

ISSN 1825-9871

InnovazioneDiritto

Quarterly Review of Tax and Economic Law

Pubblicazione
03 • 2022



Università degli studi di Napoli Federico II

Innovazione e Diritto - Rivista trimestrale on line fondata nel 2005 dal prof. Raffaele Perrone Capano, autore e responsabile scientifico del Progetto di informatizzazione diffusa della Facoltà di Giurisprudenza, e di catalogazione in formato digitale della Biblioteca storica, a supporto della ricerca e della didattica.

Il Progetto, approvato dal MIUR nel 2004, per un importo complessivo di 1.350.00 €, era stato finanziato per il 70% dall'UE, per il 26% dalla Facoltà, attraverso il riconoscimento delle spese effettuate nel settore informatico nel biennio precedente, e per il restante 4% dal MIUR.

Innovazione e Diritto è stata, fin dalla nascita, una rivista ad accesso libero, a supporto delle attività dei dottorati di ricerca e dei giovani studiosi della Facoltà. L'adesione di numerosi colleghi, professori e ricercatori di altre Università italiane, ne ha consolidato in breve tempo la dimensione nazionale.

Dal 2012, in seguito alla trasformazione delle Facoltà in Dipartimenti, la Rivista ha proseguito l'attività, per l'impegno di un gruppo di professori e ricercatori di numerose Università italiane che hanno assicurato il regolare flusso di contributi scientifici di elevata qualità. Il nuovo assetto editoriale ha favorito l'estensione degli interessi scientifici della Rivista ai settori più direttamente investiti dalla crisi finanziaria del 2008, la più grave dal dopoguerra. L'orizzonte più ampio ha comportato una parallela specializzazione della produzione scientifica, e ne ha amplificato la diffusione e l'impatto.

Un primo punto di svolta ha preso avvio all'inizio del 2018, con la scelta della cadenza trimestrale, per lasciare spazio alla pubblicazione di numeri speciali, di Atti di convegno e di altre iniziative promosse dalla Rivista, affiancata dall'indicazione nel sottotitolo di: "Rivista di Diritto tributario e dell'Economia". Un secondo punto si è concretizzato in una nuova partenza, basata su una piattaforma digitale avanzata, coerente con le indicazioni dell'ANVUR per le riviste di classe A e con gli standard definiti da Google per la massima diffusione internazionale dei contenuti.

DIRETTORE RESPONSABILE

Prof.ssa Clelia Buccico (*Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*)

Innovazione e Diritto è stata diretta fino al 2020 dal Fondatore, prof. Raffaele Perrone Capano, già ordinario di Diritto finanziario e tributario nell'Università di Napoli Federico II. In funzione del maggiore impegno che comporta la gestione della nuova piattaforma digitale, la rivista è attualmente retta da una Direzione collegiale, i cui componenti sono i professori:

COMITATO DI DIREZIONE

Prof.ssa Clelia Buccico

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Raffaele Perrone Capano

- *Fondatore della rivista, già Professore ordinario di Diritto finanziario e tributario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Marilena Rispoli Farina

- *Già Professore ordinario di Diritto commerciale e bancario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Beatrice Bertarini

- *Professore associato con abilitazione a ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Gianluigi Bizoli

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo*

Prof. Paolo Borghi

- *Professore ordinario di Diritto alimentare e Diritto agrario dell'Unione europea - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara*

Prof.ssa Loredana Carpentieri

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Studi economici e giuridici dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

Prof. Alessandro Giovannini

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento Studi aziendali e giuridici dell'Università degli Studi di Siena*

Prof. Giuseppe Melis

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "LUISS Guido Carli"*

Prof. Sebastiano Maurizio Messina

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona*

Prof. Salvatore Muleo

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*

Prof. Gaetano Ragucci

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano Statale*

Prof. Gennaro Rotondo

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Maria Alessandra Stefanelli

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Stefano Zunarelli

- *Professore ordinario di Diritto dei trasporti e Legislazione del turismo - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università*

di Bologna "Alma Mater Studiorum"

I lavori scientifici pubblicati nelle parti prima e seconda di ciascun numero della rivista, sono sottoposti a referaggio. Gli altri contributi d'interesse per l'attualità e il carattere divulgativo degli argomenti trattati, ovvero per il rilievo politico degli stessi, sono pubblicati in parte terza.

Tutti i lavori sono sottoposti alla valutazione di un componente della Direzione.

Innovazione e Diritto, rivista open access, non risponde degli articoli pubblicati, i cui autori abbiano utilizzato lavori altrui di cui non sia stata citata esplicitamente la fonte.

COMITATO SCIENTIFICO

Prof.ssa Antonella Brozzetti

- Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università degli Studi di Siena

Prof. Giuseppe Corasaniti

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia

Prof. Avv. Francesco Eriberto D'Ippolito

- Professore ordinario di Storia della giustizia e delle Istituzioni politiche - Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Prof. Avv. Maurizio Logozzo

- Professore ordinario di Diritto tributario - Facoltà di Economia dell'Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore

Prof.ssa Carla Masi

- Professore ordinario di Diritto romano e Diritti dell'antichità - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Prof.ssa Maria Pierro

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi dell'Insubria

Prof. Salvatore Sammartino

- Professore di Diritto finanziario e tributario - Dipartimento di Giurisprudenza a Palermo dell'Università LUMSA

Prof. Antonio Felice Uricchio

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

COMITATO EDITORIALE

Prof. Francesco Vincenzo Albertini

- Professore associato di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano "La Statale"

Prof. Olivier Karl Emmanuel Butzbach

- Professore associato di Economia politica - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Prof. Marco Cedro

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Palermo LUMSA

Prof. Filippo Cicognani

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"

Prof. Filippo Alessandro Cimino

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Enna

Prof.ssa Daniela Conte

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Napoli

Prof. Samuele Donatelli

- *Professore associato di Diritto tributario, Università degli Studi di Roma*

Prof. Nicola Fortunato

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Laura Letizia

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Daniela Mazzagrecò

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Palermo*

Prof. Ottavio Nocerino

- *Professore ordinario Dipartimento di Economia - Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Andrea Quattrocchi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore*

Prof. Federico Rasi

- *Professore associato di Diritto tributario - Università del Molise, Campobasso*

Prof. Luca Sabbi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Bergamo*

Prof.ssa Adriana Salvati

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi della Campania*

Prof. Gianluca Selicato

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Maria Villani

- *Assegnista di ricerca e Professore a contratto di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Daniele Canè

- *Ricercatore e Professore a contratto di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

Dott.ssa Alessandra Kostner

- *Dottore e assegnista di ricerca in Diritto tributario - Università della Calabria*

Dott. Andrea Perrone Capano

- *Dottore di ricerca in Diritto delle persone, delle imprese e dei mercati, nonché Cultore della materia in Diritto commerciale e bancario - Università degli Studi di Napoli*

Dott. Luigi Scipione

- *Ricercatore di Diritto commerciale e Professore aggregato di Diritto bancario - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Stefano Zagà

- *Ricercatore di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

INDICE

Parte prima (Dottrina)

1. **Partenariato pubblico-privato di cooperazione:
partecipazione degli Enti del Terzo Settore, insieme ai
soggetti pubblici, alla realizzazione del Piano Nazionale di
Ripresa e Resilienza (PNRR)** 1
di Sofia Bandini
2. **La digitalizzazione dell'economia e la concezione di nuove
basi imponibili** 71
di Stefano D'Albenzio
3. **Aiuti di Stato ed emergenza pandemica: il quadro delle
misure temporanee** 93
di Angela Rombiolo
4. **Corporate governance, corporate compliance e
responsabilità penale** 113
di David Terracina

Parte terza (Contributi istituzionali)

5. **Problematiche fiscali degli immobili dei professionisti e
spunti di riforma** 153
di Giuseppe Melis

Partenariato pubblico-privato di cooperazione: partecipazione degli Enti del Terzo Settore, insieme ai soggetti pubblici, alla realizzazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)

di Sofia Bandini

Già ricercatore dell'Università di Bologna - Docente di Diritto dell'Economia

ABSTRACT

Over the last few years, the field of intervention of non-profit organizations has progressively expanded in the context of contractual relationships with the public administration, especially after these relationships have been governed by the legislator with the issue of the Third Sector Code, Legislative Decree 3 July 2017, no. 117.

Due to the economic-entrepreneurial nature of the activities carried out by non-profit organizations and their relationships with the public administration, it is believed that their participatory and operational contribution can also significantly connote the implementation of the National Recovery and Resilience Plan (PNRR) projects.

The article, after the analysis of the historical-regulatory evolution of non-profit organizations, examines the new role that non-profit organizations, following the sentence of the Constitutional Court no. 131/2020 and, according to the law no. 108/2021 on the governance of the National Recovery and Resilience Plan, can carry out, also in the form of shared administration, in order to turn the PNRR programs into reality.

SINTESI

Nel corso degli ultimi anni, si è progressivamente ampliato il campo d'intervento degli Enti non profit nell'ambito dei rapporti contrattuali con la PA, in particolar modo dopo che detti rapporti sono stati disciplinati dal legislatore con l'emanazione del Codice del Terzo Settore, D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

In ragione della natura economico-impresoriale delle attività svolte dalle organizzazioni non profit e dei loro rapporti con la PA, si ritiene che il loro contributo partecipativo e operativo possa significativamente connotare anche la realizzazione dei progetti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

L'articolo, dopo aver analizzato l'evoluzione storico-normativa degli Enti non profit, approfondisce il nuovo ruolo che Enti non profit, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020 e, in applicazione della Legge n. 108/2021 sulla governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, possono svolgere, anche nella forma di amministrazione condivisa, in ordine alla messa a terra dei programmi del PNRR.

SOMMARIO

1. Introduzione - **2.** Genesi del Terzo Settore - **3.** La sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020 - **4.** Brevi considerazioni sul Next Generation EU (NGEU) di derivazione euro-unitaria e sul conseguente Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) - *4.1. Strumenti per perseguire le finalità relative alla messa a terra dei progetti del PNRR* - **5.** Esame del Titolo IV rubricato "Contratti Pubblici" della Legge n. 108/2021 - *5.1. Clausole sociali di riassorbimento della manodopera*

- 5.2. *Esame dell'art. 95 del Codice dei Contratti pubblici* - 5.3. *Art. 47-
quater Legge n. 108/2021* - 5.4. *Art. 48 Legge n. 108/2021* - 5.5. *Art.
51 Legge n. 108/2021 - modifiche al D.L. 16/07/2020, n. 76* - **6.** Brevi
considerazioni finali

1. Introduzione

Il tema dei nuovi rapporti di collaborazione fra la PA e Terzo Settore per la messa a terra dei progetti del PNRR, non è solo di interesse scientifico, ma anche di forte impatto applicativo. In questa prospettiva, che mira ad individuare e analizzare l'insieme delle norme applicabili *ratione temporis* ai contratti pubblici, appare ineludibile affrontare, in via preliminare, la questione della nuova e diversa collocazione degli enti del Terzo Settore che entrano a pieno titolo nel mercato delle commesse pubbliche, non più limitato a progetti innovativi e sperimentali in ambito sociale, prefigurati nell'art. 1 della Legge n. 328/2000 e, quindi, nell'art. 7 del D.P.C.M. 30/03/2021, ma orientato a nuove forme di collaborazione e/o cooperazione con la PA durature e capaci di apportare qualità all'intervento.

Dunque, gli enti del Terzo Settore, oggi, si possono rapportare con la PA secondo modelli di welfare di comunità innovativi e determinanti per lo sviluppo delle comunità e territori in quanto detengono quelle informazioni, quelle capacità organizzative, e quelle capacità di analisi del contesto sociale che sono oltremodo necessarie nell'attuale gestione dei nuovi bisogni.

Stiamo assistendo ad un cambio di paradigma che è mosso dalla tensione a forme di amministrazione condivisa, in funzione del nuovo ruolo della PA, che ha il dovere di favorire la libera iniziativa civica così come sancito dall'art. 118 della Costituzione.

Riteniamo utile, pertanto, iniziare ad approfondire il tema che

proponiamo con una breve riflessione sulla genesi del Terzo Settore, per meglio inquadrare il valore aggiunto che gli enti del Terzo Settore possono apportare, oggi, nel contesto dei rapporti contrattuali con la PA, fulcrati sul piano del rilancio dell'economia secondo le regole del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

2. Genesi del Terzo Settore

Per definire il Terzo Settore proponiamo il pensiero dell'economista S. Zamagni: «Come si sa, la definizione corrente di Terzo settore lo vede come la sfera cui afferiscono tutti quei soggetti che non hanno titolo per rientrare né nel mercato (primo settore) né nello Stato (secondo settore).

Si noti subito l'asimmetria: mentre la distinzione tra Terzo Settore e lo Stato si appoggia su un fondamento oggettivo, quale è quello basato sulla dicotomia pubblico-privato, la distinzione tra Terzo Settore e mercato - entrambi enti di diritto privato - postula per aver senso, che il mercato venga considerato come lo spazio occupato esclusivamente da agenti che sono motivati all'azione dal fine lucrativo. Solo così, infatti, si possono tenere tra loro separati soggetti - pensiamo ad una cooperativa sociale e ad una impresa commerciale - che appartengono al medesimo universo giuridico (quello di enti privati) ma che perseguono obiettivi diversi.

È per questa ragione che, negli ambienti anglosassoni, le organizzazioni di cui qui si tratta vengono preferibilmente indicate con l'espressione di "enti non profit" per sottolineare appunto il fatto che la loro specificità sta nel rispetto del vincolo di non distribuzione degli utili.

Ora, se le organizzazioni della società civile appartengono alla sfera del privato, ma non a quella del mercato, ne deriva che la loro distintività non può essere posta su un particolare modo di fare economia, ma va ricercata sul piano del sociale».¹

¹ S. ZAMAGNI, "Slegare il Terzo Settore" in Consiglio dell'Agenzia del Terzo

Dunque, per l'importanza che il Terzo Settore riveste nello sviluppo dei rapporti con la PA e al fine di affrontare compiutamente il tema della specifica attenzione al loro ruolo, svolto nell'ambito della ripresa economica post-pandemia da Covid-19, non si può non partire che dalle motivazioni intrinseche, ancor prima che giuridiche, poste in generale alla base della nascita degli enti non profit, così indicati per sottolineare il portato della loro specificità che, se da un lato, sta nel rispetto del vincolo di non distribuzione degli utili generati dalla loro attività economica, dall'altro, connota queste organizzazioni sotto il seguente profilo: pur potendo essere imprese, sono animate e tenute insieme anche da ideali e da motivazioni non monetarie che interagiscono con profitti, incentivi e mercati.

Ebbene la prima motivazione sottesa alla nascita degli enti suddetti è conseguenza del fallimento della politica del Welfare State. Nel Novecento tutto doveva essere ricondotto o al mercato o allo Stato o tutt'al più ad un mix di queste due istituzioni.

Come conseguenza si evidenzia che gli enti non profit potevano produrre quei beni e servizi pubblici che né lo Stato, né il mercato avevano interesse oppure la capacità di produrre, cui ha fatto seguito lo sviluppo la diffusione delle istituzioni non profit che si sono specializzate nella produzione di beni pubblici politicamente minori o di nicchia.

Di converso è, oggi, diffuso il convincimento, suffragato dalla storica sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020, secondo il quale il **paradigma bipolare "stato-mercato"** abbia ormai terminato il suo corso storico e che ci si stia avviando verso **un modello di ordine sociale tripolare: pubblico, privato, civile.**

Lo Stato da solo non basta più. E, come osserva S. Zamagni, «il cambiamento oggi necessario è quello di andare oltre allo schema che per esercitare la solidarietà basti lo Stato. È uno schema ormai datato e incapace di fare presa sulla realtà. Si pensi anche al nuovo welfare di cui tanto si va parlando di questi tempi: esso non verrà né

Settore.

dal privato for profit, né dagli apparati politico - amministrativi della sfera pubblica, ma dalla fioritura dell'area del civile, la quale però dovrà conquistarsi quello spazio che ancora non occupa».²

Gli enti non profit vanno visti come una specifica forma di *governance* basata sul mutuo aiuto e sulla democrazia, quindi, rientranti in una nuova visione di sussidiarietà che non è più solo quella di tipo orizzontale, basata sul rapporto diretto fra ente pubblico ed enti non profit, ma quella basata sulla **sussidiarietà circolare incentrata sul modello tripolare di ordine sociale che accanto al privato e al pubblico pone, con pari dignità, il civile.**³

Dunque, la vera sussidiarietà è quella che non esclude la business community nel momento in cui si tratta, anzi è la condivisione degli obiettivi il cuore del modello tripolare di ordine sociale. Sicché i tre soggetti: Stato, mondo delle imprese (cooperative e non) e mondo degli enti non profit devono tra di loro in maniera sistematica - ecco il significato della parola sussidiarietà circolare - interagire per:

- **definire la priorità degli interventi;**
- **trovare i modelli di finanziamento per reperire le risorse necessarie;**
- **decidere il modello di gestione più efficace.**⁴

La seconda motivazione intrinseca che connota la nascita e lo sviluppo delle istituzioni non profit attiene al fatto che la categoria dei beni che essi producono comprende beni comuni ossia *commons*, (come difesa del territorio, ambiente, conoscenza), e beni relazionali (servizi alla persona - quelli della *care economy* - nel settore della sanità, istruzione e servizi sociali).

Il rilevante vantaggio dell'elevato contenuto relazionale nella produzione dei servizi alla persona posseduto dagli enti non profit fa sì che la relazione tra chi eroga il servizio e chi lo riceve (in veste di

2 S. ZAMAGNI, "Slegare il Terzo Settore" in Consiglio dell'Agenzia del Terzo Settore.

3 S. ZAMAGNI, "La sfida etica nella quarta rivoluzione industriale", 2019.

4 S. ZAMAGNI, "Lo Stato e il mercato non bastano più" da L'Osservatore in Economia Civile, fasc. 1 del 16 maggio 2020.

cliente, utente e beneficiario) costituisca una dimensione cruciale nella produzione del servizio stesso.

L'elevata intensità relazionale, infatti, rende questi servizi intrinsecamente non standardizzati e non standardizzabili: per esempio, la relazione tra chi fornisce servizi di cura per gli anziani e gli anziani non autosufficienti rappresenta l'elemento fondamentale di questa tipologia di servizio e le sue caratteristiche, anche in presenza di standard qualitativi e protocolli operativi, non sono del tutto definibili *ex ante*. Dunque, le relazioni interne degli enti non profit tra organizzazione, manager e lavoratori, la governance organizzativa, le motivazioni intrinseche e sociali di questi attori assumono particolare rilevanza nel determinare l'efficienza organizzativa e la qualità dei servizi offerti. Come osserva l'economista L. Bruni, «le motivazioni sottostanti le azioni hanno un valore molto importante nella vita, anche in quella civile, economica e nelle organizzazioni».⁵

Se a ciò nelle organizzazioni non profit si aggiunge la specificità dell'imposizione del vincolo di non distribuzione degli utili, dell'indisponibilità del patrimonio e la presenza di un obiettivo sociale, si riduce il rischio di comportamenti opportunistici di chi eroga il servizio. Tali vincoli favoriscono pertanto il sorgere di una relazione di fiducia tra il produttore e l'utente.

3. La sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020

La Corte costituzionale con l'importante sentenza n. 131 del 20/05/2020 riporta questi concetti nell'alveo della Costituzione e mette a punto una riflessione generale e sistematica su come vanno istituzionalmente intesi i rapporti tra pubblica amministrazione ed enti del Terzo Settore.

Soffermandosi, infatti, sugli aspetti che connotano l'art. 55 del Codice del Terzo Settore, la Corte argomenta che *“l'art. 118 della*

⁵ L. BRUNI - A. SMERILLI, *“Benedetta economia Benedetto di Norcia e Francesco d'Assisi nella storia economica europea” - “Idee/economia, Città Nuova 2008.*

Costituzione introducendo il principio di sussidiarietà orizzontale, rileva che il medesimo deriva dal riconoscimento della profonda socialità che connota la persona umana e della sua possibilità di realizzare un'azione positiva e responsabile. Valorizzando, in Costituzione, l'originaria socialità dell'uomo si è, quindi, voluto superare l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di una attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da un'autonoma iniziativa dei cittadini che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese.

Si è identificato così un ambito di organizzazione delle libertà sociali non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle forme di solidarietà che in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti insieme ai diritti inviolabili dell'uomo come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente”.

Dunque, se nella suddetta disposizione costituzionale (art. 118) si valorizza l'originaria socialità dell'uomo, è solo con l'art. 55 del Codice del Terzo Settore (in avanti anche solo “C.t.s.”) che si realizza una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale, cioè si «realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria strutturando e ampliando una prospettiva che era già stata prefigurata, ma limitatamente ad interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale (nell'art. 1, della Legge. 08/11/2000, n. 328 e, quindi, nell'art. 7 del D.P.C.M. 30/03/2001).

In forza dell'art. 55 si instaura fra i soggetti pubblici e gli enti del Terzo Settore (in avanti “ETS”) un canale di **amministrazione condivisa alternativo a quello del profitto e del mercato**. L'art. 55, infatti, pone in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare il

coinvolgimento attivo degli ETS nella programmazione, nella progettazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi nei settori di attività di interesse generale definiti dall'art. 5 del C.t.s.».

Dunque, prosegue la Corte costituzionale, *“la co-programmazione, la co-progettazione ed il partenariato - che può condurre anche a forme di accreditamento - si configurano come fasi di un procedimento complesso, espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico.*

*Il modello configurato dall'art. 55 c.t.s., infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla **convergenza di obiettivi, sull'aggregazione di risorse pubbliche e private** per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico”.* Viene, dunque, in rilievo una nuova modalità di collaborazione con la PA, che definirei **partenariato di cooperazione, fondato sulla convergenza di obiettivi e sull'operare insieme per raggiungere un fine comune: in questo sta la forza del nuovo rapporto che non è solo collaborazione ma è soprattutto cooperazione.**

A tale principio si richiama anche l'economista L. Becchetti allorché sottolinea «A maggior ragione nello scenario post-pandemia l'impresa non deve fare solo profitti, ma guardare al proprio impatto sociale ed ambientale. A questo proposito, è indicativo quello che sta avvenendo in ambito finanziario: nei prossimi tre anni il 77% dei gestori di fondi di investimento, investirà tenendo conto del rischio di sostenibilità sociale e ambientale e dovrà dare conto con indicatori ambientali e sociali - come l'indicatore Vis - del progresso del proprio portafoglio titoli».

Con ciò si dimostra, a mio avviso, quanto sostenuto anche da S. Zamagni secondo cui «per vivere bene, c'è bisogno di creare valore

diverso da quello materiale che resta comunque necessario. È in ciò il cuore della risposta dei bisogni creati dalla pandemia». Giova, infine, prendere in considerazione un passaggio di non poco momento, rilevabile sempre dalla sentenza della Corte costituzionale n. 131, e cioè: da un lato, si afferma che «è riconosciuto agli ETS una specifica attitudine a partecipare insieme a soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale, producendo, questo, effetti positivi sia in termini di risparmio delle risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della società del bisogno».

Dall'altro lato, si evidenzia che lo specifico modello di condivisione della funzione pubblica, prefigurato dal richiamato art. 55 del c.t.s., è il portato di un principio definito dall'art. 4 del c.t.s., secondo cui **il modello di amministrazione condivisa è riservato in via esclusiva agli enti che rientrano nel perimetro definito dall'art. 4.**

Costituiscono pertanto enti del Terzo Settore quelli che rientrano in **specifiche forme tipizzate** (ODV, APS, gli enti filantropici e le società di mutuo soccorso, le reti associative, le imprese sociali e le cooperative sociali) e gli **altri enti atipici** (le associazioni riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di diritto privato diversi dalle società).

La Corte costituzionale identifica nella formula dell'art. 55 del c.t.s. il significato di **norma di chiusura**, perché ne perimetra tassativamente l'ambito soggettivo di applicazione statuendo che *“agli enti che fuoriescono da tale perimetro legale non possono essere riferibili le medesime forme di coinvolgimento previste dall'art. 55 c.t.s.: esiste una stretta connessione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica”*.

Ebbene, gli ETS sono definiti dal c.t.s. *“come un insieme limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici (art. 4), rivolti a perseguire il bene comune (art. 1), a svolgere attività di interesse generale (art. 5) senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8),*

sottoposti a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11) e a rigorosi controlli (art. 90 e 97)“.

Da ultimo, ma non meno importante, giova rilevare che gli ETS, in quanto rappresentativi della società solidale, costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, quindi, sono in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico un'importante capacità organizzativa di intervento come si è ampiamente dimostrato durante la pandemia da Covid-19. Ebbene la ricchissima presenza e distribuzione sui territori di enti del Terzo Settore può significativamente essere messa al servizio dei programmi strategici del PNRR.

Parallelamente il Ministro Orlando nel suo intervento alla “Settimana sociale dei cattolici italiani”, svoltasi a Taranto dal 21 al 24 ottobre 2021, sostiene che «i risultati dei programmi del PNRR, che punta molto su welfare, sanità, territorio, relazioni, saranno tanto più duraturi quanto più partecipati». Ebbene la cittadinanza attiva in forme individuali e organizzate è uno strumento potentissimo con le sue risorse, asset, servizi e competenze e, come tale, è chiamata a sviluppare relazioni di cura ed alimentare la generatività coinvolgendo le fasce di popolazione e le generazioni che ne hanno più bisogno, a partire dai giovani e anziani, che devono essere protagonisti e, al tempo stesso, beneficiari degli interventi.

In questa prospettiva la riforma del Terzo Settore avviata con la Legge delega (n. 106 del 2016) e declinata con la nuova disciplina dell'impresa sociale (D.Lgs. n. 112/2017), del c.d. cinque per mille (D.Lgs. n. 111/2017) e con il Codice del Terzo Settore (D.Lgs. n. 117/2017) **è fulcrata sul principio di condivisione degli obiettivi degli Enti del Terzo Settore con la Pubblica amministrazione** e ciò in quanto applicazione generale e struttura non solo del principio di sussidiarietà orizzontale, introdotto dall'art. 118, comma 4, della Costituzione ma aggiungo, per quanto fin qui detto, in applicazione della **sussidiarietà circolare**, quale modello adulto di sussidiarietà,

frutto della determinante azione delle istituzioni non profit.

Infine, ma non meno importante, si osserva che quanto affermato dalla Corte ha avuto un rilievo fondamentale per il legislatore nazionale nella possibilità di calibrare adeguatamente il principio della competenza in presenza di rilevanti interessi pubblici a valenza sociale.

Il riflesso di questo aspetto lo troviamo nel Decreto-Legge Semplificazione n. 76/2020 con il quale, in sede di conversione in Legge n. 120/2020, sono state inserite tre modifiche al Codice dei contratti pubblici che riguardano rispettivamente:

- 1) l'art. 30 - Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni;
- 2) l'art. 59 - Scelta delle procedure e oggetto del contratto;
- 3) l'art. 140 - Norme applicabili ai servizi sociali ed altri servizi specifici dei settori speciali.

Tali modifiche, dal punto di vista del metodo, sono dirette a realizzare un coordinamento legislativo fra il Codice dei contratti pubblici (in avanti anche solo "C.c.p.") e il C.t.s.; dal punto di vista del contenuto riconoscono pari dignità e legittimità agli appalti e agli strumenti collaborativi come la co-programmazione e la co-progettazione e altre forme previste dal C.t.s.

Del resto, anche sotto il profilo della compatibilità del diritto europeo con il diritto nazionale con cui si deve sempre confrontare il legislatore nazionale ogni qualvolta la materia trattata è oggetto anche di intervento euro-unitario, sia le Direttive 2014/24/UE e 2014/23/UE che le sentenze della Corte di Giustizia europea, **tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà**, consentendo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, **un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà**, sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle

finalità sociali. È quindi, affermazione largamente condivisa quella secondo cui la legislazione europea ha assunto sempre più, in questi ultimi anni, un ruolo cruciale per lo sviluppo e la diffusione delle organizzazioni della società civile (OSC) sancendo opportunità di crescita in passato non previste, e non prevedibili.

Parallelamente, la Corte costituzionale osserva che nelle stesse Direttive europee del 2014, che hanno portato all'emanazione del Nuovo Codice dei contratti pubblici, *“si ritrova il fondamento che porta al superamento della supremazia in assoluto del principio di concorrenza su quello di solidarietà esistendo una competenza degli Stati membri ad adottare un modello organizzativo diverso in riferimento ad azioni a spiccata valenza sociale”*.

Il passaggio argomentativo della Corte, sopra descritto, è un intervento di portata storica che traccia un «possibile controlimite alla penetrazione del diritto europeo nell'ordinamento italiano, data la rilevanza che assumono gli enti del Terzo Settore nel concorrere a definire il patrimonio costituzionale nazionale e, pertanto, “il diritto di derivazione euro-unitaria deve confrontarsi armonicamente con tale dato giuridico costituzionale».⁶

4. Brevi considerazioni sul Next Generation EU (NGEU) di derivazione euro-unitaria e sul conseguente Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)

Dedico alcuni cenni all'architettura del Next Generation EU e del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza che è per l'Italia un'opportunità imperdibile di sviluppo, investimenti e riforme di portata strategica. Infatti, al centro del PNRR sono posti i programmi di sviluppo dei c.d. beni comuni (salute, ambiente, coesione e sviluppo sostenibile, territorio), e dei beni relazionali (relativi ai servizi alla

⁶ L. GORI, *“Terzo Settore come protagonista dell'attuazione della Costituzione”* in *Istant book* dicembre 2020, Terzo Settore e Pubblica Amministrazione; la svolta della Corte costituzionale, in Atti del Convegno organizzato il 20/10/2020 EURICSE.

persona come avviene nei settori della sanità, dell'istruzione e servizi sociali) in linea con l'obiettivo di realizzare il **Principio dell'inclusione sociale** nel contesto dei principi del **Pilastro europeo dei diritti sociali** perseguiti dal diritto comunitario.

Com'è intuitivo, la tematica in questione incrocia trasversalmente quella degli affidamenti degli appalti pubblici contenuta nel Codice dei contratti pubblici. Ci riferiamo, in particolare, agli **appalti pubblici socialmente responsabili** la cui definizione è contenuta nella Guida relativa agli appalti pubblici con criteri socialmente responsabili predisposta dalla Commissione europea nel 2011. Per essi si intende «una scelta da parte di pubbliche amministrazioni o stazioni appaltanti, relativa a superare l'approccio basato esclusivamente sui requisiti economici, considerando nel contempo, anche un impatto sociale dei servizi prodotti o richiesti».

Il PNRR presentato dall'Italia alla Commissione europea il 30/04/2021 nel contesto del progetto Next Generation EU (NGEU), contestualizza, nell'ambito di una crescita sostenibile, inclusiva ed intelligente, una riforma che mira alla modernizzazione del sistema nazionale degli appalti per il sostegno delle pratiche di sviluppo attraverso la digitalizzazione ed il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni aggiudicatrici.

Ebbene, se per un verso, il PNRR, come si è detto, è fulcrato sui progetti di sviluppo di beni comuni e relazionali, per altro verso, all'interno della progettualità da sviluppare in suddetti ambiti, contiene come Priorità trasversali previsioni dirette a condizionare l'esecuzione dei progetti all'assunzione dei giovani di età inferiore a trentasei anni, donne e disabili in piena coerenza e continuità con la politica dell'Unione europea concentrata sugli aspetti sociali negli appalti pubblici.

Dunque, fra gli strumenti predisposti a livello europeo per perseguire le finalità relative alle pari opportunità generazionali e di genere, il PNRR indica gli appalti pubblici come strumento strategico per mettere a terra i progetti finanziati con i fondi del PNRR stesso e

del PNC, onde garantire, l'inserimento occupazionale giovanile, la parità di genere e la tutela dei disabili.

Il Next Generation EU (NGEU), in quanto matrice dei Piani Nazionali di Riprese e Resilienza, è un programma europeo di riforme ed investimenti di portata ed ambizioni inedite previsto per accelerare la transizione ecologica e digitale, migliorare la formazione delle lavoratrici e dei lavoratori, conseguire una maggiore equità di genere, territoriale e funzionale. Si articola in **6 Pilastri (aree di intervento)** sui quali i PNRR nazionali si dovranno focalizzare:

- transizione verde;
- trasformazione digitale;
- crescita intelligente, sostenibile e inclusiva;
- coesione territoriale e sociale;
- salute e resilienza economica, sociale e istituzionale;
- politiche per le nuove generazioni, l'infanzia e i giovani

Il Next Generation EU richiede, quindi, agli Stati membri di presentare un pacchetto di riforme ed investimenti denominato: Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

I Piani Nazionali devono contribuire all'attuazione del **Pilastro europeo dei diritti sociali** in relazione alle sue dimensioni di pari opportunità e accesso al mercato del lavoro, condizioni di lavoro eque, accesso all'assistenza sanitaria, protezione e inclusione sociale.

Nondimeno, anche il PNRR italiano poggia sul **Pilastro europeo dei diritti sociali** che deve attuare.

Nella cornice giuridica così delineata se è vero, come io ritengo, secondo quanto afferma il giurista. P. Grossi nel suo libro "Il diritto in una società che cambia" che «l'incidenza dei valori e del loro evolversi ha un diretto e conseguente riflesso sul terreno dell'elaborazione dei principi giuridici che, quindi, racchiudono il sostrato valoriale durevole, ma non immobile, in quanto percorso da una continua dinamica che permette la difficile armonizzazione tra valori e la storia di una civiltà giuridica in marcia», è del pari vero che

il rispetto dei diritti sociali, che comporta la doverosa attuazione della protezione e dell'inclusione sociale, non riveste solo carattere meramente formale, ma sostanziale in quanto elevato a principio nel contesto del Pilastro europeo dei diritti sociali.

Coerentemente, il PNRR si sviluppa intorno a tre assi strategici condivisi a livello europeo: digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica ed inclusione sociale.

All'interno del terzo asse strategico - inclusione sociale - le tre priorità principali sono: parità di genere, protezione e valorizzazione dei giovani, tutela dei disabili ed il superamento del divario territoriale.

Tali priorità non sono univocamente affidate a singoli interventi, ma perseguite quali obiettivi trasversali in tutte le componenti del PNRR. Nel contesto dei **tre assi** principali il PNRR si articola in **16 Componenti** raggruppate in **6 Missioni**. Le Componenti sono identificate nelle Linee Guida prodotte dalla Commissione europea, come gli **ambiti** in cui aggregare progetti di investimento e riforme dei Piani stessi.

Le 6 Missioni sono articolate in linea con le aree di intervento (Pilastri) enunciate dal Regolamento UE 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12/02/2021 che istituisce il “Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (RRF) c.d. Recovery Fund”, quale principale strumento di realizzazione del Next Generation EU, la cui durata è di sei anni dal 2021 al 2026, unitamente al secondo strumento di realizzazione del Next Generation EU, definito “Pacchetto di assistenza alla ripresa per la coesione e i territori d'Europa (REACT - EU)”, che è stato concepito in un'ottica di sostegno agli Stati membri di più breve periodo dal 2021 al 2022.⁷

⁷ Le risorse RRF ammontano 191,5 miliardi di Euro da impiegare nel periodo 2021-2026, di cui 68.9 miliardi sono sovvenzionati a fondo perduto. L'Italia intende inoltre utilizzare appieno la propria capacità di finanziamento tramite i prestiti RRF, stimati 122,6 miliardi.

Per un approfondimento si veda M.C. Manca “PNRR, guida all'applicazione del Recovery Plan negli Enti della PA - Maggioli Editore, 2021.

Le 6 Missioni del PNRR italiano che, come si è detto, sono focalizzate sui 6 Pilastri (o aree di intervento) del Next Generation EU riguardano:

Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo;
Rivoluzione e transizione ecologica;
Infrastrutture per mobilità sostenibile;
Istruzione e ricerca;
Coesione e inclusione;
Salute.

