anche sanzionatori, che ne derivano. Difatti, regole e prassi poco attente agli adempimenti antiriciclaggio indeboliscono la capacità di resistere all'infiltrazione dei flussi finanziari illeciti nell'economia legale.

Occorre, dunque, un cambio di mentalità, un mutamento che si potrebbe definire *culturale* nel ruolo del professionista, ma anche nel loro approccio al cliente. I professionisti devono comprendere che oramai gli adempimenti antiriciclaggio non sono più eludibili e che la loro incisività è in crescita, con il conseguente aumento dei controlli (e delle corrispondenti sanzioni). Anche l'accentuato individualismo di taluni professionisti (tipico soprattutto di alcune realtà geografiche) non è di ausilio a tali fini, mentre potrebbero senz'altro essere di supporto forme di maggiore aggregazione e coordinamento tra gli studi professionali (anche solo al fine di adempiere agli obblighi antiriciclaggio).

---

<sup>227</sup> Sul punto v. A. GALIMBERTI, *In ogni caso, la radiografia dell'evasore-medio che esce dalle segnalazioni fatte dalle banche è davvero completa*, in *Il Sole 24 Ore.com*, 16 novembre 2003.

È importante, per altro verso, far comprendere al cliente che è fisiologico per il professionista – quand’anche egli sia già noto – acquisire informazioni, profilare il soggetto, monitorare nel tempo l’operatività e quant’altro sia previsto dalle norme antiriciclaggio. Tali adempimenti, in sostanza, non devono essere vissuti dai clienti come un segnale di diffidenza o discredito da parte del professionista. Essi, all’opposto sono necessari e obbligatori e, in ultima istanza, forniscono altresì un rilevante contributo ad un più corretto funzionamento dell’intero sistema dell’economia legale nell’interesse di tutte le sue componenti.

**Problematiche in tema di insinuazione dell'Amministrazione finanziaria nel passivo fallimentare alla luce della riforma dei cc.dd. accertamenti esecutivi.**

*di Gabriella Fiorentino \**

ABSTRACT

*This work analyzes the principles expressed in the sentence n. 4126/13 of the Corte di Cassazione - S.U. , related to some problematic aspects concerning the bankruptcy claim of the unfulfilled tax in the list of liabilities of the bankruptcy proceedings. The investigation developed through several cues offered from the jurisprudence of legitimacy, merit and from the doctrine, concerns, on one side, the subsistence of an independent legitimacy of the Tax Authority to propose its credits claim in the list of liabilities of the bankruptcy proceedings and, from the other side, the necessity of specific actions to the admission. To such purpose, this work looks into the main aspects of the reform of the so-called executives assessments, - with specific reference to the competence of the Customs Office – that, in order to accelerate the collection of taxes, it eliminates the phases of the tax rolls formation and the tax statements.*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le recenti novità legislative che hanno determinato un'accelerazione « della riscossione nell'accertamento », con particolare riferimento all'attività di competenza dell'Agenzia delle Dogane – 3. Brevi cenni sull'evoluzione della normativa tributaria in tema di riscossione – 4. La sussistenza di un'autonoma legittimazione dell'Amministrazione Finanziaria in sede di insinuazione nel passivo fallimentare: l'orientamento delle SS.UU. del marzo 2012 – 5. Segue: esame dell'orientamento della giurisprudenza sulla necessità di specifici atti procedimentali ai fini dell'insinuazione fallimentare dell'Amministrazione Finanziaria – 6. Conclusioni

1. Introduzione.

Obiettivo della presente indagine è l'esame delle questioni concernenti l'insinuazione nel passivo fallimentare dei crediti dell'Amministrazione Finanziaria, con particolare riferimento all'attività dell'Agenzia delle Dogane. Tale indagine, peraltro, prende le mosse dai principi espressi dalla recente sentenza della Corte di Cassazione S.U. del 15-03-2012 n. 4126.

Prima ancora di entrare nel merito degli assunti espressi in tale sentenza, va detto però che tale pronuncia si radicava nel contesto della riscossione coattiva tributaria antecedente

all'avvento della c.d. riscossione nell'accertamento, attualmente estesa anche all'attività dell'Agenzia delle Dogane.

Dal 27 marzo 2013 è concretamente operativa la previsione legislativa di cui all'art. 9, commi 3-bis/3-sexies, d.l. n. 16/2012 (convertito, con modificazioni, dalla l. 26 aprile 2012 n. 44) in tema di concentrazione della riscossione nelle attività di accertamento di competenza dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli<sup>228</sup>.

Per tale ragione si reputa utile dedicare un breve cenno alla nuova disciplina sulla riscossione coattiva tributaria e doganale, per poi valutare anche in tale ottica i principi espressi dalla Suprema Corte nella sentenza in esame.

2. Le recenti novità legislative che hanno determinato un'accelerazione « della riscossione nell'accertamento », con particolare riferimento all'attività di competenza dell'Agenzia delle Dogane.

La novella legislativa si adegua alla generale tendenza, espressa dalla disposizione programmatica di cui alla lettera h) dell'art. 29 del d.l. n. 78/2010, a contrastare i fenomeni di evasione fiscale anche attraverso il progressivo snellimento delle procedure e della tempistica necessaria alla riscossione delle somme oggetto di atti di recupero fiscale. A tali fini, il legislatore del 2012 introduce, rispetto alla disciplina generale di cui al dpr n. 602/73 sulla riscossione coattiva del credito tributario insoddisfatto per il tramite della procedura dell'iscrizione nei ruoli e della successiva notifica della cartella di pagamento, una specifica disciplina relativamente ad alcuni ambiti, assai significativi, dell'attività di recupero tributario di competenza degli uffici doganali. In particolare, l'art. 9, comma 3-bis, ha esteso agli avvisi di accertamento emessi dagli uffici doganali per il recupero delle risorse proprie dell'Unione

---

\* Funzionario dell'Agenzia delle Dogane-Ufficio di Gaeta

<sup>228</sup> In merito all'entrata in vigore della nuova disciplina degli accertamenti esecutivi, il termine del 28.01.2013, inizialmente fissato nel punto 5 del provvedimento prot. 3204 RU del 21/01/2013 del Direttore dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli di concerto con il Ragioniere Generale dello Stato – emanato in attuazione dell'art. 9 citato-, è stato, con successiva nota prot. 12035 RU del 01.02.2013, rinviato al 28.03.2013, allo scopo di rendere la nuova disciplina coerente alla norma dettata dall'art. 3, comma 2, l. n. 212/2000 a tutela dei contribuenti. Sulle novità introdotte dal d.l. n. 16/2012 in ambito doganale si vedano anche, tra le altre, le note prot. 23725 RU del 06.03.2013 Direzione Centrale Gestione Tributi e Rapporto con gli Utenti, prot. 41383 del 30.03.2012 Direzione Centrale Gestione Tributi e Rapporto con gli Utenti, nota 16915 RU 18.05.2012 Direzione Interregionale per il Lazio e L'Abruzzo, prot. 8508 RU 08.03.2012 Direzione Interregionale per il Lazio e L'Abruzzo, prot. 32223 ru del 04.04.2012 della Direzione Centrale Accertamenti e Controlli; Sul punto: A. FRUSCIONE, *Accertamento esecutivo in Dogana dal 28 marzo*, in *Norme e Tributi del Sole 24ore*, 05.02.2013, 24.

Europea e della connessa iva all'importazione<sup>229</sup>, la nuova modalità di concentrazione della riscossione nell'accertamento fiscale introdotta dall'art. 29 del d.l. n. 78/2010<sup>230</sup> con riguardo alle attività di recupero di competenza dell'Agenzia delle Entrate in ambito Irap, Iva, Imposte sui redditi e, connessi provvedimenti di irrogazione delle sanzioni (nonché gli atti successivi di rideterminazione delle somme dovute).

In ambito doganale, peraltro, vi è stata una spinta acceleratoria ulteriore, giustificata dalla necessità di rispondere alle censure mosse dall'Unione Europea all'Italia in ordine alla intempestiva procedura nazionale di recupero dei dazi doganali (risorse proprie della Comunità, ora Unione Europea) attraverso le procedure di riscossione coattiva.

Inoltre, mentre gli atti di accertamento doganale di cui al comma 3-bis, art. 9, del d.l. n. 16/2012 diventano esecutivi dopo 10 giorni dalla notifica al contribuente<sup>231</sup>, l'art. 29, lett. a) d.l. n. 78/2010, per gli atti di accertamento in ambito Irap, Iva, Imposte sui redditi prevede allo stesso fine il decorrere del « termine di proposizione del ricorso » (60 giorni).

Per assumere il valore di titolo esecutivo, gli atti di accertamento doganale devono contenere, oltre l'intimazione ad adempiere nel termine di 10 giorni dal ricevimento degli stessi, anche l'espreso avvertimento che, in assenza di spontaneo e tempestivo adempimento, si procederà ad affidare il « carico » agli agenti della riscossione, secondo le modalità dettate dal provvedimento prot. 3204 RU del 21/01/2013, emanato dal Direttore dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli di concerto con il Ragioniere Generale dello Stato<sup>232</sup>. Differentemente, la lettera b) dell'art. 29 d.l. n. 78/2010 prevede il decorso di ulteriori trenta giorni dal termine ultimo per il pagamento prima dell'affidamento del carico agli agenti della riscossione ed un periodo di sospensione « legale » dell'esecuzione forzata di

<sup>229</sup> Nelle istruzioni operative diramate con nota prot. 23725 RU del 06.03.2013 Direzione Centrale Gestione Tributi e Rapporto con gli Utenti, ci si riferisce, agli atti di accertamento suppletivo e di rettifica aventi ad oggetto risorse proprie tradizionali e iva all'importazione (anche se calcolata sul valore di merci con dazio pari a zero per tariffa).

<sup>230</sup> Circ. – MEF n. 4/E del 15/02/2011, p. 11,- reca i primi chiarimenti sul riverbero delle novità fiscali sull'attività dell'Agenzia delle Entrate; Circ. MEF n. 21/E del 18/05/2011, p. 3.5.

<sup>231</sup> Tale termine si ricollega alla previsione contenuta nell'art. 222, par. 1 lettera a) del Regolamento (CEE) n. 2913/92 del Consiglio Europeo del 12.10.1992 a tenore della quale di regola i dazi devono essere pagati dal debitore entro 10 giorni dalla comunicazione di cui al precedente art. 221.

<sup>232</sup> A tal riguardo, nella nota prot. 23725 RU del 06.03.2013 Direzione Centrale Gestione Tributi e Rapporto con gli Utenti si precisa che gli uffici, dopo aver acquisito la prova della regolare notifica dell'accertamento, attendono lo spirare del termine di dieci giorni previsto per l'adempimento spontaneo, e l'ulteriore decorso di giorni 15 per verificare l'eventuale pagamento del contribuente, prima di trasmettere in via telematica il flusso di carico all'agente della riscossione.

180 giorni dall'affidamento del carico agli stessi agenti, fatto salvo il caso di fondato pericolo per il buon esito della riscossione (lettera c) che facoltizza l'ente impositore ad affidare il carico per la riscossione delle somme, nel loro intero ammontare, ad Equitalia spa prima del decorso dei 30 giorni dalla scadenza del termine per proporre ricorso (lettere a e b), oltre che a proporre azioni cautelari o conservative a tutela del credito erariale in pendenza del termine di sospensione dell'esecuzione forzata (lettera b).

Il contribuente riceve l'informativa concernente l'assunzione del carico da parte dell'Agente della riscossione, che, senza la preventiva notifica della cartella di pagamento, procederà all'esecuzione forzata con i poteri e le modalità disciplinate per la riscossione a mezzo ruolo (art.9, comma 3-ter, d.l. n. 16/2012; art. 29, lettera e), d.l. n. 78/2010)<sup>233</sup>.

Dall'esame delle citate disposizioni sul potenziamento dell'accertamento in materia doganale emerge il mancato riferimento ai provvedimenti di irrogazione delle sanzioni connesse agli atti di recupero delle imposte doganali, laddove, al contrario, questi ultimi atti sono espressamente inclusi, dalla lettera a) dell'art. 29 d.l. n. 78/2010, nella nuova disciplina degli accertamenti esecutivi<sup>234</sup>.

Inoltre, in entrambi gli ambiti è prevista la possibilità per il contribuente di ottenere la dilazione di pagamento sulle somme affidate in carico all'Agente della riscossione ai sensi dell'art. 19 dpr n. 600/73<sup>235</sup>, ma la normativa sugli accertamenti doganali recata dall'art. 9 in esame non contiene riferimenti all'istituto della sospensione amministrativa (facoltativa) della riscossione in caso di impugnazione dell'atto di accertamento, che, al contrario, è esplicitamente richiamata dalla lettera g) art. 29 citato nel caso di ricorso avverso

<sup>233</sup> In ordine al delicato tema della tutela del contribuente in fase esecutiva, con particolare riferimento al nuovo sistema di concentrazione della riscossione nell'accertamento V. NUCERA, *Tutela del contribuente nella riscossione coattiva*, nota a sentenza Tribunale di Trani, sez. distaccata di Canosa di Puglia, del 25.02.2011, in *Rass. Trib.*, 2012, n.4, 1070-1072. Sul deficit di tutela giurisdizionale a favore del contribuente nella fase esecutiva G. TINELLI, *Statuto dei diritti del contribuente e riscossione coattiva*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2012, n. 1, 3-50., G. MELIS e A. PERSIANI, *Riscossione coattiva e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcune riflessioni*, in *Rass. Trib.* 2011, n. 4, 901-923.

<sup>234</sup> La nota prot. 23725 RU del 06.03.2013 Direzione Centrale Gestione Tributi e Rapporto con gli Utenti si riferisce esplicitamente alle risorse proprie tradizionali, all'iva all'importazione e ai connessi oneri accessori, quali, a titolo esemplificativo, interessi collegati all'obbligazione doganale, spese di notifica dell'atto di accertamento etc.

<sup>235</sup> A tal riguardo, la Direzione Centrale Gestione Tributi e Rapporto con gli Utenti dell'Agenzia delle Dogane, con nota prot. 23725 RU del 06.03.2013, evidenzia che la valutazione in ordine alla richiesta di rateazione del debito avanzata dal contribuente compete all'Ufficio delle dogane fino al momento della trasmissione telematica del flusso di carico ad Equitalia Spa (cd. Annotazione di credito).

l'accertamento esecutivo dell'Agenzia delle Entrate. A tal proposito, con nota prot. 23725 RU del 06.03.2013 l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli -Direzione Centrale Gestione Tributi e Rapporto con gli Utenti- ha precisato che avverso gli « accertamenti esecutivi » è proponibile ricorso in CTP, ai sensi del d. lgs. n. 546/92, con la possibilità, per il contribuente che ritenga di poter subire dall'atto impugnato un danno grave ed irreparabile, di proporre istanza di sospensione in via cautelare dell'atto stesso, ai sensi dell'art. 47, d. lgs. n. 546/1992 (a sua volta rimodulato per effetto del d.l. n. 70/2011). Accanto alla sospensione in via giudiziaria è inoltre esperibile il rimedio amministrativo della sospensione dell'esecuzione dettato dall'art. 244 del Regolamento (CEE) n. 2913/92 entro il termine di 10 giorni dalla notifica dell'accertamento.

Entrambe le novelle legislative in esame innegabilmente stravolgono l'impostazione tradizionale che riconosceva al ruolo e alla successiva notifica della cartella di pagamento una funzione cardine nell'ambito delle modalità di riscossione coattiva delle entrate tributarie statali<sup>236</sup>. Nella scelta del legislatore del 2010 e del 2012, però, tali istituti tradizionali, lungi dall'essere del tutto espunti dal sistema nazionale di riscossione, continuano ad operare per le fattispecie tributarie non incluse esplicitamente nelle riforme e, relativamente agli ambiti fiscali novellati, per gli atti di recupero antecedenti all'entrata in vigore delle riforme stesse.

Le nuove impostazioni della fase esecutiva del rapporto tributario espresse dalle recenti riforme legislative e la contemporanea coesistenza di ipotesi che prevedono la necessità di procedere con l'iscrizione a ruolo, rendono opportuno un esame degli istituti tradizionali della riscossione coattiva.

A tal proposito, nel presente contributo si esamina l'importante pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione del 2012, che, nonostante le molteplici perplessità evidenziate da

---

<sup>236</sup> A. GIOVANNINI, *Riscossione in base al ruolo e gli atti d'accertamento*, in *Rass. Trib.*, 2011, n. 1, 23; sui riflessi della disciplina dell'accertamento esecutivo in tema di esecuzione coattiva a carico di un debitore a titolo non principale G. FRANSONI, *L'esecuzione coattiva a carico dei debitori diversi dall'obbligato principale*, in *Rass. Trib.*, 2011, n.4, 844-846; P. COPPOLA, *La concentrazione della riscossione nell'accertamento: una riforma dagli incerti profili di ragionevolezza e coerenza interna*, in *Rass. Trib.*, 2011, n. 6, 1421-1443. G. GAFFURI, *Aspetti critici della motivazione relativa agli atti d'imposizione e l'esecutività degli avvisi di accertamento*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 06, 597, Banca dati on line De Jure, II, 1-11; C. GLENDI, *L'oscuro transito dall'Agenzia delle Entrate ad Equitalia nella riscossione degli atti impositivi in Corriere Tributario*, 2012, 14, p. 1011; A. CARINCI, *Comunicazione al contribuente della presa a carico delle somme da riscuotere con atto impositivo in Corriere Tributario*, 2012, 13, p. 967.

autorevole dottrina<sup>237</sup>, nel riconoscere esplicitamente ad atti diversi ed antecedenti rispetto al ruolo d'imposta l' idoneità a fungere da titolo per l'insinuazione del credito tributario nel passivo fallimentare, appare in linea con la generale tendenza legislativa alla semplificazione e velocizzazione della fase esecutiva del rapporto tributario<sup>238</sup>.

In particolare, si esaminano alcuni aspetti problematici concernenti il delicato tema della riscossione coattiva in ambito fallimentare dei crediti fiscali dell'Amministrazione Finanziaria. In quest'ottica la sentenza della Cassazione Civile a Sezioni Unite n. 4126 del 15-03-2012, riveste particolare interesse in quanto esprime due principi di diritto che contribuiscono a chiarire alcuni dubbi interpretativi sorti, in materia di recupero dei crediti erariali in sede fallimentare, per effetto di precedenti posizioni giurisprudenziali assunte dal giudice di legittimità (e dalle corti di merito) in tutto o in parte divergenti tra di loro. In tal modo, l'analisi della sentenza del marzo 2012 costituisce anche occasione per ripercorrere l'evoluzione normativa delle disposizioni più significative in tema di riscossione del credito fiscale, fungendo, per altro verso, da linea guida per la disamina, sia pure incidentale, di altri aspetti problematici inerenti all'argomento in trattazione, evidenziati in differenti pronunce giurisprudenziali.

Tanto considerato, la questione esaminata nella sentenza in commento concerne, in via principale, l'ammissibilità di azioni esecutive poste in essere dall'Amministrazione Finanziaria in via autonoma, cioè senza l'intervento del concessionario della riscossione, relativamente a crediti tributari vantati nei confronti di un soggetto fallito.

Il secondo profilo in esame verte sulla necessità, per l'Amministrazione finanziaria creditrice che deposita presso la cancelleria del competente tribunale istanza di ammissione

---

<sup>237</sup> Per tutti L. DEL FEDERICO, *Innovazioni giurisprudenziali sui crediti tributari nel fallimento*, nota a s. Cass. Civ. Sez. Unite n. 4126/2012, in *Fallimento*, 2013, 1, 45, Banca dati on line Sistema Leggi d'Italia.

<sup>238</sup> G. GAFFURI, *Aspetti critici della motivazione relativa agli atti d'imposizione e l'esecutività degli avvisi di accertamento*, cit., II, 11 b: secondo l'autore « Il ruolo manca nella disciplina esattiva di nuovo conio, e ad esso supplisce l'avviso di accertamento esecutivo, con intimazione a pagare. Questo dunque è l'atto che abilita l'agente a chiedere l'ammissione alla procedura; occorre peraltro che il credito, derivante dall'accertamento, sia passato in carico all'agente affinché questo ne possa disporre, al fine di riscuoterlo, nelle forme compatibili con il contesto determinato dall'insolvenza conclamata del debitore».



al passivo fallimentare, dell'allegazione del ruolo preventivamente formato e della collegata cartella di pagamento notificata.

### 3. Brevi cenni sull'evoluzione della normativa tributaria in tema di riscossione.

Le questioni interpretative analizzate dai giudici della Suprema Corte si fondano principalmente sulle previsioni contenute nel dpr n. 602 del 1973, che, pur essendo specificamente riferibile alla riscossione delle imposte sul reddito, costituisce la normativa di riferimento per la materia della riscossione tributaria in via generale<sup>239</sup>. Come è noto, al fine di ottimizzare le modalità di realizzazione dell'interesse pubblico al prelievo fiscale, il legislatore tributario ha optato per l'individuazione di modalità tipiche di riscossione delle imposte dirette, riferendosi, nell'art. 1 del dpr citato, alla ritenuta diretta, ai versamenti diretti del contribuente e all'iscrizione nei ruoli. Tali atti, che si distinguono in ordinari e straordinari (art 11), sono elenchi di contribuenti titolari di situazioni debitorie nei confronti del fisco in relazione ad importi determinati a titolo di imposte, sanzioni ed interessi, formati dagli apparati operativi dell'Amministrazione Finanziaria al fine di attivare le procedure di riscossione a mezzo dei concessionari a ciò deputati (art. 10 e ss. ). La riscossione mediante ruolo si definisce coattiva quando l'iscrizione negli elenchi segue ad un mancato adempimento spontaneo di debiti fiscali e/o sanzioni da parte del contribuente debitore. A tal riguardo, il d. lgs. n. 46/1999, recante disposizioni sul riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo, a norma dell'articolo 1 della legge 28 settembre 1998, n.337, prevede, nell'art. 17, che «si effettua mediante ruolo la riscossione coattiva delle entrate dello Stato, anche diverse dalle imposte sui redditi, e di quelle degli altri enti pubblici, anche previdenziali, esclusi quelli economici ». Le disposizioni recate dal dpr n. 602 del 1973 attribuiscono al concessionario il compito di espletare, in qualità di mandatario dell'amministrazione creditrice<sup>240</sup>, le attività esecutive volte alla riscossione coattiva delle somme iscritte nei ruoli e non pagate spontaneamente (art. 45), prevedendo la possibilità di

<sup>239</sup> In questo senso, si veda ord. Cass. Civ n. 23001 del 2004, in banca dati on line De Jure. Tale assunto è pacifico anche nella prassi amministrativa; a titolo esemplificativo, la Circ. MEF del 29/07/2008 n. 22, relativa all'ambito applicativo dell'art. 48-bis dpr 602/73, riconosce che, nonostante il titolo, le disposizioni del suddetto decreto sono «divenute progressivamente lo strumento generale per eseguire la riscossione coattiva dei crediti, anche non tributari, vantati dallo Stato e da molti Enti pubblici », come confermato dall'art. 17 del d. lgs. 1999 n. 46.

<sup>240</sup> In questo senso si esprime Cass a Sez. Unite, sent. n. 4126 del 2012.

avvalersi del ruolo, quale titolo esecutivo (art. 12, c. 4) per procedere ad espropriazione forzata ai danni del contribuente inadempiente (art. 49). Si tenga presente che nella formulazione vigente fino al gennaio 1974 l'articolo 45 del dpr n. 602 del 1973, intitolato « espropriazione forzata », oltre ad individuare nel ruolo il fondamento per procedere all'esecuzione forzata sui beni del contribuente debitore al fine di soddisfare imposte non assolute regolarmente, lo qualificava come titolo per ottenere l'insinuazione del credito tributario nel passivo delle procedure di cui al r.d. n. 267/1942, con la possibilità di ammissione con riserva nel caso di contestazioni riguardanti i tributi iscritti (secondo comma)<sup>241</sup>. L'art. 51 del citato dpr, nella versione antecedente il primo luglio 1999, riconosceva all'esattore la facoltà di procedere ugualmente nella sua azione esecutiva anche in caso di sopravvenuta dichiarazione di fallimento del debitore, salvo il caso di sospensione della stessa disposta dall'intendente di finanza; a seguito delle modifiche legislative intervenute ad opera dell'art. 16 del d. lgs. 26.02.1999 n. 46, l'attuale formulazione dell'articolo, invece, disciplina i rapporti tra il procedimento esecutivo del concessionario e gli altri procedimenti esecutivi già iniziati, prevedendo a favore dell'Agente della riscossione la possibilità di chiedere di essere surrogato al creditore procedente. Completa il quadro normativo delle modalità operative della riscossione coattiva la previsione di cui all'art. 87 dpr n. 602/73, nella parte in cui riconosce all'Agente della riscossione la legittimazione ad azionare il credito proponendo ricorso in giudizio per la dichiarazione di fallimento del debitore ex art. 6 r.d. n. 267 del 16 marzo 1942 (comma 1), nonché a richiedere l'ammissione del credito erariale al passivo dell'intervenuta procedura fallimentare, sempre sulla base del ruolo (comma 2). Si tenga presente che, attualmente, l'istituto dell'ammissione del credito contestato con riserva trova la sua compiuta disciplina nell'art. 88 del dpr n. 602/73 che, nel riformulare quanto già previsto nel comma 2 dell'art. 45 prima della modifica operata dal d. lgs. n. 46 del 1999, prevede che nell'ambito delle procedure fallimentari la riserva venga

---

<sup>241</sup> L'art. 45 dpr n. 602 del 1973, nella formulazione vigente fino al luglio del 1999, riconosce al ruolo ed alla cartella che ne costituisce l'estratto, l'idoneità a fungere la titolo per giustificare l'insinuazione nel passivo fallimentare; la sua *ratio* è finalizzata a « regolare i rapporti tra il contenzioso tributario e procedura fallimentare » volta alla formazione dello stato passivo, nel senso di evidenziare l'indipendenza dei due ambiti in ipotesi di credito tributario contestato; in tale ipotesi, la controversia tributaria resta affidata alla competenza del giudice tributario e, nella pendenza di un giudizio di tal genere, il disposto dell'art. 45 dpr n. 602 del 1973 e degli artt. 95 e 55 ultimo comma l. fall. consente di configurare l'istituto dell'ammissione del credito con riserva: in questo senso si esprime Cass. Civ. n. 6032 del 1998 in banca dati on line De Jure .

sciolta su disposizione del giudice delegato avverso la quale è possibile proporre reclamo al tribunale; tra le condizioni legittimanti lo scioglimento della riserva viene individuato il sopraggiungere di una decisione definitiva del giudizio, la sua estinzione, oppure il decorso dei termini per proporre ricorso<sup>242</sup>.