Inoltre, il PNRR prevede anche **Priorità trasversali**. Infatti, la ripresa del nostro Paese per essere efficace, strutturale e in linea con i principi del **Pilastro europeo dei diritti sociali**, deve dare pari opportunità a tutti i cittadini soprattutto quelli che non esprimono oggi pienamente il loro potenziale come le persone con disabilità, i giovani, le donne, il Sud. Per questo motivo le 6 Missioni del PNRR condividono le Priorità trasversali relative alle pari opportunità generazionali, di genere e territoriali e questa attenzione trasversale, articolata in tutte le 6 Missioni del PNRR, corrisponde anche alle Raccomandazioni specifiche della Commissione europea sull'Italia del 2019/2020.

Il Piano prevede infine un insieme integrato di investimenti e riforme orientato a migliorare l'equità, l'efficienza e la competitività del nostro Paese, a favorire l'attrazione degli investimenti e in generale ad accrescere la fiducia dei cittadini e delle imprese.

A questo fine il PNRR comprende **tre diverse tipologie di riforme** che puntano a ridurre gli oneri burocratici, a rimuovere, in particolare, i vincoli che hanno fino ad oggi rallentato la realizzazione degli investimenti o ne hanno ridotto la produttività.

Esse sono:

Riforme orizzontali o di contesto di interesse trasversale a tutte le 6 Missioni del Piano, consistenti in innovazioni strutturali dell'ordinamento, idonee a migliorare l'equità, l'efficienza e la

competitività e con esse il clima economico del Paese. Il Piano ne individua due: la riforma del sistema giudiziario, la riforma della Pubblica Amministrazione.

Riforme abilitanti ovvero gli interventi funzionali a garantire l'attuazione del Piano e in genere a rimuovere gli ostacoli amministrativi.

Tra questi ultimi interventi, si annoverano le misure di semplificazione e razionalizzazione della legislazione e quelle per la promozione della concorrenza.

Riforme settoriali contenute all'interno delle singole Missioni. Sono misure consistenti in innovazioni normative relative a specifici ambiti di interventi o attività economiche destinate a introdurre regimi regolatori e procedurali più efficienti nei rispettivi ambiti settoriali: ad esempio, la Legge quadro sulla disabilità, i servizi sanitari di prossimità, il piano strategico per la lotta al lavoro sommerso.

Infine, sono previste le riforme di accompagnamento, seppure non comprese del perimetro del Piano, che sono volte alla realizzazione del PNRR, tra le quali rientrano la riforma del sistema fiscale e il potenziamento degli ammortizzatori sociali.

Le missioni e le riforme sono valutate sulla base dell'impatto che avranno nel recupero del potenziale dei giovani, delle donne e dei territori e nelle opportunità fornite a tutti, senza alcuna discriminazione.

4.1. Strumenti per perseguire le finalità relative alla messa a terra dei progetti del PNRR

Nel PNRR si argomenta che il programma Next Generation EU per L'Italia non rappresenta solo l'occasione per realizzare una piena transizione ecologica e digitale, ma anche per recuperare i ritardi storici che penalizzano il Paese e che riguardano le persone con disabilità, i giovani, le donne e il Sud.

Se, per un verso, queste specifiche categorie sono fulcrate nella

Missione 5 -**Coesione ed Inclusione**, per altro verso, anche le restanti cinque Missioni del PNRR condividono le Priorità trasversali relative alle pari opportunità generazionali, di genere e territoriali, conclusione che si impone, peraltro come si è già detto, in applicazione del **Principio del rispetto dei diritti sociali**.

Per cogliere le implicazioni pratiche di tale assetto, ci soffermiamo *in primis* su un aspetto del PNRR di grande momento: fulcrato sull'azione principale messa in campo per perseguire le finalità relative alle pari opportunità generazionali e di genere in ordine alle quali saranno inserite per le imprese che, a diverso titolo, parteciperanno ai progetti finanziati dal PNRR e dai Fondi REACT-EU e FCN, **previsioni dirette a condizionare l'esecuzione dei progetti all'assunzione di giovani e donne anche per il tramite di contratti di formazione-specializzazione che possono essere attivati prima dell'avvio dei medesimi progetti**.

In particolare, con specifici interventi normativi, sarà previsto l'inserimento nei bandi di gara, tenuto anche conto della tipologia di intervento, di **specifiche clausole** con cui saranno indicati, **come "requisiti necessari e in aggiunta premiali dell'offerta", criteri orientati verso tali obiettivi**.

I criteri saranno definiti tenendo conto tra l'altro dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, non discriminazione, trasparenza, degli indicatori degli obbiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile al 2026 anche tenendo conto dei corrispondenti valori medi nonché dei corrispondenti indicatori medi settoriali europei in cui vengono svolti i progetti.

5. Esame del Titolo IV rubricato "Contratti Pubblici" della Legge n. 108/2021

Alla luce delle suddette considerazioni, il legislatore nazionale ha

previsto uno specifico intervento normativo con il D.L. 31/05/2021, n. 77, convertito in Legge 29/07/2021, n. 108, denominato *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*, con cui è stato definito il quadro normativo nazionale finalizzato a semplificare ed agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal PNRR. e dal PNC.

La Legge n. 108/2021 va inserita nel contesto della legislazione di emergenza che a seguito della crisi epidemiologica da Covid-19, ha imposto al legislatore l'adozione di interventi normativi in via di urgenza volti ad aumentare l'efficienza e la flessibilità delle procedure ad evidenza pubblica. Il risultato di queste novità normative è la creazione di un nuovo regime che integra, ma non abroga il C.c.p., che trova applicazione in ordine a tutte le procedure di affidamento di commesse pubbliche, sia quelle a quelle d'importo sopra soglia che a quelle sotto la suddetta soglia le cui determini a contrarre siano adottate entro la data del 30 giugno 2023.

Passiamo ora all'analisi della Legge n. 108/2021, che è composta da 67 articoli, ma mi soffermo, per quanto è qui di interesse, solo su quanto è disposto nel Titolo IV, intitolato ai Contratti pubblici, iniziando con l'esame dell'art 47, rubricato "Pari opportunità ed inclusione lavorativa nei contratti pubblici, nel PNRR e nel PNC".⁸

Già dal titolo dell'art. 47 si evince che il disposto normativo attiene alle modalità con cui il legislatore nazionale intende non solo recepire, ma soprattutto declinare il principio dell'inclusione sociale in linea con gli obiettivi del Pilastro europeo dei diritti sociali.

Infatti, l'art. 47, comma 1, statuisce che *"per perseguire le finalità relative alle pari opportunità generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili **in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR nonché dal***

⁸ Piano nazionale degli investimenti complementari.

PNC si applicano le disposizioni seguenti...”.

Com'è già stato detto, il tema in questione di come realizzare l'inclusione sociale, se da un lato incrocia trasversalmente quello degli appalti pubblici sociali fulcrati sull'inserimento di clausole sociali ed ambientali nel contesto delle gare pubbliche, dall'altro rappresenta, a mio avviso, uno dei profili più importanti, se non il principale, in cui si articola la Legge 108/2021.

Giova, innanzitutto, porre in luce due conseguenze di grande momento di questa visione prospettica della norma: la prima è che si tratta di regole che attengono solo agli appalti pubblici rientranti nei programmi previsti e finanziati in tutto o in parte con le risorse dei due Piani PNRR e PNC. Tale lettura fondata inequivocabilmente sul dato letterale dell'articolo 47, comma 1, appare funzionale anche all'obiettivo del legislatore, emergente da una lettura sistematica della Legge n. 108/2021, di recepire quanto statuito dal PNRR in ordine alle azioni da mettere in campo con le risorse finanziarie dei suddetti due Piani.

La seconda conseguenza è che le nuove norme sulle clausole sociali si **affiancano**, cioè si **aggiungono** alle disposizioni sull'inserimento di clausole sociali nelle gare pubbliche - **quali quelle c.d. di riassorbimento della manodopera** - poste a tutela dell'occupazione del personale dipendente del precedente operatore economico che passa al nuovo operatore economico vincitore della gara, già previste nel Codice dei contratti pubblici agli articoli 100 e 50 e tuttora vigenti.

Dunque, le clausole sociali poste al centro della Legge n. 108/2021 con cui si realizza la Governance del PNRR, sono un potente strumento tanto per compiere progressi in tema di sviluppo sostenibile quanto per conseguire gli obiettivi sociali che l'Unione europea persegue nell'ambito degli **appalti pubblici socialmente responsabili**. Con essi si intende, infatti, prendere in considerazione «l'impatto sulla società, dei beni, dei servizi, e dei lavori acquistati dal settore pubblico. Viene riconosciuto il fatto che gli acquirenti pubblici

non sono soltanto interessati all'acquisto al prezzo più basso o al miglior rapporto qualità/prezzo, ma anche a garantire che tramite gli appalti si conseguano vantaggi sociali e si evitano o si attenuino impatti sociali avversi durante l'esecuzione del contratto di appalto. Agendo in veste di acquirenti pubblici si possono prendere in considerazione gli obiettivi sociali durante l'intera procedura di appalto, a condizione che essi non siano discriminatori e siano collegati all'oggetto dell'appalto».⁹

Ritornando all'analisi dell'art. 47 della Legge n. 108/2021, con tale disposizione si prevedono **nuove clausole sociali da inserire nei contratti pubblici** che, nel rispetto del quadro normativo europeo, riescono a svolgere efficacemente la funzione di essere applicative delle regole del PNRR.

Sulla base di questo criterio di lettura è, opportuno, a mio avviso, evidenziare un passaggio dell'art. 47, comma 1, che è importante non solo sotto il profilo formale. Mi riferisco al carattere "corsivo" con cui è scritta la frase *"per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili"*.

Come è intuitivo la questione non riveste solo carattere meramente formale, al contrario, considerandone l'aspetto sostanziale, sono dell'avviso che la composizione "in corsivo" del disposto normativo in questione sia espressione della *"voluntas legis"* di evidenziare, nel contesto del rispetto del principio dell'inclusione sociale, l'importanza da attribuire, in particolare, all'inserimento lavorativo delle persone disabili. Se così è, come io ritengo, appare evidente da quanto sopra esposto che può discendere la seguente implicazione: ossia l'importanza del ruolo che possono svolgere le cooperative sociali e, più in generale, le imprese sociali nel contesto degli appalti finanziati in tutto o in parte con i fondi del PNRR e del PNC, perché esse hanno come missione statutaria la tutela di persone svantaggiate - fra cui i

⁹ Comunicazione della Commissione europea, *"Acquisti sociali. Una guida alla Commissione degli aspetti sociali negli appalti pubblici"*, Seconda edizione 18 giugno 2021/C 237/01.

disabili - che sono quindi, inseriti stabilmente nella loro organizzazione imprenditoriale. Preme, dunque evidenziare che l'imprenditoria sociale può assumere un ruolo sempre più rilevante come operatore economico presente sul mercato e controparte della PA, non solo all'interno di un percorso di co-programmazione e co-progettazione condiviso (ai sensi dell'art. 55 del C.t.s.), ma altresì nel contesto delle gare pubbliche previste in particolare per la realizzazione dei programmi del PNRR e del PNC.

Tema, quest'ultimo, che evoca, a mio avviso, un ulteriore utile considerazione.

Ritengo, infatti, che per dispiegare appieno nuove potenzialità occorre da parte dell'imprenditoria sociale disporre di un forte potere contrattuale nei confronti delle pubbliche amministrazioni che predispongono le gare anzidette. Sicché le cooperative sociali e le imprese sociali debbono fare massa critica organizzandosi in forme stabili come sono, per esempio, i Consorzi stabili di cui il COOB di Arezzo è un significativo esempio, in quanto Consorzio di cooperative sociali di tipo B costituito, ad oggi, da 33 Cooperative sociali con oltre 1375 soci e dipendenti con svantaggio, nonché 4372 addetti.

La tematica, comunque, richiede uno sforzo di attenzione particolare che ci auguriamo di sviluppare e suffragare con le motivazioni che seguono. Per quanto è qui d'interesse specifico, si osserva nella fattispecie in esame che l'art. 47, dai commi da 1 a 9, costituisce un microcosmo normativo chiuso e compiuto il cui esame comporta in premessa, la lettura contestualizzata dei commi 2, 3 e 3-*bis* del medesimo articolo.

Il legislatore per assicurarsi che la tutela dei giovani, donne e disabili prevista nella modalità di cui all'art. 47, comma 4, si realizzi, prevede al comma 2 e ai commi 3 e 3-*bis*, rispettivamente, che gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 198/2006, producano, a pena di esclusione, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto con

attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali e al consigliere regionale di parità.

I commi 3 e 3-bis, riguardano l'obbligo a cui sono tenuti gli operatori, economici, diversi da quelli sopra indicati e che occupano un numero pari a superiore a 15 dipendenti, di consegnare alla stazione appaltante entro sei mesi dalla conclusione del contratto una relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni, ed in relazione allo stato di assunzione, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, dei licenziamenti, dei pensionamenti e la retribuzione effettivamente corrisposta.

Tale relazione è trasmessa alle rappresentanze sindacali aziendali e al consigliere regionale di parità.

Infine, in ordine alla tutela dei disabili, è previsto (comma 3-bis) l'obbligo da parte degli operatori di cui sopra di consegnare, altresì, alla stazione appaltante, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, la certificazione di cui all'art. 17 Legge n. 68/1999 e una relazione relativa assolvimento degli obblighi di cui alla medesima Legge, con l'indicazione di eventuali sanzioni o provvedimenti disposti a loro carico nel triennio antecedente la data di scadenza delle offerte.

Tale relazione è trasmessa anche ai sindacati aziendali. Si può, quindi, affermare che è forte la volontà manifestata dal legislatore di tutelare il lavoro che oggi sta vivendo una crisi profonda, esprimendo un forte impegno per la tutela delle categorie più fragili (donne, giovani e disabili) che si esplica non solo nel fissare le modalità di assorbimento di tali categorie, ma di controllarne strettamente e contestualmente la corretta realizzazione.

La disposizione di cui all'art. 47, è resa ancor più incisiva dal disposto del comma 4, secondo cui *“le stazioni appaltanti nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti prevedono specifiche clausole dirette all’inserimento come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell’offerta, di criteri orientati a promuovere l’imprenditoria*

giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione dei giovani con età inferiore a trentasei anni e donne".

Dunque, chiamerei queste clausole, in considerazione del fine loro assegnato, "clausole sociali di inserimento e dedicate".

L'inserimento **obbligatorio** di dette clausole sociali nei bandi di gara, nel contesto dell'offerta quale **requisito necessario dell'offerta stessa - quindi condizionante la stessa validità dell'offerta** - (salvo la deroga prevista dall'art. 47, comma 7), deve avvenire alle seguenti condizioni:

- che il bando disponga le regole della gara unicamente riferentesi ai progetti messi a terra con i fondi PNRR e PNC;

- che si rispettino le quote minime di assunzione fissate dal legislatore che per i disabili devono essere **già assolte al momento della presentazione dell'offerta** e devono essere almeno pari al numero di disabili assunti in base alla Legge 12/03/1999, n. 68, mentre per le donne e i giovani di età inferiore a 36 anni **è requisito necessario dell'offerta l'assunzione dell'obbligo di assicurare - in caso di aggiudicazione del contratto** - una quota pari almeno al 30% delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali.

Come si può intendere si tratta di parole che si commentano da sole, perché l'essere obbligatorio l'inserimento di suddette clausole non significa altro che dover essere osservato senza se e senza ma.

Ebbene se è vero che c'è una indicazione netta e chiara da parte del legislatore in ordine all'inserimento obbligatorio nei bandi di gara delle clausole sociali suddette, è del pari vero, che vanno inserite come requisito necessario, quindi, **condizionante la stessa validità dell'offerta.**

Preme, però, osservare che il legislatore inserisce una **deroga** che opera solo al verificarsi delle condizioni di cui al comma 7, secondo le quali: *"Le stazioni appaltanti possono escludere l'inserimento nei*

bandi di gara, negli avvisi e negli inviti dei requisiti di partecipazione di cui al comma 4, o stabilirne una quota inferiore, dandone adeguata e specifica motivazione, qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati, ne rendono l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”.

Quanto al contenuto delle suddette clausole è determinato tenendo conto, tra l'altro, dei principi di concorrenza, proporzionalità e non discriminazione nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia, della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi dell'Unione europea, degli indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile e del tasso di occupazione delle persone disabili al 2026, anche in considerazione dei corrispondenti valori medi nonché dei, corrispondenti indicatori medi settoriali europei in cui vengono svolti i progetti.

L'aggancio delle clausole sociali dell'inserimento lavorativo non solo agli indicatori attesi in termini di occupazione femminile, giovanile e delle persone disabili agli obiettivi attesi per il 2026, ma ancor più agli indicatori medi settoriali europei su cui vengono svolti i progetti è una norma di grande momento per peso politico e sociale, tanto da non ammettere deroghe se non quelle previste dallo stesso legislatore (art. 47, comma 7). Con tali disposizioni si va verso la realizzazione di un utilizzo strategico dei contratti pubblici socialmente responsabili volto all'affermazione del principio dell'inclusione sociale, garantendo, da un lato, l'inserimento occupazionale, l'imprenditoria giovanile e, dall'altro, la parità di genere.

Riassumendo dalla lettura fondata sul dato letterale della norma si evince, a mio avviso, che le amministrazioni:

a) **“prevedono”, a parere di chi scrive, l'inserimento obbligatorio di dette clausole c.d. di inserimento e dedicate in**

quote minime già stabilite dal legislatore ai sensi dell'art. 47 comma 4, come **requisito necessario**, quindi tanto da essere considerato condizione di legittimità dell'offerta l'aver assolto al momento della presentazione dell'offerta agli obblighi relativi alla quota di assunzione per i disabili, nonché aver assunto l'obbligo di assicurare - in caso di aggiudicazione del contratto - la quota richiesta dal legislatore pari almeno al 30% delle assunzioni, necessarie per l'esecuzione del contratto, di giovani e donne;

b) **prevedono che l'inserimento di tali quote venga considerato, contestualmente, anche "requisito premiale" cui viene attribuito un punteggio.** Tale criterio di lettura si evince, a mio avviso, dal dato letterale della norma che, dopo aver indicato suddette **clausole come requisiti necessari**, fa seguire la locuzione *"e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta"*. Milita a favore di questo criterio di lettura l'ipotesi contenuta nell'articolo 47, comma 5, che attribuisce alla stazione appaltante, altresì, **"la facoltà di prevedere come ulteriori misure premiali l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente nei casi elencati ai punti a), b), c), d), d- bis) del comma 5"**.

A titolo di esempio, si cita il caso in cui l'offerente si impegna ad assumere **oltre la soglia minima percentuale**, prevista come requisito di partecipazione, persone disabili, giovani con età inferiore ai 36 anni e donne per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali. Le previsioni del comma 5, quali ulteriori misure premiali accompagnate da un punteggio aggiuntivo, integrano a mio avviso quelle elencate in precedenza ai punti a) e b).

È proprio in tale prospettiva che è agevole ritenere che si possa validare la scelta del legislatore secondo l'interpretazione dinanzi proposta. Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, emergenti dalla ricognizione del quadro normativo complessivo, per completezza, si osserva che gli aspetti sociali declinati in **clausole sociali di inserimento e dedicate** sono un punto di forza nel

contesto degli elementi che compongono l'offerta economicamente più vantaggiosa in quanto inseriti nel criterio di aggiudicazione della gara secondo la modalità prezzo/qualità.

Si dà, in tal modo, una importante chance all'operatore economico che partecipa alla gara, assolvendo tale obbligo, di aggiudicarsela.

Sebbene il disposto dell'art. 47 non si distingua per chiarezza, siffatta interpretazione della norma appare funzionale all'obiettivo del legislatore, emergente dall'analisi delle componenti del PNRR, di condividere come priorità trasversali le pari opportunità generazionali tanto che l'attenzione trasversale relativa alle medesime è articolata in tutte le 6 Missioni del PNRR.

5.1. Clausole sociali di riassorbimento della manodopera

Quando si parla di **“clausole di inserimento e dedicate”** ci si riferisce, dunque, a qualcosa di nuovo in ordine al più generale tema dell'inserimento di clausole sociali nelle gare di appalto, perché se da un lato attengono specificamente ai progetti messi a terra dei programmi del PNRR, finanziati in tutto o in parte con i fondi PNRR e PNC, dall'altro, devono obbligatoriamente essere inserite fra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo la modalità prezzo/qualità.

Diversa invece, è la clausola sociale, già prevista dall'art. 50 del Codice dei contratti pubblici c.d. di **riassorbimento della manodopera**, attualmente vigente, che è volta a garantire la stabilità occupazionale dei lavoratori nell'ambito dei contratti di appalto in caso di successione di imprenditori, stabilità che si ottiene tramite l'assunzione del personale addetto all'appalto da parte del nuovo soggetto aggiudicatario.

Le regole che accompagnano l'utilizzo di questa clausola sono non solo previste dall'art. 50 del Codice, ma a seguito di consolidata interpretazione giurisprudenziale sono fissate nelle Linee Guida n. 13/2019 di ANAC che ora esaminiamo se pur sinteticamente.

L'art. 50 del Codice stabilisce **un obbligo di inserimento della**

clausola di riassorbimento della manodopera delimitandolo ad una determinata tipologia di appalto o concessione: prevede, infatti, *“per gli affidamenti di contratti di appalto e di concessione di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli, relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell’Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo da parte dell’aggiudicatario l’applicazione dei contratti collettivi di settore di cui all’art. 51 del D.Lgs. 15/06/2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli, nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell’importo totale del contratto”*.

Come si può intendere, e come sottolinea ANAC nelle Linee Guida n. 13/2019, la *voluntas legis* che si trae da una complessiva lettura critica dell’art. 50 — come modificato dal D.Lgs. n. 56/2017 — persegue i seguenti obiettivi:

1) stante l’espresso riferimento legislativo agli appalti di servizi e lavori, l’art. 50 non trova applicazione nel caso di appalti di fornitura e appalti di natura occasionale, oltre che per i servizi di natura intellettuale;

2) l’obbligo di inserimento della clausola di riassorbimento della manodopera si concreta, *in primis*, nell’obbligo di applicare, da parte del concorrente aggiudicatario, i contratti collettivi di lavoro di settore (disciplinati dall’art. 51 del D.Lgs. 15/06/2015, n. 81);

3) l’obbligo di inserimento della suddetta clausola attiene con particolare riguardo ai **contratti di servizi ad alta intensità di manodopera**, da intendersi quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell’importo totale del contratto. Questa tipologia di servizi, non a caso, è stata esclusa dall’aggiudicazione al prezzo più basso, imponendo di contro (art. 95, comma 3, lett. a) l’utilizzo del criterio dell’OEPV, essendo evidente la finalità di tutelare i lavoratori nell’escludere la competizione fra le imprese basata solo sul prezzo;

4) le stazioni appaltanti possono prevedere la clausola sociale, anche in appalti non ad alta intensità di manodopera con esclusione (oltre ai servizi di natura intellettuale):

- degli appalti di fornitura;
- degli appalti di natura occasionale.

Dunque, resta ferma la **facoltà** per la stazione appaltante di estendere l'applicazione della clausola sociale alle attività non assoggettate all'obbligo di Legge, perché non escluse ai sensi dell'art. 50 del Codice dei contratti pubblici.

5.2. Esame dell'art. 95 del Codice dei Contratti pubblici

Quando si fa un'analisi, in riferimento all'art. 47, comma 4, delle **clausole sociali di inserimento e dedicate**, che sono previste nei bandi di gara **come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta**, trovano pieno ingresso alcune necessarie considerazioni in ordine all'impianto generale dell'art. 95 del C.c.p., intitolato "Criteri di applicazione dell'appalto". La norma prevede il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che declinato in diverse modalità operative, fra cui la più usata prezzo/qualità, rappresenta la base logico-giuridica per potere introdurre nei bandi di gara le suddette clausole sociali secondo il disposto del D.L. 31/05/2021, n. 77, convertito in Legge n. 108/2021.

Ma per interpretare correttamente la *ratio* dell'art. 95 dobbiamo risalire alla Direttiva in materia di appalti 2004/18/CE in recepimento della quale era intervenuto il legislatore nazionale, con una prima versione del Codice dei contratti pubblici, D.Lgs. n. 163/2006, in cui si prevedevano due criteri di aggiudicazione, **prezzo più basso ed offerta economicamente più vantaggiosa**. In ordine a quest'ultimo criterio la selezione si svolgeva sulla valutazione di aspetti di carattere qualitativo dell'offerta diversi e ulteriori rispetto agli aspetti di carattere quantitativo, fra cui il prezzo. Entrambi i criteri erano posti **su un piano di equiordinazione in base al principio di parità tra i due criteri, la cui scelta era affidata**

alla discrezionalità della PA. Tale impianto normativo, basato sull'alternatività dei due criteri di aggiudicazione, è rimasto intatto fino all'introduzione della Direttiva 2014/24/UE che, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia europea del 27/10/2009 C-115/08, aveva statuito che l'OEPV è *“il criterio che dà una migliore risposta nel senso complessivo del termine alla necessità della PA tenendo conto dei criteri accolti e di una loro ponderazione”*. Orbene, tutto ciò considerato, deve quindi rilevarsi che il legislatore comunitario ha ridisegnato con l'art. 67, della Direttiva 2014/24 l'intera materia dei criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici identificando **nell'OEPV la regola e nel prezzo più basso l'eccezione.**

A seguire, il nostro legislatore con l'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016 crea una vera e propria gerarchia (Cons. di Stato, Sez. I, 02/05/2017, n. 2014) fra i due metodi di aggiudicazione – ovvero OEPV e prezzo più basso.

La norma impone, infatti, l'OEPV come criterio “principale” e il prezzo più basso come criterio del tutto “residuale” utilizzabile solo in taluni casi tassativamente previsti e comunque previa specifica ed adeguata motivazione.

La Direttiva 2014/24/UE e, quindi, il Nuovo Codice dei contratti pubblici, D.Lgs. n. 50/2016, **privilegiano nettamente l'OEPV** che diventa **la regola** mentre **il prezzo più basso** rimane **l'eccezione** e viene relegato in casi previsti dal legislatore che nella versione originale del C.c.p. erano tre, poi ridotti ad un solo caso a seguito delle modifiche apportate all'art. 95 dai decreti: Sblocca criteri D.L. 18/04/2019, n. 32, convertito in Legge 14/05/2019, n. 55; Decreto fiscale D.L. 26/10/2019, n. 124, convertito in Legge 19/12/2019, n. 57; Decreto semplificazione, D.L. 16/07/2020, n. 76, convertito in Legge 11/09/2020, n. 120.

Ebbene l'unico caso attualmente vigente previsto dall'art. 95, comma 4, lett. b), fa riferimento **ai servizi e alle forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta densità di**

manodopera che devono sempre essere aggiudicati all'OEPV, sulla base del miglior rapporto prezzo/qualità ai sensi della deroga imposta dall'art. 95, comma 3, lett. a). Va peraltro rilevato che la nuova architettura dell'art. 95, discendendo direttamente dalla Direttiva 2014/24/UE, riguarda solo i contratti di importo pari o superiori alle soglie comunitarie (215.000 Euro per forniture e servizi e 5.382.000 Euro per lavori pubblici).¹⁰

Di contro le medesime disposizioni non attengono ai contratti sotto soglia che, ai sensi dell'art. 36, comma 9-*bis*, continuano ad essere aggiudicati - ad eccezione della deroga prevista dall'art. 95, comma 3 - lasciando alla PA la facoltà discrezionale di scelta del criterio di aggiudicazione - prezzo più basso o OEPV - in quanto insita nell'esigenza di rimettere alla stessa PA la definizione delle modalità con cui soddisfare nel modo migliore l'interesse pubblico sotteso al contratto da affidare.

5.2.1. Il miglior rapporto prezzo/qualità

Il concetto di offerta economicamente più vantaggiosa si declina ai sensi dell'art 95, comma 2, secondo diverse modalità alternative: **prezzo/qualità, prezzo fisso, prezzo più basso, o costo del ciclo di vita del bene o servizio acquisito, quest'ultimo, seguendo un criterio di comparazione costo efficacia che tenga conto (art. 96) degli oneri per la PA legati all'acquisizione, manutenzione, consumi energetici in fase di utilizzo, esternalità ambientali e ai costi di fine vita.**

Tuttavia, per quanto è qui di interesse, prendiamo selettivamente in considerazione:

il miglior rapporto prezzo/qualità (art. 95, comma 6);

il prezzo: quello fisso, in ordine al quale gli operatori economici competeranno solo in base ai criteri qualitativi (art. 95, comma 7); o il

¹⁰ Nuove soglie di valore previste nel Regolamento delegato (UE) 2021/1952 del 10/2021 sono entrate in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2022, con i seguenti valori: 5.382.000 Euro per i lavori, 215.000 Euro per servizi e forniture.

prezzo più basso correlato al massimo ribasso d'asta (art. 95, comma 4).

Quanto al primo metodo **prezzo/qualità** esso è il più usato, perché comprende oltre al prezzo, che deve essere sempre incluso, altri criteri: qualitativi, quantitativi, ambientali e sociali connessi all'oggetto dell'appalto che consentono in fase di esecuzione la verifica di quanto offerto dalle imprese. A titolo di esempio, quindi, non esaustivo, perché sta nella discrezionalità della PA individuare i requisiti da richiedere, vengono indicati dall'art. 95, comma 6, i criteri utilizzabili che si possono **raggruppare in quattro macrotipologie attinenti: alla qualità, all'organizzazione del personale, ai servizi post-vendita, agli aspetti sociali ed ambientali.**

Tale lettura fondata sul dato letterale dell'art. 95, comma 6, appare anche funzionale all'obiettivo del legislatore di consentire alla PA di individuare altri criteri seguendo due linee di indirizzo:

-la prima contenuta nell'art. 95, comma 1, da cui si evincono i seguenti limiti generali in ordine alla scelta dei criteri di valutazione economico-qualitativi, componenti l'OEPV nella modalità prezzo/qualità:

1 devono essere pertinenti all'oggetto del contratto, alla natura, alle caratteristiche del contratto;

2 non devono conferire alla PA una libertà di scelta incondizionata e illimitata di scelta:

3 devono permettere alla PA una valutazione comparativa del livello di prestazione di ciascun'offerta rispetto all'oggetto dell'appalto;

4 devono garantire una concorrenza oggettiva e leale sui profili tecnici ed accompagnata da disposizioni che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite agli offerenti.

La seconda linea di indirizzo si evince dall'art. 95, comma 10-*bis*, con cui si dà particolare rilievo al fatto che *“al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità prezzo, la PA valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta ed individua criteri tali da*

garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%”.

È agevole evidenziare che tale linea di indirizzo pone al centro della gara la **qualità del prodotto o del servizio**, perché ne sottolinea oggettivamente l'importanza imponendo all'amministrazione di rafforzare gli elementi qualitativi dell'OEPV con l'attribuzione ai medesimi del più alto punteggio economico, entro un range di 70 punti, su un totale di 100 punti ascrivibili all'offerta nel suo complesso, lasciando in via residuale al prezzo solo un massimo di 30 punti.

Per quanto riguarda questo punto di vista, va rilevato il fatto che la **valorizzazione della qualità** è il principio cardine, indicato nell'art. 30 del C.c.p., che deve permeare l'affidamento e l'esecuzione degli appalti di opere, lavori, forniture, servizi di importo superiore e inferiore alla soglia comunitaria insieme agli altri principi sanciti dalla Costituzione e dal diritto euro-unitario, quali elementi capaci di unificare, connettere e completare i diversi ambi dell'architettura normativa degli appalti pubblici.

Dunque, se la commessa pubblica è fulcrata sulla qualità, ne trae indubbio vantaggio l'operatore economico che lavora a “regola d'arte” nel rispetto della qualità del prodotto e servizio offerto. Nondimeno la PA ai sensi dell'art. 95, comma 6, lett. a), può indicare fra gli elementi qualitativi: il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, l'accessibilità per le persone con disabilità, la progettazione adeguata per tutti gli utenti, le certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, le caratteristiche ambientali, sociali, il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, le caratteristiche innovative, la commercializzazione e le relative condizioni.

5.2.2. Ponderazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Fissati dalla PA i criteri componenti il miglior rapporto qualità/prezzo, in relazione all'oggetto della commessa di appalto e nell'ambito del proprio potere discrezionale di scelta dei medesimi, se pur perimetrato nei limiti descritti, l'art. 95, comma 8, statuisce la necessità di elencare nella documentazione di gara **i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi.**

Per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento e la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che saranno applicati in ordine all'aggiudicazione dell'appalto. Se però tale previsione non può essere rispettata, in casi debitamente giustificati, e per ragioni oggettive perché la ponderazione non può essere stabilita preliminarmente, in particolare a causa della complessità dell'appalto, la stazione appaltante deve indicare nel bando di gara i criteri in ordine decrescente di importanza (art. 95, comma 9).

5.2.3. Prezzo fisso

Che fra i "**principi**" posti dal legislatore per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni, risulti ai sensi dell'art. 30 per un verso, al primo posto **la qualità delle prestazioni** che è da premiare con il punteggio più alto, si evince, come si è già detto, non solo dalla composizione dell'OEPV che vede la qualità al primo posto della graduatoria dei criteri che la compongono, ma in senso rafforzativo, e dunque non meno importante, si evince anche dall'art. 95, comma 10-bis, che recita: "*la stazione appaltante, al fine di assicurare l'oggettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta*".

Per altro verso, la qualità continua ad essere al centro dell'interesse del legislatore allorché si prevede, all'art. 95, comma 7, in combinato disposto con il comma 2, che *“l'elemento relativo al costo anche nei casi di cui alle disposizioni richiamate al comma 2 può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici **competeranno solo in base ai criteri qualitativi**”*.

Orbene tutto ciò considerato deve rilevarsi che se sulla qualità il legislatore chiede alla PA di fulcrare l'aggiudicazione della gara e, quindi, la scelta dell'operatore economico che è in grado di offrire alla stazione appaltante l'opera, la fornitura o il servizio che meglio rispondono ai criteri qualitativi imposti dall'amministrazione, siamo convinti che questa visione si presti molto bene anche a comprendere il nuovo indirizzo euro-unitario che mira a premiare gli imprenditori che privilegiano la qualità nel realizzare la commessa pubblica a cui si riserva la quota di punteggio più elevato nel contesto del criterio dell'OEPV.

I criteri qualitativi vengono infine indicati dal legislatore art. 95, comma 6, lett. a) in modo non tassativo, ma solo esemplificativo, lasciando libera la stazione appaltante di esplicitare il potere discrezionale di scelta dei medesimi.

5.2.4. Un caso: il sistema di qualità del consorzio COOB di Arezzo

È in suddetta prospettiva che si possono trarre, a mio avviso, importanti spunti di riflessione anche dall'esame del **“Regolamento Sul sistema di qualità consortile del Consorzio COOB di Arezzo”** che ci permette di comprendere qual è oggi l'opportunità, offerta alle cooperative del Consorzio COOB, dell'utilizzo degli elementi qualitativi che connotano tale sistema di qualità nel contesto della partecipazione alle gare pubbliche.

Per coglierne le pratiche ricadute applicative in sede di gara pubblica esaminiamo, se pur brevemente, il suddetto Regolamento entrato in vigore il 1 gennaio 2020, a cui sono vincolati tutti i soci

attuali e futuri del Consorzio, al fine di garantire un elevato livello di qualità complessiva dell'intero sistema consortile, sia con riferimento al Consorzio COOB che alle sue socie tanto nei loro rapporti interni, quanto nei loro rapporti esterni con i diversi stakeholder, con particolare riferimento alla partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici. Il Sistema di qualità consortile è strumento per un'azione imprenditoriale qualitativamente elevata essendo basato sui seguenti principi:

- 1) qualità;
- 2) legalità e correttezza;
- 3) salute e sicurezza sul lavoro;
- 4) inclusione sociale lavorativa;
- 5) sostenibilità e responsabilità sociale;
- 6) tutela dell'ambiente.