Ad una prima lettura, nell'impianto normativo delineato dal dpr n. 602 del 1973 la fase della riscossione coattiva – governata dal concessionario del servizio di riscossione – presuppone la preventiva iscrizione a ruolo delle somme dovute. Si può osservare che ad analoga conclusione conduce la portata letterale della disposizione prevista dall'art. 33 del d. lgs. 13.04.1999 n. 112 che, nell'ambito del riordino del servizio nazionale di riscossione in attuazione della legge di delega n. 337 del 28.09.1998, disciplina gli adempimenti a carico del concessionario nei casi di fallimento o altre procedure concorsuali riguardanti il debitore, prevedendo che, in tali circostanze, l'ufficio finanziario provveda ad iscrivere a ruolo le somme ed il concessionario si attivi per ottenere l'insinuazione del credito tributario nelle procedure concorsuali in atto.

4. La sussistenza di un'autonoma legittimazione dell'Amministrazione Finanziaria in sede di insinuazione nel passivo fallimentare: l'orientamento delle SS.UU. del marzo 2012.

Dopo aver delineato brevemente la disciplina della riscossione nella sua evoluzione storica<sup>243</sup>, è utile esaminare la posizione delle SS.UU. della Cassazione in tema di autonoma legittimazione dell'Amministrazione Finanziaria ad agire in sede fallimentare per la realizzazione di una sua posizione creditoria insoddisfatta.

Tale questione, come accennato precedentemente, discende dalla portata letterale delle norme sulla riscossione dei crediti tributari contenuta nel dpr n. 602 del 1973 che, nel riconoscere al concessionario del servizio di riscossione un ruolo cardine nell'ambito delle procedure di riscossione coattiva, potrebbe indurre a ritenere indispensabile, al fine della realizzazione « non spontanea » del credito tributario, la preventiva iscrizione a ruolo delle somme dovute e il conseguente intervento del suddetto concessionario. Non a caso, la sentenza n. 14116/2011 della Cassazione civile che - rimettendo gli atti al Primo Presidente

<sup>242</sup> Sulla funzione di tutela del contribuente rinvenibile nel disposto dell'art. 88 dpr n. 602/73 si veda Cass. Civ. a Sez. Unite n. 4126 del 2012, 8.c).

<sup>243</sup> Sull'evoluzione e i caratteri del sistema di riscossione italiano G. FALSITTA, *Funzione vincolata di riscossione dell'imposta e intransigibilità del tributo*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, 12, 1047, banca dati on line De Jure.

della Corte Suprema di Cassazione per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite- ha dato origine alla pronuncia n. 4126 del 15-03-2012, prospetta una valutazione di pregiudiziale inammissibilità « dell'azione esecutiva nella specie intrapresa senza l'intervento del concessionario cui è per legge affidata ; la rigida tipicità degli atti e delle forme del procedimento di riscossione condurrebbe ad affermarlo, anche d'ufficio in assenza di deduzione di parte circa la questione di legittimazione »<sup>244</sup>.

La Suprema Corte risolve tale interrogativo in senso favorevole, riconoscendo sussistente una diretta ed autonoma legittimazione dell'Amministrazione Finanziaria ad agire in sede fallimentare per la soddisfazione del credito vantato<sup>245</sup>. A parere del giudice di legittimità, infatti, la lettura corretta nelle previsioni normative contenute nell'art. 87 dpr n. 602 del 1973, così come inserite nel contesto normativo generale, non conduce ad escludere tale legittimazione, in quanto alle stesse deve essere riconosciuta una rilevanza « meramente processuale », essendo finalizzate ad estendere le facoltà di cui agli artt. 6 e 93 r.d. n. 267 del 1942 anche all'Agente della riscossione. In tal senso depone la normativa della legislazione fallimentare, che, nel delineare l'iter procedimentale del fallimento, pone tutti i creditori in condizione di parità<sup>246</sup>, non prevedendo nessuna deroga per il caso dei crediti fiscali, i quali, al pari di ogni altro credito in concorso, sono soggetti alle attività di accertamento di cui agli artt. 92 e seguenti della legge fall.. Per tale via, un'interpretazione contraria e restrittiva, in assenza di una disciplina speciale in deroga alle norme della legislazione fallimentare, si risolverebbe in una ingiustificata compromissione del principio della *par condicio creditorum* a danno dell'Amministrazione Finanziaria creditrice, in contrasto con gli artt. 3 e 24 della Carta Costituzionale.

Nel risolvere positivamente la questione, la Cassazione a Sezioni Unite ribadisce un orientamento favorevole alla realizzazione in concreto della *par condicio creditorum* in sede

<sup>244</sup> Sulla verifica di ufficio ex art. 81 cpc in ordine alla sussistenza del requisito della legittimazione in giudizio e sulla possibile formazione del giudicato implicito sulla questione si veda, tra le tante, Cass. n. 11837/2007; Cass. n. 6169/2003; Cass. n. 13695/2001 in banca dati on line De Jure.

<sup>245</sup> Nella prassi amministrativa delle Agenzie fiscali è frequente il caso di domanda di ammissione al passivo fallimentare avanzata direttamente dall'Ufficio, sulla base di atti antecedenti rispetto al ruolo, tutte le volte in cui, essendo la dichiarazione di fallimento del contribuente antecedente all'attribuzione dei « compiti esecutivi » in capo all'Agente della riscossione, non residui tempo sufficiente a garantire la tempestiva insinuazione del credito fiscale, quantomeno ai sensi dell'art. 101 , c. 1, l.f.. Sul punto si veda la nota dell'Agenzia delle Dogane - Direzione Centrale Gestione Tributi e Rapporto con gli Utenti- p. 137059/RU del 30.11.11.

<sup>246</sup> A tal proposito, l'art. 52 l. fall. recita: « il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito ».

fallimentare, già affermatosi in precedenti giurisprudenziali, richiamati dallo stesso Collegio, ai quali si ritiene utile riferirsi, anche per gli ulteriori spunti argomentativi in essi rinvenibili.

Il riferimento è, in primo luogo, alla sentenza della Suprema Corte n. 23338 del 18.11.2010 che, in motivazione, contribuisce significativamente all'enucleazione della *ratio* ispiratrice della norma di cui all'art. 87 dpr n. 602 del 1973, fornendo, in via analogica, chiari argomenti a sostegno della tesi dell'autonoma e diretta legittimazione dell'A.F..

In tale sede, i giudici della Cassazione, soffermandosi sull'impianto normativo vigente in materia di procedura fallimentare e attività di riscossione dei crediti fiscali, non rinvencono alcuna disposizione speciale che giustifichi una disparità di trattamento tra l'Amministrazione Fiscale creditrice di un soggetto inadempiente rispetto agli altri creditori in concorso. In particolare, i giudici ripercorrono l'iter giurisprudenziale e normativo che ha portato, da un lato, all'abrogazione del cosiddetto fallimento fiscale previsto dall'art. 97, comma 3, d.p.r. n. 602 del 1973, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità con sentenza del 1992 e successiva espressa abrogazione ad opera del d. lgs n. 471 del 1997, e, dall'altro, alla successiva innovazione apportata all'art. 87 d.p.r. n. 602 del 1973 ad opera del d.l. n. 138 del 2002, art. 3. La norma include tra i soggetti legittimati a proporre ricorso per la dichiarazione di fallimento anche il concessionario della riscossione in quanto soggetto deputato ad agire per la riscossione coattiva del credito fiscale in luogo dell'agenzia fiscale creditrice. Nel presupposto della perfetta equiparabilità, ai fini della procedura concorsuale, del debito tributario rispetto agli altri debiti, la norma fiscale intende, in tal modo, porre l'A.F. in situazione di parità rispetto a tutti quanti gli altri creditori, legittimandola alla proposizione dell'istanza volta a veder dichiarato fallito il proprio debitore, all'esito della procedura fallimentare nel corso della quale sarà valutata la fondatezza del credito fatto valere e la sussistenza dei presupposti del fallimento. Tale interpretazione sistematica pone il primo comma dell'art. 87 dpr n. 602 del 1973 perfettamente in linea con quanto disposto dall'art. 6 della legge fallimentare nella parte in cui prevede che la dichiarazione di fallimento possa essere promossa dallo stesso debitore, dai suoi creditori o dal pubblico ministero. La norma, riconoscendo all'Agente della riscossione la facoltà di proporre istanza di fallimento, non riveste alcun carattere derogatorio o speciale rispetto alla legge fallimentare, costituendone, al contrario, una conferma di sistema, che si caratterizza per il suo contenuto dispositivo a carattere processuale tendente ad individuare nel concessionario della

riscossione (ora agente) il soggetto deputato ad azionare la pretesa relativa al credito contenuto nel ruolo in sede fallimentare<sup>247</sup>. In tale sede, i giudici di legittimità, nel valutare la conformità ai dettami costituzionali della disposizione contenuta nell'art. 87 dpr n. 602 del 1973, osservano che un'interpretazione tendente a riconoscere in capo all'Amministrazione Finanziaria le medesime potenzialità operative che la legge fallimentare pone a disposizione di un qualunque altro creditore, non lede in alcun modo la posizione difensiva del debitore fiscale, ponendosi perfettamente in linea con il principio sancito dall'art. 24 Cost.<sup>248</sup>. Per altro verso, escludere l'autonoma legittimazione dell'A.F., o dell'Agente della riscossione che la rappresenta, alla proposizione dell'istanza di fallimento sulla base dell'intervenuta abrogazione del c.d. fallimento fiscale risulterebbe lesivo dell'art. 3 della Costituzione, sotto il profilo della disparità di trattamento tra l'Amministrazione finanziaria e gli altri soggetti creditori.

In altra pronuncia, la n. 24963 del 10.12.2010, il Giudice di legittimità valorizza alcuni principi meritevoli di rilievo<sup>249</sup>, esprimendo chiaramente, in ordine alla questione problematica in esame, il principio cardine della *par condicio creditorum*, quale *ratio* ispiratrice della normativa fallimentare, a sostegno della necessità di assoggettare anche i crediti fiscali

---

<sup>247</sup> La dottrina che critica il riconoscimento dell'autonoma legittimazione dell'A.F. alla proposizione della domanda di ammissione al passivo fallimentare, riconosce, invece, negli articoli 87 e 88 dpr n. 602/1973 una portata speciale derogatoria alla normativa fallimentare, ed evidenzia che, contrariamente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza della Cassazione, nessun supporto normativo a favore della suddetta legittimazione può desumersi dalla portata letterale della disposizione di cui all'art. 87 cit; la *ratio* di quest'ultima disposizione, espressione del principio della *par condicio creditorum* in ambito fallimentare, è di contenere e gestire il potere autoritativo dell'A.F. nella predisposizione unilaterale degli atti di accertamento e dei titoli esecutivi; si veda L. DEL FEDERICO, *Innovazioni giurisprudenziali sui crediti tributari nel fallimento*, nota a s. Cass. Civ. Sez. Unite n. 4126/2012, cit. Sulla *ratio* dell'art. 87 A. ROMANO, *Ammissione al passivo dei crediti iscritti a ruolo*, in *Giur. merito* 2011, 3, 705, Banca dati on line De Jure.

<sup>248</sup> A tal proposito, nella sentenza in esame si osserva che affinché il Tribunale pronunci la sentenza dichiarativa di fallimento è necessario che anche il credito fiscale venga sottoposto al vaglio di fondatezza nel corso dell'istruttoria prefallimentare con una decisione avente valenza ai soli fini della procedura (cioè inidonea a diventare cosa giudicata) e che venga riconosciuto lo stato di insolvenza del debitore.

<sup>249</sup> In prima battuta, ribadisce un orientamento consolidato in forza del quale se nelle more del giudizio promosso dal contribuente avverso un avviso di accertamento la sopravvenuta dichiarazione di fallimento del primo non viene dichiarata in udienza o notificata alle altre parti a norma dell'art. 300 cpc (relativo agli eventi interruttivi del processo a seguito di morte o perdita della capacità della parte costituita o del contumace), la conseguente sentenza, se favorevole al fisco, non è opponibile al fallimento, ma fa stato solo tra le parti originarie con la conseguente illegittimità della cartella di pagamento notificata, per l'avviso oggetto del giudizio, al curatore del fallimento. In tali circostanze, l'Amministrazione Finanziaria, rappresentata dal concessionario della riscossione, potrà proporre istanza di ammissione al passivo fallimentare seguendo il comune *iter* procedurale di cui alla legge fallimentare, avvalendosi del solo ruolo e non anche del giudicato (con la possibilità, cioè, in caso di contestazioni sul credito, di ottenere l'ammissione dello stesso con riserva).

allo stesso *iter* procedurale previsto dagli artt. 92 e seguenti della l. fall.. Anche tale pronuncia, quindi, contribuisce ad avvalorare l'orientamento tendente ad escludere che il contesto normativo vigente lasci spazio ad interpretazioni tese a configurare trattamenti differenziati o modalità operative speciali in relazione alla natura del soggetto titolare del credito azionato in ambito fallimentare<sup>250</sup>.

5. Segue: esame dell'orientamento della giurisprudenza sulla la necessità di specifici atti procedurali ai fini dell'insinuazione fallimentare dell'Amministrazione Finanziaria.

Una volta risolta positivamente la problematica della legittimazione diretta della P.A. nell'espletamento delle attività di riscossione coattiva in sede concorsuale dei crediti erariali di natura tributaria, resta da chiarire se, a tal fine, sia o meno necessaria la preventiva formazione del ruolo, e la successiva notifica della cartella di pagamento al curatore fallimentare<sup>251</sup>.

Il giudice di nomofilachia, con la pronuncia a Sezioni Unite del marzo 2012, si orienta nel senso della non indispensabilità del ruolo quale titolo idoneo ad azionare la pretesa creditoria in sede fallimentare ai fini dell'insinuazione nel passivo, aderendo all'impostazione espressa da precedenti sentenze della Cassazione che, con argomentazioni differenti, giungono alla medesima conclusione.

Già con la pronuncia n. 14579 del 16.06.2010 il giudice di legittimità aveva riconosciuto agli avvisi di pagamento iva, emessi dall'Amministrazione Finanziaria sulla base delle risultanze della dichiarazione fiscale, l'idoneità a fungere da titoli per l'ammissione del credito tributario al passivo fallimentare. Tali atti, strutturalmente antecedenti e preparatori rispetto all'iscrizione a ruolo delle somme, hanno lo scopo di evitare la riscossione coattiva a mezzo del concessionario, favorendo l'adempimento spontaneo, ma agevolato e celere, di un debito fiscale sostanzialmente certo. Tale interpretazione è giustificata dalla natura degli atti in

<sup>250</sup> In senso contrario L. DEL FEDERICO, *Innovazioni giurisprudenziali sui crediti tributari nel fallimento*, cit., a sostegno della tesi della legittimazione esclusiva dell'agente della riscossione ai fini della domanda di ammissione del credito tributario al passivo fallimentare, rileva che, nel quadro legale del riparto di competenze amministrative delineato dall'art. 97 Cost., la gestione del rapporto tributario nella fase fallimentare è devoluta, ex art. 87 dpr n. 602/1973, all'agente della riscossione e l'interpretazione « estensiva » prospettata dalla Sezioni Unite, nel riconoscere la concorrente legittimazione agli uffici finanziari, crea inutili e dannose sovrapposizioni di funzioni e competenze.

<sup>251</sup> Per un'analisi delle modalità di realizzazione del credito tributario nella fase dell'ammissione nel passivo fallimentare B. QUATRARO, *I Rapporti tra le procedure concorsuali ed il fisco*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, 523-533.

questione, che, discendendo direttamente dalle risultanze della dichiarazione del contribuente, sono « sufficienti » a provare l'esistenza del credito, il suo ammontare e l'anteriorità rispetto all'intervenuto fallimento del contribuente.

Viceversa, in tale sede, si esclude l'idoneità a fungere da titolo per la riscossione nell'ambito della procedura fallimentare ai fogli di prenotazione di cui all'art. 4 del d.m. 24-02-1983, in quanto atti amministrativi a valenza meramente interna, collegati agli adempimenti del servizio autonomo di cassa, ed in particolare all'obbligo degli uffici iva di emettere un ordine di incasso per le entrate assunte in carico mediante il suddetto atto<sup>252</sup>.

In merito all'invito al pagamento iva di cui all'art.60, c.6, dpr n. 633/72 appare consolidata in giurisprudenza la tendenza a ritenere che tale atto sia idoneo a supportare la domanda di insinuazione del credito tributario al passivo fallimentare. A tal proposito, si osserva che l'istituto dell'invito al pagamento di cui alla disposizione citata, per sua natura prodromico alla formazione del ruolo<sup>253</sup>, in quanto finalizzato proprio ad evitare le procedure di riscossione coattiva favorendo l'adempimento spontaneo del debitore, nella sua originaria configurazione (antecedente all'introduzione dell'art. 13, c. 1 del d. lgs. n. 471/1997<sup>254</sup>), era finalizzata anche a consentire all'inadempiente di usufruire del beneficio

<sup>252</sup> La mancanza di un'efficacia diretta nei rapporti tra fisco e contribuente porta i giudici della Cassazione ad escludere, in tale circostanza, i fogli di prenotazione dal novero degli atti idonei a giustificare la domanda di ammissione al passivo fallimentare; si veda anche il caso esaminato da Cass. Civ. - sez. I – 16 gennaio 1999 n. 399 in banca dati on line De Jure.

<sup>253</sup> Di contrario avviso Cass. n. 26440 del 2010 - in banca dati on line De Jure - che individua nella possibilità riconosciuta al contribuente di attenuare le conseguenze sanzionatorie dell'omissione di versamento l'unica funzione dell'invito al pagamento di cui al sesto comma dell'art. 60 in commento, implicitamente abrogato per effetto del combinato disposto degli artt. 13 del d. lgs. n. 471/1997 e dell'art. 17 del d. lgs. n. 472/1997. Si disconosce, per tale via, la sua natura di atto prodromico e necessario ai fini dell'iscrizione a ruolo; con sentenza n. 8627 del 15.04.2011 i giudici di legittimità ribadiscono che l'invito al pagamento di cui all'art. 60, comma 6, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, non costituisce atto prodromico ad ogni iscrizione a ruolo e ad ogni avvio di procedura riscossiva ed, in particolare, non appare necessario quando il credito vantato dall'Amministrazione Finanziaria trovi titolo nella stessa dichiarazione fiscale presentata dal contribuente .

<sup>254</sup> L'art. 13, c. 1 del d. lgs. n. 471/1997, prevedendo una riduzione della sanzione per omesso versamento di imposte dichiarate, fissata al 30% dell'importo non versato, ha implicitamente svuotato di significato l'originaria portata della disposizione in analisi, che si ricollegava alla sanzione/soprattassa –pari al cento per cento dell'importo non versato- inizialmente prevista dall'art. 44 del dpr 633 del 1972; si veda Cass. Civ. n. 13242 del 2011, Cass. Civ. n.26440 del 2010, Cass. Civ. n. 11457 del 2009, Cass. Civ. n. 16481 del 2008, Cass. Civ. n. 16120 del 2007, Cass. Civ. n. 8859 del 2006, Cass. Civ. n. 907 del 2002, in banca dati on line De Jure ; in tema di implicita abrogazione del disposto normativo del sesto comma dell'art. 60 dpr n. 633/72 per il venir meno della sua funzione di *favor debitoris* da un punto di vista di trattamento sanzionatorio i giudici di legittimità osservano che l'art. 17 del d. lgs. 18 dicembre 1997, n.472 prevede, nell'ipotesi di sanzioni liquidate ai sensi dell'art 60 citato, la possibilità di procedere all'irrogazione immediata (mediante iscrizione a ruolo e senza previa contestazione) delle sanzioni nella misura del trenta per cento dell'importo non versato- sul punto Cass.



della riduzione delle sanzioni previste dell'art. 44 dpr n. 633/72 per il caso di omesso versamento di imposta indicata dallo stesso contribuente in dichiarazione.

Le caratteristiche originarie dell'istituto hanno contribuito ad avvalorare la tesi della sufficienza di tale atto ai fini dell'insinuazione nel passivo fallimentare; in tal senso, alcune sentenze del giudice di legittimità sottolineano che la valutazione della sufficienza del titolo ai fini dell'ammissione del credito nel passivo fallimentare si giustifica anche alla luce della suddetta connotazione di favore per il contribuente, in quanto lo stesso poteva beneficiare di conseguenze sanzionatorie più favorevoli rispetto a quelle derivanti da un atto di contestazione del debito<sup>255</sup>.

Tale disposizione, del tutto affine a quella prevista dall'art. 36 bis del dpr n. 600 del 1973 in tema di imposte sui redditi, inquadrandosi nell'ambito del principio di autotassazione sul quale è fondato il nostro sistema tributario, postula che la dichiarazione fiscale presentata dal contribuente, se non sottoposta ad atti di rettifica o di variazione da parte dell'Amministrazione Finanziaria, esaurisca da sola la fattispecie dell'accertamento tributario. La dichiarazione fiscale assume lo stesso valore dell'atto di accertamento o rettifica proveniente dall'ufficio fiscale e giustifica, per tale via, la diretta iscrizione a ruolo della maggiore imposta dovuta sulla base del dichiarato e non assolta spontaneamente. Da questo punto di vista, la disposizione consente uno snellimento delle attività di accertamento degli uffici fiscali, escludendo che, in tali ipotesi, l'Amministrazione Finanziaria debba far precedere l'iscrizione a ruolo da atti di rettifica o accertamento di imposte a debito risultanti dalla stessa dichiarazione, ben potendo limitarsi ad un controllo meramente cartolare del dichiarato che però, di contro, comprime il potere dell'ufficio fiscale, il quale non potrà, in tale sede, spingersi a risolvere questioni giuridiche o ad esaminare atti differenti dalla dichiarazione presentata.<sup>256</sup>

Il debito di imposta che emerge dalle stesse risultanze della dichiarazione presentata dal contribuente (che ad es. indica a credito dei versamenti d'imposta di fatto mai effettuati)

---

Civ. n. 26440 del 2010, Cass. Civ. n. 10806 del 2010, Cass. civ. n. 22437 del 2008, in banca dati on line De Jure.

<sup>255</sup> Sul punto si veda Cass. Civ. n. 5165 del 2009, in banca dati on line De Jure.

<sup>256</sup> Sul punto si veda Cass. Civ. n. 14070 del 2011, Cass. Civ. n. 2994 del 2006, Cass. Civ. n. 12762 del 2006, Cass. Civ. n. 16512 del 2006, Cass. Civ. n. 21274 del 2005, in banca dati on line De Jure. In tema di imposte dirette Cass. Civ. n. 5460 del 2008, in banca dati on line De Jure.

può, quindi, per il tramite dell'invito al pagamento, trovare collocazione nell'ambito del passivo fallimentare, costituendo quest'ultimo prova adeguata dell'esistenza e dell'entità del credito erariale, al pari di un avviso di accertamento/rettifica o di un ruolo preventivamente formato<sup>257</sup>. Conseguentemente, se la curatela non contesta il credito tributario avanzato dall'Amministrazione Finanziaria, la domanda di ammissione al passivo fallimentare ben potrà essere fondata sulla sola dichiarazione del contribuente, essendo priva di rilievo la mancanza di un atto impositivo, del tutto sostituito, in tali ipotesi, dalla dichiarazione stessa<sup>258</sup>. L'assenza di un atto di rettifica o di variazione operato dall'Amministrazione Finanziaria sul contenuto della dichiarazione fiscale presentata dallo stesso contribuente rende priva di rilevanza la circostanza che tale atto non sia autonomamente impugnabile dal

---

<sup>257</sup> A conferma di tale assunto, si consideri la Circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 21/E del 18/05/2011, che, in ordine alle « attività trasversali » di competenza dell'Agenzia delle Entrate, con particolare riferimento alla materia della riscossione dei crediti fiscali (paragrafo 3.5), prevede che « In merito alle iniziative da intraprendere in presenza di procedure concorsuali, le Direzioni regionali e provinciali devono assicurare, direttamente o tramite i competenti agenti della riscossione, la tempestiva ammissione al passivo di tutti i crediti risultanti dalla liquidazione delle dichiarazioni. L'attività di accertamento deve poi essere completata con la massima possibile tempestività, e comunque entro il termine utile per l'ammissione al passivo dei crediti risultanti dagli atti impositivi e dai provvedimenti di irrogazione delle sanzioni ». Sulla sufficienza della dichiarazione iva a debito ai fini della domanda di ammissione al passivo fallimentare si veda il commento di F. MICCIO, *Appunti in tema di verifica dei crediti tributari*, in occasione dell'incontro di studio del CSM sul tema: Accertamento del passivo concorsuale. Roma 15-17 maggio 2006, in *Giust. Trib.*, Rass. On line, 15, che avanza un'ipotesi (ritenuta dall'Autore non ancora avallata a livello normativo e giurisprudenziale) di estensione del principio agli atti di accertamento o alle dichiarazioni fiscali a debito non contestate dal curatore. In senso sfavorevole al riconoscimento dell'idoneità dell'invito al pagamento iva a fungere da titolo per l'ammissione al passivo ove manchi la contestazione, da parte del curatore, del debito tributario M. MAURO, *La problematica ammissione al passivo fallimentare del credito iva*, nota a s. Cass. Sez. Unite n. 5165 del 2009, in *Corr. Trib.*, 2009, 19, 1550.

<sup>258</sup> È utile osservare che nella sentenza della Cassazione Civile n. 14116/2011 i giudici, ai fini del giudizio di idoneità del titolo di insinuazione al passivo fallimentare, rilevano una evidente analogia giuridica tra la fattispecie degli avvisi di pagamento iva emessi sulla base della dichiarazione fiscale del contribuente e gli avvisi di accertamento confermati da sentenza del giudice tributario di secondo grado passata in giudicato: la seconda casistica, pur nella sua diversità, delinea una fattispecie « nella quale parimenti si è dinanzi ad atti definitivi di accertamento del credito tributario azionato - (.); si che, nella prospettiva indicata, dovrebbe escludersi - coerentemente peraltro con il richiamato disposto della norma regolamentare del D.M. 28 dicembre 1989, art. 19 - che nella specie la iscrizione a ruolo e la notifica della cartella costituissero presupposti indefettibili della ammissione al passivo ».

destinatario innanzi alle commissioni tributarie, in quanto non si configurerebbe una compressione del diritto di difesa del contribuente nei confronti dell'ufficio finanziario, discendendo tale invito da un debito del quale lo stesso contribuente si dichiara titolare: la mancata contestazione, da parte del curatore fallimentare, della fondatezza del credito tributario iva, consentirà all'Amministrazione Finanziaria di ottenere l'ammissione del credito fiscale allo stato passivo della procedura.

Dalle numerose pronunce della Cassazione sul punto appare evidente che le questioni relative alla sufficienza del titolo dedotto ai fini della domanda di ammissione al passivo fallimentare sono controversie rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario<sup>259</sup>. Al contrario, laddove il curatore fallimentare, nell'esercizio consapevole ed accorto delle sue funzioni, valuti la necessità di opporsi all'istanza dell'ufficio finanziario, contestando non semplicemente l'idoneità del titolo dedotto ai fini dell'insinuazione quanto l'an o il quantum della pretesa fiscale (ossia deduca un fatto impeditivo, modificativo od estintivo del credito tributario, anche conseguente ad errori di fatto o di diritto commessi dal contribuente nella predisposizione della dichiarazione) la decisione di tali controversie, riguardanti la materia tributaria, è riservata alla giurisdizione del giudice speciale tributario<sup>260</sup>. Da tale assunto i giudici ricavano che, nella circostanza in esame, il credito tributario fondato unicamente sulle risultanze cartolari della dichiarazione compilata dal contribuente, non potrà ottenere l'ammissione al passivo fallimentare, neppure con riserva, essendo necessaria a tal fine la

<sup>259</sup> Sui controlli « formali » del giudice fallimentare, finalizzati ad accertare l'esistenza di un'adeguata prova del credito tributario, del suo carattere privilegiato e del requisito della concorsualità B. QUATRARO, *I rapporti fra le procedure concorsuali ed il fisco*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, 519-520.

<sup>260</sup> Sulla configurabilità della giurisdizione del giudice ordinario (fallimentare) nei casi in cui la controversia non concerna l'entità o la sussistenza del credito tributario, ma esclusivamente la sua collocazione privilegiata nell'ambito del passivo fallimentare si veda Tribunale Terni 03 luglio 2010 n. 572. Relativamente a tale profilo si veda anche Trib. Milano - sez II- n. 663 del 20.01.2010, Trib. Monza n. 3432 del 10.12.2009, Trib. Roma - sez. lav.- n. 20109 del 06 ottobre 2009, Trib. Roma - sez. fall. - 15 dicembre 2008 n. 24679, Trib. Roma - sez. fall. 15 dicembre 2008 n. 24690, in banca dati on line De Jure. Sui poteri di accertamento del credito tributario da parte del giudice delegato vedasi anche Trib. Palermo del 16 giugno 2006 che, pur nel contesto di un giudizio concernente l'ammissione al passivo fallimentare di un contributo previdenziale, ribadisce la natura « esclusiva » della giurisdizione del giudice tributario relativamente alle questioni concernenti il merito dei crediti tributari, che « costituisce senza dubbio una rilevante eccezione al principio della *vis attractiva* del tribunale fallimentare ed al principio del concorso dei creditori.. ».

formazione del ruolo e la notifica della cartella di pagamento, la cui impugnazione è necessaria per consentire alla curatela fallimentare di sottoporre le relative questioni alla giurisdizione delle commissioni tributarie.

Oltre a fornire chiarimenti in merito al riparto tra giurisdizione ordinaria e tributaria, tali pronunce richiamano l'attenzione sulla necessità, per l'Amministrazione Finanziaria creditrice, di procedere alla preventiva iscrizione a ruolo, con conseguente notifica della cartella di pagamento al curatore, al fine di ottenere l'insinuazione nel passivo fallimentare delle sanzioni e degli interessi collegati al tributo principale non versato: tale ulteriore pretesa contemplata nell'invito di pagamento, a carattere affittivo per il fallito e i suoi creditori, è, diversamente dalla maggiore imposta non versata, determinata unilateralmente dall'ente impositore e non può trovare fondamento, ai fini della riscossione, sulla dichiarazione fiscale prodotta dal contribuente, essendo necessario, in tal caso, un atto impositivo suscettibile di diventare definitivo che accerti l'esistenza ed il preciso ammontare del debito fiscale per interessi e sanzioni o l'iscrizione a ruolo<sup>261</sup>.

La Cassazione Civile con sentenza n. 12777 del 2006 riconosce al ruolo e/o all'avviso di liquidazione in materia di imposta di registro, emesso dall'Agenzia fiscale sulla base della favorevole sentenza della CTR presso la quale si era incardinato il giudizio di impugnazione dell'accertamento in rettifica, l'idoneità a fungere da titolo per l'ammissione al passivo fallimentare, con riserva ex artt. 88 d.p.r. n. 602/73 e 96 r.d. 267/42 se -come nel caso esaminato dai giudici- sulle somme insinuate sorgano contestazioni. A sostegno della legittimità della pretesa esecutiva vantata dall'Amministrazione Finanziaria depone, oltre alla normativa sull'ammissione al passivo con riserva di crediti, anche di natura fiscale, accertati con sentenza ancora impugnabile, anche l'art. 68 del d. lgs. n. 546/1992, nella parte in cui prevede che tributo e sanzioni oggetto di giudizio di impugnazione innanzi alle commissioni tributarie devono essere corrisposti per l'intero ammontare accertato dopo la sentenza di appello favorevole al fisco. In tal modo, l'interesse dell'Amministrazione ad ottenere l'ammissione al passivo fallimentare di un credito fiscale riconosciuto con sentenza,

---

<sup>261</sup> Sul punto si veda Cass. Civ. n. 13242 del 2011, Cass. Civ. n. 5165 del 2009, Cass. Civ. n. 11457 del 2009, Cass. Civ. n. 16120 del 2007, Cass. Civ. n. 2994 del 2006, Cass. Civ. n. 13027 del 2004, in banca dati on line De Jure. Sulle condizioni relative all'ammissione al passivo fallimentare, alla collocazione e alla giurisdizione sulle componenti accessorie del credito tributario si veda A. ROMANO, *Ammissione al passivo dei crediti iscritti a ruolo*, cit. .

ancorché impugnabile, si contempera con quello della massa dei creditori in concorso a che il suddetto credito pubblico venga valutato ed accertato in maniera tale da garantire la *par condicio creditorum*.

Con ordinanza numero 23001 del 2004 la Corte di Cassazione risolve positivamente il quesito della legittimità di una domanda tardiva ex art. 101 legge fall. volta all'ammissione al passivo fallimentare con riserva di un credito erariale scaturente da un avviso di rettifica iva ancora *sub iudice* presso la giurisdizione tributaria. A tal proposito, è utile osservare che l'ammissione del credito con riserva, da sciogliersi all'esito della decisione del giudice tributario, è una modalità procedurale alternativa rispetto alla sospensione della pronuncia in attesa della definizione della causa pregiudiziale ex art. 295 cpc, che connota il procedimento concorsuale come speciale rispetto agli altri giudizi<sup>262</sup>. Tale conclusione si fonda, oltre che sul principio della necessaria formazione dello stato passivo, anche sul disposto del secondo comma dell'art. 45 dpr n. 602 del 1973, che, nella precedente versione in vigore dal gennaio 1974, prevedeva che in caso di contestazioni sulle somme iscritte a ruolo, quest'ultimo fungesse da titolo per la domanda di ammissione al passivo fallimentare con riserva. In tal modo, nella pendenza di un contenzioso tributario relativo all'accertamento di un credito erariale di natura tributaria in relazione al quale l'A. F. ha proposto istanza per ammissione al passivo dell'intervenuta procedura fallimentare, il suddetto credito contestato deve essere trattato alla stregua dei crediti condizionati di cui al n. 1), secondo comma, dell'attuale art. 96 della legge fallimentare ed essere ammesso al passivo con riserva<sup>263</sup>.

Altri interessanti spunti di riflessione possono essere tratti dalla sentenza della Cassazione Civile del 2011 n. 21189, nella quale si ribadisce il concetto della *par condicio creditorum* nell'ambito delle procedure concorsuali, con la conseguente necessità per l'A.F. di rispettare procedure e tempistiche scandite dalla legge fallimentare con riferimento alle attività ed ai comportamenti propri dei creditori del fallito.

<sup>262</sup> Tale orientamento è avallato da precedenti pronunce, tra le quali si veda Cass. Sez. Unite n. 11214 del 1997, Cass. Civ. n. 7485 del 1994, Cass. Civ. n. 1230 del 1993, in banca dati on line De Jure .

<sup>263</sup> Alle stesse conclusioni giunge Cass. Civile -sez. I- 24 agosto 1994 n. 7485, in banca dati on line De Jure. I giudici osservano che l'accertamento IVA, impugnato innanzi alle Commissioni Tributarie, « costituisce, a norma dell'art. 60 del d.p.r. n. 633 del 1972, titolo per la riscossione provvisoria di parte del tributo e, quindi, come nelle imposte dirette di ruolo, anch'esso integra un titolo giuridico per l'ammissione al passivo con riserva ». Sul punto Cass. civ. -sez. I- n. 1230 del 1993 così si esprime : « l'avviso di accertamento, in caso di contestazione inerente al tributo relativo, è un titolo giuridico per l'ammissione "con riserva" di quel tributo al passivo delle procedure fallimentari ».

In particolare, i giudici di legittimità, nell'affermare che anche agli uffici fiscali è esteso l'obbligo, previsto per tutti gli altri creditori, di rispettare il termine annuale di cui all'art. 101, r.d. n. 267/1942 per la presentazione delle istanze tardive di insinuazione al passivo fallimentare, chiariscono che l'inosservanza del termine in questione non può ritenersi genericamente giustificata dall'esistenza di specifiche disposizioni di legge che, disciplinando le attività di accertamento del debito d'imposta e di riscossione ad opera del concessionario previa formazione del ruolo e successiva notifica della cartella di pagamento, prevedano termini differenti e più lunghi che configgono con le previsioni della legge fallimentare, e sarà onere dell'Amministrazione che presenta un'istanza ultra annuale rispetto al decreto di esecutività dello stato passivo fornire la prova concreta, da valutarsi caso per caso, della scusabilità del ritardo. In tale sede i giudici rilevano che una volta conosciuta la dichiarazione di fallimento del contribuente, l'A.F. debba prontamente attivarsi al fine di predisporre i titoli necessari alla tempestiva insinuazione del credito al passivo, operando in termini più brevi rispetto a quelli massimi attribuiti dalla legge per l'espletamento di delle attività di questo genere<sup>264</sup>. A tal riguardo i giudici, a titolo esemplificativo, osservano che ai fini della presentazione della domanda di ammissione allo stato passivo del fallimento è sufficiente l'esistenza del ruolo non essendo necessaria la formazione e la notifica cartella di pagamento; allo stesso modo rilevano che « l'Ufficio finanziario può presentare istanza di ammissione al passivo sia pure con documentazione incompleta, con conseguente ammissione del credito con riserva di produzione dei documenti, ai sensi dell' art. 96 l. fall. » Escludere che il comportamento dell'Amministrazione Finanziaria che si attenga ai termini massimi stabiliti dalla legge per le procedure di accertamento e di emissione dei ruoli configuri una generica esimente per il ritardo nella domanda di insinuazione nel passivo fallimentare del credito tributario costituisce riscontro giurisprudenziale a sostegno della tesi della non indispensabilità del ruolo.

Un precedente giurisprudenziale del pari significativo a sostegno della tesi avallata dai giudici della Suprema Corte è fornito dalla sentenza della Cassazione Civile - sez. I - n. 399 del 16 gennaio 1999. In tale sede, i giudici osservano che l'atto di accertamento (iva), al pari del ruolo, costituisce titolo idoneo per l'ammissione del credito tributario al passivo

---

<sup>264</sup> Del medesimo orientamento è la sentenza della Cass. Civ. n. 20910/2011, in banca dati on line De Jure.

fallimentare, con la riserva di cui all'art. 96 legge fall. in caso di impugnazione in commissione tributaria, senza necessità (ai fini dell'ammissione) che l'accertamento stesso sia confermato con decisione del giudice tributario. In relazione alla fattispecie oggetto di giudizio, rilevano, poi, che valido titolo di ammissione al passivo fallimentare è l'accertamento confermato con decisione del giudice tributario, il cui dispositivo sia stato depositato prima della dichiarazione di fallimento, « atteso che in esso dispositivo e alla data di esso si realizza un atto scritto accertativo del credito, che non può non rilevare in quanto antecedente alla dichiarazione di fallimento ed imm modificabile con il successivo deposito della motivazione, non potendo pubblicarsi una decisione diversa da quanto deliberato col dispositivo depositato ».

Ulteriore argomento a sostegno della tesi in esame si rinviene nel disposto dell'art. 19 del d.m. 28.12.1989, nel testo introdotto dall'art. 1 del d.m. 11 maggio 1990 n. 325900, emesso in attuazione dell'art. 67, comma 2, lettera b) del d.p.r. 28 gennaio 1988 n. 43, relativo alla riscossione coattiva delle tasse e delle imposte indirette. Il decreto del 1989<sup>265</sup>, abrogato dall'art. 301, c. 1, dpr 30 maggio 2002, n. 115, recava istruzioni per la redazione, trasmissione e compilazione meccanografica dei ruoli e per gli adempimenti contabili a carico dei concessionari per la riscossione coattiva di tasse, imposte indirette, tributi locali ed altre entrate, prevedendo, in particolare, nell'art. 19, commi 1 e 2, che « per la riscossione delle somme dovute da soggetti sottoposti a procedura concorsuale, il ruolo viene formato dopo la definitiva ammissione al passivo delle suddette somme da parte dell'organo delegato per la procedura stessa (...). Se l'assoggettamento alle suddette procedure concorsuali avviene successivamente all'emissione del ruolo, l'insinuazione ed i successivi adempimenti previsti dalla normativa vigente saranno effettuati dal concessionario ». La disposizione ministeriale, nel prevedere a carico dell'ufficio fiscale l'incombenza della formazione del ruolo e dalla sua trasmissione al concessionario della riscossione successivamente all'ammissione del credito

---

<sup>265</sup> Il Ministero delle finanze in data 28-12-1989 ha predisposto due decreti ministeriali contenenti disposizioni in materia di ruoli e riscossioni : Il d. m. n. 63400 del 28.12.1989, ancora in vigore, recante « Istruzioni per la formazione ed unificazione dei ruoli, degli elenchi e degli altri documenti automatizzati » pubblicato in supplemento ordinario. Gazz. Uff. 20 gennaio 1990, n. 16; il secondo, il d.m. n. 54100 del 28.12.1989, intitolato « Istruzioni per la redazione, la trasmissione e la compilazione meccanografica dei ruoli e adempimenti contabili a carico degli agenti della riscossione per la riscossione coattiva di tasse, imposte indirette, tributi locali ed altre entrate », pubblicato in Gazz. Uff. 25 gennaio 1990, n. 20, abrogato dal 01.07.2002, ai sensi degli artt. 301 e 302 DPR 30 maggio 2002, n. 115.

fiscale al passivo fallimentare, rende evidente che, anche nelle convinzioni dello stesso Ministero delle Finanze, il ruolo non è da considerare l'unico atto in base al quale può essere chiesta la ammissione del credito tributario nel passivo fallimentare<sup>266</sup>. Diversamente, altra parte della giurisprudenza e della dottrina ritengono il ruolo, o l'allegazione della regolare notifica della cartella di pagamento, un elemento indispensabile ai fini dell'ammissione del credito fiscale al passivo del fallimento.

Tale impostazione, come osserva lo stesso Collegio a Sezioni Unite del marzo 2012, risulta maggiormente ancorata al tenore letterale delle norme in tema di procedimento di riscossione delle imposte sui redditi contenute del dpr n. 602/1973. Ci si riferisce, in particolare, alle disposizioni che collocano l'iscrizione nei ruoli tra le modalità tipiche di riscossione ammesse dalla legge, attribuendo le funzioni relative alla riscossione coattiva delle somme iscritte all'Agente della riscossione; quest'ultimo ha la facoltà di proporre, per conto dell'ufficio finanziario creditore, ricorso per la dichiarazione di fallimento del debitore sulla base del ruolo, che è anche il titolo per chiedere, in caso di intervenuto fallimento, l'ammissione del credito fiscale al passivo fallimentare<sup>267</sup>.

Con la sentenza n. 6032 del giugno del 1998 la Corte di Cassazione afferma l'idoneità del ruolo e della cartella esattoriale che ne contiene l'estratto, purché correttamente notificata al contribuente *in bonis* o al curatore fallimentare, a fungere da titolo per l'insinuazione nel passivo fallimentare. In particolare, i giudici di legittimità, in questa sede, si soffermano sulla necessità che il ricorso contenete la domanda di insinuazione al passivo sia sorretta dalla

<sup>266</sup> Si veda, sul punto, l'orientamento espresso da Cassazione Civ. a Sez. Unite n. 4126 del 15.03.2012, criticato da L. DEL FEDERICO, *Innovazioni giurisprudenziali sui crediti tributari nel fallimento*, cit., e da Cass. Civ. n. 13027.2004, in banca dati on line De Jure. Sull'iscrizione a ruolo quale titolo per l'ammissione dei crediti tributari al passivo delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi Cass. Civ., Sez. Unite, 09 giugno 1995 n. 6498, in banca dati on line De Jure.

<sup>267</sup> Nella sentenza n. 14116/2011 della Cassazione che, rimettendo gli atti al Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ha dato origine alla pronuncia n. 4126 del 15-03-2012, i giudici osservano che la giurisprudenza che ha affermato la necessità del ruolo e della notifica della cartella al curatore del fallimento ai fini dell'insinuazione fallimentare collega tale conclusione al principio del riparto tra giurisdizione ordinaria civile e giurisdizione speciale tributaria ed al diritto di difesa contro le pretese fiscali: « La questione non è nuova nella giurisprudenza di questa Corte, che ha di regola affermato la necessità della previa iscrizione a ruolo e notifica della cartella al curatore del fallimento, sempre però, a quanto consta, ponendola in collegamento con la giurisdizione esclusiva sulla pretesa tributaria spettante al giudice tributario, e quindi con la finalità (costituente anche la *ratio* della ammissione con riserva prevista dal d.p.r. n. 602 del 1973, art. 45, comma 2) di consentire al curatore, proponendo impugnazione avverso il ruolo, di sottoporre al giudice competente le proprie eventuali difese avverso quella pretesa, delle quali il giudice fallimentare non può conoscere » (cfr. , tra le tante, Cass. Civ. sent. n. 6032/1998, Cass. Civ. sent. n. 23001/2004, in banca dati on line De Jure.)



prova dell'avvenuta notifica della cartella, essendo tale adempimento dell'Agente della riscossione finalizzato a consentire l'eventuale proposizione, da parte del curatore fallimentare, dell'impugnazione del ruolo innanzi alle commissioni tributarie<sup>268</sup>.

Altro orientamento giurisprudenziale, più di recente, si è mostrato sfavorevole a ritenere la prova della regolare notifica della cartella di pagamento, il « presupposto indefettibile dell'ammissione al passivo del fallimento » del credito tributario, valutando, al contrario, legittima la domanda di insinuazione fondata esclusivamente sul ruolo<sup>269</sup>. Tale orientamento

---

<sup>268</sup> Aderendo a tale orientamento, i giudici della sez. IV del Tribunale di Bari, con sentenza del 21 dicembre 2009, su ricorso proposto dall'Agente della riscossione contro una società in amministrazione straordinaria, osservano che, nonostante la novella legislativa che ha riscritto gli artt. 45, 87 e 88 del D.P.R. n. 602 del 1973, ai fini dell'ammissione del credito tributario al passivo fallimentare si deve ritenere necessaria la preventiva notifica della cartella esattoriale al curatore, per consentirgli di impugnare la pretesa tributaria, determinando, in tal modo, l'ammissione del suddetto credito con la « riserva » di cui all'art. 88. Considerato il disposto del citato art. 88, secondo comma (« la riserva è sciolta dal giudice quando è inutilmente decorso il termine prescritto per la proposizione della controversia davanti al giudice tributario, ovvero quando il giudizio è stato definito con decisione irrevocabile o risulta altrimenti estinto ») e valutato che « di norma, l'atto impugnabile non è il ruolo, ma la cartella esattoriale, la quale costituisce l'atto impositivo attraverso il quale il contribuente assume contezza dell'iscrizione a ruolo ed i cui vizi comportano l'illegittimità della pretesa tributaria, con la conseguenza che è avverso di essa che va rivolta, di regola, l'impugnazione (Cass. Civ. n. 139 del 2004) », i giudici giungono alla conclusione che « mancando (...) la notifica della cartella esattoriale, manca il presupposto di applicabilità della norma sullo scioglimento della riserva ». Del medesimo orientamento Trib. Roma – sez. lav.- n. 20109 del 06 ottobre 2009, Trib. Monza del 10 dicembre 2009 n. 3432, con nota di P. S. GORETTI, *L'ammissione al passivo fallimentare del credito di imposta. Il dovere di controllo degli organi fallimentari* - *Riv. dott. commercialisti* 2010, 2, 403, Trib. Roma - sez. fall. - 15 dicembre 2008 n. 24679, Trib. Roma - sez. fall. - 15 dicembre 2008 n. 24690, Trib. Palmi 11 ottobre 2005, in Banca dati on line De Jure. ; in dottrina M. SANVITALE, nota a sentenza del Tribunale di Palermo del 16 giugno 2006, *Giur. merito* 2006, 10, 2190, in Banca dati on line De Jure; F. MICCIO, *Appunti in tema di verifica dei crediti tributari*, in occasione dell'incontro di studio del CSM sul tema : Accertamento del passivo concorsuale. Roma 15-17 maggio 2006, cit., 12 e ss; M. MAURO, *La problematica ammissione al passivo fallimentare del credito iva*, cit., 1551; L. DEL FEDERICO, *La verifica dei crediti tributari nel fallimento: riflessioni a margine della natura costitutiva del ruolo*. Dipartimento di Scienze Giuridiche-. Univ. "G. d'Annunzio"-, WORKING PAPERS, 2010, 5, par.5; L. DEL FEDERICO, *Innovazioni giurisprudenziali sui crediti tributari nel fallimento*, cit., par. 3 e ss.

<sup>269</sup> Si veda Cass. Civ. n. 21189/2011, Cass. Civ. 10.12.2010 n. 24963, in Banca dati on line De Jure; Cass. Civ. - sez. lavoro- n. 5063 del 2008, pur riferendosi a crediti di competenza dell'INPS, significativamente osserva che « sulla base del combinato disposto del d.p.r. n. 602 del 1973, artt. 87 e 88, nonché del r.d. 16 marzo 1942, n.

sottolinea che, ai fini dell'eventuale proposizione di contestazioni da parte del curatore del fallimento, non è necessaria la preventiva formazione e notifica della cartella di pagamento, ben potendo quest'ultimo agire direttamente contro il ruolo, come emerge chiaramente dalla formulazione letterale degli artt. 87 e 88 dpr n. 602/73<sup>270</sup>.

267, art. 24, (che individua nel tribunale fallimentare l'organo con competenza avocativa per tutte le azioni di contenuto patrimoniale nei confronti del fallito) deve ritenersi che anche i crediti iscritti al ruolo ed azionati da società concessionarie per la riscossione devono seguire, nel caso di avvenuta dichiarazione di fallimento del debitore, l'iter procedurale prescritto dalla l. fall., art. 92 e seguenti, legittimandosi la domanda di ammissione al passivo sulla base del solo ruolo, con la conseguente possibilità in presenza di contestazioni davanti al giudice delegato di ammissione con riserva (...). Né, per andare in contrario avviso e sostenere la necessità della notifica della cartella al fine di consentire l'ammissione al passivo, vale il richiamo che è stato fatto dalla società ricorrente ad un precedente giurisprudenziale di questa Corte di Cassazione (Cass. 17 giugno 1998 n. 6032), secondo cui, in caso di fallimento del contribuente, presupposto indefettibile dell'ammissione al passivo del credito portato dalla cartella esattoriale è la notifica della stessa al curatore fallimentare, al fine di consentirgli di –eventualmente– proporre ricorso contro il ruolo, così che i tributi siano ammessi con la "riserva" prevista dal d.p.r. n. 602 del 1973, art. 45, comma 2. Ed invero - al di là della preliminare considerazione che il suddetto d.p.r. n. 602, art. 45, è stato sostituito (come gli articoli seguenti sino all'art. 90) dal d. lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, art. 16, - una interpretazione intesa a valorizzare, nel rispetto dell'art. 12 prel., la lettera dei citati artt. 87 e 88, induce a conclusioni diverse da quelle patrociniate dall'attuale ricorrente atteso che, come ha puntualmente osservato sul punto la Corte territoriale, le contestazioni possono essere dal curatore fallimentare avanzate ugualmente, come evidenzia il testo delle citate disposizioni, contro il ruolo e atteso che ogni diversa opinione non tiene conto della specifica sede nella quale si intende far valere il credito e della *ratio* sottesa alla scelta legislativa. *Ratio* questa da individuarsi nell'esigenza di assoggettare - seppure nel rispetto dei diversi privilegi che li assistono - pure i crediti tributari alla stessa procedura alla cui osservanza sono tenuti gli altri creditori in ragione del principio della *par condicio creditorum* e di rifiutare, conseguentemente, la diversità di percorsi procedurali differenziati in ragione della posizione del soggetto titolare del credito azionato » ; nella giurisprudenza di merito si veda Trib. Milano – sez II - n. 663 del 20.01.2010, Trib. Milano - sez. II - 29 dicembre 2009 ( che, diversamente, reputa necessario che la domanda di insinuazione degli interessi di mora di cui all'art. 30 d.p.r sia sorretta da regolare notifica della cartella esattoriale), Trib. Milano -sez. II- 07.02.2008 n. 1631, in Banca dati on line De Jure.