Scorrendo questi principi si osserva come essi rientrano appieno fra i parametri costituenti il concetto di qualità cui fa riferimento il C.c.p all'art. 95, comma 6. In conseguenza di ciò le cooperative del COOB che si sono sottoposte al procedimento di attribuzione del **Rating di qualità consortile (RQC)** e che hanno ottenuto un punteggio da un minimo di 60 punti ad un massimo di 100 punti, possono dimostrare alla PA di essere in grado di rispettare elevati standard qualitativi che si traducono, nell'ambito dell'OEPV, nell'assegnazione alle cooperative partecipanti alla gara dei punteggi più alti ai fini dell'aggiudicazione della medesima, valutati sulla base della graduatoria stilata dalla commissione aggiudicatrice.

Ma non meno importante è anche il seguente passaggio: qualora la cooperativa sociale nel pregiarsi del marchio di qualità - Sistema di qualità Consortile (SQC - COOB) - voglia disporre non solo del rating minimo di qualità, ma aspiri ad un rating sempre più elevato, il Regolamento sul Sistema di qualità COOB prevede che il punteggio minimo di 60 punti possa essere incrementato di ulteriori punti sulla base dei requisiti che sono elencati nella tabella 2, fra i quali rileva pure il rating di impresa e il rating di legalità previsti dal C.c.p.,

rispettivamente all'art. 83, comma 10, e all'art. 213, comma 7.

Il rating di impresa al pari del rating di legalità, a partire dal 2017, esplica i propri effetti nella fase di aggiudicazione della gara perché ha assunto una funzione premiale nel contesto del criterio di aggiudicazione prezzo/qualità.

Il suo rilascio implica effetti positivi che incidono nella fase di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95, comma 13) e sulla disciplina delle garanzie per la partecipazione alle procedure di affidamento come stabilito dall'art. 93, comma 7.

Il rating di impresa rilasciato da ANAC (Atto di segnalazione n. 2 del 01/02/2017) su richiesta degli operatori economici, quindi su base volontaria, occupa un ruolo chiave nel processo di trasformazione del mercato dei contratti pubblici: esso è infatti finalizzato a valutare, valorizzare e di riflesso promuovere la performance contrattuale degli operatori economici e, al tempo stesso, la qualità nell'esecuzione dei contratti pubblici e l'efficientamento del mercato di riferimento. Si tratta di obiettivi raggiungibili attraverso la selezione dei più affidabili e corretti performer cui garantire l'accesso alla gara proprio tramite il più idoneo utilizzo del rating di impresa, garantendo, in tal modo, qualità, rispetto dei tempi e dei costi in fase esecutiva.

La qualità della performance contrattuale, nell'intuizione del legislatore si affianca a requisiti di carattere generale e tecnico-economico e organizzativo ai fini dell'aggiudicazione della gara, come elementi da soppesare, in via privilegiata, in quanto indispensabili per una reale garanzia di affidabilità dell'operatore economico. Siamo convinti che questa visione si presti molto bene a comprendere, in particolare, l'inserimento nel **rating di impresa**, ad opera del Decreto fiscale (D.L. 26/10/2019, n. 124, convertito in Legge 19/12/2019, n. 157), dei criteri relativi alla valutazione dell'impatto generato dalle azioni degli amministratori delle società benefit sul governo dell'impresa, sui lavoratori, ambiente, e altri portatori di interessi per il perseguimento delle finalità del "beneficio comune" delle società benefit, di cui all'art. 1, comma 382, lett. b) Legge

28/12/2015, n. 208, anche qualora l'offerente sia un soggetto diverso dalle società benefit.

Tale impostazione si commenta da sola perché la tematica in questione rileva sotto un duplice profilo: da un lato, si mette in risalto la misurazione dell'impatto sociale ed ambientale delle attività di una impresa nel suo complesso, dall'altro, se ne sottolinea il valore sostanziale con l'inserimento della **Valutazione dell'impatto sociale (Vis)** nell'art. 95, comma 13, **fra gli elementi premiali cui attribuire un punteggio** nel contesto del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo la modalità prezzo/qualità.

Invero in una visione sistematica complessiva, per così dire, orientata al concetto teleologico di **appalti socialmente responsabili** anche il tema della valutazione dell'impatto sociale dell'appalto trova pieno ingresso nel suddetto concetto per cui si comprende della Vis tutta l'importanza innovativa e la ricaduta operativa sull'aggiudicazione della gara.

La valutazione dell'impatto sociale delle attività delle imprese sociali è un **indice di efficienza** estremamente importante non solo per le imprese sociali, in quanto **misura la capacità di una organizzazione di trasformare le risorse investite in azioni capaci di generare un ritorno sociale**, ma è importante anche per la stessa pubblica amministrazione cui interessa sia la misurazione del ritorno economico, sociale, ambientale delle attività di una organizzazione per la comunità di riferimento, sia l'analisi costi-benefici, elementi, che inseriti all'interno del framework valutativo della Vis, permettono di stimare il valore del risparmio pubblico generato da ogni singola cooperativa, così come dimostra l'indice SROI (Social Return on Investment) predisposto da Arco¹¹ per il COOB.

Fra i metodi di misurazione dell'impatto sociale l'algoritmo basato sul Ritorno sociale dell'investimento (SROI) è il più largamente

11 Arco è un centro di ricerca nato nel 2008 presso PIN S.C.R. L Servizi didattici e scientifici per l'Università di Firenze e che offre servizi di ricerca, consulenza qualificata e formazione.

applicato nel settore privato non profit.

Questa tecnica combina elementi molteplici di analisi e della valutazione contingente per indicare l'impatto sociale, economico e ambientale del lavoro svolto da un'organizzazione attraverso **il coinvolgimento delle principali parti interessate** (gli stakeholder). Essa si rileva particolarmente adatta a fornire una misura concreta della produzione di valore sociale, tangibile ed intangibile, in quanto la sua portata innovativa consiste nel tentativo di quantificare ciò che di solito difficilmente può essere quantificato: ad esempio, il valore della fiducia generato dall'operato di un ente, gli effetti in termini di benessere psicofisico, le attitudini a comportamenti presenti e futuri. Tale processo di valutazione passa attraverso la realizzazione di alcuni elementi principali di cui cito, a titolo di esempio:

- a) il coinvolgimento delle parti interessate alla valutazione;
- b) la definizione di alcune variabili (proxy) che esprimono il valore sociale creato e che sono misurabili;
- c) l'impegno alla trasparenza e al rigore della valutazione dei dati;
- d) la verità dei risultati.

In questo ambito si è mossa la ricerca di Arco sulla Vis del Consorzio COOB.

Tale ricerca ha permesso, inoltre, di condurre un'analisi costi-benefici per la stazione appaltante, che in relazione al rapporto contrattuale con il consorzio COOB, le ha consentito di stimare il suo beneficio netto totale, generato dalle cooperative coinvolte nel suddetto percorso di valutazione, in un valore totale pari a Euro 13.528.928,06 per l'anno 2019. Ebbene credo che dall'analisi sin qui condotta si possa ricavare la seguente considerazione: allo stato attuale della legislazione sui contratti pubblici, finanziati in tutto o in parte con il PNRR e PNC, le stazioni appaltanti inseriscono obbligatoriamente nei bandi di gara, come **criteri premiali di valutazione** non solo le **clausole sociali di inserimento e dedicate** volte all'impiego dei giovani, donne e disabili, ma **indicano**

del parimenti nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito **i criteri premiali** che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione anche alla valutazione dell'impatto sociale ed ambientale per ricercare l'offerta migliore e, quindi, quella vincente.

A questo punto giova, inoltre, riferire l'intervento del Presidente dell'ANAC nell'audizione del 15/06/2021 alla Commissione Affari costituzionali ed ambientali della Camera dei deputati in ordine ad un primo commento della Legge n. 108/2021, secondo cui *“vanno apprezzate le disposizioni che vanno verso la concezione di un uso strategico dei contratti pubblici per garantire, da un lato, l'inserimento occupazionale e l'imprenditoria giovanile, e dall'altro, l'inserimento dei soggetti svantaggiati come i disabili e la parità di genere”*.

Dunque, sempre più gli appalti pubblici devono e dovranno essere strumento di politiche di inclusione sociale ed ambientale di cui i progetti da “mettere a terra” del PNRR e del PNC, nei prossimi cinque anni, ne sono solo l'anticipazione.

5.2.5. I criteri premiali

Dopo aver analizzato la Valutazione dell'impatto sociale, economico, del lavoro svolto da un'organizzazione, portando l'esempio dell'importante studio della VIS del Consorzio COOB condotta mediante l'utilizzo della metrica SROI (Ritorno sociale dell'investimento), che si **rileva particolarmente adatta a fornire una misura concreta della produzione di valore sociale, tangibile ed intangibile, allo scopo di divulgare il valore creato**, per quanto qui di interesse, concludiamo l'esame dell'art. 95 prendendo in considerazione il comma 13.

Tale comma recita: *“Compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, e proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici **indicano** nel bando di gara nell'avviso o nell'invito i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al*

maggior rating di legalità e di impresa, alla valutazione dell'impatto generato di cui all'art. 1 comma 382, lett. b), Legge 28/12/2015, n. 208, anche qualora l'offerente sia un soggetto diverso dalla società benefit, nonché per agevolare la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, dei giovani professionisti e delle imprese di nuova costituzione alle procedure di affidamento. Indicano altresì il maggior punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi, che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente, ivi compresi i beni o i prodotti da filiera corta o a chilometro zero".

Dunque, se per un verso, la normativa in questione, dispone il rispetto della c.d. clausola di salvaguardia ossia di compatibilità del disposto normativo con il diritto dell'Unione europea e con i suoi principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, per altro verso, introduce l'obbligo per la stazione appaltante di indicare anche **i criteri premiali** fra gli elementi OEPV con la conseguente attribuzione di punteggi finalizzati a creare una responsabilità etica dei partecipanti alle gare ed indica, altresì, l'attribuzione di un **maggior punteggio** relativo all'offerta di beni, lavori e servizi che valorizzano gli aspetti ambientali.

Pertanto, tornando all'art. 47, comma 4, della Legge n. 108/2021 si comprende come la collocazione **delle clausole di inserimento e dedicate**, ivi previste, **"come ulteriori requisiti premiali" rientri fra i suddetti criteri premiali.**

Come si può intendere la disposizione dell'art. 47, comma 4, non lascia spazio, a mio avviso, a dubbi interpretativi perché è espressione della *voluntas legis* di evidenziare l'importanza del rispetto del principio dell'inclusione sociale dando in tal modo un importante chance all'operatore economico, profit e non profit che partecipa alla gara, assolvendo tale obbligo, di aggiudicarsela.

Ai sensi dell'art. 48, comma 8, si prevede, per ulteriori chiarimenti l'emanazione di Linee guida del Presidente del Consiglio di Ministri di concerto con altri Ministri da adottarsi entro 60g. dall'entrata in vigore del decreto, contenenti le misure premiali e modelli di clausole da

inserire nei bandi.

Data la rilevanza dell'istituto delle clausole sociali nell'ambito dell'ampia definizione di **“Appalti pubblici socialmente responsabili”**, siamo del parere che, proprio per evitare i problemi interpretativi e applicativi sorti in conseguenza della controversa portata **delle clausole di riassorbimento della manodopera** previste dall'art. 50 C.c.p. ed il dibattito che ne è scaturito in ordine alla loro obbligatorietà, si sia optato per **l'inserimento obbligatorio, senza se e senza ma, delle clausole sociali di inserimento e dedicate, ai giovani, donne e disabili** previste dalla 5 Missione del PNRR e declinate dal legislatore, con Legge n. 108/2021, come **requisiti necessari dall'offerta e come ulteriori requisiti premiali** in relazione alle procedure afferenti agli investimenti finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e PNC.

Siamo convinti che questa impostazione si presti molto bene per comprendere che, per effetto della suddetta previsione normativa, si impone in questi casi alla stazione appaltante un formale e specifico recepimento, nella *lex specialis* della gara fra i criteri premiali dell'offerta, delle clausole sociali di inserimento e dedicate ai sensi (ai sensi art. 47, 4 comma), ed in parallelo, anche delle clausole di riassorbimento della manodopera, da inserire in fase di esecuzione del contratto ma a condizione per queste ultime che si tratti di contratti ad alta intensità di manodopera, come previsto dall'art. 50 del C.c.p.

Chi scrive è, infatti, del parere che nei programmi messi a terra con i fondi PNRR e PNC, l'uno e l'altro tipo di clausole si sommano e non si elidono reciprocamente ma nel rispetto dei limiti imposti dal legislatore.

Nondimeno sono del parere che si possa generalizzare la suddetta disposizione, estendendola anche agli appalti pubblici non finanziati con i fondi del PNRR e PNC, proprio nell'ambito del più generale concetto di appalti socialmente responsabili, quali strumenti

applicativi dei principi affermati nel contesto **del Pilastro europeo della tutela dei diritti sociali**.

Ora se si ammette, come penso si debba fare, che in tutto ciò si esplica il principio generatore dell'inclusione sociale, allora ne consegue l'affermazione dell'importanza del ruolo che possono svolgere in particolare le cooperative sociali, le imprese sociali e più in generale le organizzazioni del privato sociale, come operatori presenti sul mercato e controparti della Pubblica amministrazione non solo all'interno di un percorso di co-programmazione e co-progettazione condivisi (ai sensi dell'art. 55 del C.t.s.) ma, ancor più, nel contesto delle procedure concorsuali previste per la realizzazione dei programmi del PNRR e del PNC secondo il dettato della Legge n. 108/2021.

5.3. Art. 47-quater Legge n. 108/2021

Rimanendo sempre nel perimetro, delle norme della Legge n. 108/2021 c'è un passaggio che va letto in combinato disposto dell'art. 47-quater, e dell'art. 95, comma 13, e direi proprio come conseguenza del contenuto della Missione del PNRR 5 - **Coesione e Inclusione sociale**. Ci riferiamo alle *Misure urgenti in materia di tutela della concorrenza nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC*, indicate dall'art. 47-quater, comma 1, secondo cui *“ai fini della tutela della libera concorrenza e di garantire il pluralismo degli operatori del mercato, le procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR nonché del PNC, possono prevedere nel bando di gara, nell'avviso nell'invito criteri premiali atti ad agevolare, le piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta”*. *Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento non discriminazione, trasparenza e proporzionalità art. 47-quater, comma 2»*.

A parere di chi scrive, si voluto affiancare all'obbligo di inserimento

delle clausole sociali ai sensi dell'art. 47, comma 4, la facoltà della stazione appaltante, nel costruire il criterio dell'offerta prezzo/qualità in funzione del migliore proseguimento dell'interesse pubblico, di prevedere anche criteri premiali atti ad agevolare le piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta.

Tutto ciò per riportare l'azione della PA nell'alveo di un bilanciamento fra il principio dell'utilità sociale in cui trova giustificazione l'inserimento delle clausole sociali, restrittive in parte della concorrenza, e la contrapposta esigenza del rispetto del principio della concorrenza, pilastro del diritto europeo, con la conseguente apertura del mercato delle commesse pubbliche soprattutto alle piccole e medie imprese che è l'elemento caratterizzate della politica degli appalti pubblici secondo il diritto euro-unitario.

5.4. Art. 48 Legge n. 108/2021

La Legge n. 108/2021, nel Titolo IV rubricato "Contratti pubblici", reca alcune rilevanti novità che hanno, da un lato, effetti sul sistema dei contratti pubblici attraverso disposizioni che consentono l'accelerazione e la semplificazione nello svolgimento delle procedure di gara senza però compromettere l'impianto complessivo della materia, che essendo, com'è noto, di derivazione europea impone una particolare attenzione applicativa.

Dall'altro lato, il legislatore ha evitato con la Legge n. 108/2021 di adottare solo la tecnica delle deroghe al C.c.p. per scongiurare ulteriori possibili violazioni del diritto euro-unitario già verificatesi con i decreti di emergenza emanati a seguito della pandemia da Covid-19.

Infatti, il D.L. 31 maggio 2021, n. 77, ora convertito in Legge n. 108/2021, ha introdotto delle novità nella materia degli appalti pubblici intervenendo in parte sulla normativa derogatoria, temporanea, introdotta dai decreti emanati dal 2019 al 2021 a causa dell'emergenza Covid-19 per confermarla e prorogarla; in parte, incidendo sul regime "ordinario" dei contratti pubblici disciplinato dal

C.c.p., con norme che essendo dedicate alla messa a terra dei programmi finanziati, in tutto o in parte, con fondi del PNRR e del PNC, si affiancano, cioè si aggiungono, alle norme ordinarie del Codice dei contratti pubblici, quindi si applicano in parallelo.

Preme qui anticipare che essendo previsto nel PNRR nazionale la riforma del Codice dei contratti pubblici, D.Lgs. n. 50/2016, è attualmente in Senato il testo del Disegno di Legge delega al Governo in materia di appalti pubblici (D.d.L. 2330) che doveva essere sottoposto al Parlamento entro il 2021, mentre i decreti legislativi applicativi si dovranno adottare entro i nove mesi successivi all'approvazione della Legge delega.

Nella bozza in discussione si esprime quale criterio guida per la riforma del C.c.p. la previsione di un forte incentivo al ricorso alla semplificazione e alla flessibilità degli istituti giuridici per evitare il fenomeno ricorrente del *gold plating* il che significa che si deve ridurre al massimo le regole che vanno oltre a quelle richieste dalla normativa europea anche sulla base di una comparazione con la normativa adottata dagli altri Stati membri dell'Unione europea come, ad esempio, la Germania.¹²

In applicazione del nuovo contesto normativo si pone anche l'art. 48 rubricato "Semplificazione in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC".

Per coglierne le implicazioni pratiche, preme focalizzare l'attenzione sui seguenti commi:

Il comma 1 dispone che: "alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC e dai programmi co-finanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, si applicano le disposizioni del presente Titolo, l'art. 207, comma 1, D.L. 19/05/2020, n. 34, convertito, con modificazioni, in Legge n. 17/07/2020, n. 77".

L'art. 207, comma 1, Legge n. 77/2020, rubricato "Disposizioni urgenti per la liquidità delle imprese appaltatrici", riprendendo

¹² Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, Next generation Italia, p. 6.

l'obbligo che ha la PA verso l'appaltatore di corrispondergli l'anticipazione del prezzo - pari al 20% sul valore del contratto - entro 15 giorni dell'affettivo inizio delle prestazioni, ai sensi dell'art. 35, comma 18, del C.c.p., ne stabilisce l'incremento fino al 30%, ma *“nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante”*. Dal combinato disposto dell'art. 35, comma 18, del C.c.p. e dell'art. 207, comma 1, della Legge n. 77/2020, si evince che, se da un lato, l'amministrazione deve calcolare sul valore del contratto l'importo dell'anticipazione pari al 20% del prezzo e corrisponderlo all'appaltatore, in via obbligatoria, dall'altro, può incrementarlo fino al 30% ed applicare tale regola anche ai contratti finanziati con fondi in tutto o in parte del PNRR e di altri fondi, ma sull'incremento fino al 30% opera, ai fini del pagamento, il limite delle risorse annuali disponibili stanziare per ogni singolo intervento.

Il comma 2 dispone: che per ogni procedura si nomini un Responsabile unico di procedimento, che con propria determinazione, adeguatamente motivata, valida ed approva ciascuna *“fase progettuale”* o di *“esecuzione del contratto”* anche in corso d'opera, fermo però quanto previsto dall'art. 26 comma 6, del Codice.

Il comma 3, recita: *“le stazioni appaltanti possono **altresì ricorrere** alla procedura di cui all'art. 63 del d.lgs 50/2016, per i settori ordinari nella misura strettamente necessaria, quando per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l'applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e a programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea»*.

Mettendo in parallelo l'art. 63 del C.c.p., che attiene all'uso della procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara e l'art. 48, comma 3, in cui si dispone *“le stazioni appaltanti possono altresì ricorrere alla procedura di cui all'art. 63”* preme rilevare alcuni profili

di analisi:

il primo attiene al fatto che a questa procedura considerata eccezionale, tanto da essere prevista solo in casi tassativamente indicati nel C.c.p., dando conto, con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura della sussistenza dei relativi presupposti, le stazioni appaltanti vi possono altresì ricorrere cioè ricorrere in modo ordinario e non più eccezionale. Infatti, ci troviamo immersi in situazioni che ordinariamente si presentano di estrema urgenza in merito alla necessità di fronteggiare le ricadute negative, sanitarie, sociali, economiche a seguito delle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria da Covid-19.

Poiché l'estrema urgenza, richiamata in tal caso, ha carattere oggettivo ed è collegata a circostanze imprevedibili derivanti dalla pandemia che non sono, quindi, imputabili alla stazione appaltante, si può usare, anzi direi, si deve usare questa procedura al posto di altre procedure ordinarie.

Queste ultime, infatti, richiedono tempi lunghi, anche quando sono abbreviati, sicché se non sono rispettati possono compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione dei progetti del PNRR nonché del PNC e dei programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea.

C'è solo un limite che, a parere di chi scrive, integra l'intenzione del legislatore di rendere utilizzabile in via ordinaria tale procedura da parte della PA, stretta fra le esigenze contrapposte di mettere a terra i progetti del PNRR entro il 2026 ed i tempi, a volte molto lunghi, di utilizzo delle procedure ordinarie, che è quello di usare suddetta procedura nella "misura strettamente necessaria" il che significa fino a quando si protraggono le situazioni di estrema urgenza.

Tutto ciò considerato, deve rilevarsi che la ragione forte per ammettere il passaggio, se pur temporaneo, dall'utilizzo di tale procedura da eccezionale a ordinaria, sta proprio nell'emergenza sanitaria, economica e sociale, da cui derivano le circostanze imprevedibili che ne determinano la necessaria applicazione, ma solo

per il tempo della loro durata.

Il secondo profilo attiene alla modalità semplificata di individuare gli operatori economici da consultare ai sensi dell'art. 63, comma 6, del C.c.p. che fa riferimento alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, dal punto di vista procedurale la semplificazione consiste, in una prima fase, nel non pubblicare un bando di gara perché gli operatori economici da consultare vengono individuati sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, dunque, nel rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, rotazione. Attraverso indagini di mercato ovvero consultazioni di elenco di operatori economici precedentemente costituito si ricercano gli operatori in grado di eseguire la commessa e se ne selezionano, almeno cinque, se sussistono in tale numero.

In una seconda fase l'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'art. 95 C.c.p., previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previste per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione.

Sulla scorta di quanto fin qui predisposto in sintesi dal legislatore con richiamo all'art. 63, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, si ritiene opportuno riportare anche l'interpretazione giurisprudenziale chiarificatrice del procedimento applicativo della norma in questione, che è stata, a sua volta recepita, dall'Autorità di Vigilanza su Contratti Pubblici (AVCP) nella determina n. 2 del 6 aprile 2011.

Si argomenta, pertanto, che la procedura delineata dall'art. 63, comma 6,¹³ si articola in diversi passaggi così sequenziati:

¹³ Il Codice dei contratti pubblici all'art. 3, comma 1, lett. u, presenta una definizione generale delle procedure negoziate descrivendole come *“le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto”*. Non si distingue se la procedura negoziata è caratterizzata dalla presenza di un bando o è priva di tale elemento in quanto si pone al centro del modello e, quindi, della definizione la negoziazione delle offerte.

1) In primo luogo, la stazione appaltante compie due operazioni connesse fra di loro:

a) definire, desumendole dal mercato, le caratteristiche di qualificazione economico-finanziario e tecnico-operative che gli operatori economici devono possedere per eseguire la prestazione,

b) individuare gli operatori economici in possesso di tali requisiti mediante informazione desunte da indagini o sondaggi di mercato;

a. in secondo luogo, è richiesto alla stazione appaltante di selezionare, dal gruppo di operatori economici individuati, come sopra descritto, almeno cinque operatori da invitare a presentare un'offerta se sussistono nel mercato un numero di soggetti idonei;

b. in terzo luogo, si svolge la c.d. **gara informale officiosa**, che comporta l'analisi e la valutazione delle offerte presentate dagli operatori economici invitati, e si dispone **la graduatoria conclusiva** (così definita dal Consiglio di Stato, Sez. III, 7 giugno 2021, n. 4343) che è propedeutica all'avvio della fase negoziata vera e propria con il concorrente che ha offerto le condizioni più vantaggiose con cui si conclude e si stipula il contratto. La procedura negoziata, infatti si distingue da quella ristretta oltre che per le ragioni che ne legittimano l'utilizzo, anche per le concrete modalità con cui si svolge il procedimento **che devono contemplare la fase di negoziazione** (TAR Lazio, Sez II, n. 1873/2016).

La formazione della graduatoria conclusiva, propedeutica alla fase di negoziazione, vera e propria, può avvenire sulla base di un algoritmo indicato nel disciplinare di gara che consente di determinare l'offerta migliore ai fini della medesima graduatoria.

Sulla scorta di quanto fin qui argomentato va rilevato un ultimo ma non meno importante profilo, cioè la distinzione **fra indagine di mercato e gara officiosa**.

Mentre l'indagine di mercato è preordinata esclusivamente a conoscere l'assetto del mercato e, dunque, quali sono i potenziali offerenti ed il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale, la gara

ufficiosa, oltre ad essere uno strumento conoscitivo implica anche una valutazione comparativa delle offerte e, di per sé, comporta il rispetto dei principi insiti nel concetto di gara secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato (Sez. VI, 29/03/2001, n. 1881) e il TAR per la Calabria (Sezione distaccata Reggio Calabria 11/06/2018, n. 340).

I suddetti principi sono stati riportati nella determina AVCP n. 2 del 06/04/2011, ed individuati nei *principi di par condicio e trasparenza* da osservarsi obbligatoriamente dalla stazione appaltante, indipendentemente dalle eventuali regole stabilite in via di autolimitazione.

Da ultimo, ma non meno importante, rileva sempre ai fini del principio di semplificazione, l'art. 50 della Legge n. 108/2021, rubricato "Semplificazione in materia di esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC".

Si tratta per tutti i suddetti contratti. di lavori, forniture servizi, ai sensi dell'art. 50, comma 3, di divenire efficaci con la stipulazione e, quindi, esecutivi. Pertanto, non trova applicazione l'art. 32, comma 12, del C.c.p. che ne sospende l'efficacia fino all'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti.

Tutto ciò consente alla PA di richiedere, subito dopo la stipulazione del contratto, l'esecuzione del medesimo in deroga a quanto statuito dall'art. 32, comma 13, del Codice dei contratti pubblici, in ordine al quale il contratto può avere inizio *"solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, senza dover passare attraverso la procedura adottabile in caso di urgenza, secondo cui la PA può chiederne l'esecuzione anticipata, ma condizionata nei modi di cui al comma 8, dell'art. 32 del c.c.p."*

5.5. Art. 51 Legge n. 108/2021 - modifiche al D.L. 16/07/2020, n. 76

Con l'art. 51 della Legge n. 108/2021, il legislatore ha rimodulato anche la disciplina dell'affidamento dei contratti pubblici sotto la soglia comunitaria prorogando ed in parte modificando il regime

parzialmente e temporaneamente derogatorio, rispetto a quello dettato dall'art. 36, comma 2, del C.c.p. come modificato, a sua volta, dall'art. 1 della Legge 11 settembre 2020, n. 120, di conversione del D.L. n. 76 del 16/07/2020, il cui fine, statuito dall'art. 1, è quello di *“incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale da Covid-19”*.

Infatti, con l'art. 1 della Legge n. 120/2020, il legislatore si era tornato ad occupare della disciplina degli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria, da sempre considerati contratti a valenza cruciale ai fini del rilancio del settore dei contratti pubblici, ma non con lo scopo di modificare l'art. 36 come era già avvenuto con il c.d. Decreto “sblocca cantieri” (Legge. n. 55/2019), bensì per rimodularlo e prorogarlo fino al 31/12/2021.

A seguire l'art. 51, comma 1, della Legge n. 108/2021 dispone nuovamente lo spostamento in avanti del suddetto regime derogatorio prorogandolo fino al 30/06/2023, ed altresì introduce modifiche all'art. 36, comma 2, del C.c.p. che, di seguito, esaminiamo.

Peraltro, fino a tale data, resta inalterata la tempistica stringente per l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente, che deve avvenire entro il termine di due o quattro mesi (a seconda della modalità di affidamento adottata) dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento.

Il mancato rispetto dei suddetti termini, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati, ai fini della responsabilità del Responsabile unico del procedimento, per danno erariale e qualora imputabile all'operatore economico costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto.

Un profilo sui cui interviene l'art. 51 è **quello della tipologia**

delle procedure di affidamento, che già erano passate, per effetto della Legge n. 120/2020, da quattro (affidamento diretto, affidamento diretto previa consultazione del mercato, procedura negoziata senza bando, procedura aperta) a due - affidamento diretto e procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara - più l'eventuale mantenimento della procedura aperta.

L'art 51 dispone la conferma delle suddette due ultime tipologie di affidamento.

Dunque, la semplificazione per i contratti di importo sotto soglia comunitaria, in ordine alle procedure prescelte, prosegue specularmente in applicazione dell'art. 51, ma con alcune modifiche a cominciare dalle rispettive soglie:

- l'affidamento diretto c.d. "puro" ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a) riguarda i contratti di forniture e servizi di importo inferiore a 139.000 Euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 Euro;

- l'affidamento con procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, art. 36, comma 2, lett. b, attiene ai contratti di forniture e servizi di importo pari o superiori a 139.000 Euro e fino alla soglia di valore di 215.000 Euro (di cui all'art. 35 del C.c.p.), e ai contratti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 Euro e inferiore a un milione di Euro, ovvero previa consultazione di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di Euro e fino alla soglia di 5.382.000 Euro (di cui all'art. 35 del C.c.p.).

Ma prima di analizzare il nuovo temporaneo assetto dell'art. 36, comma 2, previsto dall'art. 51 della Legge n. 108/2021, giova riportare quanto disposto da ANAC nella delibera n. 03/08/2020 riguardante *Esame e commento degli articoli del D.L. 16/07/2020, n. 76. Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione.*

Secondo ANAC «Il nuovo temporaneo assetto normativo va verificato al fine di un adeguato bilanciamento tra l'apertura alla concorrenza e l'efficienza dell'azione amministrativa, pur convenendo sul fatto che regole improntate a principi di trasparenza e

competitività obbligano le stazioni appaltanti al rispetto di passaggi procedurali rigidi sia delle tempistiche che degli obblighi di pubblicità, occorre evidenziare che è proprio nella tensione tra legalità, concorrenza ed efficienza che è necessario trovare- anche in una situazione di eccezionale gravità quale quella presente- un punto di equilibrio che salvaguardi la trasparenza dell'azione amministrativa e un livello minimo di confronto con il mercato».

Ed è proprio sotto questo profilo che vanno esaminate, a parere di chi scrive, le novità introdotte dall'art. 51 della Legge n. 108/2021, nell'art. 36, comma 2, del C.c.p., il quale risulta attualmente vigente nella seguente versione:

Art. 36, comma 1: viene confermata la vigenza del disposto del comma 1, che fa un preciso richiamo ai principi fissati all'art. 30, comma 1: rispetto della qualità delle prestazioni, rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza e rispetto, altresì, dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità **e del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti** in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione alle gare di appalto delle micro, piccole e medie imprese.

Dunque, il richiamo puntuale al rispetto di tutti i principi che permeano l'intero sistema degli appalti pubblici, ivi incluso il principio di rotazione applicabile sia ai contratti sotto soglia (ex art. 36), sia a quelli sopra soglia (ex art. 63, comma 6), ci consente di osservare quanto segue: se è vero che il rispetto dei principi non conosce limiti di soglie di valore in ordine alla loro applicazione, di contro, il principio di rotazione, previsto per i contratti sotto soglia, e per i contratti sopra soglia in applicazione dell'art. 63, comma 6, costituisce il necessario contrappeso che, per giurisprudenza costante, va obbligatoriamente applicato in considerazione della notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel scegliere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (ex multis Cons. di

Stato, Sez. V, 12/09/2019, n. 6160; Sez. IV, 31/03/2020 n. 218; Sez. V, 17/03/2021 n. 2292).

Nell'ultimo capoverso dell'art. 36, comma 1, si dispone inoltre l'obbligo dell'applicazione della clausola sociale, ex art. 50 del C.c.p., c.d. di riassorbimento della manodopera.

Si osserva, infatti, che il legislatore ha sostituito la frase *“le stazioni appaltanti **possono applicare** le disposizioni di cui all'art. 50”*, con la frase *“le stazioni appaltanti **applicano** le disposizioni di cui all'art. 50”* (così modificata dall'art. 8, comma 5, lett. Oa-bis) della Legge n. 120/2020).

A ciò va aggiunta l'osservazione che la problematica della clausola sociale di riassorbimento della manodopera si intreccia con quella delle clausole di inserimento e dedicate previste dall'art. 47, comma 4, della Legge n. 108/2021 in ordine alle quali il legislatore dispone l'obbligo di applicazione generalizzato nei bandi di gara per lavori, servizi e forniture finanziati, in tutto o in parte, con i fondi del PNRR e PNC, indipendentemente dall'importo del contratto sia esso sopra soglia che sotto soglia di rilievo euro-unitario.

Art. 36, comma 2: l'incipit della vigente formulazione dell'art. 36, comma 2, dispone *“fermo restando quanto previsto dagli artt. 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 secondo le seguenti modalità”*.

Le modalità previste sono due:

1. la prima attiene al modo di procedere **tramite l'affidamento diretto puro**, ossia senza acquisizione di più offerte, come disposto dall'art. 51, comma 1, della Legge n. 108/2021. E dunque, sono state apportate alcune modifiche al D.L. 16/07/2020, n. 76, convertito dalla Legge n. 120/2020, modifiche che si connotano sotto il profilo che riguarda la soglia di valore dell'affidamento, che si espande passando da un limite fissato in origine di 40.000 Euro, a quello di importo inferiore a 75.000 Euro, fino al vigente assetto normativo che prevede

una soglia di importo inferiore a 150.000 Euro per i lavori, e di importo inferiore a 139.000 Euro per le forniture e servizi;

2. la seconda modalità **attiene alla procedura di affidamento, che consente all'amministrazione aggiudicatrice di negoziare direttamente** con i potenziali contraenti preselezionati, cioè di procedere tramite affidamento diretto, senza rituale procedimento di gara, e dunque, anche senza fare ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara che è pur sempre un procedimento di selezione tramite gara (Tar Campania, Sez. II, 13/12/2021, n. 2725).

Infatti, l'art. 51 statuisce che *"In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermi restando il rispetto dei principi di cui all'art. 30 del Codice dei contratti pubblici d.lgs. 50/2016 e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione"*.

Appare utile richiamare i pareri del MISM (ex MIT) n. 764/2020 e n. 1088/2021 da cui si evince come l'affidamento diretto, in quanto tale avviene *sic et simpliciter*, non essendovi confronto competitivo, e dunque non presuppone né una particolare motivazione né tantomeno lo svolgimento di indagini di mercato. Il legislatore, infatti, per gli appalti di modico importo ha previsto modalità di affidamento semplificate e più "snelle" al fine di addivenire ad affidamenti in tempi rapidi.

Dunque, se per un verso, non è neppure prescritto l'obbligo di richiedere preventivi, per altro verso, non è, però, precluso alla stazione appaltante di procedere all'eventuale confronto di preventivi di spesa, che, peraltro, rappresentano una *best practice*.

Conseguentemente è nella disponibilità della stazione appaltante, determinare le modalità attraverso cui addivenire all'individuazione

del proprio contraente diretto. Il limite attiene al problema che, nell'eventuale loro confronto, può essere insita una eccessiva dilatazione dei tempi di affidamento, che invece devono essere rapidi nel rispetto della *ratio* che informa l'intera Legge n. 108/2021.

La questione dell'affidamento diretto di cui all'art. 36, comma 2, lett. a), è oggetto di ripetuti interventi giurisprudenziali in ordine ai quali giova soffermarsi sulla sentenza del TAR Campania, Sez. II, 13/12/2021, n. 2725, che fa una illuminante distinzione fra l'affidamento **diretto puro**, ossia senza acquisizione di più offerte, e l'affidamento **diretto comparativo**.

alla cui base c'è l'acquisizione di più offerte, in virtù del potere insindacabile della stazione appaltante di dare corso ad una procedura di scelta in grado di garantire maggiormente il principio di economicità.

Poiché si è già detto che non è precluso all'amministrazione aggiudicatrice il potere di procedere, sotto soglia, con il ricorso a procedure comparative, né tanto meno alle procedure ordinarie (come confermato dall'art. 36, commi 2 e 9, del C.c.p., tutt'ora vigente ed applicabile), *“mediante tale modus operandi la stazione appaltante fa procedere l'aggiudicazione (e la conseguente stipula del contratto) dall'acquisizione di più preventivi di offerte, senza che ne consegna l'attivazione di un procedimento di gara”* (Cons. di Stato, 23/04/2021, n. 3287).

Da ciò discende la profonda differenza rispetto alla procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), che analizziamo di seguito non senza dapprima aver sottolineato, in breve, quanto aggiunge il giudice nella sentenza, dianzi citata, secondo cui la procedura negoziata con l'obbligo di inviti (ossia quando non ricorrono le condizioni di unicità del fornitore) ex art. 63, comma 2, lett b) del C.c.p, costituisce, secondo quanto si ricava dal disposto di cui all'art. 63, comma 6, del C.c.p., un meccanismo selettivo ad evidenza pubblica.

In altri e più chiari termini, mentre la procedura negoziata

rappresenta, a tutti gli effetti, un procedimento selettivo tramite gara salvo che nei casi in cui sussistono le condizioni per derogarvi (v. art. 63, comma 2, lett. b) del C.c.p.), con tutto ciò che ne consegue in termini di struttura del meccanismo selettivo, nell'affidamento diretto la scelta è operata direttamente a monte dalla stazione appaltante sia pure nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di selezione degli operatori economici previsti dalla Legge (art. 36, comma 2, lett. a) post novella del 2020).

Riassumendo: nell'affidamento diretto puro, ossia senza consultazione di più operatori economici, la stazione appaltante contratta con l'unico operatore interpellato; nell'affidamento comparativo la scelta consegue all'interpello di più operatori.

Peraltro, l'affidamento diretto, anche se comparativo, non attiva un meccanismo di gara, né allo stesso possono essere automaticamente estese le disposizioni sulla procedura negoziata recata dall'art. 63 del C.c.p. come, invece, avviene per l'art. 36, comma 2, lett. b) versione post novella del 2020 che rinvia all'art. 63.

Nel contesto di tale tematica, a mio avviso, è ancora appena il caso di aggiungere: ciò che è sicuro, è che così disponendo, il legislatore ha voluto integrare l'art. 36, commi 2, lett. a) e b) con quanto statuito a livello comunitario in ordine alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per la quale, come si sottolinea nella Comunicazione della Commissione europea 2020/C-108 1/01, l'amministrazione deve far rispettare un insieme di condizioni se vuole o deve applicare tale procedura.

In essa si afferma, infatti, che «tutte le condizioni devono essere soddisfatte cumulativamente, perché una procedura negoziata senza previa pubblicazione consente alla amministrazione di **negoziare direttamente** con i potenziali contraenti; l'aggiudicazione diretta a un operatore economico preselezionato rimane l'eccezione ed è applicabile solo se un'impresa è in grado di fornire i risultati richiesti nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema

urgenza che l'amministrazione dovrà valutare e quindi dovrà giustificare la scelta di detta procedura in una relazione unica».

Altrimenti detto, nella versione attuale dell'art. 36, comma 2, lett. a), post novella 2021, l'estrema semplificazione della procedura non si esaurisce unicamente nell'obbligo di motivare in modo semplificato la scelta dell'affidatario individuato discrezionalmente tramite una determina a contrarre semplificata, che ai sensi dell'art. 32, comma 2, del Codice dei contratti pubblici deve contenere: l'indicazione dell'oggetto dell'affidamento, dell'importo, del fornitore e delle ragioni della sua scelta e del possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali ove richiesti, ma non è, del pari, più prevista la consultazione di più operatori.

Questa estrema semplificazione procedurale va però temperata alla luce del richiamo esplicito, contenuto nella norma, che l'impresa sia in grado di fornire i risultati richiesti nel rispetto di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, talché gli operatori possono essere scelti anche fra coloro che sono iscritti agli Albi della stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione di cui ci occupiamo di seguito.

La seconda procedura prevista all'art. 36 comma 2, lett. b), che viene a sua volta snellita dall'art. 51 della Legge n. 108/2021, attiene ancora al metodo della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, di cui all'art. 63 del C.c.p.

Infatti, la vigente versione dell'art. 36, comma 2, lett. b), dispone che la stazione appaltante procede all'affidamento della commessa, *“previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuate in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, **di importo pari o superiore a 139.000 Euro e fino***

alla soglia di cui all'art. 35 del D.Lgs. n. 50/2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 Euro e inferiore a 1.000.000 di Euro, ovvero previa consultazione di almeno dieci operatori economici per lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di Euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 50/2016".¹⁴

Alla procedura negoziata così delineata dalla vigente normativa come anche all'affidamento diretto, rimangono applicabili le Linee Guida ANAC n. 4 del 01/03/2018 che, in coerenza con i principi richiamati dell'art. 36, comma 1, del C.c.p., disciplinano compiutamente tutta la sequenza procedimentale, dalla fase di interlocuzione con il mercato per la selezione degli operatori economici da invitare (svolgimento indagini di mercato o consultazione di elenchi) alla stipulazione del contratto.

In ordine, infine, alla questione relativa alla possibilità o meno delle stazioni appaltanti, espressamente riconosciuta dall'art. 36, comma 2, del C.c.p., di ricorrere nell'esercizio della propria discrezionalità alle procedure ordinarie, ivi compresa quella ristretta, anziché quelle semplificate introdotte dal D.L. n. 76/2020, e confermate con modifiche dalla Legge n. 108/2021, qualora le esigenze di mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale.

L'ANAC è del parere che il regime in deroga non abbia privato, pur nella situazione eccezionale creatasi a seguito della pandemia, le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla più ampia concorrenza, non solo qualora appaiano le più idonee a soddisfare il proprio fabbisogno, ma anche in funzione dell'applicabilità del principio di rotazione che impatta con il tipo di procedura adottata.

Volgiamo ora l'attenzione all'analisi del principio di rotazione per cogliere le implicazioni pratiche di tale istituto.

¹⁴ Le nuove soglie di riferimento, a partire dal primo gennaio 2022 sono: 215.000 Euro per i contratti di fornitura e servizi, e 5.382.000 Euro per i contratti di lavori.

Il Principio di Rotazione

L'art. 36, comma 1, del Codice, impone espressamente alle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

Il D.L. n. 76/2020 ne aveva riconfermato l'obbligo di applicazione per i contratti sotto soglia art. 36, comma 2, lett. b), di importo superiore a 75.0000 per forniture e servizi e di importo superiore a 150.000 per i lavori, da aggiudicarsi con procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, mentre l'art. 51 della Legge n. 108/2021, generalizza l'obbligo di applicazione di tale principio e quindi lo estende ai contratti di cui all'art. 36, comma 2, lett. a), in ordine ai quali però è modificata la soglia di valore contrattuale che passa, per i contratti di forniture e servizi, da importi inferiori a 75.000 Euro ad importi inferiori a 139.000 Euro, mentre, rimane invariata per importi di lavori inferiori a 150.000 Euro.

Orbene la nuova disciplina dettata dalla Legge n. 108/2021 rafforza certamente la percettività del principio di rotazione, ma si continua ad interpretarlo in termini non univoci, secondo un indirizzo giurisprudenziale non ancora consolidato.

Mentre è affermazione largamente condivisa quella secondo cui è ritenuto principio generale, applicabile a tutte le procedure semplificate (come quello in oggetto), **la rotazione degli inviti e degli affidamenti, tanto da costituire un riferimento normativo inviolabile del procedimento amministrativo ad evidenza pubblica**, in quanto volto a favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei a partecipare la gara.

Infatti, il suddetto principio costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di affidamento diretto e di procedura negoziata, con l'evidente obiettivo sia di evitare la formazione di rendite di posizione che di perseguire l'effettiva concorrenza nel rispetto del principio di parità di trattamento.

Si consente, pertanto, la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, permettendo alla PA di cambiare fornitore per ottenere il migliore servizio (Cons. di Stato, Sez. V, 04/06/2019, n. 3755).

In quest'ottica non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio di rotazione già nella fase di invito degli operatori alla procedura di gara: lo scopo infatti è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici seppur anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerte, e così, posti in competizione fra loro.

Nell'art. 36 si parla non solo di rotazione degli inviti ma di anche di rotazione degli affidamenti. Questo diverso modo di operare del principio si spiega perché l'art. 36, nel suo complesso, disciplina sia le procedure caratterizzate dal confronto fra più imprese invitate dalla stazione appaltante (comma 2, lett. b), sia quelle con "affidamento diretto" (comma 2, lett. a) cioè non preceduto da alcun confronto concorrenziale nelle quali la rotazione è ovviamente concepibile solo in relazione all'affidamento della commessa, e non in relazione alla fase degli inviti, la quale, semplicemente, non esiste (Tar Sardegna, Sez. I, 22/05/2018 n. 492).

In sostanza, la disciplina vigente complessiva, dall'art. 36 del C.c.p., dopo la novella del 2021, è riassumibile nei seguenti termini:

a) se la commessa di forniture e di servizi è di importo inferiore a 139.000 Euro, o inferiore a 150.000 Euro se di lavori (art. 36, comma 2, lett. a), il contratto può essere affidato **senza alcun confronto concorrenziale, cioè con affidamento diretto puro.** In tal caso, il principio di rotazione non potrà che essere applicato in relazione all'aggiudicazione e non in relazione agli inviti, salvo il caso in cui si proceda **all'affidamento diretto comparativo** alla cui base, essendoci l'acquisizione di più offerte, il principio di rotazione attiene agli inviti;

b) se la commessa di forniture e di servizi (art. 36, comma 2, lett. b) è di importo pari o superiore a 139.000 Euro e fino alla soglia di 215.000, o di lavori di importo pari o superiore a 150.000 Euro e inferiore a 1.000.000 di Euro, è necessario operare un confronto concorrenziale tra più ditte invitate per cui, in tal caso, si fa una previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti; se si tratta, infine, di lavori di importo pari o superiore a un milione di Euro e fino alla soglia di 5.382.000 Euro, la consultazione deve essere almeno di dieci operatori.

In questo caso il principio di rotazione opera esclusivamente con riferimento alla fase degli inviti il che, peraltro, è conforme a evidenti esigenze di corretto esercizio dell'azione amministrativa e di tutela dell'affidamento.

Infine, viene in rilievo un ulteriore profilo che preme ora sottolineare. Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito nei confronti dell'operatore uscente e dell'operatore invitato e non affidatario nel precedente affidamento.

Se, dunque, l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale, ciò nondimeno il divieto di invito del gestore uscente subisce una deroga in funzione della *ratio* dell'art. 36 che, contendono una norma pro-competitiva, favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti e tutela, entro i limiti del rispetto dei principi della proporzionalità e della parità di trattamento, anche l'imprenditore uscente.

Sicché, se di regola all'imprenditore uscente **si impone di "saltare" quanto meno il primo affidamento successivo** (Tar Veneto, Sez. I, n. 320/2018) di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con le altre concorrenti (Cons. di Stato, Sez.VI, 31/08/2017, n. 4125) è proprio per effetto della deroga che il legislatore fa sì che il principio rotazione non si trasformi in una non codificata causa di esclusione dalla partecipazione alle gare.

Per tali ragioni è ammesso l'invito anche all'operatore uscente, purché la PA fornisca *"adeguata, puntuale e rigorosa motivazione*

delle ragioni che l'hanno indotta a derogare al principio di rotazione facendo, in particolare, riferimento al numero (eventualmente) circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento” (Cons. di Stato, Sez. V, 03/04/2018 n. 2079 e ANAC Linee guida n. 4, delibera 26/10/2016).

In tal modo non si tratta di una scelta generalista bensì di una scelta mirata ed opportunamente motivata dell'amministrazione.

Questa conclusione è ulteriormente confermata dal fatto che la stazione appaltante nei riguardi dell'operatore uscente ha l'alternativa: di non invitare il gestore uscente anche in presenza di una sua manifestazione di interesse; oppure di motivare adeguatamente le ragioni per le quali si ritiene di non poter prescindere dall'invito quando si è in presenza delle condizioni che ammettono il reinvio al gestore uscente sulla base di una stringente motivazione.

Infine, la costante giurisprudenza afferma che l'applicazione del principio di rotazione trova un limite, di carattere generale, nel solo caso di selezione mediante **procedura aperta** perché la stessa non prevede una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti. Secondo le Linee Guida n. 4 di ANAC, «la rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga **con procedure ordinarie o comunque aperte al mercato**, nelle quali, la stazione appaltante in virtù delle regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagine di mercato o consultazione di elenchi non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione».

A questo punto per dare un concreto significato al **concetto procedure ordinarie o comunque aperte al mercato** il giudice afferma quanto segue: *“allorquando la stazione appaltante non sceglie i soggetti da invitare, ma apre al mercato anche nella*

procedura negoziata, dando la possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un'offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, ha per ciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi ha in precedenza lavorato correttamente ma significa non favorirlo" (TAR Sardegna, Sez. I, 22/05/2018, n. 493).

Mentre in ordine alle indagini di mercato, citate da ANAC, secondo un successivo orientamento del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3831/2019, *"risultano irrilevanti o comunque inidonee a compensare la mancata osservanza del principio di rotazione alcuni accorgimenti procedurali, predisposti dalla PA, tra i quali, l'espletamento di una preventiva indagine di mercato, perché il suddetto avviso non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva di mercato non vincolante tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata. In definitiva lo strumento della manifestazione di interesse pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione possibile agli operatori da invitare non rende affatto superflua la rotazione"*.

Sulla questione deve comunque concludersi che si sono evidenziate difficoltà di non poco momento in fase interpretativa e applicativa del principio di rotazione.

Infatti, la suddetta problematica, intrecciandosi fittamente sia con il principio di apertura alle gare alla massima concorrenza dei soggetti presenti nel mercato, sia con il principio di *par condicio*, e dunque, di parità di trattamento anche per l'imprenditore uscente, ha richiesto ripetuti interventi giurisprudenziali: in particolare la *ratio* del principio di rotazione è stata declinata in tutte le sue implicazioni dal Consiglio di Stato.

Criteria di aggiudicazione per i contratti sotto soglia

Da ultimo, ma non meno importante, giova esaminare dell'art. 36, il comma 9-bis, comma aggiunto dall'art. 1, comma 17, della Legge n. 55/2019 (Sblocca cantieri), la cui disposizione recita: *"Fatto salvo*

quanto previsto dall'art. 95 comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del minor prezzo ovvero sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

Dunque, è prevista la possibilità della **scelta alternativa** fra i due criteri anzidetti, operata dall'amministrazione, fermo però restando quanto statuito dall'art. 95, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016; il che significa che detta possibilità opera in riferimento solo ai contratti che non sono elencati ai punti a) b) c) dell'art. 95, comma 3, i quali sono aggiudicati, di converso, unicamente all'OEPV secondo la modalità prezzo-qualità.

Passiamo, pertanto, all'esame dei suddetti contratti il cui criterio di aggiudicazione è obbligatoriamente l'OEPV (ai sensi all'art. 95, comma 3, del C.c.p.).

*Al punto a), ci sono contratti relativi ai servizi sociali, e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché i servizi ad alta intensità di manodopera come definiti dall'art. 50, comma 1, **fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a)**;*

Al punto b) ci sono contratti relativi all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica ed intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 Euro;

Al punto c) ci sono contratti di servizi e forniture di importi pari o superiore a 40.000 Euro, caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Chiarito ciò, giova far riferimento al combinato disposto dell'art. 36, comma 9- *bis*, e dell'art. 95, comma 3, da cui si evince, a mio avviso, la seguente impostazione: se da un lato per i contratti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria opera in generale il principio della scelta discrezionale del criterio di aggiudicazione - prezzo più basso o OEPV - da parte della PA, dall'altro, il **suddetto principio dell'alternanza** subisce le seguenti deroghe:

- la prima è che sono aggiudicabili **solo al criterio dell'OEPV tutti i contratti sotto soglia che rientrano nei punti a), b) e c) dell'art. 95, comma 3;**

- la seconda deroga consiste: nel fare **salvo il caso che si tratti di contratti di servizi ad alta intensità di manodopera**, i quali pur inseriti nell'art. 95, comma 3, lett. a), **sfuggono alla regola della obbligatoria aggiudicazione all'OEPV**, e quindi, possono essere aggiudicati **anche al prezzo più basso, ma solo se gli affidamenti avvengono in applicazione dell'art. 36, comma 2, lett. a)**, in quanto la deroga dell'art. 95, comma 3, lett. a), recita *“fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a)”*.

Il che significa, altrimenti detto, che nel complesso degli affidamenti di cui all'art. 95, comma 3, solo quelli di servizi ad alta intensità di manodopera (art. 95, comma 3, lett. a), ma di importo inferiore a 139.000 Euro (art. 36, comma 2, lett. a), sfuggono all'obbligo dell'aggiudicazione all'OEPV quindi, possono essere aggiudicati anche al prezzo più basso.

Di converso, il suddetto disposto non si può estendere ai servizi ad alta intensità di manodopera, il cui importo è pari o superiore a 139.000 Euro e fino alla soglia di 215.000 Euro di cui all'art. 35 del C.c.p., i quali restano obbligatoriamente assoggettati al criterio dell'OEPV, probabilmente allo scopo di evitare che l'aggiudicazione al prezzo più basso danneggi i lavoratori.

A parere di chi scrive, sulla questione si può concludere che se da un lato è corretto ritenere che tale impostazione si possa ricavare muovendo dall'interpretazione letterale dell'articolo 95, comma 3 lett. a) in combinato disposto con la disciplina dell'art. 36, comma 2, lett. a), dall'altro, non è sufficientemente chiaro il coordinamento degli articoli in oggetto, in ordine alla duplice forzatura interpretativa intesa come deroga della deroga.

Tutto ciò a causa del non raro difetto sulla tecnica di redazione e di coordinamento tra testi normativi o articoli dello stesso testo, in cui il legislatore sovente incorre.

6. Brevi considerazioni finali

Il fine ultimo al quale mirano queste pagine è quello di portare argomenti a sostegno della tesi dell'importante ruolo che possono svolgere gli enti del Terzo Settore nel ricostruire l'economia del nostro Paese messa in ginocchio dalla Pandemia da Covid-19.

Nel contempo l'arresto della vita sociale ed economica che consegnato sta dimostrando che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza è il volano della ricostruzione perché comprende un ambizioso progetto di riforme, che poggiando sul Pilastro della tutela dei diritti sociali, è «parte di una ampia ed ambiziosa strategia pur l'ammodernamento del Paese», come sottolinea il Presidente del Consiglio Mario Draghi nella premessa del PNRR.

Nel contesto di tale prospettiva, associa due considerazioni: una di metodo e una di merito.

In ordine a quella di metodo osservo che per mettere a terra i progetti del PNRR, seguendo correttamente le disposizioni di Legge applicabili, **occorre riuscire a tenere in equilibrio dinamico i due Codici (C.t.s. e Codice dei contratti pubblici) e la Legge 108/2021**, facendo sì che marcino assieme e coerentemente, così che dalla loro contaminazione reciproca discendano complementarità strategiche.

È, in ciò, la vera grande sfida che dobbiamo saper cogliere e saper vincere per utilizzare al meglio i fondi del PNRR e del PNC.

In ordine alla considerazione di merito, la crisi pandemica ha dimostrato ampiamente ed inequivocabilmente quanto sia indispensabile includere il Terzo Settore tanto nella governance quanto nella gestione dei beni comuni e dei beni relazionali su cui sono fulcrati programmi e progetti del PNRR e del PNC.

Nondimeno, al di là della situazione contingente creata dalla pandemia da Covid-19, c'è chi ritiene - chi scrive è fra questi - che con l'adozione del C.t.s. il legislatore nazionale ha riconosciuto, *in*

primis, agli Enti del Terzo Settore il valore che meritano.

Essi costituiscono un patrimonio storico culturale del nostro Paese attraverso cui si viene affiancando al tradizionale modello solidaristico un nuovo modello di cittadinanza attiva che è caratterizzato, alla stregua delle previsioni degli artt. 1, 2 e 118 della Costituzione, dalla spontanea cooperazione dei cittadini con la PA ed in particolare modo con gli Enti del Terzo Settore, che sono espressione qualificata dell'iniziativa autonoma dei cittadini associati per attuare e sostenere un continuo sviluppo e miglioramento della qualità della vita dei medesimi nella comunità locale di riferimento.

Ebbene, va ritenuto fermo come risultato positivo di questa analisi il fatto che, grazie al nuovo disegno riformatore contenuto nell'art. 118 della Costituzione, il Terzo Settore oggi risulta essere a tutti gli effetti un polo rilevante nell'ordinamento complessivo pubblico e privato del nostro Paese. I soggetti del Terzo Settore operano in una realtà quotidiana che esige un costante investimento emozionale, lealtà, fiducia e dedizione in primo piano. Essi sono portatori di valori come: il lavoro, il diritto alla vita, la solidarietà, la persona, che mettono al centro nel fare impresa, valorizzando un percorso umano che è una forma di generazione di ricchezza totalmente originale.

Ma quel che più conta, soprattutto, è che sanno svolgere delle funzioni con cui mettono alla prova detti valori senza solo predicarli.

Ebbene gli Enti del Terzo settore, che sfuggono alla tendenza al livellamento e alla standardizzazione degli strumenti organizzativi propri della cultura della globalizzazione, perché danno importanza agli elementi decisivi di ogni organizzazione che si chiamano: cultura, identità, valori e missione, devono essere pronti ad affrontare i programmi condivisi con la P.A. di grande impegno generativo, che trovano collocazione nel PNRR, per essere i veri protagonisti delle enormi sfide che ci attendono nell'immediato futuro.

Da ultimo, ma non meno importante, giova ricordare la frase di L.A. Seneca che mi sembra quanto mai attuale: **«La calamità è l'opportunità della virtù»** cioè l'opportunità di praticare "il bene"

che in questo momento storico, così difficile per tutti noi, deve tradursi nella pratica del “bene comune”.

La digitalizzazione dell'economia e la concezione di nuove basi imponibili

di **Stefano D'Albenzio**

Autore su InnovazioneDiritto.it

ABSTRACT

The digitalization of the economy is a process that has been affecting the economy for years and is radically changing the way businesses operate. Historical institutions, such as the identification of a physical permanent establishment or the use of transfer pricing, have encountered many operational deficits, leading to idealize, despite a clear delay with respect to the erosive practices of the taxation implemented by multinational companies, of the new taxation criteria that do not focus only on mathematical notion of income, but also on the new concept of value creation. These are the points on which international institutions are massively working with the aim of finding a common solution to be adopted.

SINTESI

La digitalizzazione dell'economia è un processo che da anni sta interessando l'economia e sta radicalmente cambiando il modo di operare delle imprese. Istituti storici, come quello della identificazione di una stabile organizzazione fisica o l'utilizzo del transfer pricing, hanno riscontrato dei veri e propri deficit operativi, inducendo ad idealizzare, seppure in netto ritardo rispetto alle pratiche erosive di tassazione messe in atto dalle imprese multinazionali, dei nuovi criteri di tassazione che non si focalizzano solamente sulla nozione matematica di reddito, bensì anche sul nuovo concetto di creazione di valore. Sono questi i punti su cui stanno massicciamente operando le

istituzioni internazionali con l'obiettivo di trovare una soluzione comune da adottare.

SOMMARIO

1. Premessa - **2.** La digitalizzazione dell'economia nel contesto della tassazione delle imprese multinazionali - **3.** L'ideazione di una base imponibile integrativa e di una base imponibile alternativa - **4.** Il percorso dell'OECD: l'Action Plan e il concetto della «PES» - **5.** L'introduzione della «stabile organizzazione digitale» nel TUIR - **6.** La posizione dell'Unione Europea: la proposta di Direttiva COM(2018)147 final e la proposta di Direttiva COM(2018)148 final - **7.** La svolta dell'OECD: l'Unified Approach e il Blueprint (2020) - **8.** Conclusioni

1. Premessa

Gli ultimi anni sono stati protagonisti di un'evoluzione importante dello scenario tecnologico in cui tutti noi siamo stati coinvolti.

Fenomeni come la globalizzazione, la dematerializzazione dell'attività economica e, congiunta a quest'ultima, l'internazionalizzazione dei processi produttivi o comunque, in modo generico, la digitalizzazione, hanno profondamente modificato il modo di fare business delle imprese, qualsiasi sia la loro dimensione.

Tuttavia, si porrà una maggiore attenzione su quelle imprese che, date le loro dimensioni rilevanti, hanno una sorta di vocazione ad operare "sopra" i territori degli Stati nazionali.

Bisogna poi constatare che al mutare del contesto economico le imprese si sono adeguate molto più rapidamente di quanto non abbiano fatto, e probabilmente non avessero potuto fare, i sistemi fiscali nazionali e le "loro" regole di fiscalità internazionale, con

un'accelerazione verificatasi, in alcuni campi, nel corso dell'anno 2020 per effetto della grossa "spinta" ricevuta dai vincoli alla mobilità personale introdotti in tutti i Paesi per frenare la pandemia da Covid-19.

Da questo nuovo scenario, diverse sono le situazioni che si sono andate a creare: da un lato le imprese hanno presto imparato a trarre maggiori benefici possibili attraverso le varie tecniche di pianificazione fiscale di *shifting*¹ di profitti "nomadi", dall'altro, i sistemi fiscali in un primo momento sono rimasti passivi, limitandosi ad osservare e, solo quando si sono iniziati seriamente a preoccupare di salvaguardare i "livelli minimi di gettito fiscale", hanno cominciato a reagire, seppure inevitabilmente in ritardo.²

Nello scenario così delineato, è possibile distinguere due fenomeni che si sono evoluti di pari passo in tale processo, ossia:

- I. La digitalizzazione di una parte più o meno rilevante dei processi di produzione e commercializzazione di beni e servizi "tradizionali";
- II. La creazione e lo sviluppo dei servizi digitali, ovvero tutti questi servizi offerti dalle imprese mediante una piattaforma digitale.

I due fenomeni appena descritti comportano la possibilità di offrire, indipendentemente dalla presenza o meno di una struttura fisica localizzata geograficamente in prossimità del Paese, o quantomeno del luogo, di residenza dei consumatori/utenti, beni e servizi.

Ed è proprio questo il punto cardine dell'economia digitale, la vera innovazione, che fa crollare i principi fiscali che da circa un secolo disciplinano il trattamento fiscale dei redditi transnazionali d'impresa,

¹ Sono i noti temi del fenomeno BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), da tempo all'attenzione della Task Force dell'OCSE. Il primo rapporto dell'OCSE risale al 2013 (*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 12.02.2013).

² Nell'Unione europea, ad esempio, l'aliquota fiscale media per un'azienda digitale è del 9,5% rispetto al 23% applicato alle altre aziende, in modo particolare, del ramo manifatturiero.

elaborati in un primo momento dalla Società delle nazioni³ e successivamente dall'OCSE, sulla base di un compromesso politico stipulato, agli inizi del XX° secolo, tra le potenze economiche che miravano a distribuire la potestà impositiva tra i diversi Paesi, ponendo comunque attenzione ad evitare tutti quei problemi della doppia imposizione internazionale.

Tuttavia, oggi tali principi, ritenuti comunque obsoleti in riferimento al nuovo scenario che ci troviamo, rischiano addirittura di legittimare situazioni di doppia esenzione.

Ci si rende conto che non si può più fare totalmente affidamento ad istituti come quello della stabile organizzazione o del *transfer pricing* che, negli anni addietro, hanno efficacemente svolto il compito di ripartire i redditi delle imprese multinazionali tra le diverse giurisdizioni coinvolte.

Oggi ci si trova uno scenario completamente diverso, non si hanno più le c.d. imprese *brick and mortar*, ovvero imprese prevalentemente manifatturiere che permettevano di localizzare perfettamente il Paese, o comunque il luogo, in cui si andava a generare reddito, bensì si hanno imprese quasi completamente dematerializzate, che sono difficilmente localizzabili. Ancora, come si vedrà nelle prossime pagine, ci si è resi conto che non bisogna più ricercare un reddito, bensì si è alla ricerca del valore.

Orbene, andando a contestualizzare questo concetto appena esposto, appare evidente che nel caso delle imprese multinazionali che offrono servizi digitali, e tenendo per di più conto di tutte quelle imprese che sviluppano il loro processo produttivo in più Paesi, la corretta allocazione territoriale del reddito/valore diviene assai complessa.

Constatando ciò appare quasi assurdo comprendere che, ancora oggi, sia le norme fiscali nazionali, quanto quelle internazionali, prevedono che i redditi di un'impresa che operi al di fuori del proprio Paese possano essere assoggettati a tassazione in tale luogo solo a

³ Con il rapporto Carroll del 1933.

condizione di localizzarvi una sede fissa di affari. Ci si riferisce alla nozione di stabile organizzazione disegnata dall'OCSE e poi ripresa nelle legislazioni nazionali dei diversi Paesi.⁴

Dunque, perché oggi dovremmo ragionare diversamente nei confronti, ad esempio, di chi realizza e commercializza App? La risposta a questa domanda possiamo trovarla se ricostruiamo le ragioni, ed i sottostanti flussi economici, sulla base dei quali sono state forgiate le regole, sia nazionali che internazionali, sulla fiscalità dell'impresa multinazionale. La differenza sostanziale va ricercata nel fatto che il mondo, oramai alle nostre spalle, si basava un un *nexus* fisico, oggi invece molte imprese non necessitano più di una “*sede fissa di affari*” per operare nei diversi Paesi nei quali trovano i loro mercati di riferimento per i beni/servizi che offrono. Nella sostanza, quindi, le piattaforme digitali hanno sostituito i vecchi mercato fisici e, in un'economia globalizzata in cui i dati sono l'elemento principale, potrebbe quasi sicuramente non avere più un senso logico tassare le società in base alla loro presenza fisica (o comunque affidarsi a concetti e regole di allocazione ormai datate).

Detto ciò bisogna ben comprendere che nella sostanza non si tratta di eludere lo status di stabile organizzazione ma, molto più semplicemente, non dovervi più ricorrere.⁵

I temi *BEPS* nascono proprio a seguito di tali situazioni, ovvero per contrastare tutte quelle imprese multinazionali che, sfruttando le simmetrie tra i diversi ordinamenti fiscali, riescono a minimizzare il loro prelievo complessivo mediante operazioni di pianificazione fiscale.

Tuttavia, seppur già di rilevanti attenzioni a tale problematica, spesso, se ne affiancano altre. Tra queste è possibile evidenziare come, tutte quelle imprese di rilevanti dimensioni, sono divenute col

⁴ In ambito nazionale ci si rifà all'art. 162 del T.u.i.r.

⁵ S. DORIGO, *Il superamento dei criteri di collegamenti “tradizionali” nell'epoca dell'economia digitale: le conclusioni dell'AG Kokott nella causa Google e la problematica localizzazione del reddito d'impresa*, in *Riv. dir. trib. online*, 06/12/2019.

tempo una sorta di supercontribuenti, con la capacità quindi di contrattare un vero e proprio trattamento fiscale (di favore) nei Paesi in cui si interfacciano.

Questo scenario così descritto comporta delle condizioni di concorrenza sleale da parte delle imprese digitali di maggiori dimensioni rispetto a quelle di dimensioni contenute.

Il primo punto su cui bisogna intervenire è quello per cui bisogna idealizzare una tipologia di tassazione che vada a colpire la creazione di valore, non più il reddito basato su una differenza tra costi e ricavi d'impresa, dato che le imprese digitali sfruttano l'enorme potenziale degli *intangibles*.

Bisogna quindi porsi due domande fondamentali, che pongono degli importanti spunti di riflessione, ovvero:

III. Qual è il corretto collocamento territoriale di tali redditi;

IV. Qual è la loro corretta determinazione e quantificazione, dato che l'apporto dei beni immateriali alla catena del valore è sicuramente più difficile da misurare di quanto non possa esserlo invece per i *tangibles*.⁶

Un caso empirico, a riprova di quanto signore detto, può essere quello di *WhatsApp*. L'applicazione, il 19 febbraio 2014, è stata acquistata da Mark Zuckerberg, CEO di *Facebook*, per 19 miliardi di dollari.⁷ Questo ci dimostra che vi sono imprese che, nonostante possano mostrare dei redditi molto bassi, talune volte addirittura pari a zero, hanno in realtà un valore molto elevato dato proprio dalla presenza degli *intangibles*.

Spesso poi, la creazione del valore dell'impresa, viene generato dagli stessi consumatori/utenti, denominati "*Pro-sumers*".⁸

⁶ S. NOESS-SCHMIDT - P. SORENSEN - B. BARNER CHRISTIANSEV - V. ZUROLO - C. ZIENAU, J. JUUL HENRIKSEN - J. BROWN, *Future taxation of company profits: what to do with intangibles?*, Copenhagen Economics, 19/02/2019.

⁷ https://st.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2016-06-13/febbraio-2014-facebook-acquista-whatsapp-19-miliardi-dollari-190755.shtml?uuid=ADO6hOb&refresh_ce=1.

Tutto questo scenario è stato frutto di discussioni ed iniziative in sede internazionale dall'OECD, in collaborazione con il gruppo dei Paesi del G20, soluzioni sono state avanzate anche dall'Unione europea e dai singoli Stati (tra cui l'Italia).

Sono queste le tematiche che si analizzeranno nel capitolo 2 del presente articolo, per poi analizzare, nel capitolo 4, il *Blueprint* dell'OECD approvato il 14 ottobre 2020 dal G20, il quale sembra rappresentare, finalmente, un significativo passo in avanti nella direzione di una soluzione efficiente e concordata a livello internazionale.

2. La digitalizzazione dell'economia nel contesto della tassazione delle imprese multinazionali

Il problema della tassazione delle imprese digitali va inserito all'interno di una problematica ben più ampia, ovvero quella della tassazione delle imprese multinazionali e delle regole di determinazione del diritto, di ciascun Paese in cui operano, di tassare i profitti.

In tale casistica possiamo avere due principi di tassazione differenti:

V. L'impresa percettrice è tassata nel Paese in cui ha la sede legale (principio della residenza), il quale favorisce, in termini di gettito dell'imposizione sul reddito, gli Stati nei quali si trova la sede legale delle imprese in quanto queste verrebbero tassate su tutti i redditi da loro percepiti;

VI. L'impresa percettrice è tassata nel Paese in cui è stato prodotto il reddito⁹ (principio della fonte), ovvero andando a favorire quei Paesi in cui i redditi sono stati prodotti, quale che sia il Paese di residenza delle imprese che tali redditi percepiscono.

⁸ Il termine, creato da A. TOFFLER, *The third wave*, New York, 1980, è divenuto popolare con l'avvento di internet e nasce dalla fusione dei termini produttore (*Productor*) e consumatore (*Consumer*) e sta ad indicare proprio la nuova figura di consumatore che contribuisce alla produzione del valore.

⁹ In quanto facente parte del valore aggiunto in esso generato.

È evidente che possano esservi degli interessi contrastanti nell'applicazione dell'uno o dell'altro principio, da parte dei diversi Paesi, i quali spesso hanno applicato tali principi anche parzialmente.

È necessario trovare un equilibrio dato da una collaborazione internazionale in quanto, una problematica che potrebbe spesso presentarsi, sarebbe proprio data da una situazione di doppia imposizione. Questa la si ha quando, i singoli Paesi, al fine di massimizzare il loro gettito fiscale, in assenza di accordi internazionali generali sul principio da applicare in genere, dunque di una regola comune, fa sì che i Paesi applichino ai soggetti residenti il principio di residenza e a quelli non residenti il principio della fonte, andando a generare redditi tassati sia nel Paese di produzione che in quello di residenza del soggetto percettore.