<sup>270</sup> Sul punto A. ROMANO, *Ammissione al passivo dei crediti iscritti a ruolo*, cit.; l'Autore, nel commentare la sentenza del Trib. Milano - sez. II- del 29.12.2009, che riconosce al ruolo l' idoneità a fungere da titolo per l'ammissione al passivo fallimentare, ritiene che le valutazioni in ordine alla sufficienza del titolo dedotto ai fini dell'insinuazione dovrebbero essere condizionate dalla effettiva conoscibilità della pretesa fatta valere dal Fisco. In particolare, l'Autore osserva, in senso critico, che la finalità dell'art. 87 dpr n. 602 del 1973 è di limitare i poteri dell'Amministrazione Finanziaria nella fase patologico/esecutiva del rapporto tributario, nel senso di richiedere, ai fini dell'insinuazione nel passivo fallimentare, l'esistenza di un titolo (il ruolo) che conferisca alla pretesa tributaria adeguati caratteri di stabilità. La circostanza che al creditore di diritto privato non sia, allo stesso fine, richiesta l'allegazione di un titolo esecutivo, conduce a ritenere che la *ratio* della norma vada ricercata nell'esigenza di tutelare le ragioni dei creditori di diritto privato in concorso, anche in considerazione dei possibili riflessi negativi della mancata impugnazione dell'eventuale pretesa fiscale infondata sul principio della *par condicio creditorum*: « secondo quanto affermato in sentenza, qualora il curatore non espliciti chiaramente, già nel verbale di stato passivo, la volontà di procedere ad impugnare la pretesa tributaria, per effetto del riparto tra le giurisdizioni, non sarà possibile procedere all'ammissione del credito con la riserva ex

Un significativo precedente giurisprudenziale della Corte di Cassazione è rappresentato dalla sentenza n. 4426 del 1994 che esamina un caso di domanda tardiva di ammissione privilegiata al passivo fallimentare avanzata dal concessionario del servizio di riscossione in ordine ad un credito tributario per capitale ed interessi da ritardata iscrizione a ruolo. In tale occasione, i giudici della Cassazione si soffermano su alcuni aspetti meritevoli di rilievo.<sup>271</sup>

---

art. 88 d.p.r. n. 602 del 1973, con la conseguenza che l'eventuale pretesa infondata del creditore di diritto comune verrebbe rigettata con cognizione diretta ed immediata del giudice delegato, mentre la pretesa, anche ingiustificata, dell'Erario andrebbe comunque a produrre effetti, acquisendo definitività per sopravvenuta inoppugnabilità dell'atto e risultando, di fatto, insindacabile da parte del giudice delegato. Pertanto, data la rilevanza che si attribuisce nell'ordinamento al principio della *par condicio creditorum*, in tutti quei casi in cui la cartella di pagamento costituisca il primo atto impositivo per mezzo del quale la pretesa tributaria entra nella sfera conoscitiva del contribuente, sarebbe probabilmente opportuno concludere per la necessità della notifica ai fini dell'ammissione al passivo del credito erariale ».

<sup>271</sup> In ordine al problema della natura « privilegiata » in sede di insinuazione fallimentare degli interessi per ritardata iscrizione a ruolo di imposte, rilevano che, dalla lettura sistematica dell'art. 54 legge fall. -nella formulazione vigente al tempo del giudizio (in vigore fino al 15 luglio 2006)-, l'estensione del privilegio riconosciuto all'imposta, in favore degli accessori del detto capitale, non opera in sede fallimentare, in quanto il legislatore, nell'escludere tale casistica dal novero delle ipotesi di cui all'art. 54 legge fall. - a sua volta richiamato dall'art. 55 primo comma- , esprime la precisa volontà di differenziare il trattamento normativo riconosciuto ai crediti tributari rispetto a quello relativo ai crediti pignorati ed ipotecari, in ragione della sostanziale diversità intercorrente tra le varie cause di prelazione esistenti. Tale sentenza, nel valorizzare il carattere speciale dell'art. 54 l. fall. rispetto alla normativa generale sulla riscossione coattiva dettata dagli artt. 20 e 21 dpr n. 602 del 1973 , ne evidenzia il carattere di norma non sostanziale (attributiva, cioè, di uno specifico diritto di prelazione in favore degli accessori del credito), ma processuale-esecutiva, intendendo disciplinare le modalità della collocazione dei crediti relativi alla procedura fallimentare. A tal riguardo, infatti, i giudici osservano che , in ordine alla questione dell'estensione del diritto di prelazione agli interessi, la formulazione dell'art. 54 l. fall. (allora vigente), contiene esclusivamente un richiamo agli artt. 2788 e 2855 c.c. (relativi ai crediti pignorati ed ipotecari) omettendo ogni riferimento all'art. 2749 cc relativo ai crediti privilegiati. Tale interpretazione conduce i giudici a ritenere ammissibili solo in via chirografaria gli interessi relativi a crediti privilegiati in generale, e di imposte, in particolare, al passivo fallimentare, ciò indipendentemente dal fatto di essere maturati prima o dopo il fallimento del contribuente debitore, con esclusione delle specifiche ed eccezionali ipotesi in ordine alle quali sono intervenute pronunce di illegittimità costituzionale dell'art. 54, c. 3 e dell'art 55 c. 1 della legge fall.. Significativo, in tal senso, è il richiamo all'innovazione del suddetto articolo operata dal d. lgs. 9 gennaio 2006 n. 5, in vigore dal 16 luglio 2006, nella parte in cui include esplicitamente nel novero dei casi di estensione del diritto di prelazione agli interessi, anche

In particolare, i giudici di legittimità hanno occasione di pronunciarsi in merito alla idoneità di copie fotostatiche dell'estratto di ruolo, munite di attestazione di conformità all'originale rilasciata dal collettore delle imposte/esattore, a fungere da titolo per l'ammissione del credito tributario al passivo fallimentare<sup>272</sup>. La Corte supera l'impostazione formalistica secondo la quale l'art. 45 dpr n. 602/73, nulla prevedendo in merito alla idoneità di copie parziali del ruolo d'imposta, riconoscerebbe espressamente solo a quest'ultimo, ritualmente formato e trasmesso al titolare delle attività di riscossione, natura di titolo per l'ammissione del credito tributario insoddisfatto nella procedura fallimentare. In particolare, i giudici di legittimità chiariscono che ai sensi dell'art. 2718 c.c. la riproduzione parziale delle pagine del ruolo, rilasciata nelle forme prescritte da un pubblico ufficiale depositario del ruolo e debitamente autorizzato, esplica efficacia probatoria piena relativamente alla parte del ruolo originale riprodotta<sup>273</sup>.

Si può osservare che, il più delle volte, i precedenti orientamenti della Cassazione che affermano la necessità del ruolo per ottenere l'ammissione del credito al passivo fallimentare non contengono particolari argomentazioni in ordine alla inidoneità di atti differenti o alternativi a fungere da titolo per ottenere l'insinuazione fallimentare, riferendosi a casistiche in cui, essendosi già formato il ruolo -con conseguente attribuzione dei compiti « esecutivi » in capo al concessionario-, la domanda di ammissione al passivo fallimentare si ancora fisiologicamente alle attribuzioni proprie dello stesso, con la conseguenza che l'istanza per l'insinuazione sarà avanzata direttamente da quest'ultimo in luogo dell'ente creditore, allegando il ruolo precedentemente formato.

La posizione che la Cassazione assume con la sentenza a Sezioni Unite del marzo del 2012 relativamente alla problematica in esame è contraria alla tesi che sostiene la generale necessità del ruolo ai fini dell'ammissione nel passivo fallimentare del credito tributario<sup>274</sup>.

---

Part. 2749 c.c. riguardante i crediti privilegiati. In dottrina, R. TETI, *Questioni in tema di interessi sui crediti garantiti da pegno, ipoteca e privilegio nel fallimento*, in *Banca borsa tit. cred.* 1997, 3, 0367, in Banca dati on line De Jure.

<sup>272</sup> Sull'equivalenza della cartella all'estratto di ruolo (« che altro non è che una riproduzione di una parte del ruolo ») ai fini dell'ammissibilità di un'impugnazione in commissione tributaria si veda Cass. Civ. 19 gennaio 2010 n. 724, in Banca dati on line De Jure.

<sup>273</sup> Lo stesso principio, in tema di liquidazione coatta amministrativa, è espresso dalla sentenza della Cass. Civ. n. 25962 del 05.12.2011, in Banca dati on line De Jure .

<sup>274</sup> Si veda P. TURIS , *Insinuazione al passivo ad opera dell'Agenzia delle Entrate*, nota a sent. Cass. Civ. Sez. Unite 4126/2012 , *Fisco*, 2012, 14, 2139, in Banca dati on line De Jure.

In particolare, la Suprema Corte, soffermandosi sulle disposizioni legislative in materia di riscossione contenute nel dpr n. 602/73, con particolare riferimento agli artt. 1, 45, 49, 87 e 88, ne evidenzia la *ratio*, volta a favorire, in caso di inadempimento dell'obbligo tributario da parte del contribuente, la realizzazione del credito fiscale, attraverso la disciplina dell'esecuzione forzata individuale di competenza del concessionario munito di ruolo, in ossequio agli interessi di tipo pubblicistico sottesi all'attività di prelievo fiscale. La previsione di cui all'art. 87, nella parte in cui dispone che il concessionario, sussistendone le condizioni, possa proporre, per conto dell'Amministrazione creditrice, il ricorso per la dichiarazione di fallimento del contribuente inadempiente agli obblighi tributari, e, ove intervenuta la procedura concorsuale, l'istanza di ammissione del credito al passivo fallimentare sulla base del ruolo, si ricollega alle modalità attraverso le quali il concessionario stesso, azionando il titolo esecutivo di cui dispone, espleta i suoi compiti istituzionali volti alla riscossione dei crediti fiscali; tale disposizione, va conseguentemente interpretata come fonte della legittimazione ad agire dell'agente della riscossione, anche in sede giudiziaria, per la realizzazione del credito, non determinando, come conseguenza generale, la necessità che la domanda di insinuazione del credito nella procedura concorsuale -eventualmente formulata dalla stessa Amministrazione creditrice - debba essere sorretta dal ruolo.

In tale sede, i giudici sottolineano che la normativa dettata dalla legge fallimentare, a differenza di quella sulle riscossioni di cui al dpr n. 602 del 1973, non è diretta a favorire l'adempimento della singola obbligazione gravante sul debitore insolvente, perseguendo, piuttosto, il prevalente fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento tra tutti i creditori in concorso. In questa logica, i giudici della Suprema Corte giungono a ritenere non essenziale il ruolo ai fini dell'insinuazione del credito tributario, non essendo, l'allegazione del titolo esecutivo, richiesta dalle norme sul concorso. A tal riguardo, si può osservare che, ai fini della stessa dichiarazione di fallimento, non è necessaria la sussistenza di un titolo esecutivo, richiedendosi, ex art. 5 l. fall., lo « stato di insolvenza del debitore », cioè la patologica/conclamata incapacità del debitore di far fronte con regolarità alle proprie obbligazioni, manifestata con l'inadempimento o con altri fatti esteriori a tal riguardo significativi.

Una volta dichiarato il fallimento, poi, ai fini della domanda di ammissione al passivo fallimentare, l'art. 93 della legge fall., nella sua attuale formulazione, richiede che il ricorso

contenga la « succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda » e l'indicazione del titolo di prelazione necessario affinché il credito non venga considerato chirografario, con allegazione dei documenti che provano il diritto del creditore; anche tale disposizione non conduce, quindi, all'automatica conclusione che, ai fini dell'insinuazione del credito tributario nel passivo fallimentare, l'Amministrazione Finanziaria procedente debba avvalersi di un titolo esecutivo rappresentato dal ruolo.

In altre parole, l'interpretazione della normativa dettata dal dpr n. 602/73 che le Sezioni Unite della Cassazione propongono con la pronuncia del marzo del 2012, conduce a ritenere non sussistenti - in materia di titoli necessari ai fini dell'insinuazione al passivo fallimentare - espresse deroghe legislative alla disciplina dettata, per la generale platea dei creditori insoddisfatti, dalla legge (speciale) sulle procedure concorsuali: ai crediti tributari si estende la disciplina prevista in via generale dalla legge fallimentare per le domande di ammissione dei crediti al passivo<sup>275</sup>.

#### 6. Conclusioni.

Dall'attuale impianto normativo non è dato desumere che il legislatore abbia inteso attribuire al ruolo il valore di prove legale del credito tributario, come espressamente chiarito dalla sentenza a Sez. Unite della Cassazione in esame, ben potendo la domanda di ammissione al passivo essere fondata su basi differenti, ovvero su atti antecedenti rispetto al ruolo di imposta che siano manifestazione idonea di una pretesa impositiva formalizzata e stabile.

L'esistenza del ruolo, come osservano i giudici della Suprema Corte, garantisce maggiormente il creditore pubblico, che vedrà sicuramente ammesso il proprio credito al passivo, eventualmente con la riserva da sciogliersi al verificarsi di una delle condizioni delineate dal secondo comma dell'art. 88 dpr n. 602/73.

L'Amministrazione Finanziaria, nell'intento di assicurare la migliore (e quindi più celere e sicura) realizzazione dell'interesse pubblico alla soddisfazione del credito tributario, valuterà, sulla base delle circostanze del caso concreto, quale modalità procedimentale normativamente prevista per la riscossione sia più opportuno seguire, curando

---

<sup>275</sup> Tali conclusioni sono ribadite, più di recente, da Cass. Civ. 10 dicembre 2012 n. 22437, in Banca dati online De Jure.

adeguatamente il profilo dello scambio di informazioni con l'agente della riscossione allo scopo di evitare inutili duplicazioni di attività.

L'orientamento espresso dalla pronuncia in commento, nel riconoscere espressamente all'Amministrazione Finanziaria un'autonoma legittimazione alla proposizione della domanda volta all'insinuazione del credito tributario nel passivo fallimentare - ritenendo, a tal fine, non necessaria l'allegazione del ruolo - velocizza e semplifica l'iter di ammissione al passivo dei crediti tributari. In tal senso, appare in linea con la riforma della "riscossione nell'accertamento", che esprime l'attuale tendenza a contrastare i fenomeni di evasione fiscale (anche) attraverso il progressivo snellimento delle procedure e della tempistica necessarie alla riscossione delle somme oggetto di atti di recupero fiscale. In una logica di semplificazione sul piano sistematico, sarebbe utile riconoscere tale legittimazione in via generale, sia per tributi e sanzioni riscossi senza ruolo che per quelli riscossi con ruolo.

## L'illegittimità ed incoerenza della trasformazione del regime d'aiuti delle ZFU in aiuti in *de minimis* ad opera del DL n. 179/2012

di Paola Coppola

### **Abstract**

*The concessionary mechanism associated with the institution of certain ZFU of the Country referred to L. n. 296/2006, would have responded to the opportunity to use the taxes as a lever for development; the granting of tax concessions in the form of exemptions or tax reductions and/or contributions for firms located in areas of high social disadvantage of the cities located in Regions with a deficit in their development (Mezzogiorno and north central Italy), responded, in fact, to the objective of granting selective aids (to certain firms and certain territories) for the pursuit of a purpose, an identified mission among the objectives deemed relevant, already within the Community (cohesion policy), so much as to be "tolerated" by the complex rules on State aid, in defense of free tax competition between States.*

*Unfortunately, after the suppression of the original regime in 2010, despite the authorization granted by the European Commission, all the tax and social contributions have been "transformed" in mere aid in de minimis, released from the pursuit of taking actions to develop cities and territories and to the prediction of various constraints linked to specific district of the cities, place where the beneficiaries carry out their activities, that eventually "demolish" the usefulness of the concession of public resources, and which may, as we shall see, appear at odds with the European and domestic principles, set at the head of the rules to address the political action on the development and competitiveness of the territories.*

**SOMMARIO: 1. La ratio delle agevolazioni collegate all'istituzione delle originarie ZFU – 2. L'irragionevolezza ed inopportunità della misura rispetto alla finalità dichiarata - 3. L'incoerenza della misura alla luce della finalità promozionale dell'originario sistema agevolativo: l'attuazione delle politiche urbane europee.**

### **1. La ratio delle agevolazioni collegate all'istituzione delle originarie ZFU**

Per l'oggetto di queste riflessioni occorre partire dalla *ratio* del meccanismo agevolativo collegato all'istituzione delle originarie ZFU che, come si ricorderà, con la legge finanziaria del 2007, ha visto la previsione di uno stanziamento totale di 50 Ml di euro in via sperimentale per la concessione di talune agevolazioni fiscali e contributive alle imprese



insediate in determinate zone franche urbane nel Mezzogiorno d'Italia e nelle aree depresse del Centro-Nord (art. 1, commi 340 e ss. della L. n. 296/2006); stanziamento di altri 50 ML reiterato con la successiva legge finanziaria del 2008 (L. n. 247/2007).

Il tutto nacque da una ricerca da me stessa condotta sui regimi agevolativi fiscali esistenti in Europa ed in particolare, dall'approfondimento del caso delle ZFU in Francia dove erano state concesse dalle autorità nazionali, ed autorizzate dalla Comunità, una serie di agevolazioni fiscali e contributive, sin dal 1996, alle imprese che si insediavano in determinati quartieri svantaggiati delle città con lo scopo di promuovere e perseguire politiche rivolte “*all'attrattività delle città in termini di sviluppo*”, secondo le linee ispiratrici della politica di coesione ed in particolare delle politiche urbane europee. Si trattava di azioni dirette alla “*riqualificazione e rigenerazione*” di quartieri svantaggiati al fine di incrementare la prosperità economica dei territori e l'occupazione, promuovere le pari opportunità, l'integrazione sociale, nonché favorire la partecipazione dei cittadini ad una buona amministrazione urbana, nel rispetto dei vincoli giuridici esistenti in materia di aiuti di Stato ed agevolazioni fiscali, sia di fonte europea che nazionali.

Ebbene, grazie a quel lavoro pubblicato nel 2006<sup>1</sup> ed una serie di successivi incontri cui fui invitata a partecipare organizzati da un Tavolo di partenariato istituzionale costituito per formulare proposte a favore del Mezzogiorno (cd. *Tavolo SUD*), oltre che presso il Dipartimento dello Sviluppo Economico del Ministero allora competente (era il Governo Prodi), si arrivò alla proposta, tradottasi poi nella sperimentazione adottata con la Legge finanziaria del 2007, d' un “*regime di aiuto*” collegato all'insediamento di imprese in determinate zone delle città caratterizzate da elevato degrado urbano e sociale allo scopo di favorire (*finalmente*) l'attuazione delle *politiche sulle città*.

Per non incorrere nel divieto di Aiuti di Stato posto dal Trattato UE, le agevolazioni concedibili si sarebbero dovute disciplinare, identicamente a quanto avvenuto in Francia, in conformità e nei limiti previsti dagli Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale (2007 – 2013) alle imprese insediate in Zone franche urbane del Mezzogiorno d'Italia. Con la norma istitutiva (art. 1, comma 340 e ss. L. n. 296/2006) e le modifiche apportate nel 2008 (L. 247/2007) venne meglio definito l'obiettivo del regime di aiuti diretto a “*contrastare fenomeni di esclusione sociale negli spazi urbani e favorire l'integrazione culturale e sociale*” e, più correttamente rispetto ai vincoli del Trattato UE (art. 107, par. 3, lett. a) e c), i benefici vennero estesi alle ZFU ricadenti nelle aree del Centro-Nord d'Italia.

<sup>1</sup> P. COPPOLA, “*La competitività fiscale: ipotesi e prospettive*”, edito da CCHIAA di Napoli e Unione degli industriali di Napoli, 2006; ID, *Il fisco come leva ed acceleratore delle politiche di sviluppo*, Padova, 2012, p. 279 ss.

Dopo il lungo lavoro di costruzione della proposta e della procedura di autorizzazione dell'aiuto che vide coinvolti il Governo dell'epoca (Tremonti), il CIPE, Il MISE ed il Dipartimento dello sviluppo economico, nonché le Regioni interessate, i soggetti beneficiari degli aiuti, come in Francia, vennero individuati nelle imprese e micro imprese (come definite dalla Raccomandazione n. 2003/361/CE del 6 maggio 2003), con esclusione di quelle operanti nei settori cd. sensibili che *“iniziano una nuova attività economica nel periodo compreso tra il 1 gennaio 2008 al 31 dicembre 2012 in una determinata ZFU”*, mentre quelle già esistenti sul territorio avrebbero potuto eventualmente godere degli stessi benefici nei limiti posti del Regolamento sugli aiuti *“de minimis”*. I siti eligibili, come nel dispositivo francese, vennero individuati nei soli quartieri o circoscrizioni delle città caratterizzate da *“elevato degrado urbano e sociale”* misurato da appositi indicatori che furono stabiliti dal CIPE e del Dipartimento del ministero dello Sviluppo che portarono all'individuazione di n. 22 ZFU nei territori *“svantaggiati”* del Mezzogiorno e del Centro-nord d'Italia<sup>2</sup>.

Quanto alle agevolazioni fiscali e contributive, si elaborò un sistema di esoneri in materie di imposte dirette, l'IRAP, ICI e contributi, *limitato, graduale e decrescente nel tempo* e, soprattutto, *proporzionato* alle dimensioni dei soggetti beneficiari, come imposto dai vincoli del Trattato UE<sup>3</sup>. Per questi motivi e tenuto conto della rilevanza degli obiettivi perseguiti nell'interesse comune agli Stati membri (politica di coesione), la Commissione ha autorizzato il sistema di agevolazioni collegato alle ZFU italiane con la Decisione n. C-8126 dell'ottobre del 2009 con motivazioni analoghe a quelle sostenute nel caso francese<sup>4</sup>, dopo aver appurato che le misure previste si presentavano *“tali da non alterare le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse”*.

Insomma, si era pervenuti anche in Italia ad un regime di aiuti *“selettivo”* per premiare le sole iniziative economiche *“coerenti”* con le finalità e le strategie di sviluppo fatte proprie dalle città in riferimento al loro territorio.

<sup>2</sup> Successivamente, dopo l'evento sismico dell'Aquila, anche questo Comune è stato individuato come ZFU ad opera del cit. DL 28 aprile 2009, n. 39 conv. nella L. n. 77/2009.

<sup>3</sup> Come si legge negli orientamenti espressi dalla Commissione europea proprio in materia di *“Aiuti di Stato a finalità regionale”* (98/C 74/06). Anche per gli aiuti Settoriali, la Commissione della Commissione, anche per questa tipologia di aiuti, deve trattarsi di un sostegno che viene concesso nell'interesse dell'Unione europea (efficacia); le risorse devono manifestarsi essenziali per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato (indispensabilità) e devono essere parametrati in una misura strettamente necessaria (proporzionalità). Gli aiuti in questione non devono in ogni caso comportare ingiustificati vantaggi nei confronti dei concorrenti, devono essere temporanei, digressivi e non ripetibili e devono essere comunicati e contabilizzati secondo procedure chiare e trasparenti (trasparenza).

<sup>4</sup> Decisione Commissione n. 159/96 del 23 aprile 1006 (prime 44 ZFU francesi); decisione n. 211/2003 del 16 dicembre 2013 (seconde 41 ZFU); decisione n. 70/A/2006 del 22 giugno 2006 (ultime 15).

Come tutti “i progetti”, il buon esito del meccanismo ZFU, dopo il successo rappresentato dall'autorizzazione preventiva, sarebbe dipeso dalla consecuzione logica e fattuale della fase di “ideazione” a quella della “realizzazione” e della “misurazione di risultati”. Questo è quello che era (sembrava essere) nelle intenzioni degli attori istituzionali coinvolti nel meccanismo.

Ed invece, malauguratamente, non soltanto si è arrivati a sopprimere le risorse stanziare per la concessione dell'originario meccanismo agevolativo (nonostante l'autorizzazione ricevuta dalla UE) nel 2010<sup>5</sup>, ma – dopo il succedersi di una serie di norme con sostituzione del regime con ipotetici vantaggi di natura amministrativa e semplificazioni burocratiche – si è giunti oggi, con il cit. art. 37 del DL n. 179/2012, alla “trasformazione” delle misure agevolative in (soli) aiuti in *de minimis*, contingentati e parametrati, quindi, ad un dato ammontare fruibile in un limitato arco temporale nei limiti delle risorse PAC stanziare a copertura.

## **2. Le attuali agevolazioni fiscali e contributive collegate alle ZFU in *de minimis*.**

Con il cit. art. 37 del DL 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221 e successivo DM del 10 aprile 2013<sup>6</sup> è stato disposto, infatti, che: “*la riprogrammazione dei programmi cofinanziati dai Fondi Strutturali 2007-2013 oggetto del PAC, nonché la destinazione di risorse proprie regionali, possono prevedere il finanziamento delle tipologie di agevolazioni originariamente stabilite dalle lett. da a) a d) del comma 341 della L. n. 296/2006*”.

Di conseguenza, le esenzioni fiscali e contributive in origine elaborate come leva di sviluppo per le originarie ZFU per il perseguimento di una definita *mission*, sono diventate concedibili, senza alcun obiettivo strategico, in favore di qualunque impresa di micro e piccola dimensione, purchè però ricadente nei territori in cui risultano situate le originarie ZFU, delle sole regioni dell'Obiettivo Convergenza, oltre che nel territorio identificato nella provincia di Carbonia-Iglesias nell'ambito dei programmi di sviluppo e degli interventi compresi nell'accordo di programma "Piano Sulcis"(comma 4-bis), art. 37 cit.).

Le ZFU agevolabili risultano, pertanto, quelle già selezionate nella delibera CIPE n. 14/2009 ricadenti nelle Regioni Campania, Calabria, Sicilia e Puglia, nonché quelle non selezionate, ma che vennero ritenute ammissibili nella relazione istruttoria allegata alla

<sup>5</sup> Ad opera dell'art. 43, del DL n. 78/2010.

<sup>6</sup> Decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

medesima delibera, cui vanno aggiunte quelle individuate dalla Regione Sicilia con propria legge Regionale n. 11 del 12 maggio 2010 secondo gli stessi criteri nazionali, e quelle riferite al territorio del Sulcis. Le Regioni interessate avranno, la possibilità di partecipare alla formulazione dei bandi e, soprattutto, avranno l'opportunità di implementare le dotazioni stanziata a valere dal PAC (*terzo aggiornamento*) con risorse proprie e di destinare parte delle risorse con "riserve finanziarie di scopo"; il che dovrebbe (potrebbe) far sperare nella "finalizzazione" dell'intervento ad obiettivi strategici locali.

Ma, è evidente che progettare la concessione di aiuti di Stato (fiscali) collegati all'insediamento di un'impresa in una determinata ZFU è qualcosa di assai diverso dall'erogare meri aiuti in *de minimis* ad imprese e/o professionisti e per di più solo a quelli "collocati" in un dato territorio, come invece, malauguratamente, si è scelto di fare.

La "trasformazione" delle agevolazioni fiscali e contributive previste, in origine, per il regime delle ZFU in meri aiuti in *de minimis* avrebbe dovuto implicare, invero, il solo rispetto dei beneficiari dell'ammontare fruibile (200.000,00 in tre esercizi), non potendo in alcun modo rilevare la finalità, lo scopo dell'azione. Di qui l'irragionevolezza ed incoerenza di circoscrivere la concessione degli aiuti a determinate "zone" urbane, senza per di più fissare un obiettivo, la finalizzazione dell'intervento.

### **3. L'incoerenza della misura alla luce della finalità promozionale dell'originario sistema agevolativo: l'attuazione delle politiche urbane europee.**

La delimitazione dei quartieri urbani in determinate (ZFU), la cd. *zonizzazione*, aveva (ed avrebbe avuto) un gran senso secondo le linee ispiratrici del meccanismo agevolativo originario, invero, qualora "la città" fosse stata assunta come "attrattore di investimenti?" purché cioè si fossero volute attuare azioni di valorizzazione del territorio per indurre imprese, nazionali o estere, ad entrare in quel dato spazio e concentrare e rafforzare i propri investimenti nel rispetto dell'obiettivo della politica di coesione, di rilanciare le città come volani di sviluppo.