In tali casi, lo strumento utilizzato per risolvere problematiche del genere è costituito dagli accordi bilaterali tra Stati,¹⁰ diretti a regolare la ripartizione fra essi della materia imponibile.¹¹

La regola generale è quella del principio di residenza, con il limite che, nel caso di imprese multinazionali che svolgono la loro attività, di una rilevante consistenza economica, in più Paesi diversi da quello di residenza, mediante l'istituto delle stabili organizzazioni, la tassazione avviene in capo a queste ultime. Pertanto, i redditi così prodotti, vengono tassati con applicazione del principio della fonte.

Questo induce le imprese multinazionali, come si è già accennato nel paragrafo 1, a pianificare operazioni di *profit shifting*, quali ad esempio la fissazione di *transfer pricing*, così da erodere la base imponibile ed essere assoggettati ad un carico fiscale minore.

¹⁰ Le cui regole generali sono state elaborate dall'OECD.

¹¹ Un aiuto importante in tali casi è dato dall'art. 5 del Modello OCSE 2017, ovvero la sua più recente edizione. I modelli di convenzione fra Stati diretti all'eliminazione della doppia imposizione dei redditi e dei capitali ed alla prevenzione di evasione ed elusione fiscale proposti dall'OECD fin dal 1963 sono infatti largamente utilizzati nei trattati bilaterali tra Stati.

È ovvio che tutto ciò dà luogo ad una concorrenza fiscale dannosa fra Paesi, soprattutto se si considera che gli stessi Paesi hanno iniziato a fare una corsa al ribasso del gettito tributario, così da attirare l'attenzione delle imprese multinazionali ed assicurarsi comunque dei livelli garantiti di gettito.

È proprio per limitare questo elevato grado di libertà che, nel 2017, l'OECD ha elaborato e fissato delle linee guida per la determinazione dei prezzi di trasferimento, seppur non riscuotendo il successo desiderato. La discutibile linearità nello scambio di informazioni tra le diverse amministrazioni finanziarie, e la scarsa omogeneità nelle normative fiscali dei diversi Paesi, hanno comunque offerto delle ampie opportunità di elusione delle imposte sui redditi. È evidente come tali problematiche, comunque già esistenti, abbiano trovato la loro massima criticità con la sempre più crescente digitalizzazione dell'economia e con l'introduzione (e la loro difficilissima individuazione) di stabili organizzazioni non fisiche.

Strumenti come quello della stabile organizzazione e del *transfer pricing*, in riferimento alle evoluzioni sinora citate, sono da considerarsi parzialmente fallimentari in quanto non garantiscono una ripartizione della materia imponibile fra i diversi Paesi che rispecchi l'effettivo contributo da questi fornito al valore finale del bene/servizio prodotto.

Volendo richiamare il concetto di "*Prosumers*", in tale forma di mercato i consumatori/utenti delle piattaforme digitali costituiscono un vero e proprio *input* per la produzione del servizio remunerativo dell'impresa, generando loro stessi il valore aggiunto che poi sfugge a tassazione dal Paese in cui questi risiedono.

In tutte le ipotesi, a prescindere dall'identificazione di un'economia digitale o meno, in cui le imprese, anche parzialmente, riescono ad eludere la tassazione nei Paesi in cui operano ma sono sprovvisti di una sede legale, o comunque non hanno una stabile organizzazione che possa legarle a quel luogo, agiscono da *free-rider* rispetto alle

spese pubbliche che da tali Paesi sono state compiute (a seconda del settore in cui le imprese operano).

Ne derivano degli effetti distorsivi che riguardano:

- VII. Decisioni di investimento e localizzazione delle imprese;
- VIII. Concorrenza sleale fra le imprese;
- IX. Competizione fiscale, consistente in una corsa al ribasso per attirare l'attenzione delle multinazionali e dunque i loro redditi, fra i diversi Paesi.

Quanto sinora esposto fa sorgere due domande a cui trovare una rapida ed efficace risposta, onde evitare che possano protrarsi, se non peggiorare, gli effetti distorsivi conseguenti, e ovvero ci si deve chiedere:

- X. Cosa tassare, ovvero qual è la base imponibile da assoggettare a tassazione;
- XI. Dove tassare, ovvero qual è la giurisdizione competente.
- XII. Come tassare, magari attraverso l'ideazione di nuovi criteri di tassazione che ricorrano ad una base imponibile completamente diversa dal reddito, o quantomeno trovarne una misura integrativa o addirittura alternativa.

La risposta a queste tre domande non è semplice da ricercare, tant'è vero che gli organismi internazionali da anni stanno cercando di cooperare per trovarne una soluzione di tipo globale. Nei prossimi capitoli seguiranno delle riflessioni sulla base delle strade intraprese dai diversi Paesi (e sia dall'Unione europea che dall'OECD-G20).

3. L'ideazione di una base imponibile integrativa e di una base imponibile alternativa

Sinora, data la conformazione del mercato con cui le legislazioni si sono sempre interfacciate, il sistema tradizionale di tassazione diretta si è sempre basato su imposte che hanno come riferimento, per la costruzione della base imponibile, un elemento squisitamente quantitativo ed immediatamente misurabile, ovvero il reddito.

Questa metodologia è incentrata tanto in ambito internazionale quanto in quello nazionale. Esempio tipico, in ambito domestico, è l'IRPEF (che come ben si sa colpisce il reddito delle persone fisiche) e l'IRES (che colpisce le società di capitali).

Tuttavia tale sistema ha riscontrato i suoi difetti non di recente, bensì già con la diffusione delle imprese multinazionali che, trovando delle scappatoie nei difetti di legge o comunque sfruttando le asimmetrie informative tra i diversi Paesi, sono riuscite ad effettuare delle massicce pianificazioni fiscali, sottraendo per anni ed anni una importante fetta di materia imponibile ai Paesi che ne erano effettivamente legittimati alla riscossione (o comunque una riscossione più importante di quelle effettivamente realizzata).

Questa situazione poi è andata aggravandosi sempre più con l'avvento dell'economia immateriale, ove è ancora più semplice effettuare delle operazioni di *shifting* di profitti, dato dal fatto che è quasi impossibile tenere traccia di tutte le operazioni compiute o quantomeno trovare in maniera rapida una loro allocazione ben precisa.

Detto ciò sembrerebbe molto più ragionevole iniziare a sviluppare dei nuovi criteri di tassazione, ed abbandonare quelli tradizionali ormai ritenuti obsoleti, andando ad individuare delle nuove basi imponibile che vadano ad integrare, o addirittura sostituire, le imposte sul reddito societario.

Si possono fondamentalmente identificare tre diversi gruppi di imposta che andrebbero meglio a colpire i redditi, ma ponendo un'attenzione particolare adesso anche al concetto di valore, creato dalle piattaforme digitali, oppure in modo molto più generico, dagli operatori protagonisti dell'economia digitale. Tali gruppi sono:

XIII. **Imposte specifiche**, le quali vengono commisurate agli elementi quantitativi¹² relativi ai fattori che sono a monte della catena di creazione di ricchezza/valore nei settori digitali. È questo

¹² Ad esempio il numero delle transazioni compiute sulla piattaforma.

un criterio di tipo quantitativo utile per l'identificazione della base imponibile di imposte speciali integrative dell'imposta sul reddito;

XIV. **Imposte commisurate al valore delle transazioni compiute** (o comunque al fatturato complessivamente realizzato in un determinato Paese). Tale criterio fonda il suo ragionamento sul fatto che, in presenza di attività digitali, il fatturato realizzato da tale tipologia di imprese, può permettere una indiretta determinazione/quantificazione del reddito.¹³ Difatti, sotto determinate condizioni, i ricavi così ottenuti possono essere considerati una *proxy* degli effettivi profitti conseguiti, così da costruire una base imponibile alternativa al reddito¹⁴. In questo modo si permetterà al Paese competente di prelevare la giusta quantità di gettito relativa alla quota di valore aggiunto ivi prodotto (dagli stessi consumatori/utenti);

XV. **Destination-Based Cash Flow Tax**.¹⁵ Come l'imposta di cui al punto II, anche questa è da intendersi alternativa al reddito d'impresa e presenta alcune peculiarità. Tale tipologia d'imposta, infatti, è ritenuta molto adatta per un mercato padroneggiato da servizi digitali in quanto non tiene conto della residenza dell'impresa (né tantomeno della localizzazione delle sue ipotetiche infrastrutture produttive) e si basa solamente sulla localizzazione dei consumatori/utenti, andando quindi a risolvere a monte il cruciale problema di attribuzione geografica del reddito prodotto, e dei conseguenti problemi ad esso attinente. Il ragionamento di fondo è quello di variare il *nexus* sul quale basare la localizzazione della produzione di reddito/valore.

¹³ Soprattutto se si tiene conto che le imprese digitali spesso si trovano ad operare in condizioni in cui i loro costi marginali sono prossimi allo zero, se non addirittura completamente inesistenti. Di conseguenza, i ricavi ottenuti dalla loro attività corrisponderanno sostanzialmente agli effettivi profitti realizzati, salvo l'eventuale presenza di costi fissi quali ad esempio la componente *hardware* o *software*.

¹⁴ Questa tipologia di imposta è quella proposta dall'Unione europea per l'introduzione della *web tax*.

¹⁵ Cfr. AUERBACH (2017), DEVEREUX e VELLA (2017) e CARPENTIERI (2019).

Tuttavia, se a primo impatto può sembrare un'idea molto appetibile e di portata risolutiva, numerose sono le difficoltà applicative che la caratterizzano. C'è innanzitutto da precisare che già da un punto di vista tecnico-informatico non è sempre agevole individuare con esattezza la posizione dell'indirizzo IP sul quale opera il server legato alla piattaforma digitale da prendere in considerazione. Invece, per quanto concerne un punto di vista prettamente economico-fiscale, un'imposta avente come base imponibile il *cash-flow* non potrebbe essere applicata alle sole imprese digitali, bensì a tutte le società di capitali, ed andrebbe quindi a scontrarsi con l'attuale sistema generale (internazionale) di imposizione basato sul reddito. Di conseguenza, tale criterio, necessiterebbe di un adeguamento internazionale all'adozione di tale prassi onde evitare creazione di distorsioni di mercato e discriminazioni.¹⁶

4. Il percorso dell'OECD: l'Action Plan e il concetto della "PES"

Le pratiche di *profit shifting* sono da anni oggetto di studio sia dell'OECD che del G20, i quali nel 2013, in collaborazione, hanno pubblicato un "*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*" (BEPS) contenente le basi per una strategia generale di contrasto alle pratiche di elusione fiscale internazionale che, come sinora detto, si traducono in fenomeni di erosione della base imponibile delle imposte sul reddito.

Dallo studio del fenomeno e dal materiale prezioso fornitoci in tale sede, è possibile constatare che l'erosione della base imponibile è il fenomeno di due concause:

XVI. La scarsa sincronia e le disomogeneità nelle normative civilistiche e fiscali in sede internazionale, appesantita poi dalla concessione, da parte dei singoli Paesi, di agevolazioni, trattamenti preferenziali e vari regimi di favore atti ad attirare e trarre nel proprio territorio la localizzazione di imprese (o comunque di

¹⁶ L. CARPENTIERI, *Profili fiscali dell'economia digitale*, Napoli, 2019.

diverse forme di investimento) e che quindi favoriscono il cosiddetto “arbitraggio fiscale”;

XVII. Lo sfruttamento delle opportunità di cui al punto I da parte delle imprese multinazionali attraverso pratiche di pianificazione fiscale “aggressiva”.¹⁷

In questo paragrafo si entrerà nella competenza dell’*Action 1* intitolata “*Tax Challenges Arising from Digitalisation*”, da cui emerge un rilievo interessante in merito alla questione delle conseguenze fiscali della digitalizzazione.

Innanzitutto si chiarisce che, secondo quanto riportato dall’OECD, è vero che la fornitura di servizi digitali favorisce le opportunità di erosione, ma non è da considerarsi come un fenomeno a sé stante, in quanto andrebbe comunque inserito tra le diverse problematiche legate all’utilizzo degli strumenti digitali nel sistema economico attuale. Così come i fenomeni elusivi delle imprese digitali vanno raggruppati con quelli praticati, più in generale, dalle grandi imprese multinazionali.

Nel 2015, la stessa OECD, ha individuato dei punti chiave e dei rilevanti aspetti di ordine economico-tributario, strettamente legati tra loro, legati alla digitalizzazione dell’economia:

XVIII. La rilevanza dei dati, da intendersi in ogni fase di produzione del valore corrispondente all’erogazione del prodotto/servizio digitale;

XIX. Il “*nexus*” tra svolgimento di una determinata attività economica in un Paese e il diritto di questo a riscuotere le corrispondenti imposte;

XX. La corretta considerazione che, da un punto di vista fiscale, dovrebbero avere i pagamenti ricevuti a fronte dell’erogazione di servizi mediante strumenti digitali e in base a quale criterio questi generino reddito/valore.

¹⁷ La Commissione europea (2012) la definisce «la pianificazione fiscale aggressiva consiste nell’approfittare degli aspetti tecnici di un regime fiscale o delle differenze fra due o più regimi fiscali allo scopo di ridurre il debito d’imposta».

I punti II e III ci permettono di localizzare il luogo di generazione del reddito/valore e quindi di allocarlo alla giurisdizione competente; il punto I, invece, pone il problema legato alla determinazione del valore di tale reddito/valore e come questo viene distribuito in tutte le fasi del processo produttivo.

Giunti a tale punto, si può passare all'osservazione del nuovo criterio di collegamento introdotto nel rapporto OECD. Tale criterio, di portata decisamente interessante, si basa sul concetto di "Presenza Economica Significativa" (PES), ovvero si va ad abbandonare la nozione "tradizionale" di "sede fisica",¹⁸ inserendo quali nuovi criteri d'identificazione:

XXI. Il fatturato;

XXII. Numero di clienti/utenti facenti capo a ciascuno dei Paesi in cui l'attività è svolta.

Tale meccanismo (ovvero quello dalla PES) si basa su fattori che, come si diceva, dimostrano effettivamente un'interazione mirata e duratura con l'economia del Paese della fonte attraverso l'impiego di mezzi tecnologici e l'utilizzo di procedure automatizzate. È infatti raccomandato che i fattori basati sui ricavi siano associati ai fattori digitali (ad esempio un dominio locale) e/o ai fattori basati sugli utenti (ad esempio il numero dei contratti conclusi mediante una piattaforma digitale) per determinare l'esistenza della "PES".¹⁹

Il tema della PES è stato successivamente ripreso in una *Policy Note* nel gennaio del 2019 (OECD, 2019b),²⁰ nella quale vengono

¹⁸ Di comune accordo con l'art. 5 del Modello OCSE e l'art. 162 del T.u.i.r., la stabile organizzazione "tradizionale" viene così definita: "una sede fissa di affari in cui l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività". Difatti, anche nei trattati bilaterali, tale concetto è sostanzialmente usato al fine di determinare il diritto di uno Stato contraente di assoggettare a tassazione gli utili di un'impresa dell'altro Stato contraente.

¹⁹ L. CARPENTIERI, *Profili fiscali dell'economia digitale*, Napoli, 2019.

²⁰ <https://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>.

presentate le possibili alternative e si propone che le future soluzioni si basino su due pilastri (*Pillar*):

XXIII. *Pillar One*, rappresentato da un riesame delle regole che determinano l'allocazione dei profitti nei diversi Paesi ed il nesso esistente tra la presenza economica di un'impresa in un Paese anche in assenza, quindi, di presenza fisica ed il diritto di questo a tassare i redditi sulla base del ragionamento sinora esposto;

XXIV. *Pillar Two*, costituito dall'insieme di regole atte a garantire un ammontare minimo di imposte²¹ che le imprese multinazionali sono tenute a versare nei Paesi in cui operano (e quindi generano valore), ponendo così dei limiti alla possibilità di adottare delle strategie di *profit shifting*.

È indubbiamente interessante la visione che l'OECD ha e quelle che sono le eventuali state future da intraprendere, tuttavia, non ha ancora proposto delle soluzioni specifiche da adottare.

Possiamo quindi evidenziare che l'OECD fonda il proprio ragionamento su due punti chiave:

XXV. Non abbandona la storica impostazione di un'imposta societaria che ha come base imponibile il reddito d'impresa, non rinunciando però a ricercare dei validi strumenti che potrebbero comunque spingere verso il ricorso a basi imponibili alternative e/o sostitutive²² per la tassazione delle imprese digitali (non escludendo l'ipotesi anche per le altre forme d'impresa);

XXVI. Coinvolgere sia l'intera platea di Paesi del mondo che tutti gli studiosi, tecnici ed operatori al fine di pervenire a soluzioni, risultanti dalla loro collaborazione, condivise a livello internazionale e minimizzarne il rischio di errori.

²¹ Mediante l'elaborazione della "*global anti-base erosion proposal*" (GloBE).

²² Così come esposto nel paragrafo precedente.

5. L'introduzione della "stabile organizzazione digitale" nel T.u.i.r.

Un rilievo di fondamentale importanza è da ricondurre all'art. 1, co. 1010, della Legge di Bilancio 2018, che introduce delle significative modifiche all'art. 162 del T.u.i.r., dedicato alla disciplina della stabile organizzazione.

Bisogna però a monte chiarire che, sebbene la revisione del concetto di *nexus* rappresenti una indiscutibile priorità ed un punto di elevata importanza, la disciplina internazionale di riferimento è da ricercarsi nell'art. 5 del modello OCSE, rimasto però immutato nonostante le recenti modifiche introdotte nel 2017.

Sulla base di quanto finora detto, e tenendo conto delle osservazioni che si faranno nei prossimi paragrafi, appare evidente che ciò che impedisce di adeguare l'istituto della stabile organizzazione ai mutamenti generati dalla digitalizzazione dell'economia è la perdurante assenza, in ambito internazionale, di una soluzione comune sulle necessarie ed urgenti misure da adottare.

L'art. 1, co. 1010, della Legge di Bilancio 2018, come si diceva, ha inserito nell'art. 162, co. 2, del T.u.i.r., una nuova lettera *f-bis*), che va ad aggiornare ed integrare la *positive list* contemplata dalla norma e andando a prevedere l'identificazione di una stabile organizzazione anche quando vi sia *"una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio dello stesso"*.

Come si è visto però nel paragrafo 4, tale approccio ha però mostrato dei delicati tratti di inadeguatezza, ragion per cui in seno all'OCSE si è invece suggerito di introdurre un concetto di *nexus* completamente nuovo, ovvero quello della Presenza Economica Significativa.

6. La posizione dell'Unione europea: la proposta di Direttiva COM(2018)147 *final* e la proposta di Direttiva COM(2018)148 *final*

L'Unione europea scinde la propria corrente di pensiero per quanto concerne le pratiche di *profit shifting* delle imprese "tradizionali" da quelle prettamente digitali, ponendo la dovuta attenzione al diverso grado di digitalizzazione dei diversi settori dell'economia.

Volendo porre l'attenzione sulle imprese digitali ci si limita a riportare che per quanto concerne tutte le tipologie di imprese sono state proposte,²³ prima nel 2011 e poi nel 2016, due direttive che stabiliscono regole per definire una *Common Corporate Tax Base* (CCTB) ed una *Common Consolidate Corporate Tax Base* (CCCTB) per l'unificazione di un bilancio mondiale da parte delle società multinazionali.²⁴

Focalizzandoci invece su ciò che abbraccia l'economia digitale dobbiamo tornare all'anno 2018, quando sono state proposte due direttive interessanti,²⁵ ovvero la n. 147 (*comprehensive solution*) e la n. 148 (*targeted solution*).

Bisogna anche specificare che ciò che ha indotto l'Unione europea ad emanare tali direttive con una certa urgenza è stata la paura legata alla volontà di alcuni Paesi membri di introdurre autonomamente una *web tax*, andando poi questa eventuale situazione a distorcere e rendere ancor più disomogeneo il mercato.²⁶

Entrando nel merito, la Direttiva n. 147²⁷ (2018b) istituisce delle norme che vanno a rivisitare e ad ampliare il tradizionale concetto di stabile organizzazione, con la finalità di farne rientrare anche il concetto di PES, definendone i concetti e fissandone le condizioni a seconda dei diversi Paesi in cui verrebbe applicata.

²³ Entrambe le direttive non hanno ancora trovato applicazione.

²⁴ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA (2016a) e (2016b).

²⁵ Tuttavia, entrambe le direttive non hanno ancora trovato applicazione a causa delle numerose opposizioni riscontrate dai diversi Paesi nel Consiglio Ecofin del marzo 2019.

²⁶ Cfr. GASTALDI e ZANARDI (2019).

²⁷ <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM-2018-147-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

La Direttiva n. 148²⁸ (2018b), invece, istituisce in via provvisoria, ed in attesa di una soluzione globale in tema di imposta sui servizi digitali, un'imposta indiretta sui servizi digitali²⁹ (c.d. ISD) con aliquota del 3% da applicare ai ricavi lordi, al netto dell'IVA e di eventuali ulteriori imposte analoghe, derivanti dalla fornitura di servizi digitali da parte di imprese che rispettino precisi limiti dimensionali, ovvero:

XXVII. Ricavi a livello globale superiori a 750 milioni di euro;

XXVIII. Ricavi, realizzati nell'area dell'Unione europea, superiori ai 50 milioni di euro (e subordinatamente ad alcune condizioni relative alla localizzazione degli utenti in uno Stato membro dell'UE).

Le due proposte di direttiva, però, ancora oggi non hanno trovato applicazione, rimandando la corrente di pensiero alle iniziative proposte nel progetto OECD-G20.

7. La svolta dell'OECD: l'*Unified Approach* e il *Blueprint* (2020)

Bisogna innanzitutto premettere che a seguito della pandemia da Covid-19, i diversi sistemi economici hanno accelerato sensibilmente il processo di digitalizzazione e lo sviluppo dei servizi digitali come l'impiego ormai sempre più diffuso dello *smart working*.

Tutto ciò ha indirettamente aiutato il percorso dell'OECD che nel 2020 (gennaio) ha approvato, in collaborazione con il G20, l'*Inclusive Framework on BEPS*,³⁰ a seguito di una proposta presentata dal Segretario dell'OECD³¹ nel mese di ottobre 2019.³²

²⁸ <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM-2018-148-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

²⁹ Specificamente individuati dall'art. 3.

³⁰ OECD, 2020b.

³¹ OECD, *Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar One*, Public consultation document, 9 October - 12 November 2019, in <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>.

³² OECD, 2019c.

Tale documento focalizza la sua attenzione al *Pillar One* della *Policy Note* del 2019 e definisce uno *Unified Approach*.

L'idea che caratterizza tale decisione è quella di sviluppare un approccio che possa favorire una conciliazione e la giunta di un accordo tra i diversi Paesi sull'introduzione di nuove regole di tassazione che non riguardino nello specifico solo e soltanto le *web companies*, ma più in generale, tutte quelle aziende che operano in ambito internazionale anche mediante i canali tradizionali di vendita, fatta eccezione per i modelli "B2B".

Tali regole sembrano proprio basarsi su una concezione di mercato assai più ampia, molto più attuale, abbandonando quindi la necessità di ritrovare una presenza necessariamente fisica in un determinato Paese e andando ad agire, sulla base del nuovo *nexus*, sul volume delle vendite effettuate in un dato Paese. Ovviamente, non vi è una regola generale che definisce una soglia "standard" per assoggettare a tassazione una determinata impresa, bensì tali parametri verranno adattati alle caratteristiche dei diversi Paesi, in modo da garantire gettito fiscale anche a quelli di minori dimensioni.

Volendo nel concreto schematizzare i punti chiave di tale nuova proposta, si ha quanto segue:

È stata dichiarata l'intenzione di considerare specificamente le attività economiche caratterizzate da elevata digitalizzazione;³³

La definizione di una nuova regola di allocazione dei profitti conseguiti dalle imprese multinazionali. Tale nuova regola comporta la suddivisione dei profitti in tre quote differenti:

- "Importo A" da determinarsi sulla base del fatturato (consolidato di gruppo) realizzato da un'impresa in un dato Paese a prescindere dalla presenza fisica e localizzazione diretta in esso;
- "Importo B" e un "importo C" determinati applicando le tradizionali regole di allocazione degli utili (comprendenti questa

³³ Tale parametro è dato dall'Indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI). Le relazioni DESI sono lo strumento con cui la Commissione europea monitora il progresso digitale degli Stati membri dal 2014.

volta la considerazione della presenza fisica). Tale allocazione ovviamente discenderà dalle risultanze di bilancio (da intendere quest'ultimo consolidato a livello mondiale).

Un ulteriore passo in avanti, da parte della collaborazione basata sul binomio OECD-G20, è stato poi compiuto il 14 ottobre 2020 con l'approvazione del c.d. *Blueprint*.³⁴ Tale elaborato contiene un Rapporto preparato dal gruppo di lavoro sul BEPS che tiene conto sia di quanto proposto nel *Pillar One* e nel *Pillar Two*, sia del *Unified Approach* sinora esposto, offrendo un insieme articolato di proposte operative.

Merita particolare attenzione la linea operativa perseguita verso il *Pillar One*, andando a prevedere delle proposte relative al “nesso” e all'allocazione dei profitti “contesi” fra i diversi Paesi.

È stato innanzitutto chiarito che la quota parte di utili conseguiti (sia da singole imprese che da gruppi multinazionali) e facenti capo all'“importo A” viene tassata in un determinato Paese, rispetto ad un altro, subordinatamente a due condizioni:

Devono essere svolte determinate attività digitali, la cui elencazione è raccolta nei due gruppi dei servizi digitali automatizzati (*Automated Digital Services*)³⁵ e delle attività economiche direttamente offerte ai consumatori (*Consum Facing Business*);

Superamento di due soglie di fatturato, una in termini globali e l'altra relativa ai ricavi di sola fonte estera.³⁶

È chiaro quindi che sono state previste delle soglie di tassazione andando a percorrere due fini ben precisi:

Riduzione al minimo dei costi di adempimento per i contribuenti;

³⁴ OECD, 2020c.

³⁵ Identificato da una definizione e da due elenchi, uno positivo (di tipo inclusivo) che comporta l'automatica applicazione delle regole relative all'“importo A”, ed uno negativo (quindi esclusivo) inerente all'applicazione di tali regole, così che la soggezione di una data attività a quelle regole è subordinata al passaggio di questo doppio test.

³⁶ Così come prefissato nel progetto di Direttiva dell'UE, la soglia è di 750 milioni di Euro (cfr. Commissione europea, 2018b).

Garantire l'agevole gestibilità delle nuove norme per le amministrazioni fiscali dei diversi Paesi.

Sempre in riferimento a tali norme, è stata prevista la possibilità di applicare in maniera graduale, partendo in un primo momento con delle soglie più elevate che vadano a colpire le imprese di maggiori dimensioni, per poi effettuare una vera e propria pratica di scrematura, ovvero, andando a colpire in un secondo momento le imprese di dimensioni minori.

Dal quadro operativo così descritto, restano però fuori alcune questioni a cui si sta ancora cercando di trovare una efficace ed efficiente risposta.

Innanzitutto ci si chiede quale possa essere l'effettiva metodologia di calcolo dell'"importo A", quindi come andarne a determinare e quantificare la base imponibile. Dopodiché ci si chiede se l'elenco contenente l'elencazione delle attività digitali rientranti nella sfera di giudizio debba essere ampliato o ridotto (sempre ai fini della determinazione dell'"importo A").

Sono probabilmente queste le ultime domande a cui il gruppo di lavoro OECD-G20 deve cercare di trovare un'adeguata e rapida risposta, sia perché il contesto economico che caratterizza i nostri tempi è in continua e repentina evoluzione, sia perché diversi sono i Paesi che stanno idealizzando delle *web tax* domestiche, andando così a porre un ostacolo difficile da superare se si vuole trovare un punto d'incontro a livello internazionale e rendere omogenee le regole appartenenti ad un'economia/mercato che non può più essere localizzato con esattezza dato che supera, senza una possibilità di effettivo tracciamento, tutti i perimetri nazionali.

8. Conclusioni

Numerose sono le difficoltà a cui devono far fronte le istituzioni internazionali, soprattutto se la soluzione da ricercare deve raccogliere il consenso condiviso di tutti i Paesi. È sicuramente complicato ricercare una soluzione che vada correttamente a colpire

le imprese digitali e, come si è visto, le imprese multinazionali in genere, senza creare delle situazioni distorsive o comunque minatorie di atteggiamenti anticoncorrenziali.

Tuttavia si condivide la strada che l'OECD e il G20, in collaborazione, stanno prendendo, ovvero l'identificazione di una base imponibile alternativa o sostitutiva che va ad abbandonare la nozione classica di reddito data da una semplice formula matematica, bensì l'individuazione del processo di creazione e la corretta allocazione di materia imponibile alle (eventuali) diverse giurisdizioni competenti. Così come si condivide la pericolosità, nel caso in cui non si giunga ad un'armonizzazione a livello internazionale, di soluzioni autonome domestiche che potrebbero rappresentare un ostacolo difficile da superare.

È pienamente condivisibile la volontà di affidarsi ad una collaborazione attiva da parte sia delle istituzioni internazionali quanto ad una platea ben ampia di studiosi e tecnici della materia, in modo da limitare le possibilità di errore applicativo e metodologico e contrastare, in modo efficace e immediato, le pratiche di *profit shifting* descritte nel presente articolo.

Aiuti di Stato ed emergenza pandemica: il quadro delle misure temporanee

di Angela Rombiolo

Autore su InnovazioneDiritto.it

ABSTRACT

To face the crisis, trying to limit the degenerative effects on economy, the States have adopted extraordinary emergency action and public support measures. This work analyzes as the emergency response bursts in the previously described paths, placing itself as an urgent and instant priority extra ordinem, making more inter-institutional collegiality necessary. This target is realized also through the introduction of flexibility mechanisms in the application of State aid rules and the inauguration of a new season of European funding able to give a decisive turn to national economic policies. If it is necessary, on the one hand, to provide effective support measures to the companies hit by the crisis, on the other hand we can no longer imagine a State that does not take on the task of preparing the country for the phase of revival and sustainable development of the economy.

SINTESI

Per fronteggiare la crisi, cercando di limitare gli effetti degenerativi sull'economia, gli Stati hanno adottato provvedimenti straordinari d'urgenza e misure pubbliche di sostegno. Il presente lavoro analizza come la risposta emergenziale irrompa nei precedenti percorsi, ponendosi quale urgente e immediata priorità extra ordinem, rendendo necessaria una più marcata collegialità inter-istituzionale. Obiettivo che viene realizzato anche attraverso l'introduzione di

meccanismi di flessibilità nell'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato e l'inaugurazione di una nuova stagione di finanziamenti europei in grado di imprimere una svolta decisiva alle politiche economiche nazionali. Se da un lato è necessario predisporre misure efficaci di sostegno alle imprese colpite dalla crisi, dall'altro non si può più immaginare uno Stato che non si faccia carico del compito di predisporre il Paese alla fase di rilancio e sviluppo sostenibile dell'economia.

SOMMARIO

1. Premessa - **2.** L'approccio sistemico e l'intervento normativo della Commissione europea - **3.** La normativa europea sugli aiuti di Stato come "motore" per il rilancio dell'economia - **5.** Osservazioni conclusive. Il nesso tra regolazione post-emergenziale degli aiuti di Stato e intervento pubblico in economia

1. Premessa

La diffusione della pandemia da Covid-19, le successive carenze del sistema sanitario, il peso delle diseguaglianze economiche e sociali in tempo di crisi, l'inquinamento e la riduzione progressiva della biodiversità, hanno lasciato emergere questioni socio-economiche di proporzioni epocali con effetti enormi su ogni aspetto della società, che necessitano senza dubbio di urgenti e concrete risposte. Il mondo sta attraversando un tempo non ordinario, per certi aspetti paragonabile agli esiti dei grandi sconvolgimenti bellici del secolo scorso, e la scarsità delle risorse, insufficienti alle esigenze di tutta la popolazione, rischia di "schiacciarci" sul conflitto causato

dall'istinto alla sopravvivenza, annullando la spinta verso la cooperazione e la solidarietà.

A livello europeo, risulta necessario un intervento deciso che coinvolga tutte le risorse dell'Unione e degli Stati membri. A tale scopo il Consiglio europeo ha adottato una strategia di uscita coordinata dall'attuale crisi, attraverso un piano di risanamento globale e di investimenti, avviando così un processo di riforma delle economie europee secondo parametri di convergenza e resilienza, mettendo a dura prova i sistemi di *welfare*.¹ Parte rilevante di questo processo riguarda l'applicazione delle norme comunitarie in materia di aiuti di Stato, seguendo però un criterio di massima flessibilità e prendendo in considerazione misure solitamente escluse di sostegno finanziario, congiuntamente all'adozione di politiche e strategie in materia di finanza pubblica e di bilancio.

La complessa normativa emergenziale impone sicuramente un'attenta lettura dei suoi contenuti, evidenziando opportunità di ripresa diverse rispetto al passato, nuove forme di collaborazione tra gli Stati e tra le Istituzioni europee nelle scelte economiche da effettuare. Risulta necessaria un'attenuazione temporanea in sede applicativa delle norme in materia di aiuti di Stato e maggiore flessibilità nell'ambito delle norme di bilancio dell'UE, per dare spazio ad un'azione coordinata, agevolata dalla costruzione di un comune schema di intervento da parte degli Stati, al fine di produrre risultati concreti.

¹ Lo Stato sociale (Stato del benessere o *welfare state*), è un insieme di politiche pubbliche con cui lo Stato fornisce ai propri cittadini, o a gruppi di essi, protezione contro rischi e bisogni prestabiliti, in forma di assistenza, assicurazione o sicurezza sociale, prevedendo specifici diritti sociali e doveri di contribuzione. Costituisce una risposta alla nuova configurazione dei rischi e dei bisogni delineatasi a seguito dei processi di modernizzazione e industrializzazione. Risulta essere una caratteristica dei moderni Stati di diritto che si fondano sul principio di solidarietà, che si dispiega in tre principali settori portanti: sanità, istruzione, previdenza-assistenza sociale.

2. L'approccio sistemico e l'intervento normativo della Commissione europea

L'approccio sistemico adoperato dalla Commissione europea per contrastare la singolarità di un evento inaspettato, mutevole, e dai limiti incerti, ha permesso di identificare precise aree di intervento normativo, che interagendo tra di loro, siano in grado di affrontare unitariamente una problematica politico-sociale di così vaste dimensioni. L'elaborazione del "*Temporary framework*",² rientra tra le misure più flessibili adottate, in quanto riguarda uno dei temi più delicati in ambito europeo, ovvero quello dei finanziamenti pubblici, dunque la possibilità di ricapitalizzazioni dirette di imprese (non finanziarie) e di concessioni di prestiti (subordinati). Al fine di mitigare lo shock economico, la Commissione consente agli Stati membri di fornire un sostegno diretto alle aziende e alle piccole imprese duramente colpite, evitando la conseguente chiusura definitiva. La valutazione dell'impatto di tale misura sui diversi sistemi nazionali evidenzia lo scopo dell'azione della Commissione, cioè quella di "riposizionare", di volta in volta, con l'aggravarsi degli effetti della pandemia, il sostegno a favore delle imprese danneggiate.

Emerge un impianto normativo perfettibile in rapporto ad alcuni suoi aspetti distintivi. Si pensi ai limiti massimi di fruibilità, i quali, se per un verso, rispondono all'esigenza del buon funzionamento del mercato, anche in termini di concorrenza, per l'altro si dimostrano quantitativamente al di sotto delle reali necessità delle aziende, delineando un quadro che, di qui a poco, potrebbe rendere vano lo sforzo della Commissione nel dare una concreta risposta alla crisi economica attuale. Considerando che durante l'emergenza dovrebbe

² Il quadro temporaneo, spesso rimaneggiato (da ultimo, Comunicazione C (2020) 7127 *final*), adottato il 19 marzo, prevede cinque tipi di aiuti: sovvenzioni dirette fino a 800.000 Euro per impresa; garanzie statali sotto forma di prestiti bancari; prestiti pubblici e privati con tassi di interesse sovvenzionati; uso delle capacità di prestito esistenti delle banche come canale di sostegno alle imprese, in particolare alle piccole e medie imprese; una maggiore flessibilità, per consentire, ove necessario, l'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine da parte dello Stato.

essere ammessa un'adeguata deroga, sotto vari profili, alla disciplina del mercato unico, sarebbe opportuno un approccio della Commissione meno empirico, volto a risolvere una serie di dubbi applicativi per promuovere un maggiore coordinamento tra le singole misure nazionali di aiuto alle imprese.³ Va considerato, infatti, il rischio che pericolose corse a sovvenzioni, agevolazioni, garanzie statali, prestiti pubblici, favoriscono in modo asimmetrico realtà economiche già forti a scapito del principio di coesione su cui si fonda l'UE.

Attraverso una serie di iniziative mirate, "*Coronavirus Response Investment initiative*",⁴ la Commissione avvia una seconda fase strutturata di misure volte a mobilitare gli strumenti della Politica di Coesione verso i settori maggiormente colpiti dalla crisi economica a seguito della pandemia. La sospensione del Patto di Stabilità e Crescita,⁵ per offrire maggiore liquidità, con relativa attivazione della "clausola generale di salvaguardia",⁶ consentirà ai Governi nazionali di «pompare nel sistema denaro finché serve».⁷ Tale provvedimento consente agli Stati membri di adottare misure per reagire in modo adeguato, discostandosi dagli obblighi che dovrebbero essere, di norma, rispettati in forza del quadro di bilancio europeo.

³ Cfr. Russo, *Le nuove opportunità d'impiego dei fondi strutturali nella risposta alla crisi sanitaria ed economica attuale*, in SCIARRONE ALIBRANDI, MALVAGNA (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pisa, 2021, p. 461.

⁴ CRII, seguito dal CRII+.

⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Consiglio* del 20 aprile 2020, COM (2020) 123 *final*. Il PSC è un accordo internazionale, stipulato e sottoscritto nel 1997 dai paesi membri dell'Unione europea, inerente al controllo delle rispettive politiche di bilancio pubbliche, al fine di mantenere fermi i requisiti di adesione all'Unione economica e monetaria dell'UE.

⁶ *General crisis clause*, rappresenta un passo importante nella realizzazione dell'impegno della Commissione di avvalersi di tutti gli strumenti di politica economica disponibili per sostenere gli Stati membri negli sforzi volti a proteggere i loro cittadini e ridurre i gravi effetti socio-economici della pandemia.

⁷ COMMISSIONE EUROPEA, COM (2020) 37 *final*. Il 20 marzo 2020 la presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen con tale affermazione si pronuncia a proposito della crisi economica provocata dalla pandemia.

La singolarità di tale provvedimento propone una riflessione necessaria su come la flessibilità integrata nel Patto agisca sulla dimensione temporale dei vincoli di bilancio; bisogna considerare che se in merito al diffondersi dell'epidemia vi sia stato un inizio simmetrico in tutti gli Stati membri, la durata e l'entità degli effetti economico-finanziari segue un andamento instabile e variabile, data la sua incerta evoluzione e la diversa capacità di ciascuna economia nazionale di elaborare politiche di stabilizzazione; la probabilità che gran parte dei Paesi europei registri un deficit di bilancio e una riduzione del margine di manovra, nonché la possibilità di avvalersi della disapplicazione degli obblighi contabili previsti da tale clausola non è da escludere.

Ulteriore provvedimento adottato nel luglio 2020, al fine di favorire la ripresa in termini economici è il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP), ossia un programma d'acquisto per l'emergenza pandemica. Si tratta di uno strumento temporaneo di acquisto titoli sia del settore pubblico che del settore privato, pensato dalla BCE per arginare il collasso economico determinato dal covid, e di un accordo sul bilancio 2021-2027, caratterizzato da un ulteriore strumento di risanamento, il *Recovery Fund* (Fondo di recupero);⁸ lo scopo è quello di raccogliere sui mercati finanziari una considerevole liquidità, facendo leva su un *budget* di fondi per prestiti sui mercati del tipo *back-to-back* e per spese convogliate attraverso i programmi del quadro finanziario pluriennale (QFP).

La combinazione tra il coinvolgimento di tutti gli strumenti che possano contrastare la crisi sanitaria, dando impulso all'economia, l'attuazione di un piano di modifiche per attivare le risorse della Politica di Coesione e la definizione di un Accordo tra Governo e Regioni, pone le basi per una forte cooperazione inter-istituzionale al

⁸ Fondo garantito dal bilancio UE; tramite lo stesso sono emessi i *recovery bond*, ovvero titoli di debito comune.

fine di ottimizzare il contributo della riprogrammazione del Fondo europeo di Sviluppo Regionale e del Fondo Sociale Europeo.⁹

3. La normativa europea sugli aiuti di Stato come “motore” per il rilancio dell’economia

Con riferimento alle iniziative intraprese dalla Commissione europea per fronteggiare l'emergenza pandemica, trattiamo, preliminarmente, le modifiche che sono state apportate con riferimento all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato.

La disciplina degli aiuti di Stato ha da sempre rivestito un'importanza fondamentale nell'ambito dell'Unione europea, poiché tesa a perseguire l'obiettivo di stimolare lo sviluppo del mercato interno, nel rispetto delle regole sulla concorrenza tra gli Stati.¹⁰

La norma di riferimento, l'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, prevede che «sono incompatibili con il mercato interno nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma, che favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».¹¹ Non sempre, però, le misure concesse dagli Stati membri sono da ritenersi nocive del libero gioco della concorrenza¹² e degli scambi tra questi ultimi, tanto che lo stesso Trattato ammette espressamente una serie di deroghe al principio generale di incompatibilità degli aiuti pubblici con il mercato comune, distinguendo tra compatibilità *de iure*¹³ e compatibilità

⁹ Russo, *op. cit.*, p. 462.

¹⁰ La disciplina degli aiuti di Stato, pur rientrando a tutti gli effetti nella normativa comunitaria a tutela della concorrenza, se ne differenzia innanzitutto perché si rivolge agli Stati e solo in via indiretta e subordinata alle imprese che operano nell'UE.

¹¹ Il sito della Commissione definisce come aiuto di Stato «qualsiasi vantaggio conferito in modo selettivo a delle imprese da un'autorità pubblica nazionale».

¹² Cfr. SCIPIONE, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato. Il caso italiano: criticità applicative e antinomie di una legislazione d'emergenza*, in *Innovazione e diritto*, 2020, p. 284.

¹³ Le deroghe di cui all'art.107, par. 2 T.F.U.E. riguardano alcune ipotesi di aiuti che sono da ritenersi *de iure* compatibili con il mercato comune; si tratta degli aiuti

subordinata alla valutazione discrezionale della Commissione.¹⁴ Tra le prime rientrano gli aiuti concessi ai consumatori e quelli erogati nei casi di calamità naturali; le altre deroghe, invece, vengono ammesse a seguito di un giudizio discrezionale della Commissione europea, in base alle indicazioni contenute nel terzo comma dell'art. 107, il quale prevede che «possono considerarsi compatibili con il mercato interno»: gli aiuti destinati ad aree sottosviluppate, gli aiuti che mirino alla realizzazione di un significativo progetto di interesse europeo o a «porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro», gli aiuti diretti ad agevolare lo sviluppo di talune attività o regioni economiche, gli aiuti in favore di cultura e conservazione del patrimonio, ed altri aiuti individuati dal Consiglio, su proposta della Commissione.

Per aiuti di Stato si intendono tutti i finanziamenti erogati dallo Stato, da amministrazioni locali o da soggetti pubblici nei confronti di un'impresa o di una società che opera in uno specifico settore, offrendo ad essa dei vantaggi. Il citato art. 107, paragrafo 1, del T.F.U.E., definisce i presupposti affinché un determinato intervento possa essere qualificato come aiuto di Stato; le condizioni richieste riguardano: l'origine statale dell'aiuto, l'esistenza di un vantaggio a favore di singole imprese o produzioni, l'esistenza di un impatto sulla concorrenza e l'idoneità ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri.

La Commissione europea ha adottato un "Quadro Temporaneo"¹⁵ per consentire agli Stati la possibilità di avvalersi pienamente della flessibilità prevista dalle norme sugli aiuti di Stato, al fine di contrastare la crisi economica causata dalla pandemia, tentando di

di carattere sociale concessi ai consumatori e degli aiuti destinati a calamità naturali o ad altri eventi eccezionali.

¹⁴ Le deroghe di cui al comma 3 riguardano, viceversa, aiuti che possono essere dichiarati compatibili con il mercato comune in virtù di una decisione adottata dalla Commissione, o eccezionalmente dal Consiglio, sulla base di valutazioni di tipo discrezionale.

¹⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19*, 19 marzo 2020, C (2020) 1863 final.

superare le logiche di intervento condizionate da valutazioni individualistiche, e indirizzandosi verso la definizione di strumenti di medio e lungo periodo. Va colta, dunque, l'opportunità di introdurre una logica di coesione e solidarietà, un'accelerazione nei processi di innovazione, anche digitale, e di sostenibilità sistemica ed ecosistemica. L'obiettivo è quello di garantire alle imprese liquidità sufficiente per rilanciare e preservare la continuità dell'attività economica. Il quadro temporaneo in materia di aiuti di stato approvato il 19 marzo 2020 prevede cinque tipi di aiuti:¹⁶

- ❖ Sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali selettive e acconti: gli Stati membri potranno istituire regimi per concedere fino a 800.000 Euro ad un'impresa che deve far fronte ad urgenti esigenze in materia di liquidità;

- ❖ Garanzie di Stato per prestiti bancari contratti dalle imprese: gli Stati membri potranno fornire garanzie statali per permettere alle banche di continuare ad erogare prestiti a clienti bisognosi;

- ❖ Prestiti pubblici agevolati alle imprese: gli Stati membri potranno concedere prestiti con tassi di interesse favorevoli alle imprese;

- ❖ Garanzie per le banche che veicolano gli aiuti di Stato all'economia reale: alcuni Stati membri prevedono di sfruttare le capacità di prestito esistenti dalle banche e di utilizzarle come canale di sostegno alle imprese, nello specifico piccole e medie imprese;

- ❖ Assicurazione del credito all'esportazione a breve termine: il quadro introduce un'ulteriore flessibilità, permettendo agli Stati, quando necessario, di offrire una copertura assicurativa dei crediti all'esportazione a breve termine, dal momento che alcuni paesi costituiscono rischi non assicurabili sul mercato.

A tutto ciò hanno fatto seguito una serie di emendamenti (3 aprile 2020, 8 maggio 2020, e 29 giugno 2020¹⁷) che hanno esteso i tipi di

¹⁶ Cfr. DIPARTIMENTO PER LE POLITICHE EUROPEE, *Le misure temporanee per far fronte all'emergenza del Covid-19*, reperibile in www.politicheeuropee.gov.it, 2020.

¹⁷ COMMISSIONE EUROPEA, COM (2020) 2215 *final*, COM (2020) 3156 *final*, COM (2020) 4509 *final*.

aiuti che gli Stati membri possono concedere. Si tratta di: sostegno per le attività di ricerca e sviluppo connesse al coronavirus, al fine di far fronte all'attuale crisi sanitaria con sovvenzioni dirette; sostegno alla costruzione e all'ammodernamento di impianti di prova per elaborare e testare prodotti utili a fronteggiare la pandemia fino alla prima applicazione industriale; sostegno mirato sotto forma di differimento del pagamento delle imposte o di sospensione del versamento dei contributi previdenziali per i settori, le regioni e le imprese colpite gravemente dall'emergenza; sostegno mirato sotto forma di integrazioni salariali per i dipendenti delle imprese nei settori maggiormente danneggiati; aiuto mirato alla ricapitalizzazione per le imprese non finanziarie, se non è disponibile un'altra soluzione adeguata.

La Commissione europea ha deciso di prorogare fino al 31 dicembre 2021 il quadro temporaneo adottato il 19 marzo 2020 per sostenere l'economia in questo difficile momento di crisi pandemica, ampliando il campo di applicazione, attraverso l'aumento di alcuni massimali, e consentendo la conversione di strumenti rimborsabili in sovvenzioni dirette. L'attuale modifica aumenta i massimali stabiliti nel quadro temporaneo, e per quanto concerne gli aiuti di importo limitato, i massimali precedenti per impresa sono più che raddoppiati.

Nello specifico, circa 225.000 Euro per impresa operante nella produzione primaria di prodotti agricoli, 270.000 Euro per impresa operante nel settore della pesca e dell'acquacoltura, e 1,8 milioni di Euro per le imprese che operano in tutti gli altri settori; per le imprese particolarmente colpite dalla crisi, lo Stato può contribuire alla parte dei costi fissi sostenuti che non sono coperti dalle entrate per un importo fino a 10 milioni di Euro per impresa.¹⁸ La decisione della Commissione riguarda, inoltre, la possibilità per gli Stati membri, di convertire, fino al 31 dicembre 2022, gli strumenti rimborsabili

¹⁸ Cfr. DIPARTIMENTO PER LE POLITICHE EUROPEE, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato, proroga al 31 dicembre 2021*, reperibile in www.politicheeuropee.gov.it, 2020.

concessi nell'ambito del quadro (le garanzie, i prestiti o gli anticipi rimborsabili), in altre forme di aiuto, quali le sovvenzioni dirette, rispettando, però, le condizioni stabilite nel quadro temporaneo.

4. Il Regime Quadro della disciplina degli aiuti di Stato durante l'emergenza pandemica

Il 20 maggio 2020 il Dipartimento per le Politiche europee ha notificato alla Commissione europea che ha approvato il Regime Quadro in materia di aiuti di Stato,¹⁹ contenuto nel Decreto-Legge 19 maggio 2020, n. 34 (articoli 53-64),²⁰ il quale prevede misure di aiuto quali sovvenzioni dirette, garanzie, prestiti a tassi agevolati, aiuti per contrastare la pandemia, sostegno per i lavoratori duramente colpiti.

Gli enti che possono adottare misure di aiuto che rientrano nel campo di applicazione del regime-quadro sono: le Regioni, le Province autonome, gli altri enti territoriali,²¹ le Camere di Commercio. Tali enti provvedono all'adozione delle misure di aiuto a valere sulle risorse dei rispettivi bilanci, incluse le risorse programmate attraverso i programmi operativi regionali, nel rispetto dei limiti di cui alle disposizioni finanziarie previste dall'art. 62 del D.L. n. 34/2020.

Con riferimento alla gestione delle misure di aiuto, bisogna evidenziare che vengono prescritte specifiche condizioni per gli aiuti sotto forma di garanzie o prestiti a tasso agevolato, di cui agli articoli

¹⁹ L'ammontare complessivo del Regime Quadro è stimato in circa nove miliardi di Euro, dei quali sei relativi ad aiuti sotto forma di sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o agevolazioni fiscali.

²⁰ Il Decreto "Rilancio" (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica causata dal COVID-19), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n.128 del 19 maggio 2020, e convertito in Legge 17 luglio 2020, n. 77 (Gazzetta Ufficiale n. 180 del 18 luglio 2020 - Serie generale), prevede la possibilità di concedere aiuti quali sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili, agevolazioni fiscali, garanzie sui prestiti alle imprese, aiuti per gli investimenti per le infrastrutture, sovvenzioni per il pagamento dei salari dei dipendenti per evitare licenziamenti durante l'emergenza epidemiologica.

²¹ Per l'individuazione degli enti territoriali si rinvia al D.lgs. n. 267/2000-Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, art. 2, che fa riferimento a: "i comuni, le province, le città metropolitane, le comunità montane, le comunità isolate e le unioni di comuni".

55 e 56 del regime quadro, che vengono concessi attraverso intermediari finanziari. Tale regime è stato adottato per velocizzare le procedure di notifica alla Commissione europea ed accelerare l'attuazione delle relative misure da parte degli enti concedenti, al fine di semplificare gli obblighi di notifica ed armonizzare gli interventi pubblici su tutto il territorio nazionale; di conseguenza, le misure di aiuto adottate ai sensi del regime-quadro non sono soggette all'obbligo di previa notifica alla Commissione, poiché quest'ultima, con decisione COM (2020) 3156, ha autorizzato il regime-quadro e tutte le misure di aiuto adottate successivamente sulla base di quest'ultimo. Il regime-quadro, inoltre, richiama al contestuale rispetto sia delle norme del TF (*Temporary Framework*), sia della decisione di autorizzazione della Commissione europea. Le misure di aiuto conformi al TF, che, però, non rientrano nella previsione del regime-quadro, perché adottate da amministrazioni centrali o difformi dalle specifiche condizioni richieste, non sono neanche coperte dalla decisione di autorizzazione della Commissione, e restano, dunque, soggette all'obbligo di notifica, per preventiva autorizzazione prima della relativa attuazione che comporta la successiva concessione di aiuti.²² Tutti gli obblighi di trasparenza, pubblicità e rendicontazione previsti dalla normativa europea in materia di aiuti pubblici restano invariati e si applicano alle misure adottate nell'ambito del regime-quadro e del TF in generale; il mancato rispetto di tali obblighi invalida la compatibilità degli aiuti concessi. Il Dipartimento per le Politiche europee ha già adempiuto ai propri obblighi di registrazione del regime-quadro, previsti dall'art. 61, comma 4; ai sensi di tale articolo, co. 5, e dell'art. 63, co. 2, del regime-quadro, sia gli enti che adottano misure di aiuto, sia gli enti che concedono i relativi aiuti devono provvedere, sotto la propria responsabilità, all'obbligo di registrazione nei registri di riferimento per settore (Registro nazionale

²² Cfr. DIPARTIMENTO PER LE POLITICHE EUROPEE, *Regime quadro di cui agli articoli da 53 a 64 del DL 19 maggio 2020, n.34. Chiarimenti e indicazioni operative*, reperibile in www.politicheeuropee.gov.it, 2020.

degli aiuti di Stato,²³ Sistema informativo agricolo nazionale, Sistema italiano della pesca e dell'acquacoltura, rispettivamente RNA, SIAN, e SIPA). Le modifiche a tali registri sono comunicate dall'amministrazione responsabile per ciascuno di essi, anche attraverso pubblicazione sul proprio sito istituzionale, che dovranno, se necessario, fornire chiarimenti riferiti alla registrazione delle misure e degli aiuti, rispetto agli adempimenti di cui agli artt. 63 e 64 del regime-quadro.

5. Osservazioni conclusive. Il nesso tra regolazione post-emergenziale degli aiuti di Stato e intervento pubblico in economia

L'emergenza economica causata dalla pandemia ha impegnato le autorità pubbliche, interne, sovranazionali e globali, a sperimentare nuove modalità operative per uno sforzo collettivo, finalizzato ad individuare una strategia coordinata di intervento al fine di contrastare la crisi e rilanciare l'economia a livello internazionale. Possiamo considerare la pandemia una sorta di "banco di prova"²⁴ della tenuta giuridica e politica della stessa costruzione europea, e dunque degli strumenti di regolazione e controllo di cui sono attualmente titolari le istituzioni europee.

In questo contesto, osserviamo una rinnovata legittimazione dell'intervento pubblico in economia, legata al sempre più frequente ricorrere di situazioni di crisi economiche che rendono i mercati incapaci di autoregolarsi e di offrire adeguate e soddisfacenti risposte. Emerge così il ruolo dello Stato "salvatore" e "stabilizzatore":²⁵ l'intervento pubblico nell'economia è auspicato e assume proporzioni

²³ Nel caso di registrazione in RNA, si richiamano, in particolare, gli obblighi di registrazione degli aiuti individuali prima della concessione, secondo quanto previsto dall'articolo 9 del Decreto del Ministro dello Sviluppo economico, 31 maggio 2017, n. 115, ovvero per gli aiuti non subordinati all'emanazione dei provvedimenti di concessione entro i termini e con le modalità prescritte dall'articolo 10 del medesimo Decreto.

²⁴ Cfr. BANI, DI PORTO, *"Castello" Covid-19: i destini incrociati di aiuti di stato e concorrenza*, in SCIARRONE ALIBRANDI, MALVAGNA (a cura di), *op. cit.*, p. 374.

ampie e derogatorie, che sono generalmente giustificate in una logica temporanea e di eccezione.²⁶

Va sottolineato, però, che gli interventi emergenziali possono determinare mutamenti di più lungo periodo negli equilibri tra Stato e mercato, rafforzando il ruolo dello Stato nell'economia.²⁷ La crisi del 1929, per esempio, ha dato vita allo Stato "programmatore" e "imprenditore", mentre nel 2008 si è parlato, invece, di Stato "finanziatore". La crisi pandemica dovuta al Covid-19 agli inizi del 2020, e la connessa risposta pubblica di sostegno all'economia, lascia, dunque, presagire una fase di rinnovato protagonismo dello Stato come strategia per il rilancio dell'economia e contrasto alla pandemia.

Gli Stati sono chiamati a svolgere un ruolo attivo, non residuale, ma propositivo, in un'ottica euro-statale; gli sforzi di natura finanziaria hanno comportato misure di sostegno/sopravvivenza, ma è necessario che i successivi provvedimenti siano caratterizzati dall'abbandono della logica del puro sussidio per avviare una fase di programmazione di lungo periodo. L'obiettivo sarebbe, dunque, il passaggio dalla logica dei *bonus*, ovvero degli interventi "cuscinetto", alle riforme che garantiscano uno sviluppo complessivo del Paese, impostazione, del resto, auspicata proprio dal piano di rilancio europeo.

La natura euro-statale degli interventi prende forma attraverso le iniziative combinate Ue-Stati alla luce di un rinnovato quadro cooperativo, sperimentando un approccio configurabile come "esercizio di sovranità partecipata a trazione euro-unitaria".²⁸

²⁵ Sul punto v. NAPOLITANO, *Il nuovo «Stato Salvatore»*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, p. 1083.

²⁶ MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013, pp. 25 e ss.

²⁷ Cfr. LUCHENA, *Gli aiuti di Stato e il consolidamento della governance duale nella crisi economica: elementi di innovazione e di continuità*, in *Studi sull'integrazione europea*, Bari, 2015, p. 225.

²⁸ Cfr. LUCHENA, *La natura euro-statale degli interventi per uscire dalla crisi*, in SCIARRONE ALIBRANDI, MALVAGNA (a cura di), *op. cit.*, Pisa, 2021, p. 385.

L'attuale fase storica pone un importante interrogativo riguardante il ruolo dello Stato, e cioè se esso debba rimanere spettatore esterno e imparziale di vicende riguardanti operatori privati o debba tornare protagonista delle vicende economiche, assumendo un ruolo determinante, organico, permanente e strategico. Ci si domanda se sia opportuno dotare l'ordinamento nazionale di strumenti volti ad assegnare allo Stato un ruolo attivo nelle trattative tra privati, anche nell'interesse della collettività, ripristinando forme operative che assicurino la presenza stabile e duratura dello Stato in economia. Questa problematica interagisce con la normativa sugli aiuti di Stato, poiché assumono specifica rilevanza, le eccezioni al divieto di concessione di sostegno finanziario pubblico alle imprese, richiamate nel *temporary framework* della Commissione europea. A tale riguardo, va sottolineata la procedura di consultazione, avviata da quest'ultima, per quanto concerne le regole di compatibilità per la concessione degli aiuti regionali, prevalentemente rivolti al sistema delle piccole e medie imprese, al fine di stabilire le modalità di concessione di questi ultimi alle imprese situate nelle zone svantaggiate.

La Commissione ricorda che i criteri di concessione degli aiuti restano invariati, aiuti che dovranno essere assegnati rispettando il principio di proporzionalità e attribuiti in modo parsimonioso.²⁹ Sicuramente i benefici in termini di sviluppo di una regione svantaggiata devono essere superiori ai danni derivanti dalla potenziale lesione del principio della libera concorrenza; l'effetto dell'incentivazione dovrà riguardare sia la decisione dell'eventuale investitore, ovvero le ragioni dell'investimento in una determinata area, sia la prospettiva operativa, cioè la collocazione dell'attività economica nella regione di riferimento.³⁰

Queste deroghe hanno consentito agli Stati, a determinate

²⁹ Così, COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni relativa al progetto di Modernizzazione degli aiuti di Stato*, COM (2012) 0209 final.

³⁰ Cfr. LUCHENA, *La natura euro-statale degli interventi*, cit., p. 386.

condizioni, di tornare ad avere un ruolo diretto in ambito economico, partecipando attivamente alla ricapitalizzazione delle imprese in difficoltà. Risulta necessario riflettere su quale debba essere il ruolo dello Stato in economia, in una visione moderna; ci si riferisce ad un modello di “Stato investitore”,³¹ che sia presente su richiesta del privato per supportare, con modalità ancora da definire, una crescita economica sostenibile nel lungo periodo, senza falsare la concorrenza, ma contribuendo al benessere delle singole imprese e degli *stakeholders*.³² Pur essendo opportuno un supporto all'imprenditoria in tempi di crisi economica, un ritorno a logiche di vigilanza strutturata, improntate ad un monitoraggio ordinario del pubblico sul privato, potrebbe però aprire nuove problematiche in un mercato globalizzato.

La riflessione sulla gestione del contesto post-pandemico potrebbe condurre a ritenere che l'intervento dello Stato non dovrebbe essere concepito unicamente come focalizzato sull'obiettivo di risolvere i fallimenti del mercato, ma funzionale ad indirizzare le imprese nelle loro scelte produttive. Il nodo da sciogliere sicuramente riguarda il confine tra pubblico e privato in quella che dovrebbe essere un'economia di libero mercato, dunque la possibilità di tornare a concepire uno Stato che contribuisca a creare e a definire il mercato, facendo nuovamente ricorso allo strumento della programmazione economica, nell'ambito della quale l'impresa pubblica dovrebbe assumere un ruolo strategico. In questa prospettiva si amplia lo spettro, finora limitato a difesa, sicurezza nazionale, energia, trasporti e comunicazioni, attribuendo un importante potere di intervento allo Stato.

L'emergenza economica cui assistiamo oggi, rende opportuno un

³¹ Cfr. ANNUNZIATA, GINEVRI, SAN MAURO, *I golden powers fra Stato e mercato*, in SCIARRONE ALIBRANDI, MALVAGNA (a cura di), *op. cit.*, p. 435.

³² In argomento, v. ANGELICI, “Potere” e “interessi” nella grande impresa azionaria: a proposito di un recente libro di Umberto Tombari, in *Riv. soc.*, 2020, pp. 4 e ss.; TOMBARI, “Potere” e “interessi” nella grande impresa azionaria, Milano, 2019, pp. 22 e ss.; MARCHETTI, *Dalla Business Roundtable ai lavori della British Academy*, in *Riv. soc.*, 2019, pp. 1303 e ss.

mutamento del ruolo dello Stato, al fine di trovare nuove risposte per risolvere la crisi. Bisognerebbe valutare l'approccio keynesiano, che considera necessario un intervento statale di regolazione del mercato in caso di squilibri, basato sull'adattamento delle politiche di sostegno della domanda per la risoluzione dei problemi della crescita economica. Una revisione e ristrutturazione del funzionamento dello Stato, sicuramente, in epoca moderna, caratterizzata dalla logica della libertà economica, della razionalità del mercato e del libero scambio, crea non poche problematiche difficili da risolvere. Il tema degli aiuti di Stato si intreccia con quello dello Stato imprenditore e delle imprese pubbliche; il fondamento del divieto di tali aiuti mira a tutelare e garantire l'ordinato svolgimento dell'attività economica, consentendo una concorrenza non inquinata dal diverso costo dei fattori produttivi. Per gestire l'emergenza, è necessario, però, intervenire con strumenti non convenzionali, creando uno stato d'eccezione, durante il quale sono sospese regole prima indiscusse. Occorre, a mio avviso, trovare un compromesso tra l'intervento statale e la tutela della concorrenza, preservando l'integrità del mercato interno. Solo un'applicazione proporzionata e mirata delle norme relative agli aiuti di Stato potrebbe garantire la continuità dell'attività economica durante la pandemia e offrire solide basi per valutare la gestione del contesto post-pandemico, analizzando, di volta in volta, i risultati raggiunti e la positività dell'impatto di tale strumento sull'economia.

Bibliografia

ANGELICI C., *“Poteri” e “interessi” nella grande impresa azionaria: a proposito di un recente libro di Umberto Tombari*, in *Riv. Soc.*, 2020, p. 4.

ANNUNZIATA F., GINEVRI A., SAN MAURO C., *I golden powers fra Stato e*

mercato, in SCIARRONE ALIBRANDI A., MALVAGNA U. (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini Editore, Pisa, 2021, p. 435.

BANI E., DI PORTO F., *"Castello" Covid-19: i destini incrociati di aiuti di stato e concorrenza*, in SCIARRONE ALIBRANDI A., MALVAGNA U. (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini Editore, Pisa, 2021, p. 374.

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Consiglio del 20 aprile 2020*, COM (2020) 123 *final*.

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Consiglio del 20 marzo 2020*, COM (2020) 37 *final*.

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni relativa al progetto di Modernizzazione degli aiuti di Stato*, COM (2012) 0209 *final*.

COMMISSIONE EUROPEA, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19*, 19 marzo 2020, C (2020) 1863 *final*.

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione del 3 aprile 2020*, C (2020) 2215 *final*.

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione dell'8 maggio 2020*. C (2020) 3156 *final*.

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione del 29 giugno 2020*, C (2020) 4509 *final*.

DIPARTIMENTO PER LE POLITICHE EUROPEE, *Le misure temporanee per far fronte all'emergenza del Covid-19*, reperibile in www.politicheeuropee.gov.it, 2020.

DIPARTIMENTO PER LE POLITICHE EUROPEE, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato, proroga al 31 dicembre 2021*, reperibile in www.politicheeuropee.gov.it, 2020.

DIPARTIMENTO PER LE POLITICHE EUROPEE, *Regime quadro di cui agli articoli da 53 a 64 del DL 19 maggio 2020, n.34. Chiarimenti e indicazioni operative*, reperibile in www.politicheeuropee.gov.it, 2020.

LUCHENA G., *Gli aiuti di Stato e il consolidamento della governance duale nella crisi economica: elementi di innovazione e di continuità*, in *Studi sull'integrazione europea*, Cacucci Editore, Bari, 2015, p. 225.

LUCHENA G., *La natura euro-statale degli interventi per uscire dalla crisi*, in SCIARRONE ALIBRANDI A., MALVAGNA U. (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini Editore, Pisa, 2021, p. 386.

MALVAGNA U., SCIARRONE ALIBRANDI A. *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini Editore, Pisa, 2021.

MARCHETTI, *Dalla Business Roundtable ai lavori della British Academy*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 1303.

MERUSI F., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Giappichelli, Torino, 2013.

NAPOLITANO G., *Il nuovo «Stato Salvatore»*, in *Giornale di dir. amm.*

2008, p. 1083.

RUSSO B., *Le nuove opportunità d'impiego dei fondi strutturali nella risposta alla crisi sanitaria ed economica attuale*, in SCIARRONE ALIBRANDI A., MALVAGNA U. (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini Editore, Pisa, 2021, p. 461.

SCIPIONE L., *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato. Il caso italiano: criticità applicative e antinomie di una legislazione d'emergenza*, in *Innovazione e diritto*, 2020, p. 284.

TOMBARI U., *"Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria*, Giuffrè, Milano, 2019.

Corporate governance, corporate compliance e responsabilità penale

di David Terracina

Ricercatore confermato presso l'Università di Roma "Tor Vergata"

ABSTRACT

The business risk is not only economic, but also from crime, which often, in the Italian entrepreneurial reality, with a strong managerial presence of the owner, the owner is not even aware of. In fact, he perceives himself as honest and believes he is acting honestly, struggling to understand formal obligations that hinder his operations, including for example those linked to the legislation on the liability of entities for crime, referred to in Legislative Decree no. 231/2001.

In fact, when the company becomes a multi-subjective entity, with numerous employees, the risk becomes depersonalized, which undermines a long-established criminal system. In fact, criminal responsibilities are multiplying and involving a plethora of subjects, with a depersonalization that further reduces the perception of risk; it is accepted by everyone, albeit in a less than conscious way. Limiting or recognizing the liability of the company's legal representative represents a mere palliative, linked to the need to punish a "real" person, who is often a real scapegoat.

Thus, to overcome these difficulties, the barrier represented by the *societas delinquere non potest* was broken and the responsibility of the institution was also definitively recognized.

The corporate compliance activity with the consequent internal control system fits into this context. As also happens in the field of taxes, the State delegates the control activity entirely to the private sector, without even bothering to provide indications on how this activity should be carried out, only to then contest its adequacy.

From this, jurisprudence derives further responsibilities, both of a civil and criminal nature, extended to a multiplicity of subjects including directors, delegated and without delegated, auditors, auditors, etc., who however do not have full awareness of the illegality of the conduct carried out, precisely due to the aforementioned depersonalization.

The problem is amplified by the fact that judges, but more generally jurists, have a very limited knowledge of the reality of the company and, therefore, of the phenomenon they are called upon to judge.

SOMMARIO

1. La natura reddituale dei proventi scaturenti da cessione a titolo oneroso, permuta o detenzione di crypto-asset nel reddito delle persone fisiche non esercenti attività d'impresa - **2.** Reddito d'impresa e crypto-asset: dal dibattito sulla corretta rappresentazione in bilancio delle cripto-attività a talune gravi lacune della riforma - **3.** Le altre forme impositive - **4.** Notazioni conclusive

I. Amplificazione e spersonalizzazione del rischio in relazione alle dimensioni d'impresa

Siamo tradizionalmente abituati a percepire il rischio d'impresa come il rischio che corre l'imprenditore nel momento in cui decide di intraprendere una determinata attività. Un rischio, dunque, meramente economico.

Ma l'imprenditore è ovviamente esposto a rischi di ben altra natura, tra cui il rischio da reato, di cui spesso non si rende conto.

E questo perché nella nostra realtà imprenditoriale, ancora legata

ad un capitalismo di tipo “padronale”, dove il titolare dell’azienda che si percepisce come onesto e ritiene di agire onestamente, fatica a comprendere il senso di tutta una serie di adempimenti di carattere formale che ne ingessano l’operato come, ad esempio, quelli legati alla normativa in materia di responsabilità degli enti da reato, di cui al D.lgs. 231/2001.

Ed in effetti, in una concezione “antropomorfa” di impresa, il rischio e la responsabilità penale, anche se l’impresa è strutturata in forma di società di capitali, sono comunque circoscritti alla persona dell’imprenditore e sono legati a scelte compiute dall’imprenditore.

È difficile riconoscere nell’azienda padronale un’“anima” distinta da quella dei soggetti (*rectius* dal soggetto) che la compongono. Si tratta di un discorso di carattere esclusivamente culturale, che poco ha a che vedere con l’aspetto normativo e, soprattutto, con la minaccia penale.

Quando, invece, si passa all’impresa plurisoggettiva, con numerosi dipendenti, il rischio si spersonalizza e questo destabilizza un sistema consolidato da tempo. Le responsabilità penali si moltiplicano e coinvolgono una pleora di soggetti tra cui gli amministratori, delegati e senza deleghe, i sindaci i revisori, etc.

Questo processo di spersonalizzazione fa sì che la percezione del rischio diventi ancora più attenuata, il rischio lo accettano tutti, sebbene in maniera poco consapevole e limitare o riconoscere la responsabilità in capo al legale rappresentante della società rappresenta un mero palliativo legato alla necessità di punire comunque una persona “in carne ed ossa” che spesso funge da vero e proprio capro espiatorio.

Un po’ come accade in materia di reati tributari, dove il legale rappresentante talvolta si limita a sottoscrivere la dichiarazione predisposta dal proprio consulente, magari resolvendo in maniera non condivisa dal Fisco complicate questioni interpretative, oppure come accade in materia di sicurezza sul lavoro, dove l’art. 16 del D.lgs. 81/2008 stabilisce che la valutazione del rischio non è delegabile,

quando si sa benissimo che si tratta di una valutazione di carattere tecnico per la quale il datore di lavoro deve necessariamente rivolgersi a chi ha specifiche competenze.