Ci sarebbe voluto, quindi, *un progetto di politica urbana*, opportunamente concertata a livello comunale con la partecipazione degli *stakeholders* (cittadini, imprenditori, associazioni di categoria, amministratori locali) che avrebbe dovuto approdare ad una "delimitazione di quartieri caratterizzati da disagio sociale ed economico della città", in modo da concentrare e ben utilizzare fondi (pubblici), come si era, del resto, progettato e proposto per il buon esito del dell'originario regime d'aiuto che, per questo (unico) motivo, del resto, è stato autorizzato dalla Commissione UE.

Ebbene, nulla di tutto questo può avvenire col “nuovo” dispositivo agevolativo “sulle ZFU”. L’aiuto in *de minimis* va ricordato, è sempre un aiuto *selettivo* che, tuttavia, per il suo limitato ammontare e il limitato arco temporale, è (deve essere) accessibile da chiunque lo richieda, a nulla potendo rilevare, quindi, il luogo fisico (quartieri) o la modalità di svolgimento dell’attività

C’è da chiedersi, dunque, il perché dei limiti e vincoli di insediamento posti al trasformato regime di aiuti, soprattutto tenendo presente anche l’esiguità delle risorse che andranno assegnate ai beneficiari chiamati, tutti, a partecipare ai prossimi emanandi bandi.

Di qui l’incoerenza, l’assurdità e l’irragionevolezza di “evocare”, attraverso il richiamo nella riprogrammazione dei fondi PAC alle originarie agevolazioni concedibili secondo i commi 340 e ss della L. n. 296/2006, le (complesse) e finalizzate modalità di utilizzo dell’aiuto in termini di esoneri (*graduali, decrescenti, proporzionati, ecc.*) in materia di IRES/IRPEF, IMU e contributi<sup>7</sup> atteso che i beneficiari, ove dovessero essere assegnatari dell’aiuto, potrebbero in ogni caso liberamente scegliere di utilizzare le somme ricevute nel solo rispetto del plafond individuale di aiuti disponibile.

---

<sup>7</sup> Si veda l’originario art. 1, commi 340 e ss L. n. 296/2006 e l’identica formulazione degli aiuti come illustrati nella circolare 30.9.2013 per le attuali agevolazioni in *de minimis*.

## Note in tema di comportamenti compiuti allo scopo di evadere l'iva e l'imposta sui redditi

di Riccardo Zampaglione

### “La rilevanza penale della Elusione fiscale”

Corte di Cassazione, sezione penale, 23 maggio 2013 n.36894, depositata in cancelleria il 09 settembre 2013. Presidente Zecca; B.l. D.G.A. e D.G.P.;(difensori dei ricorrenti Avv. Sepe e Avv. Stile)c. agenzia delle entrate

**Sommario:** introduzione -1.il caso sottoposto al vaglio della corte, lo svolgimento del processo e i motivi della decisione. – 2. Confini tra elusione ed evasione. – 3. La disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto. - 4.rapporto di specialità tra Delitti, criminalità contro il patrimonio(la truffa) e fattispecie penali tributarie in materia di frode fiscale.- 5. Osservazioni conclusive

#### Introduzione:

La suprema corte di cassazione con la sentenze n. 36894 è intervenuta con un attenta riflessione sulla questione della rilevanza penale della Elusione in materia fiscale, e non può dirsi, al riguardo, che la giurisprudenza penale si sia mai espressa in modo completo; Infatti alcune decisioni si sono mostrate contrarie alla rilevanza penale dell'elusione fiscale, invece, due decisioni della terza sezione si sono espresse in modo favorevole. La sentenza in commento, invece, si è pronunciata in modo affermativo riguardo alla configurabilità o meno del reato di infedele dichiarazione ex *art. 4, D.Lgs. n. 74/2000* contestato alla società indagata a seguito di una verifica fiscale a carico della stessa.

#### 1. il caso sottoposto al vaglio della Corte, lo Svolgimento del processo e i motivi della decisione

-Con la sentenza in oggetto la Corte affronta il caso in cui, a seguito di decreto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente il Gip del tribunale di Roma sottoponeva a vincolo una serie di beni di proprietà di B.l., D.G.A. D.G.P. e D.G.M, per i reati di raccolta abusiva del risparmio, di false comunicazioni sociali, di truffa, riciclaggio nonché di reati tributari con l'aggravante di aver posto in essere le attività criminali in più di uno stato. La giurisprudenza di legittimità, nel caso in esame, ha escluso la rilevanza penale delle condotte poste in essere dalle imputate.

Gli indagati proponevano ricorso deducendo due motivi:

A) Violazione art. 606 c.p.p. lett. b con riferimento alla in configurabilità del reato di elusione fiscale. Alla società indagata è contestato il reato di dichiarazione infedele, rilevato dall'Agenzia delle entrate, a seguito di controlli, che aveva segnalato un'operazione contraddistinta dal carattere elusivo e consistente nella cessione di partecipazioni dalla DEIULEMAR compagnia di navigazione s.p.a. alla DEIULMAR holding s.p.a; l'operazione era stata realizzata attraverso una compravendita e non mediante conferimento di beni in natura, il tutto all'evidente ed unico scopo di permettere la detassazione dei dividendi distribuiti dalla DEIULMAR compagnia di navigazione.

La ricorrente riteneva doversi escludere la rilevanza penale dell'elusione fiscale, poiché la prova della responsabilità in campo penale si forma in maniera del tutto diversa rispetto alla formazione della prova dell'evasione tributaria. Infatti, mentre l'amministrazione finanziaria può ricorrere a presunzioni, il giudice penale deve motivare in ordine alle ragioni per le quali i dati della verifica effettuata in sede fiscale sono stati ritenuti attendibili. È da considerare poi il dolo specifico, richiesto ai fini della punibilità dei debiti tributari, incompatibili con la struttura psicologica del fenomeno elusivo.

B) violazione art. 606 c.p.p. lett. c *artt. 321 e 324 c.p.p.*; il Tribunale del riesame non ha preso in esame la nota tecnica redatta dal Dott. N. P., mediante la quale si intendeva escludere nell'operazione di cessione delle partecipazioni una operazione elusiva

Gli altri indagati affidano il ricorso a due motivi:

A) violazione *dell'art. 606 c.p.p.*, lett. C, relazioni *art. 125 c.p.p.*, comma 3, *artt. 321 e 324 c.p.p.*, in relazione alla insistenza del cosiddetto giudicato cautelare. I ricorrenti rappresentavano di aver depositato una memoria difensiva, con la quale si evidenziava l'inconfigurabilità del delitto di truffa loro scritto, ma che il Tribunale si è sottratto all'obbligo motivazionale ritenendo la questione preclusa dal cosiddetto giudicato cautelare. Il ricorrente segnalava il più recente orientamento della Suprema Corte, secondo il quale giudicato cautelare copre soltanto il dedotto e non anche il deducibile, per cui opera esclusivamente *rebus sic stantibus*; ciò sta a significare che non poteva ignorare la consulenza tecnica a firma del dottor N..

In ogni caso i fratelli D.G. non sono mai venuti in possesso, nemmeno per il tramite dei trust dei quali sono disponenti, dei dividendi distribuiti dalla DEIULEMAR Shipping s.p.a..

B) violazione *dell'art. 606 c.p.p.*, lett. B, in relazione agli *artt. 1 e 640 c.p.*, *artt. 13, 25, 27 e 111 Cost.*. "È configurabile un rapporto di specialità tra le fattispecie penali tributarie in materia di frode fiscale (*D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, artt. 2 ed 8*) ed il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato (*art. 640 c.p.*, comma 2, n. 1), in quanto qualsiasi condotta fraudolenta diretta alla evasione fiscale esaurisce il proprio disvalore penale all'interno del quadro delineato dalla normativa speciale, salvo che dalla condotta derivi un profitto ulteriore e diverso rispetto all'evasione fiscale, quale l'ottenimento di pubbliche erogazioni"<sup>276</sup>.

Ciò impedisce di ascrivere anche il titolo di truffa ai danni dello Stato, per quelle condotte che sono previste e sanzionate dal *D.Lgs. n. 74 del 2000*.

Motivi della decisione e considerazioni di diritto

A. Il ricorso è infondato.

a.a) Il primo motivo proposto nell'interesse di B.L., con il quale si contesta la rilevanza penale dell'elusione fiscale, è infondato.

Il tema è stato ed è tuttora oggetto di attenta riflessione di questa Corte, anche se si è osservato che "sulla questione della rilevanza penale dell'elusione in materia fiscale non può dirsi che la giurisprudenza penale della Corte di Cassazione si sia espressa compiutamente"

a.b) In senso contrario alla rilevanza penale dei comportamenti elusivi si sono espresse alcune decisioni, sia pure senza approfondirne le motivazioni; ad es. *suprema corte*<sup>277</sup> ha affermato che, in linea di principio, la violazione delle norme antielusive non comporta conseguenze di ordine penale; in altra decisione la *suprema corte*<sup>278</sup>, richiamando la

<sup>276</sup> Cass. Sez. Unite 28 ottobre 2010 n. 1235

<sup>277</sup> Cass. Sez. V 18 maggio 2006 n. 23730

<sup>278</sup> Cass. Sez. III, 26 novembre 2008 n. 14486

giurisprudenza della Corte di giustizia Europea<sup>279</sup>, secondo la quale "la scelta della sede di una società di uno Stato membro - soltanto per usufruire di una normativa più favorevole - non costituisce esercizio abusivo del diritto di stabilimento di cui all'art. 43 e ss. del Trattato CE", nega valore probatorio alle presunzioni tributarie, incompatibili con l'accertamento penale, anche se utilizzabili in campo tributario, come strumento di accertamento semplificato nel contrasto all'evasione fiscale".

a.c.) Più convincenti risultano però le decisioni favorevoli alla rilevanza penale della condotta elusiva.

Vengono in rilievo innanzi tutto due decisioni della Terza Sezione.<sup>280</sup>

La prima ha affermato la sussistenza del delitto di dichiarazione infedele, punito dal *D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 4*, anche in presenza di una condotta elusiva rientrante tra quelle previste dal *D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 37 bis*, quando tale condotta, risolvendosi in atti e negozi non opponibili all'Amministrazione finanziaria, comporti una dichiarazione infedele per la mancata esposizione degli elementi attivi nel loro effettivo ammontare); la seconda ha ammesso la configurabilità dell'omessa dichiarazione<sup>281</sup> con riferimento ad una società avente residenza fiscale all'estero, ma che non possedeva un legame con il territorio di quello Stato, essendo priva di un'organizzazione di uomini e mezzi idonea ad operare in loco in piena autonomia gestionale ed aveva affidato la cura dei propri affari in territorio italiano ad altra struttura<sup>282</sup>

a.d. Con riferimento al delitto di dichiarazione infedele, contestato all'indagata, particolarmente convincente è il ragionamento seguito dalla corte, la quale nel ribadire che i reati tributari di dichiarazione infedele o di omessa dichiarazione possono essere integrati anche dalle condotte elusive ai fini fiscali che siano strettamente riconducibili alle ipotesi di elusione espressamente previste dalla legge, ovverossia quelle di cui al *D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37, comma 3*, e art. 37 bis.

B) Anche il secondo motivo proposto nell'interesse dell'indagata società è infondato.

Si contesta l'omessa considerazione della consulenza difensiva redatta dal Dott. N.P., con la quale si voleva dimostrare l'insussistenza di una operazione elusiva. Orbene, la censura non coglie nel segno, poichè a pagina 10 dell'ordinanza le deduzioni sono espressamente confutate, individuando i tre passaggi chiave dell'operazione elusiva: l'iniziale cessione integrale della partecipazione in "DEIULEMAR Compagnia di navigazione" s.p.a., da parte dei soci controllanti, nei confronti della DEIULEMAR Holding s.p.a., riconducibile ai medesimi soggetti, realizzando una vendita a se stessi; la retrocessione dei dividendi percepiti dalla DEIULEMAR Compagnia di navigazione" s.p.a. e dalla DEIULEMAR Holding s.p.a. in favore dei soci controllanti, a seguito della loro imputazione al prezzo dovuto in relazione al contratto di compravendita di azioni;

la sottrazione dei dividendi all'imposizione diretta, attraverso l'omessa dichiarazione.

C. Ugual sorte merita il primo motivo di ricorso proposto dagli altri indagati, nel quale si contesta il ricorso alla figura del giudicato cautelare da parte del Tribunale del riesame, poichè, come si è detto, la consulenza Nagar non è stata in concreto ignorata.

<sup>279</sup> sentenza 9.3.1999, C-212/97, Centros

<sup>280</sup> Sez.III,n.29724 del 26/05/2010, castagnata,Rv.248109

<sup>281</sup> *D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 5*

<sup>282</sup> Cass.Sez. 2, n. 7739 del 22/11/2011 - dep. 28/02/2012, Gabbana, in motivazione.



D. Quanto poi al secondo motivo, che richiama l'insegnamento delle Sezioni Unite Giordano, circa l'inconfigurabilità del delitto di truffa in presenza dell'illecito tributario, va rilevato che agli indagati D.G.A., D.G.P. e D.G. M., diversamente che a B.L. (capo O della rubrica), non è contestato il delitto di infedele dichiarazione, poichè gli indagati non avevano un autonomo obbligo dichiarativo, sicchè la sottrazione degli utili all'imposizione tributaria, quale risultato dell'interposizione di una serie di schermi societari, quali fittizi titolari della partecipazione societaria, ha sostanziato una vera e propria truffa, non un illecito tributario.

Le Sezioni Unite di questa Corte hanno affermato la specialità del delitto di frode fiscale (*D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, artt. 2 ed 8*) rispetto a quello di truffa aggravata ai danni dello Stato (*art. 640 c.p.*, comma 2, n. 1), sulla base di un confronto fra le fattispecie astratte e non partendo dalla condotta in concreto posta in essere, che nel caso di specie è invece inquadrabile ai sensi *dell'art. 640 c.p.*, comma 2; nella decisione non si afferma un uguale rapporto di specialità tra la fattispecie di dichiarazione infedele e quella di truffa.

E. In conclusione il ricorso a ciascuno degli imputati va rigettato; al rigetto consegue la condanna al pagamento delle spese processuali. Per questi motivi la Suprema corte, in data 23 maggio 2013 in Roma, rigettava il ricorso e condannava i ricorrenti al pagamento ciascuno delle spese processuali.

## **-2. Confini tra elusione ed evasione.**

La *communis opinio* colloca l'elusione fiscale in uno spazio intermedio tra risparmio (lecito) d'imposta ed evasione.<sup>283</sup> L'elusione è una forma di "risparmio" che è conforme alla lettera, ma non alla ratio delle norme tributarie; vi è, dunque, una norma impositiva evitata ed una norma (favorevole) abusivamente applicata. In tal caso, infatti, il contribuente non applica il trattamento fiscale appropriato a quel comportamento, ma applica, indebitamente, una normativa più favorevole. Relativamente al termine "elusione", si osserva che la dottrina e la giurisprudenza consolidata con esso intendono, pacificamente indicare, la situazione in cui il contribuente surroga il regime fiscale appropriato rispetto all'assetto dell'attività sottoposta a tassazione, sostituendolo abusivamente con una normativa fiscale a lui più favorevole. Dunque, in tal modo, può dirsi che il contribuente che elude evita la tassazione più onerosa per beneficiare di quella meno onerosa.

Riguardo, invece, il limite che separa l'elusione dall'evasione si osserva che, quest'ultima è identificabile con la violazione diretta di norme fiscali punita con sanzioni amministrative o penali. L'evasione quindi si verifica quando il contribuente si sottrae in tutto o in parte all'obbligo tributario, mediante l'occultamento dell'imponibile o del presupposto del tributo. In sostanza l'evasione si attua attraverso un comportamento posto in essere in violazione della legge consistente in tutti quei metodi illegali atti a ridurre o eliminare il prelievo fiscale e contributivo.

L'evasione con riferimento alla base imponibile si realizza attraverso un processo di mancata dichiarazione di una parte o di tutto il reddito imponibile (omessa dichiarazione) o attraverso un incremento fittizio dei costi deducibili (deducibili, costi) dai ricavi (simulazione di passività fittizie). Una tipologia di evasione più sofisticata è rappresentata dalla **frode fiscale**, che consiste in una serie di artifici e raggiri volti a celare, con un'apparente veste di

<sup>283</sup> Cfr. G. Tremonti, *autonomia contrattuale e normativa tributaria: il problema dell'elusione tributaria*, Riv.dir. fin. 1986; G. Zizzo, *evasione ed elusione fiscale nella legislazione e nella giurisprudenza degli stati uniti d'America* in Rass. Trib. 1986, I 231

regolarità, fenomeni di evasione delle imposte (per es., l'inserimento in contabilità di fatture d'acquisto false per ridurre l'imponibile).

Evasione è, dunque, sinonimo di illecito (amministrativo o penale) ed è generalmente realizzata occultando il presupposto dell'imposta.

. Quindi rispetto a chi elude una norma tributaria, colui che evade pone in essere il presupposto d'imposta, e poi si sottrae alle conseguenze fiscali che ne derivano. Colui che elude, invece, non pone in essere la fattispecie propria di un dato risultato economico, ma pone in essere una fattispecie equivalente, cui compete un trattamento fiscale più favorevole. L'elusione è posta in essere con strumenti leciti, mentre l'evasione appartiene all'area dell'illecito.

Quindi, si avrà elusione fiscale e non evasione, qualora il contribuente adotti un comportamento che non consiste in una violazione di una specifica disposizione tributaria ma consiste in un comportamento contrario all'ordinamento tributario nel suo complesso.

Si dice che l'elusione fiscale sia un comportamento conforme alla lettera ma non alla ratio della disposizione tributaria.

Secondo l'art. 37 bis del d.p.r. 600/1973 l'elusione fiscale è posta in essere mediante fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti.

Inoltre, si parla di evasione fiscale internazionale quando l'evasione fiscale è attuata tra imprese e società mediante allocazione di utili o di parte del patrimonio aziendale in Paesi con regimi fiscali più favorevoli (paradisi fiscali).

Elusione ed abuso sono nozioni simmetriche. È necessario porre distinzioni concettuali e terminologiche tra elusione (tipizzata) e abuso, altrimenti è difficile cogliere appieno l'**erroneità** in radice – e l'incostituzionalità – dell'idea stessa di una **rilevanza penale** dell'abuso; consistendo questo, per sua stessa natura, in un che di **atipico**, cioè d'incompatibile con la sanzione penale<sup>284</sup>. Non che la possibile, a determinate condizioni, rilevanza penale dell'elusione sia per parte sua scontata (anzi); ma lo è – come si sa – secondo il più recente *trend* giurisprudenziale.

### – 3. La disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto

Il d.lgs. n. 74/2000 ha introdotto un'ulteriore disciplina sui reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto. Infatti, la previgente disciplina<sup>285</sup> prevedeva la repressione dei soli reati prodromici ovvero delle fattispecie criminose propedeutiche ad una successiva evasione il tutto per evitare al giudice penale di procedere all'accertamento dell'imponibile e dell'imposta evasa. Obiettivo della successiva normativa (d.lgs. 74/2000) è, invece, la repressione di comportamenti direttamente lesivi di interessi fiscali. Tra le principali figure criminose si afferma il reato di dichiarazione infedele (art.4) oltre a quello di dichiarazione fraudolenta (art.2.) che diversamente dal primo consiste nella redazione di una dichiarazione non veritiera, volta ad intralciare l'attività di accertamento dell'amministrazione. Dunque, commette tale reato il soggetto che indichi nella dichiarazione annuale elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo o elementi passivi fittizi, al fine di evadere le imposte sui redditi e l'IVA. Il reato si consuma quando fatture o altri documenti posti in essere per

<sup>284</sup> Perspicuamente **F. Mucciarelli**, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, in **G. Maisto** (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 429 e 432.

<sup>285</sup> legge. n.516/82

operazioni inesistenti vengono registrate nelle scritture contabili obbligatorie o sono tenuti a fine di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria. Invece il delitto di dichiarazione infedele è commesso, da chiunque, anche se non obbligato alla tenuta della contabilità, indichi elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo o elementi passivi fittizi in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte il tutto per evadere l'iva o le imposte sui redditi. la Corte ha affermato che il **reato di dichiarazione infedele**, di cui all'art. 4 del D.Lgs. n. 74/2000, può essere integrato in presenza di una **condotta elusiva** (quale quella del meccanismo in parola), finalizzata all'abbattimento degli importi attivi in dichiarazione – vuoi elidendovi componenti positivi, vuoi inserendovi componenti negative “fittizie”<sup>286</sup>.

Ebbene, la Cassazione ammette l'astratta configurabilità del delitto in contestazione (art. 37 bis D.P.R. n.600/73) sulla scorta del semplice ragionamento che la condotta elusiva, «essendosi risolta in atti e negozi non opponibili alla amministrazione, avrebbe comunque comportato una dichiarazione infedele, perché nella stessa gli elementi attivi non sono stati esposti nel loro ammontare effettivo». In una parola, il sillogismo della Corte è basilare: la dichiarazione è fedele quando gli elementi attivi e quelli passivi sono indicati nel loro ammontare *effettivo*; gli atti e i negozi elusivi non sono opponibili alla amministrazione e dunque *tamquam non essent*; la dichiarazione che di essi tenga conto è infedele perché calcola gli elementi attivi e quelli passivi sulla base di operazioni che non devono essere valutate a fini tributari.<sup>287</sup>

La sentenza D&G è la prima ad affrontare, in maniera diretta, il tema della rilevanza penale dell'elusione tributaria. Essa, però, è destinata a non soddisfare chi da tempo si aspettava che la Suprema Corte facesse chiarezza una volta per tutte sul tema, offrendo finalmente soluzioni convincenti ed un'impostazione organica.

In ogni caso la pronuncia in discorso si limita ad elencare le tre argomentazioni analizzate in precedenza invece di inquadrare il problema in chiave realmente penalistica ed in modo complessivo. Come meglio vedremo in seguito, peraltro, ciascuna di esse corrisponde semplicemente ad una delle discrepanti opinioni rispetto a tre dei molteplici temi controversi, su cui si gioca, da qualche anno, la battaglia tra i sostenitori e gli oppositori della rilevanza penale dell'elusione fiscale.<sup>288</sup>

È anomalo, che la Suprema Corte non dia nemmeno conto delle opinioni divergenti che agevolmente permettono di mettere in discussione ciascuno dei tre argomenti sfruttati in motivazione.

<sup>286</sup> Sul punto vedi, *Cass., Sez. III pen., 31 luglio 2013, n. 33184; Cass., Sez. III pen., 31 luglio 2013, n. 33187.*

<sup>287</sup> Il ragionamento - è condiviso da una parte della dottrina. Per un'identica impostazione del problema, si veda subito **A. Martini**, *Reati in materia di finanze e tributi*, in C.F. **Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro** (a cura di), *Trattato di diritto penale*, vol. XVII, Milano, 2010, 392 ss. e spec. 400: «Laddove la normativa sancisce il non riconoscimento da parte dell'amministrazione finanziaria degli effetti favorevoli di siffatte prassi o la rideterminazione dei corrispettivi alla luce del valore di mercato delle cessioni operate, afferma altresì un dato elementare: che la dichiarazione avrebbe dovuto avere contenuti diversi da quelli che rivela, ovvero che essa deve considerarsi infedele».

<sup>288</sup> Ciò ovviamente con riferimento alla nuova formulazione della fattispecie in discorso. Per un breve *excursus* storico circa il rilievo della problematica sotto la vigenza della vecchia disciplina legislativa, cfr. **A. Lanzi - P. Aldrovandi**, *Manuale di diritto penale tributario*, Padova, 2011, 163 ss.

Partendo dal primo, infatti, va ricordato come esso faccia riferimento all'*art. 1, lett. f), D.Lgs. n. 74/00*, il quale, indicando come imposta evasa «la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione», porterebbe una definizione talmente ampia da includervi anche l'imposta *elusa*. Se il contribuente non avesse realizzato condotte elusive - ovviamente - più alta sarebbe stata l'imposta autoliquidata, ovverossia quella *effettivamente* dovuta al fisco.<sup>289</sup>

A questa tesi, però, se ne contrappone da sempre una di segno contrario. Quest'ultima, considera che l'imposta elusa non potrebbe essere ricondotta alla definizione relativa all'imposta evasa. Questo perché l'imposta *elusa* non è affatto un'imposta *dovuta*, essendo, invece, un'imposta *pretesa* o comunque *prevista* dall'erario. Giustappunto il contribuente è tenuto a versare l'imposta autoliquidata in base alle operazioni (anche elusive) effettuate e dunque *effettive*, quelle che hanno determinato i valori della dichiarazione fiscale. Solo il successivo intervento dell'amministrazione finanziaria, che giustifichi le condotte elusive, è idoneo a definire un (nuovo) dovere patrimoniale del contribuente.<sup>290</sup>

Al riguardo se si ragionasse in maniera diversa, si arriverebbe a contraddizione e a quella "discrasia deontologica": in sede di autoliquidazione dell'imposta dovuta, il contribuente sarebbe infatti chiamato a dichiarare il "falso", indicando non gli elementi attivi e passivi reali, ma quelli ricavabili dall'ipotetica applicazione delle norme antielusive.<sup>291</sup>

Riguardo la rilevanza penale dell'elusione fiscale e l'irrilevanza penale dell'abuso del diritto nell'orientamento giurisprudenziale si osserva che tanto nel fenomeno abusivo del diritto quanto in quello sinceramente elusivo i comportamenti rilevanti consistono e si esauriscono in comportamenti di per sé leciti e atipici, l'illustrazione dei quali non manifesta alcun avanzo rispetto all'effettività della situazione reale, che come tale non è in alcun modo né occultata né dissimulata, ma pienamente rilevata, indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica.<sup>292</sup>

La categoria dell'abuso del diritto, in quanto principio generale dell'ordinamento, è complessivamente estranea al mondo del diritto penale. La natura essenzialmente atipica del comportamento costituente l'abuso del diritto si pone in contrasto con il corollario della necessaria tipicità di qualunque fattispecie penalmente sanzionata; per altro verso la provenienza del fatto costitutivo dell'abuso del diritto da un'interpretazione analogica necessariamente *in malam partem* espone all'evidenza la contraddizione rispetto al corollario

<sup>289</sup> Questo ragionamento, ripreso dalla Corte nella sentenza D&G, era stato già paventato, in fase di prima interpretazione del dettato normativo, da F. Gallo, *Rilevanza penale dell'elusione*, in *Rass. trib.*, 2/2001, 325, seguito poi da copiosa dottrina.