Così, per superare tali difficoltà, nei paesi anglosassoni prima e nell'Europa continentale poi, si è rotto l'argine rappresentato dal principio *societas delinquere non potest* e si è definitivamente riconosciuta una responsabilità, di natura incerta, anche dell'ente. La società viene punita proprio perché rappresenta il centro d'interesse, il soggetto collettivo che rappresenta la somma di tutti gli individui che la compongono.

Ma chi fa impresa, a qualsiasi livello, deve partire dal presupposto che il rischio è una categoria tipica della società moderna. E lo stesso dicasi per tutti i soggetti che sono chiamati a controllare al correttezza dell'operato dell'imprenditori.

D'obbligo il riferimento a Beck che nel 1986 scriveva che «nella modernità avanzata la produzione sociale di ricchezza va sistematicamente di pari passo con la produzione di rischi»,¹ interrogandosi sulla possibilità di impedire, minimizzare e canalizzare i rischi ed i pericoli legati al processo di modernizzazione, contenendoli nell'ambito di ciò che viene definito come "tollerabile" dal punto di vista ecologico, medico, psicologico e sociale.

Il rischio, secondo Beck, è dunque funzionale alla produzione "sociale" di ricchezza e non alla ricchezza fine a sé stessa. Il rischio della società moderna è accettabile solamente se i benefici che la società ne può trarre siano maggiori rispetto ai danni che ne potrebbero derivare. È il concetto penalistico del c.d. "rischio consentito", del rischio, cioè, legato allo svolgimento di attività intrinsecamente pericolose ma socialmente utili come, ad esempio, la circolazione stradale.

Trasferendo il discorso di Beck all'attività di impresa, non v'è dubbio che spesso i rischi assunti dall'imprenditore siano relativi a

¹ U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità* (1986), ed. it. Carocci editore, ottava ristampa, Roma, 2020, pp. 25 e ss.

conseguenze sconosciute. A ciò si aggiunga che, a differenza di tutte le epoche precedenti, le situazioni di pericolo nella società moderna non sono legate esclusivamente a fattori esterni, ma i rischi dipendono in gran parte da decisioni prese dall'uomo, sono prodotti industrialmente e vengono definiti come *“politicamente riflessivi”* (255). È l'attività umana, cioè, a creare il rischio, *“i rischi sono il riflesso delle azioni ed omissioni umane”*.

A prescindere dalle considerazioni di Beck, sulle quali inevitabilmente si tornerà, il rischio e la sua gestione rappresentano sicuramente degli elementi fondamentali della responsabilità penale e, più in particolare, della responsabilità per colpa, anzi, ne rappresentano il fondamento. Negligenza, imprudenza ed imperizia, richiamate, come noto, dall'art. 43 C.p. quale essenza della responsabilità colposa, hanno tutte a che fare con la corretta gestione del rischio.

Come anche sottolineato dalla dottrina aziendalistica,² fare impresa è sinonimo di rischio.

Per tale ragione, la dottrina appena citata osserva come nelle scelte strategiche dell'impresa e nei processi chiave che ne guidano l'attività, sia fondamentale includere in modo esplicito la valutazione e la gestione del rischio. Nel momento stesso in cui decide di fare impresa, e ancora prima di iniziare materialmente l'attività, l'imprenditore deve valutare attentamente il rischio connesso all'attività che sta per intraprendere e gli strumenti da adottare per gestirlo.

Proprio perché dalla cattiva gestione del rischio potrebbero derivare danni che vanno ad impattare anche sul risultato economico d'impresa e, addirittura, sulla sua stessa sopravvivenza, la definizione del profilo del rischio non può non rappresentare uno dei pilastri delle scelte compiute nell'ambito del sistema di governo societario (111). È in questo ambito che, come vedremo più avanti, si collocano e si

² Giorgino, Pozza, *Compliance e rischi aziendali*, in Rossi (a cura di), *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, cit., pp. 103 e ss.

muovono anche le scelte dell'impresa legate all'adozione dei modelli organizzativi previsti dal D.lgs. 231/2001 in materia di responsabilità degli enti da reato.³ Come infatti sottolineato nel noto lavoro di Sgubbi,⁴ oltre al rischio come uno dei fondamenti della responsabilità penale, è lo stesso reato ad essere diventato un "rischio sociale" (7). Questo perché, come rilevato da Sgubbi, la responsabilità penale si presenta oggi come un dato incerto, se non addirittura di mera sorte, e perché «la configurazione della responsabilità penale dipende con sempre maggiore frequenza da fattori diversi dalla commissione colpevole di una condotta lesiva». Il reato cioè, secondo Sgubbi, pur conservando la parvenza di essere la conseguenza di una libera scelta del soggetto, si va progressivamente fondando su fattori che sono in realtà indipendenti dalle scelte compiute dall'individuo e che non sempre l'individuo è in grado di controllare o di dominare.

La commissione di un reato rappresenterebbe, dunque, a ben vedere, una sorta di rischio che potremmo definire di "secondo grado", strettamente legato al rischio primario, ma non sempre dominabile, come peraltro già previsto da Beck quando parla, come ricordato in precedenza, di «conseguenze sconosciute e non volute» che «assurgono al ruolo di forza dominante nella storia e nella società».

Oltre, infatti, al compimento di attività che possiamo ritenere intrinsecamente rischiose vi è anche il rischio della commissione di reati e di incappare in responsabilità di carattere penale. Il reato rappresenta la "concretizzazione del rischio".

Rischio, quello della commissione di reati che, però, come detto in precedenza, non sempre è dominabile. E ciò, nel diritto penale dell'economia, è in gran parte dovuto sia alla peculiarità delle fattispecie incriminatrici e sia dall'enorme differenza tra le categorie tradizionali del diritto penale e le categorie del diritto penale

³ Corbella, Pozza, «Modello 231» e «sistema di controllo interno»: aree di sovrapposizione e profili di differenziazione, in Centonze, Mantovani, *cit.*, pp. 63 e ss.

⁴ F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino, Bologna, 1990.

economico, soprattutto come ricostruite dalla giurisprudenza in materia (Lanzi, Aldrovandi).

Tant'è che lo stesso Sgubbi definisce il rischio di commissione del reato come un rischio "sociale", proprio perché tale rischio dipende da fattori che attengono principalmente alla collocazione economico-sociale dell'individuo ed alle attività da questo svolte. Si tratta, dunque, di un "rischio da situazione", parente prossimo, se non gemello siamese, della responsabilità oggettiva, che è inquadrabile in un certo contesto sociale.

La spiegazione di un simile fenomeno, secondo Sgubbi, va ricercata nell'interventismo dirigistico dello Stato su determinati beni giuridici, così che le dinamiche delle azioni umane intorno ai beni giuridici vengono disciplinate amministrativamente dallo Stato interventista. E dove ai tradizionali postulati di libertà e rispetto dei diritti si affianca la variabile del rispetto delle prescrizioni normative. Tra le tradizionali aree della liceità e della illiceità se ne collocherebbe, dunque, una intermedia rappresentata dall'area della liceità condizionata al rispetto delle prescrizioni dettate dall'ordinamento. In quest'area sono collocate attività del tutto lecite, la cui liceità è però oggi condizionata al rispetto delle prescrizioni previste dall'ordinamento.

In realtà, la lettura della citata dottrina non convince fino in fondo e sembra essere più il frutto di una concezione eccessivamente liberistica, mentre l'intervento dello Stato trova una sua giustificazione nella nostra Carta Costituzionale. A differenza di quanto sostenuto da Sgubbi, infatti, il lamentato "interventismo" dello Stato rappresenta l'inevitabile conseguenza dello Stato sociale che, oltre a creare nuovi beni giuridici sulla base del principio di solidarietà di cui è, peraltro, pervasa la nostra Costituzione, disciplina anche attività, come ad esempio l'esercizio dell'attività d'impresa, prima lasciate all'autonomia dei privati.

II. Dalla corporate governance alla corporate compliance

Si è accennato ai concetti di *corporate governance* e di *corporate compliance*.

Partiamo, allora, da una preliminare definizione di tali concetti, per quanto parziale e grossolana essa possa essere.

Che cosa si intende, infatti, per *corporate governance*, espressione oramai di dominio comune, per lo meno nel linguaggio dell'azienda? Secondo una delle tante definizioni datene dalla dottrina, «la governance rappresenta l'insieme delle regole che disciplinano la gestione dell'impresa».⁵

La definizione che precede risulta, però, indubbiamente parziale e riduttiva. Non c'è dubbio che il concetto di *corporate governance* faccia richiamo anche ad un astratto corpo normativo, ma limitarlo ad un insieme di regole ne riduce la complessità e, di conseguenza, la comprensione, con ripercussioni anche sulla tematica delle responsabilità penali. Come sottolineato correttamente da altra dottrina (Bonelli), l'approccio non è solo normativo.

Non è pensabile ipotizzare regole di corretta *compliance* che provengano esclusivamente dal mondo del diritto e non anche dal mondo dell'economia e delle scienze aziendali.

Oltre all'insieme di regole, il concetto di *corporate governance* attiene infatti alla struttura, all'organizzazione e al comportamento dei soggetti chiamati ad osservare e a far osservare le regole medesime. Se non si comprende questo, si fa fatica a comprendere a fondo le problematiche legate alla *corporate governance*. Il concetto di *corporate governance* non è, infatti, un concetto statico, ma proprio perché attiene allo svolgimento di un'attività dinamica, quale appunto quella di *governance*, è per sua natura dinamico. Una simile constatazione, che potrebbe sembrare scontata, in realtà non lo è

⁵ Giorgino, Pozza, *Compliance e rischi aziendali*, in Rossi (a cura di), *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 111.

affatto, dal momento che, come si vedrà, una delle criticità che viene segnalata dalla dottrina in materia di *corporate compliance* è la mancanza di una normativa primaria di riferimento ed un' "amministrativizzazione" della materia, demandata per lo più a fonti di natura autoregolamentare. Ma la natura dinamica dell'attività di *corporate compliance*, che assume caratteristiche diverse a seconda della diversa realtà dove viene declinata, non può che essere demandata a fonti regolamentari. Altrimenti sarebbe un po' come pretendere che le linee guida in materia di protocolli sanitari fossero approvate per legge e non, invece, dalla comunità scientifica di riferimento, sulla base dell'evoluzione della scienza medica e del caso concreto.

Inoltre, quando si parla di *compliance* non ci si riferisce solamente al comportamento posto in essere da chi si adegua alle norme ed alle prescrizioni, ma anche alle azioni intraprese dall'organizzazione per assicurare che dette norme vengano rispettate (è l'organizzazione che è *compliant*, non il singolo individuo). Se gli standard vengono, dunque, posti dall'esterno, i mezzi e gli strumenti per conformarsi a tali standard non possono che essere interni, frutto di scelte autonome.

Il discorso evidentemente si complica quando l'attività viene posta in essere non da singoli individui, ma un'organizzazione complessa. E ciò è quanto accade anche in materia di responsabilità degli enti da reato ex D.lgs. 231/2001, dove il legislatore pone gli obiettivi da raggiungere, le associazioni di categoria pongono le linee guida e gli standard cui conformarsi, ma poi il sistema di regole operative ed organizzative non può che essere scritto all'interno dei singoli enti.

Anche se gli standard e le norme cui conformarsi sono posti da terzi soggetti, è dunque l'organizzazione l'unico soggetto a possedere le conoscenze e le capacità necessarie per raggiungere gli obiettivi di *compliance* richiesti, più di qualsiasi altro agente esterno. Proprio per tale ragione, i sistemi di controllo esterni, di carattere istituzionale, perdono in parte il controllo della situazione e cedono

necessariamente il passo al sistema di controllo interno.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina statunitense (Miller), a parere di chi scrive il trasferimento del potere regolamentare alle organizzazioni private è dovuto non tanto al problema della tassatività e dell'autonomia, quanto al fatto che le Corti non possiedono né le competenze né le conoscenze necessarie per poter determinare un sistema di regole per un'efficace attività di *compliance*.

La realtà italiana è comunque diversa da quella statunitense. Purtroppo da noi, a differenza di quanto accade negli Stati Uniti, le Corti, ma soprattutto i consulenti da queste nominati, hanno spesso la presunzione di potersi sostituire all'imprenditore nelle scelte di corretta *governance* e *compliance*, ed il limite della *Business Judgment Rule* opera raramente.

Come, però, sottolineato da altra dottrina (Bonelli, 10) è importante comprendere che è il diritto che deve essere al servizio delle organizzazioni e non viceversa.⁶ A ciò si aggiunga che, come sottolineato ancora dallo stesso Bonelli (21), il campo delle regole è quasi interamente sottratto al metodo empirico e ciò è dovuto, da una parte, all'interesse della classe politica ad enunciare regole ma non a verificarne l'efficacia, e dall'altra, aggiungerei noi, all'indifferenza delle Corti a valutare la sussistenza del nesso di causalità tra la violazione delle regole e l'evento lesivo. Da questo circolo vizioso non se ne viene fuori (40), così le regole restano in ostaggio di giudizi ideologici, piuttosto che pratici, con i risultati sotto gli occhi di tutti.

Quello della *corporate governance* è uno dei campi dove gli effetti delle regole sembrano più lontani dai fini proposti e ciò trova conferma nel fatto che tutti i maggiori scandali finanziari che si sono verificati negli ultimi anni sono avvenuti nel rispetto (per lo meno a

⁶ Interessante un articolo di Luca Enriques pubblicato sul Corriere della Sera dell'agosto 2017 e citato da Bonelli, dove si afferma come non aiuti la concezione che spesso i magistrati italiani, come tanti funzionari pubblici, hanno di sé: "*non di soggetti che prestano un servizio ai singoli utenti che si rivolgono loro, ma di titolari di un potere che la cultura giuridica prevalente, come si è appena visto, rende quasi assoluto*".

livello formale) delle regole che avrebbero dovuto prevederli.

Il discorso relativo alla disciplina della *corporate governance* e *corporate compliance*, come già anticipato, riguarda direttamente anche l'ambito della responsabilità penale e richiede un confronto che sia privo di pregiudizi dogmatici con alcuni principi fondamentali del diritto penale, quali, ad esempio, i principi di riserva di legge e di tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie, ma anche e soprattutto con il principio di personalità della responsabilità penale.

Questo perché la gestione del rischio d'impresa, sia a livello normativo che organizzativo, spetta a soggetti che, a livello penalistico, ricoprono posizioni di garanzia a protezione dei beni giuridici esposti al rischio.

Così, ad esempio, sempre più di frequente, nell'ambito della c.d. "criminalità d'impresa", si va a ritroso nel ricercare le cause che abbiano potuto anche solo favorire la commissione di un reato, e ciò in base ad un'analisi, effettuata inevitabilmente *ex post*, che spesso coinvolge a titolo di responsabilità tutti gli organismi di controllo. E tra le diverse cause che possono aver favorito la commissione di un reato si rinviene proprio la violazione delle regole di *corporate governance*, l'inadeguatezza delle stesse, ovvero il mancato controllo del rispetto di tali regole.

Due sono allora i problemi principali che si pongono per il penalista: in primo luogo, come detto in precedenza, le regole di *corporate governance* non sono contenute in uno specifico corpo normativo e spesso sono di fonte regolamentare, caratterizzate da una scarsa tassatività; in secondo luogo, non necessariamente la violazione delle regole di *governance* comporta un'effettiva incidenza causale sul verificarsi del reato o dell'evento lesivo. Capita, però, non di rado di imbattersi in contestazioni penali in cui ci si limita generalmente a riscontrare l'inadeguatezza del sistema di *governance*, soprattutto, come detto, quando si allarga la responsabilità agli organi di controllo a titolo di responsabilità omissiva ex art. 40, cpv, C.p., senza verificare in concreto quali attività di *corporate governance* avrebbero

potuto impedire l'evento e come, concretamente, tale evento si sarebbe potuto impedire.

Così ad esempio, con il Codice della Crisi d'impresa si è modificato anche l'art. 2086 C.c., a cui è stato aggiunto un secondo comma con il quale si prevede che *"l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale..."*, adeguatezza degli assetti sulla quale, come noto, deve vigilare il collegio sindacale. Il problema è che quando si verifica un evento lesivo che sia anche elemento costitutivo di una fattispecie di reato, e si accerti l'inadeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, ovvero si accerti la mancata vigilanza sulla correttezza di tali assetti, si dà per scontata la sussistenza del nesso di causalità tra condotta ed evento, senza approfondire il giudizio controfattuale.

Il discorso diventa ancor più complesso quando si parla di responsabilità degli enti da reato ai sensi del D.lgs. 231/2001, dove la regola del *post hoc propter hoc* rappresenta una sorta di "regola aurea".

A quanto precede si aggiunga che, come appena ricordato, oltre alle regole di *corporate governance*, il penalista deve tenere in considerazione anche i comportamenti che concretamente caratterizzano l'attività di *governance*, che ai fini della responsabilità penale hanno il medesimo rilievo delle stesse regole. Dall'analisi circa la rilevanza penale dei comportamenti tenuti all'interno delle *corporate* non può infatti rimanere esclusa quella che è la prassi consolidata, che va a formare un corpo normativo non scritto, ma che ha altrettanta importanza rispetto alle regole formalizzate. Al contrario di ciò, il giudice (e anche il consulente) conosce solamente quello che potremmo definire come "il manuale di istruzioni", non la realtà che è chiamato a giudicare. La magistratura penale sembra spesso non comprendere le dinamiche aziendali, bollando

sbrigativamente e semplicisticamente come dolosi alcuni comportamenti conformi a prassi ben consolidate e sulla cui potenziale illiceità nessuno si sofferma a sufficienza.

Il problema, a ben vedere, non riguarda però solamente i giudici o i consulenti. Anche la dottrina penalistica sconta, infatti, un certo ritardo rispetto alle sollecitazioni della prassi. Anzi, le carenze culturali della magistratura sono dovute proprio alle mancanze della dottrina.

Una delle ragioni del ritardo del mondo del diritto nella comprensione delle tematiche legate alla *corporate compliance* viene individuata ed analizzata da Guido Rossi il quale, nell'introduzione al volume "*La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*",⁷ commenta come «la compliance non era certo uno degli argomenti centrali della ricerca giuridica». La "funzione" di *compliance* costituisce, infatti, oggetto di attenzione quasi esclusiva da parte degli aziendalisti, nell'ambito del sistema dei controlli interni. Si ritiene, cioè, che la *corporate compliance* sia un aspetto meramente tecnico/organizzativo, che nulla abbia a che vedere con le scienze giuridiche o che, comunque, sia per queste di scarso interesse. È un fatto che attiene al controllo, alla gestione del rischio d'impresa inteso, però, come mero rischio imprenditoriale, legato essenzialmente alla capacità di produrre profitto e di raggiungere gli obiettivi prefissati.

Credo che ciò sia dovuto principalmente al fatto che gli studiosi del diritto sono più attratti dal dato normativo che non dai comportamenti. E come già anticipato, il dato normativo legato alle regole di *corporate compliance* è rappresentato principalmente da norma di natura regolamentare o autoregolamentare, ritenute meno "nobili" rispetto alle fonti primarie. E questa è anche la ragione per la quale la dottrina penalistica, anch'essa attratta più dalla norma che dai comportamenti, in materia di *corporate compliance* lamenta, pressoché all'unisono, un deficit di tassatività. Deficit che viene di

⁷ Guido Rossi (a cura di), *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, Giuffrè, Milano, 2017, VII.

volta in volta colmato dal giudice, o meglio, dal consulente, sul quale il giudice tende ad appiattirsi, più sulla base della propria (spesso scarsa) esperienza che non delle regole aziendalistiche.

Anche Sgubbi, nel lavoro citato in precedenza (51), sottolinea come in genere il reato come rischio sociale si accompagna alla crisi della riserva di legge e questo perché le fattispecie incriminatrici diventano sempre di più delle “norme in bianco”, dove la norma penale generale ed astratta viene sostituita da prescrizioni concrete di “stampo organizzativo” e “tecnico-burocratico”, con un referente che, secondo l’Autore, non sarebbe sociale-materiale, bensì normativo. In un simile quadro normativo, sottolinea Sgubbi come cresca il livello dell’alea penale, con il rischio di imbattersi in un funzionario o in un magistrato più o meno rigoroso o esigente.

Quanto sostenuto dalla citata dottrina, pur nella sua autorevolezza, non convince e rappresenta una suggestione che non sembra cogliere pienamente nel segno. Perché, a ben vedere, sarebbe un po’ come riconoscere che tutti i reati colposi, laddove si fa riferimento alla prudenza, alla perizia ed alla diligenza, ovvero ai regolamenti, ordini e discipline, delegando, dunque, la concretizzazione dell’illecito a fonti extrapenali anche di natura regolamentare, siano delle norme penali in bianco, ma sappiamo benissimo che non è così.

Come, infatti, correttamente sottolineato da altra dottrina, «è difficile immaginare un campo in cui teoria e realtà siano rimaste così distanti”, come accade per la corporate governance». ⁸ Ciò perché la materia sembrerebbe essere stata “colonizzata” dagli studi economici, mentre i giuristi che si occupano di *corporate governance* ne affrontano prevalentemente i problemi di interpretazione, applicazione e coordinamento con il resto del diritto d’impresa. Sottolinea in proposito Bonelli come la funzione degli studi giuridici sia quella di dare alle regole un significato e non un senso e che i giuristi si interrogano sul significato delle regole e non sulla loro funzione. I giuristi, secondo Bonelli, sembrano, cioè, incapaci di

⁸ M. Bonelli, *Le scatole dei giochi di governance*, Giappichelli, Torino, 2020.

«pensare fuori dall'ordinamento» (6).

Ma questo atteggiamento è il frutto di una visione eccessivamente formalistica del compito del giurista, visto esclusivamente come esegeta del dato normativo e non invece come interprete della realtà. Al contrario, il significato delle norme non può prescindere dal senso e dal contesto che danno significato alla regola. Così come il significato non può essere scisso dalla funzione che la regola deve spiegare nella società (pp. 5 e ss.). D'altra parte è lo stesso Bonelli a sottolineare più avanti come «l'analisi dei fenomeni dipende dai linguaggi usati per descriverli. La conoscenza della realtà non è dunque meno convenzionale di quanto lo siano l'etica o la verità». Ed il linguaggio non può essere conosciuto senza il senso, il contesto e la funzione. Anzi, sono il senso, il contesto e la funzione a dare un significato al linguaggio. Se, dunque, senso, contesto e funzione si ignorano, ci si avvicina alla materia con una grammatica sbagliata.

Anche lo stesso Guido Rossi, più volte citato, osserva come la scarsa attenzione riservata dalla dottrina giuridica alla materia della *compliance* sia dovuta prevalentemente alla mancanza di una normativa generale di riferimento, ovvero alla mancanza di un corpo normativo di riferimento ben delineato ed al fatto che il diritto societario abbia finora trascurato un fenomeno che, soprattutto nelle società di maggiori dimensioni, si sta imponendo da tempo, configurandone i comportamenti e, di conseguenza, le responsabilità e le sanzioni.

In realtà, il disinteresse è legato ad una visione statica della *governance* e della *compliance*.

Non esiste, cioè, una normativa generale in materia di *compliance*, ma esistono normative specifiche, spesso di fonte secondaria se non addirittura di natura regolamentare o autoregolamentare, che disciplinano l'attività di *compliance* nei diversi settori dove la stessa viene declinata, così come non esiste una normativa generale che determini in maniera univoca le responsabilità derivanti da una *compliance* inadeguata. È, dunque, la carenza normativa ad aver

determinato la scarsa attenzione da parte dei giuristi per la materia, soprattutto da parte degli studiosi di diritto penale, tradizionalmente più attratti dal dato normativo che non da quello comportamentale. Questo accade perché lo studio del diritto si riduce al solo studio delle norme e non anche allo studio dei comportamenti dei soggetti che operano in un determinato ordinamento. Come se il diritto non appartenesse alla sfera delle scienze sociali, ma a quella delle scienze sperimentali, verificabili empiricamente in laboratorio.

Ciò fa sì che, come accennato in precedenza, il giurista in generale, ed il penalista di riflesso, abbiano purtroppo una limitatissima conoscenza e comprensione del fenomeno. Questo spiega, almeno in parte, la ragione per la quale nei processi penali dove viene contestata l'inadeguatezza della *corporate governance* e della *corporate compliance*, la determinazione delle responsabilità sia spesso demandata al perito, o comunque ci si appiattisca sulle risultanze della perizia. Il giudice, però, in tal modo abdica al suo ruolo naturale di *peritus peritorum*, demandando ad altri il difficile compito di esprimersi non tanto e non solo su un fatto tecnico, ma addirittura sulla responsabilità penale, in un ambito in cui il giudice non riesce a muoversi con la necessaria disinvoltura e competenza.

In tal modo, il processo non è più un confronto tra accusa e difesa, sulla base di argomentazioni di carattere giuridico-penale, risolto da un giudice terzo a sua volta con argomentazioni di carattere giuridico-penale, ma uno scontro tra consulenti. Il giudice non è culturalmente preparato per valutare la bontà o meno delle conclusioni raggiunte dal perito.

Ma questo, apparentemente, non è un problema che riguarda esclusivamente il nostro ordinamento. Ed infatti, come sottolineato anche da una parte della dottrina anglosassone, «la probabilità del verificarsi di comportamenti di moral hazard, inoltre, aumenta in maniera significativa quando si considera l'incapacità dei giudici e prosecutors di valutare l'effettività delle iniziative in tema di

governance, gestione dei rischi e compliance».⁹

Il discorso sulla *corporate compliance* tocca, dunque, tutti i temi tradizionali del diritto penale dell'economia, dal problema dell'imputazione (Pedrazzi), al problema del dolo e della colpa e, ancora prima, al problema della tassatività delle fattispecie incriminatrici, dei principi di legalità e di riserva di legge.

A quanto precede devono però aggiungersi delle ulteriori considerazioni. Occorre riflettere attentamente sul fatto che il diritto penale, a differenza delle altre branche del diritto, è essenzialmente, se non esclusivamente, un diritto della responsabilità. Il compito del sistema penale, sostanziale e processuale, è infatti quello di ricondurre una sanzione a determinati comportamenti, una volta accertata la responsabilità del soggetto che li abbia posti in essere, in base ai requisiti stabiliti dalla legge e con le forme e i modi previsti dal diritto processuale. «La missione essenziale del diritto penale», scrive la dottrina penalistica, «è prevenire e reprimere fatti socialmente dannosi, qualificati come reati, e imputare le responsabilità per la loro commissione».¹⁰ Proprio per questo «la scienza del diritto penale è, quindi, anche scienza dell'attribuzione di responsabilità [...] E come ogni altra scienza, punta alla soluzione di problemi».

Il diritto commerciale è, invece, un diritto di organizzazione. Sebbene ad esso non sia estranea l'esperienza della sanzione, è però un diritto che non nasce per vietare comportamenti illeciti, ma per stabilire le regole che disciplinano lo svolgimento di determinate attività, regole che, proprio perché non vanno ad incidere sulla libertà personale, non sono sorrette dalle garanzie tipiche del diritto penale, e che vengono integrate da norme di fonte regolamentare e dai comportamenti consolidati. Sono regole che disciplinano un'attività

⁹ W.S. Laufer, *Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza*, in *La responsabilità «penale» degli enti*, a cura di Centonze e Mantovani, pp. 9 e ss.

¹⁰ Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, XV.

lecita, non un'attività illecita ma socialmente utile. L'accertamento delle responsabilità è relativamente più semplice, perché avviene con le forme e le categorie del diritto civile, in ottica prevalentemente risarcitoria.

Questo vuol dire che, inevitabilmente, il diritto penale ed il diritto commerciale hanno finalità, categorie ed un linguaggio profondamente diversi. E spesso la diversità di linguaggio porta a delle gravi incomprensioni.

Non a caso il problema del linguaggio è stato indicato da Bonelli, nel lavoro citato in precedenza, come uno dei principali problemi legati alla *corporate governance*.

Proprio per le ragioni appena accennate non è semplice comprendere quando dalla violazione di norme di organizzazione possano derivare delle responsabilità penali.

Abbiamo, dunque, regole di organizzazione che si incontrano con regole punitive, di attribuzione della responsabilità, integrandole. Ma rimangono norme, quelle organizzative e quelle punitive, che, evidentemente, svolgono una funzione diversa e, dunque, non è automatico che la violazione delle une implichi una responsabilità ai sensi delle altre. Non è automatico, cioè, che la violazione di una regola organizzativa comporti necessariamente una qualche forma di responsabilità, anche a fronte del verificarsi di un evento lesivo.

Emblematico quanto accade, ad esempio, in tema di responsabilità degli organi di controllo o, ancor di più, in tema di responsabilità del consiglio di amministrazione, dove, invece, dall'analisi della giurisprudenza in materia emerge il richiamato automatismo. Automatismo che, oltretutto, rischia di svilire completamente anche l'elemento psicologico del reato, introducendo delle forme surrettizie di *dolus in re ipsa*, come noto, vietato dalla nostra costituzione.

III. Compliance e interazioni tra responsabilità civile e penale

Prima di procedere in maniera più puntuale nell'analisi delle

implicazioni penali legate a scelte errate in materia di *compliance*, è necessario soffermarsi, seppur brevemente, sulla responsabilità civile. E questo perché, come spesso accade, è dal riconoscimento della responsabilità civile che, in materia di diritto penale dell'economia, prende le mosse la responsabilità penale. È stato così, ad esempio, per la responsabilità degli amministratori senza deleghe e dei sindaci.

Così, parte della dottrina si è interrogata sul legame esistente tra la funzione di *compliance* nelle società e le responsabilità civilistiche dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo.¹¹ Gli Autori richiamano la disposizione di cui all'art. 2392 C.c., ai sensi della quale, come noto, gli amministratori devono adempiere ai doveri loro imposti dalla legge e dallo statuto, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Il comma II dell'art. 2392 rimanda, poi, alla violazione dei compiti previsti dall'art. 2381 C.c., III comma, relativi alla valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, nonché all'esame dei piani industriali, strategici e finanziari.

Le riflessioni di Fulco e Ventrone appaiono di indubbio interesse anche dal punto di vista del diritto penale. Ai fini della nostra indagine ci si domanda, infatti, quando dalle scelte imprenditoriali compiute dagli amministratori, al di là delle possibili responsabilità di natura civilistica, possano derivare delle responsabilità penali, posto che non appare consentito, secondo il consolidato principio della *business judgement rule*, a meno che le stesse non risultino manifestamente irragionevoli, oppure non risultino precedute da un'adeguata istruttoria.

La disposizione di cui all'art. 2392 C.c. sembrerebbe, dunque, rappresentare il cuore della nostra ricerca. La c.d. *corporate compliance* rappresenta, infatti, come già accennato in precedenza, una delle espressioni dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo della

¹¹ Fulco, Ventrone, Responsabilità civilistiche dei componenti gli organi di amministrazione e controllo e funzione di compliance, in Rossi (a cura di), *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 347 e ss.

società.

Ci si chiede, allora, quali possano essere le conseguenze penali di assetti organizzativi inadeguati che non riescano ad intercettare gli indicatori della crisi, determinando fatti pregiudizievoli per la società. E la stessa adeguatezza dell'assetto organizzativo va coniugata con il principio a cui si è appena fatto riferimento della *business judgement rule*.

Il diritto dell'organizzazione rappresentato dal diritto commerciale ed il diritto della responsabilità e della repressione rappresentato dal diritto penale si incontrano, dunque, su un terreno comune piuttosto ampio, delimitato da una parte dal più volte richiamato principio della *business judgement rule* e dall'altra da tutto ciò che non rientra nel perimetro tracciato dalle fattispecie di reato.

Inutile dire come si tratti di confini elastici ed indeterminati. E mentre ciò può non sorprendere per il limite rappresentato dalla *business judgement rule*, regola elastica e mutevole per definizione, occorre fare i conti anche con un'inaspettata indeterminatezza non tanto della formulazione delle fattispecie di reato, quanto della loro interpretazione ed applicazione. La dottrina penalistica lamenta, infatti, da più parti la tendenza apparentemente inarrestabile della giurisprudenza, anche di legittimità, ad ampliare a dismisura la portata applicativa delle fattispecie di reato, soprattutto nel diritto penale dell'economia. Il veicolo principale di una simile tendenza è tradizionalmente rappresentato dall'abuso della figura del dolo eventuale, vera e propria pietra filosofale del sistema penale, in grado di trasformare miracolosamente la colpa in dolo.

Non molto diverso il discorso relativo alla responsabilità degli organi di controllo. Per il collegio sindacale si fa riferimento all'art. 2407 C.c. che, a sua volta, richiama l'art. 2403 C.c., il quale stabilisce che il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo corretto

funzionamento.

Le responsabilità penali del collegio sindacale, a parte le ipotesi statisticamente meno frequenti di concorso diretto del sindaco nel reato ai sensi degli artt. 110 e ss. C.p., sono dunque essenzialmente legate all'omesso controllo, tanto del mancato rispetto dei principi di corretta amministrazione, quanto sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo della società e del suo funzionamento.

Ci si chiede, dunque, se e quando un adeguato assetto organizzativo debba prevedere anche una funzione di *compliance* volta a prevenire il rischio di violazione della normativa di fonte primaria e di fonte regolamentare e se dalla mancata adozione di una funzione di *compliance* adeguata possano derivare delle responsabilità di carattere penale.

La domanda ulteriore è se il controllo debba poi riguardare anche la corretta composizione ed il corretto funzionamento in concreto della funzione di *compliance*, una volta che sia stata istituita. Se, cioè, gli organi di controllo abbiano degli obblighi di carattere meramente formale o anche sostanziale.

Se così fosse, il problema si sposterebbe, dunque, sulla difficoltà di individuare dei principi univoci per una corretta composizione della funzione di *compliance* e per il suo corretto funzionamento. È solo nei settori regolamentati, infatti, che sono presenti una definizione ed una disciplina della funzione di *compliance*, peraltro solo parziali.

Ad oggi, gli unici settori per i quali il legislatore ha previsto un obbligo in tal senso sono quello bancario e assicurativo.

Ancora una volta, dunque, si rimette la palla alle aziende e all'autoregolamentazione.

Che cosa accade, però, per tutte quelle società che non operano nei settori assicurativo o bancario e che, dunque, non hanno una normativa di riferimento? Dalla mancata previsione normativa dell'obbligo di istituire una funzione di *compliance* si può automaticamente sostenere che tale funzione non sia necessaria per una corretta gestione del rischio? Con quali conseguenze a livello di

responsabilità? Come riconosciuto dagli stessi Fulco e Ventoruzzo (355), il discorso per le società non quotate è solo parzialmente diverso. Per queste società, infatti, l'attività di verifica di conformità dell'assetto organizzativo è richiamata dal III comma dell'art. 2381 C.c. È però il concretizzarsi del rischio che genera le responsabilità di natura penale. Il rischio allora va necessariamente valutato con attenzione, così come si deve evitare la verifica della concretizzazione del rischio valutato, ed una simile valutazione deve essere fatta necessariamente.

Come detto in precedenza, le norme primarie, penali e non, si limitano ad indicare gli obiettivi che devono essere raggiunti o, al massimo, a dettare la cornice normativa nell'ambito della quale deve poi muoversi la normativa secondaria per il raggiungimento di tali obiettivi. Ebbene, uno degli strumenti per il raggiungimento di tali obiettivi è indubbiamente rappresentato da una corretta attività di *corporate compliance*, che non necessariamente passa per l'istituzione di una funzione di *compliance*, ma sicuramente l'istituzione di tale funzione aiuta. Ai fini della responsabilità penale occorrerà, infatti, verificare, ancora prima della sussistenza dell'elemento psicologico del reato, anche la sussistenza del nesso di causalità tra la mancata adozione della funzione di *compliance*, o comunque di una corretta attività di *compliance*, e l'evento lesivo verificatosi.