<sup>290</sup> Per una chiara esposizione di questo orientamento di segno inverso, cfr., *ex multis*, **G.M. Flick**, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: quale rilevanza penal*, in *Giur. comm.*, 2011, 477/I e **A. Marcheselli**, *Numerosi e concreti ostacoli si contrappongono alla punibilità di elusione fiscale e abuso del diritto*, in *GT*, 10/2011, 855 ss

<sup>292</sup> *Cass.*, 25.5.2009, n. 12042, in *Boll. Trib. informaz.*, 2009, 1223, con nota di Brighenti, *Abuso del diritto: sì al recupero dell'imposta, no alle sanzioni*; in *Corriere trib.*, 2009, 1992, con nota di Marcheselli, *Elusione e sanzioni: una incompatibilità logico giuridica*; in *Dir. e prat. trib.*, 2010, II, 627, con nota di **L.R. Corrado**, *Accertamento dei redditi in base alle scritture contabili e percentuali di carico*; e in *Giust. civ.*, 2010, I, 1460.

Cfr. C. Giust. CE, 21.2.2006, causa C-255/02, cit.

Così *Cass.*, 4.11.2011, n. 22994, in *Riv. giur. tributaria*, 2011, 13.

della riserva di legge, dal quale, infatti, deriva il divieto di analogia *in malam partem* vigente in materia penale.<sup>293</sup>

Conclusiva appare poi la considerazione che il trattamento sanzionatorio riservato dal legislatore al fatto descritto dall'art. 37 *bis* non consiste in una sanzione criminale, bensì nelle «sanzioni» derivanti dall'inopponibilità. Proprio questo profilo permette di ritenere che soltanto l'esistenza di una specifica fattispecie sanzionata penalmente permetterebbe di affermare che l'elusione fiscale può dar luogo a un reato: «lo strumento sanzionatorio, non le materie sottoposte a disciplina, in buona parte comuni ad altri rami del diritto pubblico e privato, individua e contraddistingue il diritto penale nell'ambito dell'ordinamento».<sup>294</sup>

Così la norma incriminatrice della dichiarazione infedele *ex* art. 4, d.lg. n. 74/2000 richiede, per la sussistenza del fatto punibile, il compimento di condotte caratterizzate sul piano oggettivo in termini di illiceità, che il legislatore tipizza nella forma di un'omissione ovvero di una manifestazione fittizia, forme entrambe caratterizzate da un elemento non veritiero, elemento che risulta essere assente nei fenomeni dell'abuso del diritto e dell'elusione fiscale.<sup>295</sup>

In questo senso si collocano la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria che negano ogni rilevanza penale all'elusione fiscale sul rilievo essenziale che essa comprende tutti quei «comportamenti perfettamente regolari da un punto di vista formale, la cui maliziosità si esprime nell'assenza di una valida ragione commerciale o economica dell'operazione e nell'emergere di un esclusivo fine di sottrarsi all'imposizione tributaria».<sup>296</sup>

L'obiettivo dell'elusione viene raggiunto attraverso l'adozione degli istituti fiscali e degli schemi negoziali, validamente e regolarmente documentati all'amministrazione finanziaria, alla quale non è celato alcun passaggio. Nell'elusione non vi è costruito alcun comportamento materiale, ma soltanto della veste giuridica: la piena aderenza tra voluto e realizzato per ciò solo esclude quell'alterazione della realtà esterna tipica dell'elemento ingannevole, che è invece necessario per integrare quel «*minimum* di attitudine all'inganno nei confronti del Fisco»,<sup>297</sup> che comunque deve connotare la condotta del reato di dichiarazione infedele, fattispecie sanzionatoria di comportamenti corrispondenti all'occultamento materiale, prima ancora che giuridico, del fatto imponibile e, dunque, a fatti che sembrano corrispondere a semplici fenomeni di evasione d'imposta.

Inoltre, non si può ritenere che le ipotesi di elusione e/o abuso possano essere sanzionate con altre norme previste dal d.lg. n. 74/2000.

Il carattere fittizio delle operazioni di cui il contribuente si avvale per ottenere il vantaggio tributario è richiesto innanzitutto, nell'economia del reato di cui all'art. 2, d.lg. n. 74/2000 (dichiarazione mediante fatture o altri documenti per operazioni inesistenti) e nelle ipotesi del delitto di cui all'art. 8, che rappresenta la fattispecie di cui all'art. 2, vista dal lato dell'emittente.

<sup>293</sup> Cfr. **G. Corasaniti**: contrasto all'evasione e all'abuso del diritto nell'ordinamento tributario.

<sup>294</sup> Così **C. Pedrazzi**, *Diritto penale*, in *Digesto pen.*, IV, Torino, 1990, 64

<sup>295</sup> In tal senso cfr. **F. Mucciarelli**, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario*, a cura di **G. Maisto**, Milano, 2009, 451.

<sup>296</sup> Così **Alessandri**, *Elusione fiscale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1075.

<sup>297</sup> Si esprime così la Relazione al d.lg. n. 74/2000

Analoghi requisiti sono posti alla base della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 3, d.lg. n. 74/2000 (dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici), che punisce la condotta di chi indica in dichiarazione elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi. Il fatto che operazioni reali possano configurare il delitto risulta incompatibile, non solo per il riferimento a elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi, ma anche, poiché la disposizione richiede comunque una falsa rappresentazione contabile. Questa difformità tra rappresentazione documentale e realtà materiale (circa l'oggetto o i soggetti dell'operazione) è, per definizione, assente quando l'operazione sia reale. Ne consegue che i delitti di cui sopra appaiono inconfigurabili nelle ipotesi in cui, secondo il corretto inquadramento delle fattispecie, ricorrano gli estremi di operazioni effettive.<sup>298</sup>

La Corte di Cassazione, aveva ritenuto che «il risparmio fiscale non è riconducibile ad alcuna fattispecie incriminatrice del d.lg. n. 74/2000, ancorché riconosciuto inopponibile allo Stato-Erario *ex art. 37 bis, d.p.r. n. 600/1973* e successive modificazioni»<sup>299</sup>.

In relazione a tale orientamento, tuttavia, è importante considerare che di recente sono state depositate due sentenze della Corte di Cassazione, sez. penale, che hanno modificato e fatto chiarezza circa la rilevanza penale dei fenomeni elusivi e abusivi.

La prima sentenza della Cassazione penale,<sup>300</sup> la quale, sebbene in sede di impugnazione di provvedimenti cautelari, ha statuito che il reato di cui all'art. 4, d.lg. n. 74/2000 è configurabile anche in presenza di una condotta elusiva rientrante tra quelle previste dall'*art. 37 bis, d.p.r. n. 600/1973*, quando tale condotta, risolvendosi in atti e negozi non opponibili all'Amministrazione finanziaria, comporti una dichiarazione infedele per la mancata esposizione degli elementi attivi nel loro effettivo ammontare.<sup>301</sup>

Successivamente, la Corte di Cassazione, sez. penale, in una recentissima sentenza, si è espressa compiutamente sulla questione della rilevanza penale dell'elusione tributaria.<sup>302</sup>

La Suprema Corte, in primo luogo, pone a sostegno della rilevanza penale della condotta elusiva l'art. 1, lett. f, d.lg. n. 74/2000. Esso, infatti, fornisce una definizione molto «ampia di imposta evasa... idonea ad includervi anche l'imposta elusa, che è, appunto, il risultato della differenza tra un imposta effettivamente dovuta, cioè quella della operazione che è stata elusa, e l'imposta dichiarata, cioè quella auto liquidata sull'operazione elusiva».

Secondariamente è valorizzato l'art. 16, d.lg. n. 74/2000, il quale dispone che non dà luogo a fatto punibile la condotta di chi, «avvalendosi della procedura stabilita dall'*art. 21, commi 9 e 10, della legge 30 dicembre 1991, n. 413*, si è uniformato ai pareri del Ministero delle finanze o del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive previste dalle medesime disposizioni».

Successivamente, però, viene fatta una precisazione molto importante, secondo la quale «non qualunque condotta elusiva ai fini fiscali può assumere rilevanza penale, ma solo quella che corrisponde ad una specifica ipotesi di elusione espressamente prevista dalla legge».

<sup>298</sup> Si esprime così la Relazione al d.lg. n. 74/2000

<sup>299</sup> Cass.sez. penale, 7.7.2006

<sup>300</sup> Per un commento si rinvia a Marcheselli, *Numerosi e concreti ostacoli si contrappongono alla punibilità di elusione fiscale e abuso del diritto*, in *Riv. giur. tributaria*, 2011, 852.

<sup>301</sup> Cass. Sez.pen 7.7.2011, n. 26723

<sup>302</sup> Cass. Sez. pen. 28.2.2012, n. 7739



È, inoltre, precisato che «una responsabilità penale può discendere solo dalla positiva ricostruzione da parte del giudice penale di tutti gli elementi della fattispecie di reato e non anche dal fallimento della prova contraria offerta dal contribuente; il tutto anche con distacco dalle risultanze e dalle conclusioni dell'accertamento tributario, dando prevalenza al dato fattuale rispetto ai criteri di natura meramente formale che caratterizzano l'ordinamento tributario».

Anche per quel che riguarda la prova dell'elemento psicologico del reato che deve poter essere positivamente riscontrato dal giudice e che deve essere costituito dal fine di evadere le imposte sui redditi, La Corte, precisa, che «una strada... per poter sostenere la buona fede e, quindi, l'insussistenza del reato per mancanza di dolo, è quella di richiedere l'applicazione dell'art. 15, d.lg. n. 74 del 2000, il quale dispone che... non danno luogo a fatti punibili ai sensi del presente decreto le violazioni di norme tributarie dipendenti da obiettive condizioni di incertezza sulla loro portata e sul loro ambito di applicazione».

In conclusione, alla luce di tale sentenza sembra di poter affermare che i comportamenti elusivi, in presenza di tutti gli elementi richiesti dalla norma penale, ivi incluso il requisito soggettivo, ovvero l'elemento psicologico del reato, possono avere una rilevanza penale qualora detti elementi siano positivamente accertati da parte del giudice ma limitatamente ai casi in cui le condotte elusive siano ex ante qualificate come tali da parte di una norma fiscale, nella specie da parte dell'*art. 37 bis, d.p.r. n. 600/1973* e/o da parte di tutte quelle norme con finalità antielusiva, come ad esempio l'*art. 73, co. 5 bis, t.u.i.r.*

La Suprema Corte, tuttavia, chiarisce che sono escluse da ogni rilevanza penale le condotte qualificate come abusive, dal momento che «in campo penale non può affermarsi l'esistenza di una regola generale antielusiva, che prescindendo da specifiche norme antielusive, così come, invece, ritenuto dalle citate Sezioni Unite civili della Corte Suprema di Cassazione, mentre può affermarsi la rilevanza penale di condotte che rientrino in una specifica disposizione fiscale antielusiva».<sup>303</sup>

-----

#### **-4.rapporto di specialità tra Delitti, criminalità contro il patrimonio(la truffa) e fattispecie penali tributarie in materia di frode fiscale**

In campo penale non può affermarsi l'esistenza di una regola generale antielusiva che prescindendo da specifiche norme<sup>304</sup>, mentre può affermarsi la rilevanza penale di condotte che rientrino in una specifica disposizione fiscale antielusiva<sup>305</sup>. La giurisprudenza prevalente ritiene che sia configurabile un rapporto di specialità tra le fattispecie penali tributarie in materia di frode fiscale ed il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato, in quanto qualsiasi condotta fraudolenta diretta alla evasione fiscale esaurisce il proprio disvalore

<sup>303</sup> In tal senso, cfr. Comm. Trib. Reg. Emilia Romagna, 18.5.2010, n. 52; Comm. Trib. Prov. Salerno, 1.12.2009, n. 378; Comm. Trib. Reg. Toscana, sez. XXVI, 1.4.2009, n. 26; Comm. Trib. Prov. Vicenza, 28.1.2009, n. 6 e Comm. Trib. Prov. Milano, 13.12.2006, n. 278.

<sup>304</sup> Cass. Sez. uni 23 dicembre 2008 n. 30055

<sup>305</sup> Cass. 09 settembre 2013 n. 36894

penale all'interno del quadro delineato dalla normativa speciale, salvo che dalla condotta derivi un profitto ulteriore e diverso rispetto all'evasione fiscale quale l'ottenimento di pubbliche erogazioni. In applicazione di tale principio, la Corte ha escluso la configurabilità del concorso in una fattispecie in cui i giudici di merito avevano risolto affermativamente la questione, attesa la predisposizione di negozi fittizi.<sup>306</sup>

È importante considerare la distinzione tra, il bene (l'interesse) tutelato dal regime fiscale in ordine ai reati tributari, che è individuabile nella corretta percezione del tributo, e (il bene), l'oggetto giuridico del reato contro il patrimonio ed in particolare del reato di truffa anche aggravata nei confronti dello stato. Quest'ultimi tutelano, infatti, diritti soggettivi o interessi a contenuto economico-patrimoniale, facenti capo a persone fisiche o giuridiche, e nell'ipotesi di cui al 640 II comma l'interesse tutelato è lo stato e il suo patrimonio. Ma la dottrina è divisa nell'individuazione del bene giuridico tutelato nel delitto di truffa; Infatti, la dottrina più risalente interpretava in senso pubblicistico, sottolineando l'offesa **alla buona fede** nei rapporti economici individuali<sup>307</sup> ovvero all'**interesse pubblico** alla inviolabilità del patrimonio contro condotte fraudolente altrui<sup>308</sup>. A favore di tale orientamento deponeva, tra l'altro, la punibilità della cd "truffa in atti illeciti", commessa a danno di colui che persegue a sua volta uno scopo illecito, poiché in tal caso nessun diritto soggettivo individuale risulta pregiudicato e, soprattutto, la prevista procedibilità d'ufficio del delitto in esame. Tuttavia la intervenuta modifica<sup>309</sup> di tale regime di procedibilità in quanto oggi subordinato alla querela della persona offesa, alla quale è quindi attribuita la facoltà di escludere l'intervento punitivo, rende evidente lo spostamento del baricentro dell'offesa al solo piano dei diritti soggettivi individuali. Diritti, questi, tra i quali spicca in particolare la **intangibilità dei beni patrimoniali**, in connessione anche alla libertà di disporre al riparo da capziose intromissioni altrui<sup>310</sup>. È invero maggioritaria la ricostruzione della truffa in chiave di delitto plurioffensivo, posto non solo a tutela del patrimonio, ma anche della **libertà del consenso e della autonomia della volontà**<sup>311</sup>. Nondimeno, talune voci minoritarie propendono per la

<sup>306</sup> Cass. pen. Sez. III, 15-01-2013, n. 10580

<sup>307</sup> Sul punto vedi **JANNITTI PIROMALLO**, *Delitti contro il patrimonio*, in *Commento*, diretto da CONTI, Milano 1936, 437

<sup>308</sup> MANZINI, IX, 667.

<sup>309</sup> Modifica operata dall'**art. 98, L. 24.11.1981, n. 689**

<sup>310</sup> Cfr. **FIANDACA, MUSCO**, *PS*, II, 172.

<sup>311</sup> LA CUTE, *Truffa (diritto vigente)*, in *EG.*, Milano, 1992, XLV, 243, nonché **ANTOLISEI**, *PS*, I, 364; **MANTOVANI**, *PS*, II, 198; **PAGLIARO**, *PS*, III, 323



natura monoffensiva del delitto in esame, che sarebbe rivolto a tutelare il solo patrimonio<sup>312</sup> laddove la lesione alla libertà del consenso integrerebbe unicamente la specifica modalità di aggressione tipizzata dal legislatore, senza assurgere al rango di bene giuridico tutelato<sup>313</sup>.

Nel caso di reati di emissione e utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti ai fini di evasione fiscale, è importante considerare il loro carattere di specialità rispetto al reato di truffa ai danni dello Stato. La riforma dei reati tributari<sup>314</sup> aveva analizzato l'aspetto relativo all'eventuale concorso tra fattispecie delittuosa e quella di truffa ai danni dello Stato ex art. 640 n.2 c.p. oltre a confrontare il vecchio e il nuovo delitto di frode fiscale, così come precedentemente disciplinato<sup>315</sup>. La dottrina maggioritaria ritiene che non è ammissibile un concorso formale fra i due reati perché, da un lato, le due fattispecie delittuose presentano evidenti differenze strutturali e, dall'altro, perché il reato tributario deve essere considerato, ai sensi dell'art. 15 del codice penale, speciale rispetto al delitto di truffa con la conseguente applicazione al reo del solo reato speciale.

Dunque, la dottrina maggioritaria<sup>316</sup> si è espressa contro l'ammissibilità del concorso formale tra i due reati affermando, ricorrendo al tema delle differenze costitutive fra i delitti *de quibus*, che "la fattispecie criminosa tributaria si pone, rispetto al delitto di truffa, in particolare quella aggravata in danno allo Stato, ex art. 640, comma 2, n. 1), del codice penale, in rapporto di specialità cosiddetta specifica o bilaterale: a fronte della sostanziale identità dell'oggetto giuridico (il patrimonio dello Stato), il delitto tributario si presenta più ristretto, e perciò speciale, quanto ai soggetti attivi (che si identificano unicamente nei contribuenti) ed alla condotta (la falsa dichiarazione accompagnata dall'uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti rappresenta una *species* del *genus* 'artifici e raggiri', ex art. 640 del codice penale); per converso, il delitto comune richiede la verifica di un evento di danno patrimoniale che esula - pur essendo nel fuoco dell'interpretazione del reo - dalla fattispecie penale tributaria" e, di conseguenza, giungendo alla conclusione che "evidenti esigenze di rispetto del *ne bis in idem* sostanziale portano peraltro ad escludere il concorso di reati, identificando nell' art. 2 del D.Lgs. n. 74/2000 - sia per la prevalenza di elementi specializzanti che per la misura della pena (il delitto tributario integra, in sostanza, un tentativo di truffa che, nella forma semplice, è più severamente punito della truffa consumata in danno dello Stato) - la norma prevalente"<sup>317</sup>.

Anche i giudici di legittimità, pertanto, hanno sostenuto che "la frode fiscale si pone, dunque, in rapporto di specialità con il delitto di cui all'art. 640 del codice penale, perché connotato da uno specifico artificio (costituito dall'avvalersi di fatture o altri documenti

<sup>312</sup> Cfr. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, 34

<sup>313</sup> In tal senso ZANNOTTI, *La truffa*, Milano, 1993, 14.

<sup>314</sup> Operata dal d.lgs. n.74 del 2000.

<sup>315</sup> legge. n.516/82.

<sup>316</sup> come era avvenuto anche sotto la vigenza della L. n. 516/1982,

<sup>317</sup>(13) V. Napoleoni, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, Ipsoa, 2000, pag. 71.

emessi per operazioni inesistenti) e da una condotta a forma vincolata (indicazione di elementi passivi fittizi in una delle dichiarazioni annuali); né l'ulteriore elemento, costituito dall'evento di danno, pone le norme in rapporto di specialità reciproca, perché il suo verificarsi, avendo il legislatore inteso rafforzare la tutela dell'Erario attraverso la previsione di un reato di condotta, è posto al di fuori della fattispecie oggettiva, sicché è indifferente che esso si verifichi, occorrendo solo che vi sia collegamento teleologico sotto il profilo intenzionale".<sup>318</sup>

Riguardo la circostanza aggravante di cui al II comma dell'art.640 n.1, fattispecie che prevede la truffa ai danni dello stato, è disciplinata quale circostanza aggravante proprio in ragione della maggior carica di disvalore connessa all'offesa arrecata allo stato e riveste, oggi, un ruolo di minor rilievo applicativo a seguito dell'introduzione della nuova figura di cui al 640 bis.

#### **-5.Osservazioni conclusive**

Questa sentenza è in parte condizionata da un precedente, in cui, la cassazione, ricostruendo la vicenda in oggetto come esteroestizione, considera quest'ultima come elusione e ne afferma ed applica la sanzionabilità senza, però, fornire la prova che si tratti di esteroestizione. Dunque in tal caso la sanzione si applica, ma solo perché si tratta di evasione e non già di elusione. La Corte afferma, nel caso di specie, che si tratti di un'operazione elusiva cui sono collegate le sanzioni. Il GUP, invece, non considerava tale operazione come esteroestizione, e per di più non riteneva che essa fosse provata. La Suprema Corte in tale sentenza affronta tre argomenti, non operando alcuna distinzione tra i primi due, cioè tra: elusione ed evasione ma considera (un terzo argomento) l'abuso del diritto come diverso dalle prime due; Riguardo la prima (elusione), si osserva, che manca il collegamento con le sanzioni; relativamente alla seconda (evasione), invece, il collegamento con le sanzioni sussiste; mentre l'abuso del diritto, invece, non risulta assolutamente qualificato. In tale sentenza, dunque, la Cassazione, equivocamente, parla di elusione, ma in realtà si tratta di evasione; è come se la Suprema Corte attravesse all'elusione il fenomeno dell'evasione. Il ragionamento della Suprema Corte non è condivisibile se si considera la non sanzionabilità dell'elusione e che, inoltre, l'evasione non è provata. Ne discende che è errore considerare l'esteroestizione come elusione, in quanto andrebbe considerata come evasione.<sup>319</sup>

Riguardo, invece, il dibattito relativo alla rilevanza penale dell'elusione tributaria si osserva che esso può essere risolto, inoltre, tenendo presenti alcuni principi cardine dell'ordinamento penalistico. Tra questi vi sono senz'altro la frammentarietà e l'extrema ratio del diritto penale; l'indispensabile colpevolezza del soggetto agente; l'irretroattività e la legalità delle fattispecie incriminatrici. Per rispettare tali principi è indispensabile confrontare il concetto di "fittizietà" con quello di "inesistenza oggettiva". Conseguenza di ciò è l'estromissione di ogni forma di elusione tributaria dall'area del penalmente rilevante.

Dunque, fino a quando il legislatore non modificherà la materia in maniera coerente e dettagliata, i principi cardine dell'ordinamento penalistico esigeranno di interpretare lo stentato concetto di *fittizietà*, contenuto nei delitti dichiarativi, come "inesistenza oggettiva", con conseguente esclusione di ogni forma di elusione dell'area del penalmente rilevante.<sup>320</sup>

<sup>318</sup> Cfr. G. Fumu, *op. cit.*, pag. 105

<sup>319</sup> *Sul punto*, Cass. pen., II sez., 22 novembre 2011 n.7739

<sup>320</sup> Cfr. F. Fasani: *irrelevanza penale dell'elusione tributaria* in "le società 2012 n.7 pp. 791 e ss

Nel caso in cui il legislatore penale decida di intraprendere questa strada codificatoria, dovrà fare in modo che ciascuna fattispecie di reato sia costruita tramite tecniche normative che garantiscano i suddetti principi e che precisamenti: 1) traccino precetti chiari in tutti i loro elementi oggettivi e soggettivi, soprattutto con riferimento agli elementi normativi extrapenali della fattispecie, la cui definizione dovrà essere ricavabile dall'ordinamento tributario in maniera precisa ed univoca (principio di precisione) e dovrà essere definita indipendentemente dallo stesso legislatore penale. È altresì importante che le tecniche normative 2) garantiscano la possibilità per il giudice penale, nell'ambito di un giudizio penale, di provare in maniera non equivoca tutti gli elementi della fattispecie penale (principio di determinatezza); è indispensabile, infine, 3) che esse garantiscano la possibilità per il contribuente di cogliere in ogni momento, in anticipo rispetto all'azione, quali siano gli esatti confini di liceità penale della propria condotta, evitando che l'area di penale rilevanza di un comportamento potenzialmente elusivo possa essere determinata dall'amministrazione finanziaria a condotta ormai conclusa (principi di colpevolezza ed irretroattività della norma penale).

Qualora questo percorso fosse ritenuto necessario a livello politico-criminale, è evidente che se fosse affrontato senza grandissimo impegno, vista l'elevatissima complessità tecnico-giuridica degli argomenti, qualunque nuova incriminazione (o modifica delle esistenti) che intendesse forzare la penale rilevanza delle condotte elusive, si esporrebbe necessariamente a quelle violenti censure di costituzionalità, che al momento sono placate dalla residua possibilità di interpretare la normativa penale-tributaria in chiave costituzionalmente orientata.

Si osserva che sembrerebbe, al momento, che il Legislatore si stia muovendo in senso opposto rispetto alla penalizzazione delle condotte elusive. È infatti la legge delega in materia fiscale<sup>321</sup> all'interno della quale testualmente è indicato quale principio da seguire nella futura codificazione delegata quello di «escludere la rilevanza penale dei comportamenti ascrivibili a fattispecie abusive»<sup>322</sup>.

<sup>321</sup> («Schema di disegno di legge delega recante disposizioni per la revisione del sistema fiscale»),

<sup>322</sup> Legge delega .del 16 aprile 2012 art. 6 lett. D.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE QUINTA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ZECCA Gaetanino - Presidente -

Dott. SAVANI Piero - Consigliere -

Dott. BRUNO Paolo Antonio - Consigliere -

Dott. VESSICHELLI Maria - Consigliere -

Dott. LIGNOLA Ferdinan - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

D.G.A. N. IL (OMISSIS);

D.G.P. N. IL (OMISSIS);

avverso l'ordinanza n. 3890/2012 TRIB. LIBERTA' di ROMA, del 25/02/2013;

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. FERDINANDO LIGNOLA;

Udito il Pubblico Ministero in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SPINACI Sante, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

per i ricorrenti sono presenti il prof. Alfonso Stile e l'avv. Giro P. Sepe, i quali chiedono l'accoglimento del ricorso.

### Svolgimento del processo

1. Con decreto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente del 26 ottobre 2012, il GIP presso il Tribunale di Roma sottoponeva al vincolo una serie di beni di proprietà di B. L., D.G.A., D.G.P. e D.G. M., per i reati di raccolta abusiva del risparmio, associazione a delinquere allo scopo di commettere una pluralità di fatti di bancarotta fraudolenta, di false comunicazioni sociali, di truffa, riciclaggio nonché di reati tributari (per la sola B.), in relazione al fallimento della società "DEIULEMAR Compagnia di navigazione" s.p.a., con l'aggravante di aver posto in essere le attività criminali in più di uno Stato.

2. Propongono ricorso gli indagati B.L., D.G. A., D.G.P. e D.G.M.; la prima con atto autonomo dei propri difensori, avvocati Alfonso M. Stile e Giro P. Sepe; gli altri tre con unico atto dei medesimi difensori.

Nell'interesse dell'indagata B.L. sono dedotti due motivi:

1) violazione *all'art. 606 c.p.p.*, lett. B, in relazioni *all'art. 1 c.p.*, *D.Lgs. n. 74 del 2000*, art. 4, artt. 13, 25, 27 e 111 Cost., con riferimento alla inconfigurabilità del reato di elusione fiscale. All'indagata è contestato il reato di dichiarazione infedele, di cui al *D.Lgs. n. 74 del 2000*, art. 4; a seguito di una verifica fiscale a carico della società, l'Agenzia delle entrate ha segnalato un'operazione connaturata da un disegno elusivo, consistito nell'aver ceduto le partecipazioni nella DEIULEMAR Compagnia di navigazione s.p.a. alla DEIULEMAR Holding s.p.a., mediante compravendita invece che mediante conferimento di beni in natura, al fine di consentire la detassazione dei dividendi distribuiti dalla DEIULEMAR Compagnia di navigazione, imputati al prezzo della compravendita. A giudizio della ricorrente deve escludersi la rilevanza penale della cosiddetta elusione fiscale, poichè la prova della responsabilità in campo penale si forma in maniera del tutto diversa rispetto alla formazione della prova dell'evasione tributaria. Infatti, mentre l'amministrazione finanziaria può ricorrere a presunzioni, il giudice penale deve motivare in ordine alle ragioni per le quali i dati della verifica effettuata in sede fiscale sono stati ritenuti attendibili.

Va poi considerato il dolo specifico, richiesto ai fini della punibilità dei debiti tributari, incompatibile con la strutturazione psicologica del fenomeno elusivo.

2) violazione *dell'art. 606 c.p.p.*, lett. C, in relazione *all'art. 125 c.p.p.*, comma 3, artt. 321 e 324 *c.p.p.*; il Tribunale del riesame non ha preso in esame la nota tecnica redatta dal Dott. N. P.,

mediante la quale si intendeva escludere nell'operazione di cessione delle partecipazioni una operazione elusiva.

Gli altri indagati affidano il ricorso a due motivi:

1) violazione dell'*art. 606 c.p.p.*, lett. C, relazioni *art. 125 c.p.p.*, comma 3, *artt. 321 e 324 c.p.p.*, in relazione alla insistenza del cosiddetto giudicato cautelare. I ricorrenti rappresentano di aver depositato una memoria difensiva, con la quale si evidenziava l'inconfigurabilità del delitto di truffa loro scritto, ma che il Tribunale si è sottratto all'obbligo motivazionale ritenendo la questione preclusa dal cosiddetto giudicato cautelare. Il ricorrente segnala il più recente orientamento della Suprema Corte, secondo il quale giudicato cautelare copre soltanto il dedotto e non anche il deducibile, per cui opera esclusivamente *rebus sic stantibus*; ciò sta a significare che non poteva ignorare la consulenza tecnica a firma del dottor N..

In ogni caso i fratelli D.G. non sono mai venuti in possesso, nemmeno per il tramite dei trust dei quali sono disponenti, dei dividendi distribuiti dalla DEIULEMAR Shipping s.p.a..

2) violazione dell'*art. 606 c.p.p.*, lett. B, in relazione agli *artt. 1 e 640 c.p.*, *artt. 13, 25, 27 e 111 Cost.*.

Come recentemente stabilito dalle Sezioni Unite con sentenza 28 ottobre 2010 n. 1235, ricorrente Giordano, "E' configurabile un rapporto di specialità tra le fattispecie penali tributarie in materia di frode fiscale (*D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, artt. 2 ed 8*) ed il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato (*art. 640 c.p.*, comma 2, n. 1), in quanto qualsiasi condotta fraudolenta diretta alla evasione fiscale esaurisce il proprio disvalore penale all'interno del quadro delineato dalla normativa speciale, salvo che dalla condotta derivi un profitto ulteriore e diverso rispetto all'evasione fiscale, quale l'ottenimento di pubbliche erogazioni".

Ciò impedisce di ascrivere anche il titolo di truffa ai danni dello Stato, per quelle condotte che sono previste e sanzionate dal *D.Lgs. n. 74 del 2000*.

#### **Motivi della decisione**

1. Il ricorso è infondato.

1.1 Il primo motivo proposto nell'interesse di B.L., con il quale si contesta la rilevanza penale dell'elusione fiscale, è infondato.

Il tema è stato ed è tuttora oggetto di attenta riflessione di questa Corte, anche se si è osservato che "sulla questione della rilevanza penale dell'elusione in materia fiscale non può dirsi che la giurisprudenza penale della Corte di Cassazione si sia espressa compiutamente" (Sez. 2, n. 7739 del 22/11/2011 - dep. 28/02/2012, Gabbana, in motivazione).

1.2 In senso contrario alla rilevanza penale dei comportamenti elusivi si sono espresse alcune decisioni, sia pure senza approfondirne le motivazioni; ad es. Sez. 5, n. 23730 del 18/05/2006, Romanazzi (non massimata sul punto) afferma che, in linea di principio, la violazione delle norme antielusive non comporta conseguenze di ordine penale; una decisione della Terza Sezione (Sez. 3, Sentenza n. 14486 del 26/11/2008 - 02/04/2009, Rusca, Rv. 244071), richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia Europea (sentenza 9.3.1999, C-212/97, Centros), secondo la quale "la scelta della sede di una società di uno Stato membro - soltanto per usufruire di una normativa più favorevole - non costituisce esercizio abusivo del diritto di stabilimento di cui all'art. 43 e ss. del Trattato CE", nega valore probatorio alle presunzioni tributarie, incompatibili con l'accertamento penale, anche se utilizzabili in campo tributario, come strumento di accertamento semplificato nel contrasto all'evasione fiscale".

1.3 Più convincenti risultano però le decisioni favorevoli alla rilevanza penale della condotta elusiva.

Vengono in rilievo innanzi tutto due decisioni della Terza Sezione.

La prima ha affermato la sussistenza del delitto di dichiarazione infedele, punito dal *D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 4*, anche in presenza di una condotta elusiva rientrante tra quelle previste dal *D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 37 bis*, quando tale condotta, risolvendosi in atti e negozi non opponibili all'Amministrazione finanziaria, comporti una dichiarazione infedele per la mancata esposizione degli elementi attivi nel loro effettivo ammontare (Sez. 3, n. 26723 del 18/03/2011, Ledda, Rv. 250958); la seconda ha ammesso la configurabilità dell'omessa dichiarazione (*D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 5*) con riferimento ad una società avente residenza fiscale all'estero, ma che non possedeva un legame con il territorio di quello Stato, essendo priva di un'organizzazione di uomini e mezzi idonea ad operare in loco in

piena autonomia gestionale ed aveva affidato la cura dei propri affari in territorio italiano ad altra struttura (Sez. 3, n. 29724 del 26/05/2010, Castagnara, Rv. 248109).

1.4 Con riferimento al delitto di dichiarazione infedele, contestato all'indagata, particolarmente convincente è il ragionamento seguito dalla Seconda Sezione (Sez. 2, n. 7739 del 22/11/2011 - dep. 28/02/2012, Gabbana, Rv. 252019) nel ribadire che i reati tributari di dichiarazione infedele o di omessa dichiarazione possono essere integrati anche dalle condotte elusive ai fini fiscali che siano strettamente riconducibili alle ipotesi di elusione espressamente previste dalla legge, ovverossia quelle di cui al *D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37, comma 3*, e art. 37 bis.

A sostegno della rilevanza penale della condotta elusiva si osserva, in primo luogo, che il *D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 1, lett. f)*, fornisce una definizione molto ampia dell'imposta evasa e che il sistema tributario prevede istanze di interpello preventivo:

l'interpello ordinario previsto dalla *L. 27 luglio 2000, n. 212, art. 11*, che si riferisce a "obiettive condizioni di incertezza sulla corretta applicazione di una norma", peraltro con riferimento a "casi concreti e personali"; l'interpello antielusivo di cui alla *L. 30 dicembre 1991, n. 413; art. 21*, l'interpello disapplicativo di cui al *D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37 bis, comma 8*; quello relativo alle società controllate estere di cui all'*art. 167 del T.U.I.R.*; quello di ruling internazionale (*D.L. n. 269 del 2003, art. 8*).

In tale contesto assume particolare rilevanza il *D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 16*, (Adeguamento al parere del Comitato per l'applicazione delle norme antielusive), il quale dispone che "Non da luogo a fatto punibile a norma del presente decreto la condotta di chi, avvalendosi della procedura stabilita dalla *L. 30 dicembre 1991, n. 413, art. 21, commi 9 e 10*, si è uniformato ai pareri del Ministero delle finanze o del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive previsti dalle medesime disposizioni, ovvero ha compiuto le operazioni espone nell'istanza sulla quale si è formato il silenzio-assenso". Nonostante la relazione al decreto legislativo precisi che tale disposizione non può essere letta come "diretta a sancire la rilevanza penalistica delle fattispecie lato sensu elusive non rimesse alla preventiva valutazione dell'organo consultivo", sembra evidente che detta disposizione induca proprio a ritenere che l'elusione, fuori dal procedimento di interpello, possa avere rilevanza penale e ciò è confermato dal contesto in cui è inserito il citato art. 16 che è quello del Titolo III "Disposizioni comuni" concernenti proprio la materia penale (pene accessorie, circostanze attenuanti, prescrizione) e, in particolare, subito dopo l'art. 15 che concerne le "violazioni dipendenti da interpretazione delle norme tributarie".



D'altro canto, non vi sarebbe necessità di una esimente speciale per la tutela dell'affidamento se l'elusione fosse irrilevante dal punto di vista penale, mentre nessun elemento nè testuale nè sistematico consente di ritenere che tale norma si riferisca, come da alcuni ritenuto, a casi di evasione in senso stretto e non di elusione.

Piuttosto deve osservarsi che il suddetto parere è relativo alla "applicazione, ai casi concreti rappresentati dal contribuente, delle disposizioni contenute nel *D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 37, comma 3, e art. 37 bis*", cioè alle specifiche fattispecie elusive dai suddetti articoli previste, per cui non qualunque condotta elusiva ai fini fiscali può assumere rilevanza penale, ma solo quella che corrisponde ad una specifica ipotesi di elusione espressamente prevista dalla legge.

In altri termini, nel campo penale non può affermarsi l'esistenza di una regola generale antielusiva, che prescindendo da specifiche norme, così come, invece, ritenuto dalle Sezioni Unite civili della Corte Suprema di Cassazione (Sez. U, n. 30055 del 23/12/2008, Rv. 605850), mentre può affermarsi la rilevanza penale di condotte che rientrino in una specifica disposizione fiscale antielusiva. 1.5 In conclusione deve ritenersi sussistere quel fumus del reato che giustifica la misura cautelare reale, anche perchè la fattispecie di reato ipotizzata dall'accusa non richiede - come avviene invece per le altre ipotesi di reato previste dal *D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74*, precedenti artt. 2 e 3, - una dichiarazione fraudolenta (mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti ovvero mediante altri artifici) bensì soltanto che la dichiarazione sia infedele, ossia che, anche senza l'uso di mezzi fraudolenti, siano indicati nella stessa "elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi", quando ricorrano le altre condizioni ivi previste in relazione all'ammontare dell'imposta evasa e degli elementi attivi sottratti alla imposizione. Nel caso di specie, appunto, il giudice del merito ha motivatamente ritenuto che sussiste il fumus di una dichiarazione infedele, perchè in essa sono stati esposti elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo, attraverso il meccanismo di "retrocessione dei dividendi" descritto nell'ordinanza impugnata; tale statuizione, alla luce del tipo di esame sommario che può essere svolto in questa fase cautelare e fatto salvo ogni opportuno approfondimento che potrà essere eventualmente svolto nella fase di cognizione piena, merita di essere confermata.

2. Anche il secondo motivo proposto nell'interesse della B. è infondato.

Si contesta l'omessa considerazione della consulenza difensiva redatta dal Dott. N.P., con la quale si voleva dimostrare l'insussistenza di una operazione elusiva. Orbene, la censura non

colgie nel segno, poichè a pagina 10 dell'ordinanza le deduzioni sono espressamente confutate, individuando i tre passaggi chiave dell'operazione elusiva: l'iniziale cessione integrale della partecipazione in DEIULEMAR Compagnia di navigazione" s.p.a., da parte dei soci controllanti, nei confronti della DEIULEMAR Holding s.p.a., riconducibile ai medesimi soggetti, realizzando una vendita a se stessi; la retrocessione dei dividendi percepiti dalla DEIULEMAR Compagnia di navigazione" s.p.a. e dalla DEIULEMAR Holding s.p.a. in favore dei soci controllanti, a seguito della loro imputazione al prezzo dovuto in relazione al contratto di compravendita di azioni;

la sottrazione dei dividendi all'imposizione diretta, attraverso l'omessa dichiarazione.

3. Uguale sorte merita il primo motivo di ricorso proposto dagli altri indagati, nel quale si contesta il ricorso alla figura del giudicato cautelare da parte del Tribunale del riesame, poichè, come si è detto, la consulenza Nagar non è stata in concreto ignorata.

4. Quanto poi al secondo motivo, che richiama l'insegnamento delle Sezioni Unite Giordano, circa l'inconfigurabilità del delitto di truffa in presenza dell'illecito tributario, va rilevato che agli indagati D.G.A., D.G.P. e D.G. M., diversamente che a B.L. (capo O della rubrica), non è contestato il delitto di infedele dichiarazione, poichè gli indagati non avevano un autonomo obbligo dichiarativo, sicchè la sottrazione degli utili all'imposizione tributaria, quale risultato dell'interposizione di una serie di schermi societari, quali fittizi titolari della partecipazione societaria, ha sostanziato una vera e propria truffa, non un illecito tributario.

Le Sezioni Unite di questa Corte hanno affermato la specialità del delitto di frode fiscale (*D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, artt. 2 ed 8*) rispetto a quello di truffa aggravata ai danni dello Stato (*art. 640 c.p., comma 2, n. 1*), sulla base di un confronto fra le fattispecie astratte e non partendo dalla condotta in concreto posta in essere, che nel caso di specie è invece inquadrabile ai sensi *dell'art. 640 c.p., comma 2*; nella decisione non si afferma un uguale rapporto di specialità tra la fattispecie di dichiarazione infedele e quella di truffa.

5. In conclusione il ricorso a ciascuno degli imputati va rigettato;

al rigetto consegue la condanna al pagamento delle spese processuali.

**P.Q.M.**

Rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti al pagamento ciascuno delle spese processuali.

Così deciso in Roma, il 23 maggio 2013.

Depositato in Cancelleria il 9 settembre 2013

## **Aumento della disoccupazione giovanile, crisi della finanza pubblica ed incentivi per il lavoro: un tentativo di lettura integrata**

**di Andrea Perrone Capano**

*1) Introduzione 2) L'analisi del contesto 3) Le prime misure del governo Letta per il rilancio dell'occupazione 4) Opportunità efficacia e limiti degli incentivi tendenti al rilancio dell'occupazione giovanile 5) Conclusioni*

### Abstract

Il lavoro esamina i rapporti che intercorrono tra la crisi della finanza pubblica nel biennio 2012 2013, la grave recessione che l'ha accompagnata, e i riflessi sul mercato del lavoro, con particolare riguardo alla crescita esponenziale della disoccupazione giovanile. Dopo aver evidenziato gli errori che hanno caratterizzato le politiche pubbliche durante il governo Monti, lo studio analizza il pacchetto di misure a favore dell'occupazione, legislative e di incentivazione adottate dal governo Letta. Nonostante gli effetti limitati sull'occupazione, lo studio evidenzia la positività delle misure correttive della legge Fornero e la necessità di una svolta della politica tributaria per il rilancio della crescita economica e dell'occupazione.

### 1) Introduzione

Uno degli aspetti più rilevanti della recessione dell'ultimo biennio, che la rende assai più insidiosa di quella del 2008/2009, sta non solo nella sua durata, (nove trimestri) ma nella somma delle incertezze che pesano sulla nostra economia; con il rischio concreto, se non si riesce a spezzare l'accerchiamento che pesa come un macigno sulle famiglie e sulle imprese, che la recessione si trasformi in una depressione di lungo periodo. Gli elementi per il pessimismo non mancano.

Se nel 2012 l'Italia, con il proprio debito pubblico sotto l'attacco della speculazione ed un Governo improvvisato e dilettantesco che ha prodotto danni in tutti i settori in cui ha provato ad intervenire, a partire dal mercato del lavoro, è riuscita a distruggere 40 miliardi di Pil, per incassarne poco più di 11 di maggiori entrate, non sembra che nel 2013 si sia visto qualcosa che somigli ad un'inversione di tendenza; con un calo ulteriore del Pil circa doppio rispetto alle previsioni del governo Letta, formulate all'atto dell'insediamento. Un elemento, quest'ultimo, la cui gravità non va sottovalutata, perché evidenzia una grave difficoltà a leggere i dati che vengono dall'economia reale e ad incrociarli con quelli di finanza pubblica. Che i governi utilizzino i dati previsionali per anticipare una svolta di ciclo o comunque per

avere ricadute positive sotto il profilo economico, è un dato che accomuna tutte le economie avanzate, specialmente quelle che fanno parte dell'area dell'euro, le più condizionate dal ruolo svolto in quelle economie dalle politiche pubbliche.

Altra cosa è invece la navigazione al buio che ha caratterizzato la gestione della finanza pubblica in Italia a partire dal 2010, appena la recessione ha fatto spazio alla ripresa. La crisi del debito pubblico italiano nel 2011, o meglio gli attacchi speculativi a quest'ultimo in quel periodo sono in tutta evidenza il risultato delle scelte operate nel 2010 dall'allora ministro dell'economia Tremonti. Quest'ultimo, senza alcun serio confronto nelle sedi istituzionali a partire dal Parlamento, anziché impiegare ogni risorsa possibile per favorire il consolidamento di una ripresa dell'economia mondiale che la parte più dinamica e vocata alle esportazioni dell'industria manifatturiera aveva agganciato per prima, a partire dalla seconda metà del 2009, ha optato per una politica di bilancio caratterizzata da un'ulteriore irrigidimento della politica tributaria, con l'obiettivo non dichiarato di liberare risorse per accelerare il decentramento politico e soprattutto il federalismo fiscale.

Una scelta profondamente errata, perché non teneva conto del fatto che la società italiana usciva appena e soltanto nelle regioni del Nord e del Centro da una crisi che in due anni aveva spazzato via 110 miliardi di Pil; e soprattutto non teneva conto che il forte aumento dei debiti pubblici di tutti i paesi avanzati avrebbe aumentato le difficoltà italiane di collocazione del proprio, in assenza di una ripresa economica robusta e consolidata nel tempo che ne attenuasse il rischio ed avviasse un percorso virtuoso di riduzione del rapporto tra debito pubblico e Pil, fondata sulla crescita del denominatore, piuttosto che sul numeratore delle imposte.

## 2) L'analisi del contesto

Se si analizza la recessione italiana dell'ultimo triennio, appare evidente la profonda differenza di quest'ultima rispetto a quella indotta dalla crisi dei mutui nord americani dell'estate 2008, che ha dato innesco, con il fallimento della Lehman Brothers del settembre di quell'anno, alla più grave crisi economico finanziaria dopo quella del 1929.

Sotto questo profilo, la recessione 2008/2009 ha rappresentato per la parte più dinamica del capitalismo italiano un'occasione per nuovi investimenti, sostenuti dagli ammortizzatori sociali a partire dalla cassa integrazione straordinaria, finalizzata ad agganciare la ripresa mondiale, e a conquistare nuovi mercati. Al contrario la crisi che ha investito il nostro paese nell'ultimo triennio è un misto di sottovalutazione del contesto di più elevata concorrenzialità con cui deve confrontarsi l'economia italiana, di incapacità di gestire la politica di bilancio attraverso il controllo della spesa pubblica, a partire dai costi di gestione

dello Stato e degli enti di decentramento e di un uso disinvolto della leva tributaria, senza alcuna preoccupazione circa gli effetti sul sistema produttivo e soprattutto sulla domanda interna.

In buona sostanza siamo in presenza di una crisi recessiva ben più grave di quella planetaria del 2008-2009, proprio per il suo carattere essenzialmente interno, che anche per i riflessi che sta determinando sull'occupazione, specie giovanile, rischia di trasformare una recessione di poco inferiore in termini di contrazione del Pil a quella precedente, in un avvistamento depressivo di lungo periodo.

Questo aspetto richiede qualche ulteriore approfondimento. La recessione del 2008/2009, proprio perché dominata dalla crisi finanziaria internazionale ha lasciato sullo sfondo i profili tributari di quella recessione, che pure avevano avuto un peso determinante nel calo del Pil del 2008; una conferma a questa interpretazione viene dal fatto che nel 2008, a fronte di un calo del prodotto interno lordo di 1,3% rispetto all'anno precedente, la scomposizione interna del dato aveva evidenziato una contrazione dello 0,9% nelle regioni del Nord e del centro, rispetto a un calo ben più significativo, dell'1,6% nelle regioni del Mezzogiorno. Ora, in presenza di una recessione innescata da una crisi di fiducia che aveva comportato una forte contrazione del commercio internazionale, il fatto che la crisi abbia pensato molto di più nelle regioni meridionali, il cui contributo alle esportazioni, è in media circa la metà rispetto al resto d'Italia, indica che il processo recessivo più accentuato nelle regioni del Mezzogiorno, sia stato determinato dal forte aumento della pressione fiscale sui redditi medio bassi, in seguito alla riforma Visco del 2007, piuttosto che dalla crisi internazionale.

Questa sottovalutazione della componente fiscale della recessione italiana ha orientato le decisioni di finanza pubblica a partire dal 2010; indirizzando la politica di riequilibrio dei conti pubblici intorno a scelte di politica tributaria che si sono dimostrate improvvide, in quanto hanno distrutto ricchezza per un multiplo rispetto alle maggiori entrate registrate. Si comprendono ora meglio le ragioni per cui, mentre nella recessione 2008/2009, appena il ciclo si è invertito, è aumentata sia l'offerta di nuovi posti di lavoro, sia la propensione agli investimenti, lo stesso fenomeno non si sia ripetuto dopo la crisi del 2012. Quest'ultima infatti ha esteso i suoi effetti depressivi sull'economia al 2013, anno in cui il Pil è calato in una dimensione praticamente doppia rispetto alle previsioni del governo (1,9% a consuntivo contro una previsione di 1%). Non solo, perché le accentuate condizioni di stress fiscale che hanno caratterizzato il 2013, hanno notevolmente aumentato l'effetto negativo delle barriere fiscali alla creazione di nuovi posti di lavoro, sia nei settori più competitivi, nei quali l'aumento di oltre 10 punti del cuneo fiscale nell'ultimo triennio non offre margini alla creazione di nuovi posti di lavoro; sia in quelli protetti, in quanto orientati essenzialmente al

mercato interno in cui la possibilità di creare nuova occupazione, dipende da una ripresa della domanda interna di cui non si vede neppure un timido segnale.

È forse opportuno sottolineare che questa analisi non è frutto di pessimismo, ma tiene conto del fatto che si inserisce in uno scenario di gestione del debito pubblico italiano, il cui costo medio è ritornato ai valori del 2010, con oltre un punto di risparmio rispetto al 2012. In buona sostanza se la forbice dei tassi di collocamento del debito pubblico nazionale fosse stata nel 2013 pari a quella del 2012, con tutta probabilità i dati relativi al costo del servizio del debito pubblico, avrebbero registrato su base annua un'ulteriore maggiore spesa per interessi superiore ai 10 miliardi di euro, con un aumento della recessione in proporzione.

I numeri relativi all'occupazione giovanile, particolarmente negativi, rilevati nella prima parte del 2013, se da un lato hanno posto in luce il peso della recessione sull'economia reale, dall'altro hanno evidenziato in maniera più puntuale il ruolo negativo rappresentato dalla crisi fiscale del 2012, i cui effetti si sono estesi al 2013 e oltre. Come vedremo con maggiori dettagli più avanti la crisi fiscale ha svolto in questa situazione di instabilità, un effetto sinergico negativo sull'economia; da un lato il sistema tributario è stato gestito in condizioni di stress fiscale continuo, offrendo quindi limitati margini di manovra per politiche pubbliche di sostegno all'economia; dall'altro l'incapacità dei Governi che si sono succeduti dal 2006 ad oggi, di contenere razionalmente la spesa pubblica, ha moltiplicato le incertezze, e dunque ha contribuito a rendere meno efficaci gli interventi e gli incentivi pubblici finalizzati al rilancio degli investimenti e soprattutto quelli tesi all'aumento dell'occupazione.

Se è vero quindi che il prezzo dell'incertezza rappresenta un handicap particolarmente grave in una fase recessiva, perché paralizza ogni nuova iniziativa, quanto meno in termini occupazionali, appare evidente che una politica di rilancio dell'occupazione avrebbe bisogno più ancora che di incentivi, di un sistema meno penalizzante dal punto di vista fiscale, non solo per l'industria manifatturiera, a partire dagli oneri contributivi e fiscali a carico del fattore lavoro.

È all'interno di questo scenario, dopo l'esperienza del governo Monti, in tutti i sensi irripetibile, e la grave crisi politica al seguito, che deve leggersi l'avvio del Governo dellec.d. larghe intese, presieduto dall'onorevole Letta.

### 3) Le prime misure del governo Letta per il rilancio dell'occupazione

In un quadro macroeconomico fortemente deteriorato per degli effetti di trascinarsi della recessione del 2012 sul 2013, una delle prime preoccupazioni del nuovo Governo è stata quella di porre riparo ad una serie di errori, determinati da scelte operate dal governo Monti. E così, accanto alle nuove misure finanziarie destinate a coprire i nuovi costi

emergenti periodicamente dal fiume carsico degli esodati, il Governo ha cercato di porre in essere un pacchetto di misure straordinarie destinate al rilancio dell'occupazione.

Al momento di definizione della legge di conversione del decreto Giovannini, L'ISTAT rilevava un tasso di disoccupazione del 12%, con un numero di disoccupati pari a circa 3 milioni 76 mila. I giovani in cerca di lavoro (fra i 15 e i 24 anni) si contavano intorno a 635 mila unità e rappresentavano il 10,6% della popolazione in questa fascia di età. Partendo da questo dato è possibile stimare il tasso di disoccupazione dei giovani NEET (che non lavorano, non studiano e non seguono corsi di formazione), ovvero l'incidenza dei disoccupati sul totale di quelli occupati o in cerca di occupazione, pari al 39,5%.

Per contrastare questi fenomeni il governo ha previsto uno stanziamento straordinario di 108 milioni di euro per l'anno 2013, a cui vanno aggiunti 68 milioni per il 2014 e 152 milioni per il 2015, da ripartire per le seguenti finalità:

- misure per l'autoimpiego ed autoimprenditorialità, nel limite di 26 milioni di euro per gli anni 2013 e 2014, e 28 milioni per il 2015;

- opere del Piano Azione Coesione, volte a promuovere e realizzare progetti effettuati da giovani e da soggetti appartenenti alle categorie svantaggiate e molto svantaggiate (come da specifica della legge di conversione), per l'infrastrutturazione sociale e la valorizzazione di beni pubblici nel Mezzogiorno con particolare riferimento ai beni immobili confiscati di cui all'art. 48, comma 3, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al d.lgs n.159/2011 (così modificato dalla l. n.99/2013), nel limite di 26 milioni di euro per gli anni 2013 e 2014, e 28 milioni per l'anno 2015;

- borse di tirocinio formativo a favore di giovani, di età compresa tra 18 e 29 anni, residenti o domiciliati nelle regioni del Mezzogiorno, che non prestano attività lavorativa, non frequentano corsi di studio e non partecipano ad alcuna attività di formazione; la partecipazione ai tirocini comporta la percezione della relativa indennità, conformemente a quanto previsto dalle normative statali e regionali, nel limite di 56 milioni di euro per l'anno 2013, 16 milioni per il 2014 e 96 per il 2015 (l. n.99/2013).

Il legislatore, mosso dalla volontà di attuare tempestivamente la Youth Guarantee (garanzia per i Giovani, prevista da una Raccomandazione del Consiglio del 22 aprile 2013), ed interessato a ricollocare i lavoratori beneficiari di interventi di integrazione salariale (nello specifico sospesi per l'attivazione degli ammortizzatori sociali in deroga), ha istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali una struttura di missione avente compiti



propositivi e istruttori, la quale si impegna ad interagire con i diversi livelli di Governo preposti alla realizzazione delle relative politiche occupazionali.<sup>323</sup>

Entriamo nel dettaglio di quanto stabilito, partendo dai 794 milioni di euro di incentivi previsti dal governo in via sperimentale per favorire l'assunzione stabile di giovani tra i 18 ed i 29 anni. Innanzitutto viene confermato il tetto di 650 euro al mese per lavoratore; gli sgravi hanno una durata di 18 mesi per le nuove assunzioni e di 12 per le aziende che trasformano i contratti di lavoro da tempo determinato ad indeterminato. Le regole per usufruire degli sgravi, comunque, sono molto restrittive: si deve trattare di giovani privi di impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi e di un diploma di scuola media superiore o professionale, che vivano soli con una o più persone a carico. Non solo giovani comunque, perché sono programmate anche agevolazioni per chi ha superato i 50 anni di età e per i disoccupati da oltre dodici mesi.

Le risorse andranno per lo più alle regioni del Sud per rilanciare un Mezzogiorno piegato da una recessione che dura da sei anni senza soluzione di continuità. Si tratta comunque solo di un primo passo “in attesa dell'adozione di ulteriori misure da realizzare anche attraverso il ricorso alle risorse della nuova programmazione comunitaria 2014-2020”. Per il Mezzogiorno questo intervento assume un particolare significato, sia perché mette in campo risorse ragguardevoli, anche se distribuiti nell'arco di quattro anni, pari a 500 milioni di euro sul totale dei 794 destinati al rilancio dell'occupazione giovanile, che al Sud sono così suddivisi: 100 milioni per il 2013, 150 per il 2014, 150 per il 2015 e 100 per il 2016.

In base a questa iniziativa, convertita in legge, ha preso corpo la promessa di creare nuove opportunità capaci di determinare 100mila nuove assunzioni in breve tempo, come precisato dal ministro del Lavoro, Enrico Giovannini: “Il pacchetto coinvolgerà circa 200mila persone, 100mila saranno quelle che potranno beneficiare degli sgravi contributivi mentre altre 100mila sono coinvolte nelle altre misure di inclusione”.

Quella degli sgravi fiscali per le aziende che assumono è una richiesta che le principali organizzazioni datoriali, a partire dalla Confindustria portavano avanti con scarso successo da diversi anni. Le prime risorse necessarie per dare avvio ad una consistente implementazione del piano (ovvero circa un miliardo e mezzo di euro) dovrebbero arrivare da una riprogrammazione di parte dei fondi comunitari a disposizione dell'Italia (30 miliardi ancora da spendere entro il 2015), anche se lo spostamento di risorse finanziarie europee da un settore all'altro prevede necessariamente la preventiva approvazione dell'UE. Tuttavia

---

<sup>323</sup>Vedi TURSÌ A., VINCENTI P.C. e RAIMO B., *Il nuovo mercato del lavoro dopo la legge Giovannini*, Giuridica Editrice, 2013, Cap. I, pp. 17-22;

l'emergenza occupazionale rappresenta un buon viatico per un esito positivo di questa riprogrammazione. Per il resto, come detto, si farà richiesta alla Commissione di anticipare i fondi del programma europeo Youth Guarantee dal 2014 al 2013, che porterebbe in Italia un bonus di 400 milioni da investire nella revisione delle norme sul lavoro.

Le imprese hanno poi la possibilità di assumere un disoccupato Aspi e in tal caso riceveranno un bonus mensile del 50% sul residuo Aspi non più percepito dal lavoratore. Una novità importante quest'ultima perché, all'evidenza, favorisce la ricollocazione di soggetti che hanno perduto da poco il posto di lavoro. In buona sostanza si tratta di una integrazione efficace della legge Fornero, che ha l'obiettivo di contrastare la disoccupazione di breve periodo.

Su questa problematica di notevole interesse, prossimamente si dovrà esprimere anche la conferenza Stato-Regioni, con l'obiettivo di introdurre una serie di semplificazioni nel contratto di apprendistato, rendendolo anche per questa via più appetibile per le imprese. In questa prospettiva si muove l'idea di eliminare ogni limite temporale per beneficiare di questo tipo di incentivo, mentre le novità saranno estese a tutte le imprese, non limitandosi soltanto a micro aziende e PMI.

Se si prescinde dalle novità legislative (tutte di segno positivo) previste dal pacchetto Giovannini, volte a correggere una serie di irrigidimenti in ingresso introdotti dalla legge Fornero con motivazioni essenzialmente politiche, e che avevano condotto in pochi mesi a una forte limitazione nell'utilizzazione di alcune tra le più moderne forme di flessibilità, finalizzate a favorire l'ingresso nel mercato del lavoro, si deve riconoscere che anche nel settore degli incentivi, fortemente condizionato dalla scarsità delle risorse che era possibile mobilitare nel breve periodo, il governo ha messo in campo una pluralità di incentivi all'occupazione caratterizzati da una apprezzabile visione d'insieme, in attesa di sbloccare cifre più consistenti attraverso la riprogrammazione dei fondi europei.

Tra le misure pro labour a costo zero si possono ricordare le misure tese a favorire una maggiore utilizzazione dei contratti a termine; tra queste si segnala innanzitutto la riduzione a 10 o 20 giorni dei termini per poter stipulare un nuovo contratto a tempo determinato di durata rispettivamente fino a sei mesi o superiore a sei mesi, che erano stati elevati rispettivamente a 60 giorni e a 90 giorni. Non meno importante il rilancio del cosiddetto contratto a termine "acausale", che la legge Fornero aveva reso prorogabile, che invece viene ricondotto al regime ordinario dei contratti a tempo determinato.

Si inserisce in questa linea, tendente a moltiplicare le opportunità di creare nuovi posti di lavoro, intervenendo sui diversi segmenti in cui questo si articola, all'interno di un'attività produttiva caratterizzata dalla prevalenza di imprese piccole e piccolissime il rilancio del

contratto di lavoro intermittente (o a chiamata) particolarmente utile per soddisfare le esigenze di lavoro a tempo parziale nelle imprese di minori dimensioni.

Viene altresì precisata meglio la natura del cosiddetto lavoro accessorio, con l'obiettivo di evitare di alimentare la moltiplicazione del contenzioso, alimentato da alcune ambiguità normative, e di favorirne al tempo stesso un'utilizzazione più ampia.

Si inserisce appieno in questa tendenza a favorire ogni opportunità di maggiore occupazione, anche parziale, l'adozione da parte del decreto Giovannini, di nuove disposizioni, finalizzate a favorire la ricollocazione anche parziale nel mondo del lavoro di lavoratori a cui è stata riconosciuta la condizione di disoccupato.

Il ritorno alla normativa antecedente alla legge Fornero, va in questo senso consentendo ai disoccupati di poter svolgere la propria attività lavorativa in forma subordinata o autonoma conservando lo stato di disoccupazione, purché questo non determini il superamento di determinati livelli di reddito annuali (non superiori al reddito minimo personale escluso da imposizione) che sono pari a 8000 euro lordi in una attività di lavoro subordinato e di 4800 euro lordi in presenza di prestazioni di lavoro autonomo. La nuova articolazione del quadro normativo, consente al disoccupato di mantenere più facilmente il requisito di disoccupato da oltre 24 mesi, favorendone ora possibile la ricollocazione sul mercato del lavoro con un contratto a tempo indeterminato. Questa condizione comporta infatti, in caso di assunzione a tempo indeterminato, uno sgravio contributivo del 50% per 36 mesi per le imprese del centro-nord e del 100% nelle regioni del Mezzogiorno e nelle aziende artigiane.

Questa misura, sicuramente di notevole interesse per eliminare una serie di barriere al reingresso nel mondo del lavoro di soggetti precedentemente occupati, riporta necessariamente l'attenzione sul tema del cuneo fiscale che, vale la pena di sottolinearlo, non è un problema in sé, ma lo è diventato per la continua lievitazione dell'imposta; esito della concomitante sinergia tra scaglioni di dimensioni ridotte aliquote marginali particolarmente elevate e la soppressione di qualsiasi strumento tecnico finalizzato a consentire il recupero del drenaggio fiscale, come avveniva prima della riforma Visco del 2007.

4) Opportunità, efficacia e i limiti degli incentivi tendenti al rilancio dell'occupazione giovanile

Se si esamina senza pregiudizi l'insieme delle misure adottate dal governo Letta per cercare di spezzare la spirale che ha alimentato la crescita della disoccupazione, in un quadro macroeconomico particolarmente sfavorevole, si deve riconoscere che, in presenza di stringenti vincoli di finanza pubblica, indotti dalla gelata fiscale che aveva accompagnato la

politica di bilancio tracciata nel 2012 dal governo Monti, che non lasciavano alcuno spazio di manovra dal lato delle risorse, era difficile fare di più.

Sotto questo profilo quindi, l'aspetto di gran lunga più interessante per cercare di creare un clima pro labour è rappresentato dai correttivi normativi, introdotti con apprezzabile tempestività, rispetto alle scelte operate in questo campo dal governo Monti. Il ministro Fornero infatti, in controtendenza con l'evoluzione della legislazione in questo campo nei principali europei e nonostante l'avvitamento recessivo/depressivo in cui era immersa la nostra economia, richiedesse politiche del lavoro di segno opposto, aveva introdotto una serie di irrigidimenti all'ingresso nel mercato del lavoro che a parere non solo di economisti, ma anche di giuristi attenti alle conseguenze economiche delle scelte normative, non potevano non aggravare le già di per sé precarie prospettive occupazionali, a cavallo tra la fine del 2012 e l'avvio del 2013.

I motivi essenzialmente politici che avevano ispirato queste decisioni, le quali sembravano voler compensare qualche parziale incremento della flessibilità in uscita dal mercato del lavoro, non giustificano un indirizzo che appare in netto contrasto con le esigenze di aumentare le opportunità occupazionali in un mercato del lavoro sotto choc per un ciclo recessivo che appariva senza fine.

Se si analizza l'andamento del mercato del lavoro nei primi nove mesi di attività del governo Monti, ci si rende immediatamente conto dall'andamento delle due curve relative alla disoccupazione, quella che si riferisce al totale del mercato del lavoro e la seconda che prende in considerazione i giovani dai 15 ai 24 anni, dei gravi limiti determinati dall'autoreferenzialità e dall'improvvisazione che avevano ispirato l'azione di quel governo.

Nei 20 mesi che vanno dal novembre 2011 all'insediamento del governo Letta, nel giugno 2013, mentre il tasso di disoccupazione totale aveva segnalato una crescita del numero dei disoccupati dall'8,6% al 12,1%, di giugno e al 12,4% di fine 2013, quello relativo alla disoccupazione dei giovani da 15 a 24 anni aveva avuto un incremento di periodo più che doppio pari a 9 punti percentuali, dal 30,1% al 39,1%. Due dati, che affiancati a quelli relativi agli effetti della politica tributaria, obbligano a qualche riflessione ulteriore. Da una lettura attenta di questi numeri emerge che l'autoreferenzialità e la mancanza di equilibrio che avevano ispirato quell'azione di governo, con un Parlamento tagliato fuori da qualsiasi confronto, non meno che da ogni decisione, aveva determinato una serie di contraccolpi e scossoni, che, dal piano delle scelte normative si erano percossi sull'economia italiana, con effetti sinergici negativi completamente al di fuori di qualsiasi previsione e controllo.



L'andamento particolarmente sfavorevole del quadro macroeconomico, con un rallentamento tendenziale della recessione molto più lento rispetto alle attese, confermato dai dati sull'occupazione particolarmente negativi, aveva spinto il governo Letta ad intervenire con tempestività, adottando un pacchetto di misure sia strutturali sia di incentivazione per il rilancio dell'occupazione. Un intervento che si segnala per la pluralità degli strumenti adottati, teso ad intercettare le esigenze occupazionali di ogni segmento in cui si articola il mercato del lavoro, che, proprio per questo aspetto innovativo, offre qualche interessante spunto di riflessione.

Una prima considerazione si riferisce al fatto che finalmente il Governo sembra cogliere le interrelazioni tra un mercato del lavoro sotto stress per via di due profonde recessioni susseguitesisi nel tempo, quasi senza soluzione di continuità, i cui effetti hanno determinato un calo vistoso della domanda interna cumulata, e le politiche pubbliche degli ultimi due anni.

Da questo punto di vista merita attenzione il fatto che le misure assunte intervengono sul mercato del lavoro sia con interventi di tipo ordinamentale, tesi ad ampliare l'offerta di strumenti contrattuali, per cercare di venire incontro alle potenziali esigenze occupazionali di un mercato particolarmente complesso, per la diversificazione della propria composizione, sia settoriale sia territoriale; sia con incentivi economici.

L'esame delle misure incentivanti a contenuto economico assume particolare interesse in quanto va al di là della dimensione delle risorse che il governo ha potuto mettere in campo nell'immediato, relativamente modeste per i noti vincoli di bilancio. Il Governo infatti è impegnato a rimodulare, d'intesa con la Commissione una parte cospicua dei fondi europei, per aggredire con misure d'urto l'andamento recessivo dell'economia, a partire dal mercato del lavoro.

Vediamo quindi di esaminare i primi effetti dei nuovi incentivi istituiti in via sperimentale dal governo per favorire l'assunzione stabile di giovani tra i 18 e i 29 anni. Le ragioni della scelta appaiono evidenti; se gli incentivi adottati si mostrano efficaci nel segmento della popolazione che presenta le maggiori difficoltà all'ingresso nel mercato del lavoro, con tutta probabilità offriranno utili indicazioni per una politica economica labour intensity di più ampio respiro.

Dall'insieme delle misure proposte al Ministero del lavoro si attendeva un aumento dell'occupazione di 200.000 unità, nel triennio considerato, di cui 100.000 attraverso il meccanismo della decontribuzione a favore di giovani tra i 18 e i 29 anni.

Questa misura in particolare si riferisce a giovani svantaggiati tra i 18 e i 29 anni che presentano almeno una delle seguenti condizioni: A) che siano privi di un lavoro da almeno un anno; B) che non abbiano acquisito un diploma di formazione professionale o di scuola media superiore; C); che non siano coniugati ed abbiano una o più persone a carico. Proprio in considerazione del particolare disagio sociale che caratterizza quell'area, i tre quarti delle risorse erano destinati prioritariamente al Mezzogiorno. (500 milioni su un totale di 794). Le caratteristiche dell'incentivo sono le seguenti: è prevista a favore dell'impresa che assume con contratto a tempo indeterminato la decontribuzione di € 650 per un periodo di 18 mesi a cui corrisponde un incentivo complessivo pari a € 11.700, per ogni soggetto di età compresa tra i 18 e i 29 anni che presenta una o più caratteristiche tra quelle precedentemente indicate. Il contributo è invece pari a  $12.000 \times 1$  importo totale di € 7800 nel caso di stabilizzazione di un contratto a termine

Nonostante il Ministero avesse dato ampia pubblicità all'iniziativa, sottolineando che sarebbero state prese in considerazione solo le domande presentate, corrispondenti alle disponibilità di fondi per l'anno di riferimento, il risultato del primo bando è stato del tutto insoddisfacente. Le domande presentate infatti sono state solo 13.770, mentre quelle accolte

superano di poco le 9000 (9284). Si tratta di numeri veramente modesti se solo si considera che i giovani che non studiano e non lavorano sono in Italia oltre 2 milioni; mentre i disoccupati cioè quelli che hanno perso un posto di lavoro o lo stanno cercando sono oltre 650.000 in aumento di 35.000 unità rispetto all'anno precedente.

Di fronte a questo risultato, che appare comunque deludente, si possono trarre alcune considerazioni specifiche attinenti alla misura proposta ed altre, di carattere più generale. Da questo ultimo punto di vista, tenuto conto della parcellizzazione che caratterizza il nostro sistema di imprese, sembra evidente che non basta che un incentivo sia interessante dal punto di vista quantitativo, per poter orientare un imprenditore ad assumere nuovi dipendenti. Occorre che la misura proposta si estenda a un periodo più lungo, quanto meno doppio, o anche di più, secondo i settori e le condizioni di mercato, affinché questo modello di decontribuzione assuma caratteristiche di reale attrattività. È evidente infatti che una piccola impresa non assume a tempo indeterminato nuovi dipendenti se non ha la certezza di poterli utilizzare al meglio per un periodo temporale molto più ampio dei 18 mesi previsti dalla misura.

Non si deve d'altra parte perdere di vista che il 50% della forza lavoro occupata è impiegata in imprese con meno di 10 dipendenti; si tratta di realtà particolari, nelle quali la soglia di 15 dipendenti, al superamento della quale l'impresa è assoggettata ad una serie di limitazioni, vincoli ed oneri ulteriori ,nei rapporti sindacali e nella disciplina dei licenziamenti, funge da tappo alla creazione di nuova occupazione ;anche se questa fosse pienamente giustificata dalle prospettive di sviluppo dell'azienda, inserita in un contesto di mercato favorevole.

Questa condizione di contesto sfavorevole della disciplina dei rapporti di lavoro, che funge da vero e proprio tappo alla crescita dimensionale delle imprese, andrebbe rimossa superando barriere ideologiche, con una normativa idonea a garantire a un tempo i diritti del lavoratore, a salvaguardia del quale vi è comunque il presidio di una giurisdizione e di una cultura della tutela del contraente debole, che permea di sé l'intero ordinamento. Una situazione di debolezza strutturale del sistema produttivo che , limitando la possibilità del mondo delle imprese di creare nuovo valore e di crescere in base alle opportunità offerte dal mercato, senza vincoli incompatibili con la propria dimensione, rinvia ad altre due condizioni di contesto anche esse sfavorevoli.

La prima si riferisce al fatto che i mercati in più rapida e costante espansione sono mercati lontani; la crescita dimensionale dell'impresa è dunque la preconditione per le imprese di potersi affacciare al mercato delle esportazioni, e di poterlo fare su più di un mercato cercando nuove occasioni di sbocco alle proprie produzioni in aree caratterizzate

da elevati tassi di sviluppo. (In Italia più della metà delle imprese esportano in un solo paese, e dunque sono particolarmente condizionate dall'andamento del ciclo economico)

Una seconda condizione di contesto, che occorrerà necessariamente rimuovere, se possibile ancora più sfavorevole è rappresentata dalla duplice pressione sulle imprese determinata dal sistema tributario, che coniuga accanto a un tax rate sul reddito di impresa da record, un cuneo fiscale che in Europa è secondo soltanto a quello del Belgio. Si comprende allora la ragione di un frazionamento di impresa, che non ha riscontro in nessun altro paese avanzato, che si spiega probabilmente con le maggiori opportunità offerte alle imprese di modeste dimensioni di poter utilizzare con profitto e con minori rischi gli ammortizzatori anomali dell'economia irregolare e dell'evasione fiscale.

Queste brevi considerazioni riportano al centro del tema dello sviluppo e della tutela del lavoro la questione tributaria. Sulla base delle esperienze degli ultimi mesi, il governo sembra orientato a porre in essere un piano di sviluppo dell'occupazione, nei settori maggiormente critici dal punto di vista del mercato del lavoro, ossia i giovani e le donne, attraverso l'adozione di un piano straordinario di incentivi all'occupazione in questi segmenti della forza lavoro, caratterizzati da un forte impatto positivo nei primi anni e da un carattere decrescente graduale tali da innescare un circolo virtuoso di ampie dimensioni, capace di svolgere un ruolo di volano per il rilancio dell'economia e la crescita della domanda interna in tutto il paese.

Le considerazioni fin qui svolte, evidenziano lo stretto collegamento che lega insieme le politiche pubbliche, il mercato del lavoro, lo sviluppo economico. Se un piano straordinario per il rilancio dell'occupazione può immaginarsi relativamente ai settori del lavoro giovanile e di genere femminile, utilizzando al riguardo le possibilità offerte dall'impiego di fondi europei, per mettere in campo una massa critica di risorse tali da imprimere uno choc salutare al nostro sistema economico; lo stesso non può dirsi per l'insieme dell'economia italiana.

In questo campo non si può immaginare una politica di incentivi con finanziamenti diretti a carico della finanza pubblica, innanzitutto per ragioni di bilancio. Occorrerebbe invece esplorare le possibilità di realizzare un piano straordinario di interventi per il rilancio della produzione in aree in declino, ovvero caratterizzate da trasformazioni economico sociali profonde, che riprenda lo schema di progetto delle "zone franche urbane" avviato nel 2006 e successivamente abbandonato, senza mai aver visto la luce, per le incredibili resistenze politiche dell'allora Ministro dell'economia Tremonti.

In buona sostanza si tratta di affiancare a politiche di contesto meno sfavorevoli alle imprese e alla produzione di quelle che abbiamo conosciuto negli ultimi anni, un piano straordinario che rilanci le vocazioni economico produttive legate al territorio, mobilitando



imprenditorialità e risorse private intorno a questi insediamenti, (le zone franche urbane) caratterizzate da consistenti vantaggi fiscali lungo un arco decennale.

L'aspetto che distingue questa esperienza francese e la rende più efficace, rispetto ad altre esperienze di incentivazione, sta nel fatto che gli investimenti avviati in questi insediamenti, in una condizione di normalità, avrebbero rendimenti positivi e dunque sostenibili anche senza incentivi. In buona sostanza l'imprenditore che attiva un'iniziativa in una zona franca urbana, ci mette la faccia, si fa carico degli investimenti e di collocare sul mercato le proprie produzioni. L'aumento delle entrate tributarie, ottenuto attraverso il maggior gettito sui redditi da lavoro dipendente che altrimenti non verrebbero corrisposti, ed al gettito dell'Iva, sulle nuove produzioni, non solo finanzia gli sconti contributivi, l'esenzione dai tributi locali a partire dall'Irap, e l'Imu, ma incrementa considerevolmente il gettito complessivo, dunque produce un effetto positivo anche sotto il profilo degli equilibri di finanza pubblica.

## 5) Conclusioni

L'esperienza del decreto Giovannini, recante misure sul rilancio dell'occupazione, specie giovanile, pur presentando un primo bilancio modesto, specie dal punto di vista dei numeri coinvolti, è tuttavia di grande interesse, innanzitutto per il fatto che il Governo ha impostato, all'interno di un medesimo provvedimento di legge, un disegno organico ed al tempo stesso articolato di misure finalizzate ad innescare un circolo virtuoso dal punto di vista occupazionale.

Il fatto che i primi risultati appaiano molto inferiori alle attese, non deve essere interpretato negativamente, in quanto mette in luce che le difficoltà di contesto in cui operano le imprese in Italia, non dipendono da condizioni di mercato, (la dinamica delle esportazioni resta favorevole) ma sono determinate proprio da queste condizioni di contesto che rischiano di trasformare una lunga e pesante recessione, in una depressione di lungo periodo. Con riflessi sul lavoro, che non si vuole evocare neppure per scongiurarli.

All'interno di questo Scenario, la recessione 2012/ 2013, per degli eccessi della politica tributaria, da cui la recessione stessa ha tratto il principale alimento, offre particolari spunti di riflessione al giurista innanzitutto dal punto di vista del diritto del lavoro. Non ha senso infatti battersi per lo sviluppo delle garanzie e dei diritti all'interno delle imprese, se poi l'ordinamento non è in grado di garantirne il funzionamento e la crescita, attraverso gli eccessi di un modello di fiscalità sempre più lontano dagli principi costituzionali che ne dovrebbero definire i contenuti e regolare l'agire nelle diverse fasi della loro amministrazione.

## Bibliografia

### Articoli:

Riforma del Lavoro Letta 2013: tutte le novità contro la disoccupazione, (Economia.nanopress.it);

Dallo studio all'occupazione. I fronti del Pacchetto lavoro, di Nicoletta Magnoni (Quotidiano.net);

Soddisfazione del Ministro Giovannini: previste 100mila assunzioni (Ipsoa.it);

Gli incentivi per l'assunzione dei giovani producono 14 mila domande (Mondoeconomia.com);

Decreto lavoro 2013 da 1,3 miliardi. Arrivano gli sgravi del governo Letta (Huffingtonpost.it);

Decreto Lavoro e assunzioni: le misure punto per punto, di Barbara Weisz (Pmi.it);

Bonus assunzione giovani a quota 18mila. Al via anche il bonus Aspi per le aziende che stabilizzano (IlSole24ore.it);

Incentivi: 9500 sono davvero un successo? Di Francesco Giubileo (Lavoce.info);

Giovani, fallisce il bonus assunzioni. "Incentivi? È in crisi anche il sommerso", di Enrico Marro (Corriere della sera);

Un iter tortuoso per i bonus lavoro, di Mauro Pizzin (Il Sole 24 ore);

### Testi:

Il nuovo mercato del lavoro dopo la legge Giovannini, di A. Tursi, P. C. Vincenti e B. Raimo (Giuridica Editrice, 2013);

Lezioni di diritto del lavoro, 2° vol. (i contratti di lavoro -il rapporto), di F. Santoni (Edizioni Scientifiche Italiane, 2012);

Manuale del nuovo corso del diritto del lavoro, di G. Proia (Edizione CEDAM, 2013)