Il problema non è allora rappresentato tanto da una espressa previsione normativa che obblighi all'istituzione della funzione di *compliance*, quanto dalla mancanza di parametri normativi certi che consentano di valutare l'adeguatezza della struttura predisposta. In questi casi, infatti, gli unici parametri per valutare l'idoneità della struttura di *compliance* adottata sono quello della ragionevolezza e della proporzionalità.

IV. Supervisione reciproca nei controlli interni e riduzione dei rischi

La dottrina aziendalistica¹² ha approfondito il tema delle responsabilità legate al sistema di controllo interno. Ciò su cui occorre riflettere è il fatto che il sistema dei controlli interni, comunque esso sia articolato, risulta connaturato all'attività d'impresa, e questo per il semplice fatto che anche il rischio risulta essere connaturato a tale attività.

Da ciò ne deriva il corollario che l'impresa, per essere conforme al suo schema legale, deve necessariamente possedere un sistema di controlli interni la cui semplicità o complessità fungerà esclusivamente da misura di adeguatezza o di *compliance* del sistema stesso (17).

Al contrario di quanto accade nel nostro ordinamento, la cultura dei controlli interni è invece profondamente radicata negli ordinamenti di *common law*, in origine finalizzata essenzialmente alla prevenzione delle *fraudes*, culminata in Inghilterra nel Bubble Act del 1720 (21). A partire dagli anni novanta del secolo scorso ha, invece, avuto una grande fortuna la stagione dei codici di *best practice*, oltre all'emanazione di leggi dall'impronta decisamente repressiva (27). A dispetto di ciò, è evidente che non esiste un modello universale di buon governo societario (34). Lo si è già detto in precedenza, non possono esistere norme o parametri rigidi che indichino un modello di buon governo, anche in considerazione delle innumerevoli variabili del modo di fare impresa e di organizzare il *business*.

Certo è, come riconosciuto da Latella (41), che il «continuo ispessirsi di nuove funzionalità generi nuovi e più ingenti costi anche di *outsourcing*, incidendo in definitiva sulla rapidità e qualità delle decisioni gestionali e generando infine una sorta di mutazione

¹²() Dario Latella, *'Sistema' dei controlli interni e organizzazione delle società per azioni*, Giappichelli, Torino, 2018.

dell'efficienza in "efficientismo", e dell'efficacia in vero e proprio *overshooting*».

Latella tocca il nocciolo della questione: il difficile equilibrio tra il sistema dei controlli interni e l'efficienza dell'attività d'impresa. Ma non solo, tocca anche il tema sensibile del proliferare dei controlli e dell'efficacia degli stessi. È quella che la dottrina statunitense (Power) ha definito come "*audit society*", con tutte le conseguenze che ne derivano. In realtà, infatti, l'aumento degli strumenti di controllo non fa altro che allontanare l'imprenditore dalla fonte di pericolo, fornendo, allo stesso tempo, una sensazione di sicurezza ed impunità del tutto falsate. In tal modo l'imprenditore si sente scaricato dalle proprie responsabilità, avendo delegato a terzi soggetti, interni o esterni all'impresa, la valutazione e la corretta gestione del rischio. Ma non c'è dubbio che la valutazione del rischio spetti in primo luogo proprio all'imprenditore e, nelle società, al consiglio di amministrazione o ad uno dei consiglieri che poi riferirà in consiglio.

A ciò si aggiunga, proprio ribaltando la prospettiva del *post hoc propter hoc*, che l'apparato normativo e l'applicazione di esso non possono lasciare in chi fa impresa la percezione dell'inutilità di una corretta attività di *compliance*, pena un allontanamento dalla stessa *compliance* dovuto dalla sfiducia nella possibilità del raggiungimento degli obiettivi posti dall'ordinamento. Un esempio piuttosto significativo in tal senso è rappresentato dal sistema normativo introdotto con il D.lgs. 231/2001 in materia di responsabilità degli enti da reato, su cui si tornerà in seguito. Se, infatti, nella prospettiva errata dal *post hoc propter hoc*, a fronte della commissione di un reato, qualsiasi attività posta in essere dall'imprenditore dovesse essere ritenuta non adeguata ad esonerare l'ente da responsabilità, così come invece previsto dagli artt. 6 e 7 D.lgs. 231/2001, lo stesso imprenditore sarà disincentivato dal porre in essere qualsiasi iniziativa che, peraltro, finirebbe per generare costi inutili, in termini di tempo e denaro, a fronte di nessun vantaggio o di vantaggi incerti.

Il problema (*rectius*, uno dei problemi) sottolineato da Latella è

rappresentato dalla difficoltà del giudice a muoversi in un reticolo normativo complesso (pp. 58 e ss.), trovandosi costretto a rivolgersi al perito. Spesso il giudice, e ancora prima il pubblico ministero, chiamati a valutare la congruità delle condotte poste in essere dall'imprenditore o dagli organi di controllo non sanno nulla dell'attività d'impresa, non conoscono la realtà che sono chiamati a giudicare, se non per quanto appreso dai libri o dai repertori di giurisprudenza. La conseguenza è che il sistema di valutazione rischia in questo modo di diventare del tutto autoreferenziale, dove i principi da applicare sono creati ed elaborati da soggetti che, come appena detto, hanno spesso una conoscenza approssimativa, oppure mediata, del fenomeno che sono chiamati a giudicare.

Così, la teoria dei segnali di allarme ne è un esempio particolarmente rappresentativo. È, infatti, una teoria, elaborata dalla giurisprudenza, volta essenzialmente a superare le difficoltà probatorie sull'elemento psicologico del reato, piuttosto che a fissare responsabilità secondo i principi fondamentali del diritto penale e che rischia di provare troppo, facendo in questo modo degradare la responsabilità dolosa in una forma mascherata di responsabilità oggettiva, per le finalità appena evidenziate.

Diventa, allora, un problema di grammatica, di linguaggio che, come detto, vede contrapposti un diritto di organizzazione ad un diritto di responsabilità.

Così come, infatti, accade in materia di responsabilità medica, il giudice non potrà far altro che affidarsi al sapere esperto dei consulenti e dei periti, rinunciando al suo ruolo naturale di *peritus peritorum*. In questo modo, però, le valutazioni e le categorie tecniche si sostituiscono a quelle giuridiche e, ciò che è ancora peggio, a quelle penalistiche. Inoltre, non esistono strumenti certi che permettano in maniera obiettiva di valutare l'effettiva competenza del perito e la scelta dello stesso è demandata alla totale discrezionalità del giudice, che però non ha gli strumenti adeguati per valutarne le conseguenze. Anzi, nella maggior parte dei casi non si procede nemmeno alla

nomina di un perito, ritenendosi sufficiente l'operato del consulente del pubblico ministero, in quanto portatore di un interesse pubblico, con buona pace del processo di parti.

Non a caso la citata dottrina (Latella) sottolinea come gli interpreti debbano ricercare le risposte ai problemi di carattere interpretativo e applicativo muovendosi anche all'esterno della dimensione normativa. Viene finalmente riconosciuta da qualcuno l'importanza di superare il dato normativo, per recuperare la dimensione sociale del fenomeno che deve essere sottoposto a giudizio.

Da ciò ne deriva che l'interpretazione delle disposizioni e la giustificazione delle decisioni giudiziali deve basarsi anche su elementi che fanno parte della realtà economica sottostante. Questo perché non è possibile cogliere il significato della norma dalla sua semplice indagine semantica. La norma, infatti, non può che esprimersi ricorrendo al linguaggio, che è una rappresentazione simbolica della realtà. Attraverso il linguaggio, dunque, la realtà viene tradotta in simbolo e attraverso l'interpretazione il simbolo viene nuovamente tradotto in realtà. È dalla realtà economico-sociale sottostante alla norma che l'interprete potrà, dunque, trarre la soluzione interpretativa più adeguata, individuando i valori guida sottostanti alla norma stessa, mentre spesso accade proprio il contrario. Ma se non si conosce la realtà sottostante, anche la conoscenza del linguaggio e dei concetti da questo espressi risulta solamente formale.

Appare, allora, ragionevole, secondo Latella, che la corretta costruzione di un sistema giuridico dei controlli interni debba lasciare in secondo piano la lettura puramente logico-formale, muovendosi sul terreno dell'ermeneutica teleologica, assiologia e valutativa (pp. 60 e ss.). L'economia diviene in questo modo un potente strumento di analisi del diritto (64).

A prescindere da quanto precede, non c'è dubbio che i controlli interni debbano comunque rimanere delle strutture giuridiche formali, rappresentate da fattispecie procedimentali nell'ambito delle quali si

muovono determinati soggetti, ciò che però è fondamentale recuperare è la nozione stessa di impresa, come ente produttore anche di rischi che devono essere mappati, programmati, monitorati e gestiti. Ciò che si deve invece evitare è il proliferare di “micro-sistemi” di controlli interni (79) che possono essere ridotti ad unità solamente se si segue una linea ricostruttiva che privilegi il criterio di inerenza della regola di diritto positivo all’organizzazione dell’impresa societaria, intesa quale elemento giuridico ed economico coesistente al fenomeno imprenditoriale.

Un simile cambiamento di prospettiva, che rappresenta una vera e propria rivoluzione copernicana, passa necessariamente attraverso il recupero della figura centrale del “*board*” al centro dell’organizzazione d’impresa, e dunque affidando alle regole di *governance* il compito di fissare le premesse per far funzionare il sistema dei controlli (84).

Come già scritto in precedenza, al di là del proliferare dei controlli è necessario che la valutazione e la gestione del rischio partano proprio dall’organo amministrativo. È il consiglio di amministrazione che si deve occupare della gestione del rischio, per poi delegare l’attuazione di quanto deciso.

Al contrario, generalmente i Consigli di Amministrazione hanno la tendenza a farsi coinvolgere dai *manager* incaricati delle funzioni di controllo, la spinta parte dal basso e non dall’alto e non sempre le sollecitazioni provenienti dal basso trovano adeguato riscontro nei vertici.

Per quanto riguarda più specificamente il discorso relativo alle responsabilità di natura penale, da una parte della dottrina (Guido Rossi) si è sottolineato come sino ad oggi sia stato proprio il diritto penale ad aver di fatto determinato una costante espansione della funzione di *compliance* e della sua regolamentazione giuridica. La spinta all’implementazione ed all’osservanza delle regole di *compliance* deriverebbe, dunque, secondo Guido Rossi dall’incombere della sanzione penale. È la responsabilità a generare l’obbligo e non

viceversa.

Ma questo, riflettendoci bene, non rappresenta affatto un'anomalia, perché il diritto penale è un diritto di comportamenti. Sono i comportamenti posti in essere dai consociati che, una volta percepitone il disvalore, spingono il legislatore a creare la fattispecie incriminatrice o il giudice a qualificarli come penalmente rilevanti.

Le riflessioni di Rossi, sulla cui fondatezza e condivisibilità occorre comunque riflettere, appaiono senza dubbio di grande interesse. Secondo l'Autore, come appena detto, sarebbe l'esperienza della sanzione, e in particolare della sanzione penale, ad aver stimolato lo sviluppo della funzione di *compliance*, sia a livello organizzativo che normativo, e non, invece, la necessità di un'efficace ed efficiente organizzazione aziendale. La leva della sanzione penale sarebbe, dunque, servita per stimolare all'interno delle società la riflessione sull'importanza della *compliance*, che altrimenti sarebbe rimasta al margine delle scelte di carattere organizzativo compiute dal *management*.

L'effetto trainante di un simile modo di procedere proviene dai paesi anglosassoni, e in particolare dagli Stati Uniti, dove a seguito dell'introduzione delle Federal Sentencing Guidelines nel 1992 la predisposizione di una corretta *corpororate compliance* inizia ad assumere un effetto mitigante della reazione sanzionatoria. La responsabilità penale viene così raffigurata e percepita come la vera e propria "Spada di Damocle" pendente sulla testa dei responsabili della funzione di *compliance*, nonché la ragione della loro crescente importanza all'interno degli organigrammi aziendali. La spinta, ovviamente, arriva fino all'organo amministrativo cui sono demandate le scelte strategiche anche in materia di *compliance*.

È il rischio penale, secondo questa impostazione, che riuscirebbe a motivare i vertici aziendali a dedicare risorse alle c.d. *internal investigations* e dunque, in buona sostanza, alla funzione di *compliance*. Anche se però, la reazione è spesso del tutto sbagliata. Si tratta, infatti, di una reazione meramente formale. Per contenere il

limite penale si moltiplicano regole, funzioni e procedure, senza alcuna riflessione sulla reale efficacia di tali strumenti.

La *compliance* aziendale non nascerebbe, dunque, da esigenze di carattere organizzativo e di razionale gestione dell'impresa ma, *in primis*, dalla necessità di porre la società ed il *management* al riparo della sanzione penale. È il sistema penale ad aver evidenziato una lacuna da cui deriverebbero delle responsabilità e compito dell'attività di *compliance* sarebbe quello di colmare tale lacuna.

In effetti, prima dei grandi scandali finanziari che si sono verificati soprattutto negli Stati Uniti, ma anche in Italia con riferimento alle vicende Cirio e Parmalat, l'attenzione alle regole di *corporate compliance* era davvero minima. Anche gli strumenti messi a disposizione dal D.lgs. 231/2001 vengono ancora percepiti dai più come dei fastidiosi adempimenti, quasi dei riti propiziatori, volti ad escludere rischi di responsabilità di natura penale/amministrativa, piuttosto che non degli strumenti per una razionale ed efficiente gestione dell'impresa.

V. Il problema della riserva di legge e della tassatività

Come si è già avuto modo di accennare più volte, quando si parla di responsabilità legate alla violazione delle regole di *corporate governance* e *corporate compliance*, uno dei problemi principali per il penalista è rappresentato dal fatto che non esiste un corpo normativo di riferimento, o quantomeno il fenomeno non è regolato da fonti primarie.

Tant'è che Guido Rossi si chiede se ci si debba aspettare che il diritto civile riprenda presto il "rango primario" e se ci trovi di fronte ad una nuova rivoluzione del diritto societario. Il diritto societario rappresenterebbe, infatti, secondo Rossi, una sorta di *lex mercatoria* generale che da un lato vede una tendenziale diminuzione dell'intervento della normativa primaria a vantaggio degli statuti societari e dall'altro lato vede una funzione "pionieristica" delle

norme relative alle società quotate o alle società sottoposte ad ordinamenti settoriali, estese poi al diritto societario comune, con l'insorgere di rischi di responsabilità penali.

Come rilevato ancora dalla dottrina appena citata, l'amministrativizzazione del diritto societario, accompagnata da una carenza della normativa primaria che detti anche solo la cornice normativa nell'ambito della quale potersi muovere, ha fatto sì che la *corporation* si sia via via sostituita al legislatore, creando essa stessa delle norme di *compliance* ed individuando nuovi organi societari deputati ad attuare e a verificare l'adempimento della struttura organizzativa. Un'autoregolamentazione da cui, come detto, derivano anche responsabilità di carattere penale. Potrebbe allora apparire davvero un'anomalia il fatto che da scelte compiute in piena autonomia in ambito societario possano scaturire della responsabilità anche penali.

Si tratta però, come già anticipato, di un'anomalia solo apparente. Nella società del rischio, al contrario, è solo un approccio formale che fa derivare responsabilità penali dalla mera violazione di norme.

In ambito di *corporate compliance*, il legislatore dovrebbe, infatti, limitarsi a fissare gli obiettivi da raggiungere e non certo le modalità e gli strumenti con i quali tali obiettivi debbano essere raggiunti. Ragionando altrimenti sarebbe come sorprendersi che le *leges artis* in ambito medico non siano il frutto di un'elaborazione avvenuta in ambito scientifico, ma vengano dettate da un legislatore onnisciente.

Appare allora davvero singolare che si possa pretendere che sia la legge a stabilire quale debba essere l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile corretto. Una legge del genere dovrebbe, infatti, tenere in considerazione tutte le infinite variabili che gli assetti societari potrebbero assumere a seconda della natura e delle dimensioni dell'impresa.

Il ragionamento fatto dalla dottrina è sicuramente suggestivo, ma ad avviso di chi scrive non coglie nel segno, almeno non del tutto. In particolare, con un simile modo di ragionare si rischiano di confondere

i due piani, organizzativo e sanzionatorio, che devono rimanere ben distinti. Come abbiamo detto in precedenza, il diritto societario è un diritto dell'organizzazione, mentre il diritto penale è il diritto della responsabilità e della sanzione. Sanzione che può sicuramente dipendere dalla violazione di una norma organizzativa, ma il precetto violato appartiene comunque al mondo del diritto sanzionatorio. Non si può pretendere di trasformare il diritto penale in diritto di organizzazione o il diritto commerciale in diritto della responsabilità.

Per essere più chiari, le responsabilità penali che derivano dalla violazione di precetti civilistici sono comunque legate alla commissione di una qualche fattispecie di reato. Il precetto che si assume essere stato violato, la norma di organizzazione di riferimento, possono al massimo svolgere il compito di integrare la fattispecie di reato. Di conseguenza, nessun problema si pone in termini di legalità o di tassatività. Non si tratta, come già anticipato, di una norma penale in bianco, ma piuttosto di una norma molto simile alla fattispecie colposa.

Anzi, la norma di organizzazione richiamata esplicitamente o implicitamente dalla fattispecie di reato ne integra il contenuto, con indubbi vantaggi proprio in termini di determinatezza, certezza e prevedibilità.

Pensiamo, ad esempio, al reato di false comunicazioni sociali, oppure al reato di bancarotta fraudolenta. In relazione a tali fattispecie di reato, l'estensione della responsabilità penale agli amministratori privi di deleghe ovvero agli organi di controllo trova spesso un forte elemento di contenimento proprio nella corretta attività di *corporate compliance*, declinata sulla base della normativa di riferimento, anche di natura regolamentare. In buona sostanza, dunque, la fonte secondaria non determina il precetto che, se violato, porta all'applicazione della sanzione penale, ma fornisce delle indicazioni, più o meno precise, su ciò che occorre fare per non incorrere nella sanzione penale. E tali indicazioni possono anche essere fornite da una fonte secondaria, proprio perché non è il

mancato rispetto di tali indicazioni a determinare automaticamente la responsabilità penale del soggetto agente. Significativo, da questo punto di vista, quanto accade in tema di responsabilità degli enti da reato, ai sensi del D.lgs. 231/2001. Come noto, infatti, nel nostro ordinamento la responsabilità degli enti è legata al rimprovero che ad essi può essere mosso per la c.d. “colpa di organizzazione”. La responsabilità degli enti si atteggia, cioè, ad una forma di responsabilità che è tipicamente colposa e per la cui valutazione occorre, dunque, far riferimento a quei “regolamenti, ordini e discipline” richiamati in precedenza. Ed i regolamenti, ordini e discipline in materia di responsabilità degli enti sono, per l’appunto, gli statuti societari, le linee guida emanate dalle associazioni di categoria, i c.d. codici di disciplina o di autodisciplina, etc... Anche in tale ambito da parte della dottrina si è lamentato come vi sia una carenza della normativa primaria nel determinare quando un modello organizzativo possa considerarsi idoneo (Severino).

Ma per le stesse ragioni esposte in precedenza, non può certo essere la legge ordinaria a dettare i parametri alla stregua dei quali poter valutare l’idoneità dei modelli organizzativi. È impensabile, infatti, che la legge possa prevedere tutte le possibili variabili organizzative e tutte le infinite possibilità con le quali gli enti possano articolarsi. Così come è impensabile che possa essere la legge a dettare i protocolli e le procedure che gli enti devono seguire per prevenire la commissione di reati.

Quello che al massimo la legge può fare è costruire nella maniera più determinata possibile la struttura dell’illecito dell’ente e fissare le finalità che devono essere perseguite e che, se non raggiunte, possono generare responsabilità.

Sono solo gli enti, infatti, ad essere in grado, sulla base della natura e dell’organizzazione dell’attività svolta, a poter individuare i protocolli e le procedure adeguate a regolamentare tale attività in modo tale che nel suo svolgimento non possano essere commessi dei reati.

VI. Diritto penale dell'economia tra sanzione ex post e prevenzione ex ante

Nel particolare settore oggetto della nostra indagine, alle difficoltà che precedono si devono aggiungere le difficoltà “classiche” del diritto penale dell'economia, con i problemi che, in parte, sono stati già accennati in precedenza. Occorre così ricordare, in primo luogo, come il diritto penale dell'economia si sia sempre posto in una funzione meramente sanzionatoria di illeciti già perfezionatisi in altri settori dell'ordinamento (Lanzi e Aldrovandi, Zannotti, Musco). Il rischio sin troppo noto di una concezione meramente sanzionatoria del diritto penale è che la illiceità penale vada a coincidere con l'illiceità civile e che, dunque, si sovrappongano le diverse forme di responsabilità. Per essere più espliciti, e con particolare riferimento al tema che ci occupa, il rischio è che dalla responsabilità di natura civilistico-risarcitoria legata a difetti di *governance* e di *compliance* scaturisca automaticamente anche una responsabilità di carattere penale. Atteggiamento, questo, in parte dettato dai problemi di linguaggio e dalla pigrizia, in parte figlio di pregiudizi legati alla scarsa conoscenza della materia.

Non solo, dunque, il problema rappresentato dal fatto che dalla violazione di norme di diritto societario possano derivare in via automatica delle responsabilità di natura penale, ma anche il problema che dal riconoscimento di un illecito civile si riconosca automaticamente un illecito penale.

Tutto ciò ha tradizionalmente comportato grandi difficoltà, soprattutto di carattere interpretativo e di ricostruzione degli elementi costitutivi di fattispecie. A dispetto, infatti, del rivendicato principio di autonomia del diritto penale, secondo il quale, come noto, gli elementi costitutivi delle fattispecie ed il disvalore delle stesse devono essere ricostruiti in chiave autonoma, seguendo regole e principi tipici del diritto penale, la tendenza, soprattutto della

giurisprudenza, è sempre stata quella di appiattirsi su responsabilità riconosciute altrove. Il veicolo principale di un tale modo di procedere è costituito dalla figura del dolo eventuale, letto ancora alla luce della teoria dell'accettazione del rischio che, mentre a seguito della tristemente nota sentenza Thyssen delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2014, sembrerebbe essere bandita dal diritto penale "tradizionale", nel diritto penale dell'economia continua ad essere la regola.

Il discorso si complica ulteriormente quando dalla responsabilità diretta degli amministratori, o di chi comunque sia l'autore del fatto illecito, si passa a quella a titolo di concorso omissivo improprio, ex art. 40, cpv, C.p., per non aver impedito la verifica dell'evento lesivo. E ciò vale tanto per gli organi di controllo quanto per gli organi di gestione. Quando poi si passa dalla responsabilità individuale a quella collegiale negli organi plurisoggettivi o, ancora, alla responsabilità degli enti da reato ai sensi del D.lgs. 231/2001, il discorso, se possibile, diviene ancora più complesso. Ed infatti, tutte le volte in cui la responsabilità si allarga dal soggetto che ha commesso il fatto tipico ad altri soggetti, il rischio di uscire dal perimetro tracciato dalla Costituzione e dal principio di personalità, di cui all'art. 27 Cost., è piuttosto elevato. Si pensi, ad esempio, alle difficoltà legate all'istituto del concorso di persone nel reato di cui agli artt. 110 e ss. C.p., anche sotto il profilo della ricostruzione del fatto tipico, dal momento che la quasi totalità delle fattispecie di reato presenti nel nostro sistema penale sono costruite secondo un modello di reato monosoggettivo.

Le difficoltà, allora, come visto, oltre ad essere legate alla ricostruzione del precetto penale violato e, dunque, di conseguenza, alla ricostruzione in chiave plurisoggettiva della fattispecie incriminatrice, riguardano proprio l'individuazione del soggetto responsabile.

Per superare, in parte, tali difficoltà o, per lo meno, per tentare di attenuarle, utilizzando ancora le parole di Guido Rossi, occorre

«gettare un po' di luce sulla terra incognita dei profili giuridici della compliance». Da qui la necessità che lo studio del diritto penale non si limiti all'esegesi della norma, ma abbracci quell' "immane concretezza" di cui parla Gabrio Forti. Come già detto in precedenza, l'attenzione dovrà essere dedicata all'attività di *compliance* e di *governance "in action"*, alla sua fenomenologia, e non solamente al quadro normativo e regolamentare di riferimento, perché mai come in tali attività la normativa proviene dalla pratica. Solo in questo modo si può comprendere il fenomeno e superare gli apparenti deficit di tassatività e di legalità.

Volendo tirare le fila del discorso, la domanda che deve porsi il penalista è se dalle scelte organizzative compiute in materia di *governance* e di *compliance* possano derivare delle responsabilità di carattere penale, a fronte di quali elementi e con che estensione. E ciò perché, benché la maggior parte dei reati economici sia punita a titolo di dolo, scelte errate in materia di *compliance* sembrerebbero al massimo poter determinare una responsabilità esclusivamente a titolo di colpa.

Il problema si inserisce in una tematica di ben più ampio respiro, legata al fatto che nel diritto penale dell'economia le categorie fondamentali del diritto penale vengono spesso piegate, soprattutto dalla giurisprudenza, alle esigenze della prevenzione e della repressione di fenomeni avvertiti come particolarmente allarmanti. Così, ad esempio, il riconoscimento della responsabilità penale dei sindaci o degli amministratori privi di deleghe passa spesso proprio per la dilatazione della figura del dolo eventuale, che va a coprire ambiti tradizionalmente riservati alla colpa.

La stessa teoria dei "segnali d'allarme", elaborata dalla giurisprudenza come criterio guida per riconoscere la responsabilità penale negli organi collegiali o negli organi di controllo, rischia di ampliare a dismisura l'ambito di applicazione della figura del dolo eventuale, anche oltre i limiti fissati dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza Thyssen. Soprattutto se i segnali

d'allarme, piuttosto che essere legati a significativi elementi di fatto, risultano essere presunti o presunta risulta essere la loro percezione e comprensione da parte dei soggetti ritenuti responsabili. Non è detto, infatti, che pur in presenza di segnali di allarme gli stessi vengano necessariamente ignorati per dolo, quando è ben possibile che ciò accada per un comportamento negligente o imperito, che può generare altre forme di responsabilità rispetto alla responsabilità penale. Desumere, dunque, la sussistenza del dolo dal semplice fatto che determinati segnali siano stati ignorati, equivale a svuotare completamente l'imputazione a titolo di dolo del proprio significato originario. Si tratterebbe, cioè, di un'ipotesi di *dolus in re ipsa* che rappresenta una forma mascherata di responsabilità oggettiva o, tutt'al più, una forma di colpa, mascherata da dolo. La sussistenza del dolo si presume, cioè, dalla semplice presenza di determinati segnali, accompagnata dall'ulteriore circostanza, anch'essa di carattere puramente oggettivo, del verificarsi di un evento dannoso. Ed infatti, da quanto precede ne consegue che dal semplice fatto che determinati segnali siano stati ignorati, senza dover dimostrare l'effettiva percezione degli stessi e che la portata di tali segnali sia stata compresa, ne deriverebbe l'assunto che il soggetto abbia agito con dolo.

Non a caso, come anche sottolineato da Sgubbi nel lavoro citato in precedenza (56), il reato come rischio sociale si accompagna alla svalutazione dell'elemento psicologico del reato inteso come nesso psicologico dell'uomo con il suo fatto, come partecipazione interiore dall'autore al fatto. Si assiste, dunque, ad un'oggettivizzazione del dolo che non dipende esclusivamente da problemi di natura probatoria, ma principalmente al malgoverno del principio di responsabilità.

Questo processo è accentuato dal fatto che nello svolgimento dell'attività d'impresa e, dunque, di un'attività che la dottrina citata ha definito a "liceità regolamentata", viene meno il legame psicologico esistente tra il soggetto e l'azione trasgressiva. Il

soggetto, salvo che in ipotesi che potremmo definire patologiche, non ha la percezione di porre in essere una condotta illecita. La violazione assume allora natura impersonale, dal momento che ciò che interessa è solamente la trasgressione oggettivamente considerata e accertata. In un simile contesto si eclissa, dunque, anche il rispetto per la persona umana, per la libertà dell'uomo e le sue scelte di comportamento, così come codificati in Costituzione.

VII. Ripartizione delle responsabilità di gestire il rischio e responsabilità penali

La storia dei più grandi scandali finanziari del terzo millennio, da Enron a WorldCom, da Cirio a Parmalat ci parla di un totale fallimento degli organi di controllo esterni

A ciò si aggiunga, ovviamente, il totale fallimento del sistema dei controlli interni.

Perché? Che cosa è successo? Quali sono i possibili rimedi? E, soprattutto, possibile che l'unico rimedio possa essere la reazione penale che, però, interviene inevitabilmente quando è oramai troppo tardi?

Abbiamo già ricordato come tanto in capo alle persone fisiche che alle persone giuridiche potranno essere riconosciute delle responsabilità penali in conseguenza delle scelte di carattere organizzativo compiute. Allo stesso tempo, gli adempimenti derivanti dal D.lgs. 231/2001 prevedono anche un nuovo regime di responsabilità endosocietaria tutte le volte in cui non vengano rispettate le procedure legate ai modelli organizzativi, nonché la creazione di norme volte a prevenire la commissione di illeciti di natura sia penale che amministrativa.

La risposta a questo radicale cambiamento nell'approccio alla *corporate compliance*, è stata la crescita dei controlli interni, di cui si è parlato in precedenza, e ciò perché le organizzazioni complesse sono ben consapevoli del fatto che la violazione delle norme vigenti

può portare ad atti potenzialmente devastanti.

Rileva, però, in proposito Centonze (65), come dietro alla c.d. “società dei controlli” si nasconda una profonda contraddizione, rappresentata dal fatto che da una parte sorge l’opportunità di mantenere in vita i miti del controllo e della gestibilità dei rischi, ma dall’altra si verificano continue ondate di fallimenti, indicando in realtà un mondo fuori controllo. Non c’è alcun rapporto diretto tra quantità di controlli ed efficacia della prevenzione.

Così si assiste ad un proliferare di provvedimenti legislativi e di *best practice* ed al proliferare di una moltitudine di soggetti: amministratori, amministratori indipendenti, membri dei comitati di controllo interni, sindaci, componenti del comitato di controllo sulla gestione o del consiglio di sorveglianza, membri dell’organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001, membri dell’Internal Audit, proposti al controllo interno, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili, revisori, etc. Il tutto con costi lievitati a dismisura e con inevitabili problemi di sovrapposizione di compiti e competenze, senza che vi sia, però, un’effettiva valutazione sull’efficacia, l’efficienza e l’affidabilità di un tale sistema di controlli. Anzi, quando si verificano nuovi scandali finanziari, gli ordinamenti si limitano generalmente a “semplici operazioni cosmetiche” e alla creazione di “nuovi sistemi di vigilanza”, spostando la fiducia richiesta ad un livello superiore, dando vita ad una sorta di “gioco di scatole cinesi istituzionali”.

L’idea di una *compliance* efficace passa, dunque, dalla delega dell’attività di controllo dal pubblico al privato. Ciò ha fatto sì che con il moltiplicarsi dei controlli e delle deleghe si siano moltiplicate anche le posizioni di garanzia penalmente rilevanti ai sensi dell’art. 40, cpv, C.p., senza, però, che vi fosse un’attenta analisi dei reali poteri impeditivi dell’evento in capo ai diversi controllori.

È inevitabile, infatti, che con il moltiplicarsi dei controlli vi sia un rischio concreto di sovrapposizione delle competenze e, di conseguenza, delle responsabilità.

Il problema evidenziato da Centonze e Bonelli, e che interessa maggiormente la nostra indagine, è che, dunque, all'esplosione dei controlli si è inevitabilmente accompagnata l'esplosione delle responsabilità penali dei controllori a titolo di omesso impedimento del reato commesso dai controllati. E questo perché l'atteggiamento mostrato dalla giurisprudenza in materia è stato sempre piuttosto formalistico. A dispetto di ciò, una volta accertata la violazione di una regola di corretta *compliance*, occorrerà però accertare anche la sussistenza del nesso di causalità tra la violazione e l'evento lesivo verificatosi.

A fronte del verificarsi di fatti illeciti, si sono sempre cercate delle cause esterne al sistema dei controlli che avrebbero allentato il rigore dei controllori stessi, tra cui, soprattutto, la continua pressione da parte dei *manager* ed un affievolimento della minaccia delle sanzioni legali verso gli stessi controllori. O, ancora, il sistema dei controlli spesso presenta delle falle nel forte legame che talvolta sussiste tra il *management* ed i controllori che sono tutt'altro che soggetti indipendenti.

Una simile tesi (Coffee) poggia sull'assunto di fondo che la burocrazia dei controlli sia generalmente efficace e capace di disattivare il rischio di condotte illecite e che, i c.d. *gatekeepers* sarebbero posti nella posizione di monitorare e, di conseguenza, il fallimento dei controlli sarebbe da imputarsi esclusivamente alla scelta individuale compiuta, per convenienza, dagli stessi *gatekeepers* e non, invece, dal sistema dei controlli in sé.

Sembrerebbe, allora, essere più un problema di persone che di regole e sistemi di controllo, da qui la responsabilità penale.

Non è, dunque, il sistema a non funzionare, ma sono i singoli soggetti che fanno parte del sistema che possono tenere dei comportamenti devianti. Questa sembra essere, allora, la ragione per la quale lo strumento principe nella prevenzione e nella repressione dei fatti illeciti connessi con la *corporate compliance* continui a rimanere il diritto penale, perché riguarda il comportamento dei

singoli e non detta regole di organizzazione. È il diritto penale, infatti, che si occupa della responsabilità individuale.

In conclusione, l'esplosione dell'attività di audit è il riflesso di una specifica risposta alla necessità della gestione del rischio, ma minaccia di diventare una pratica cosmetica che nasconde il rischio reale (123).

Come sottolineato dalla dottrina penalistica (Centonze), il discorso diventa ancora più complesso quando poi si passa ad analizzare i controlli e le procedure introdotte sulla scia dei vari sistemi di autoregolamentazione.

La stessa dottrina si sofferma sulle responsabilità nell'ambito del Consiglio di Amministrazione (Centonze 125), descritto come "l'avamposto del controllo interno sugli amministratori esecutivi" (127). Ed è proprio così, il primo "avamposto" di controllo è proprio rappresentato dal Consiglio di Amministrazione. È il Consiglio di Amministrazione il luogo dove, in prima istanza, deve essere valutato ed analizzato il rischio e dove devono essere prese le decisioni di indirizzo per una sua efficace gestione.

Ciò che, però, risulta difficile, come sottolineato da Centonze, è la differenziazione delle posizioni nell'ambito del consiglio di amministrazione, a causa delle laconiche previsioni contenute nel Codice civile. Così, ad esempio, prima della riforma del 2003, l'art. 2392 C.c. demandava agli amministratori deleganti la vigilanza sul "*generale andamento della gestione*". Come, però, correttamente evidenziato dall'Autore, l'ascesa della "società dei controlli" ha determinato un'omologazione delle posizioni nell'ambito del Consiglio di Amministrazione, dilatando al massimo i doveri di sorveglianza, frutto sicuramente anche di una concezione antiquata della vita degli organismi societari complessi. In poche parole, si ha ancora l'idea di un Consiglio di Amministrazione espressione della famiglia proprietaria dell'impresa, dove tutti fanno tutto e le decisioni vengono prese collegialmente, magari durante il pranzo della domenica.

Una simile impostazione ha, però, fatto sì che, a partire dai primi

anni Ottanta, nei processi penali hanno iniziato a rimanere coinvolti tutti i componenti del Consiglio di Amministrazione, a prescindere da eventuali deleghe, oltre ai membri del collegio sindacale.

Proprio per tali ragioni, la riforma del diritto societario del 2003, almeno nelle dichiarate intenzioni del legislatore, ha cercato di riformulare i doveri degli amministratori senza deleghe, operando delle distinzioni anche in termini di responsabilità. Rileva in proposito la citata dottrina come il quadro offerto dalla riforma deponga a favore di una sostanziale contrazione dei doveri di garanzia dei consiglieri non esecutivi, anche in considerazione dei limitati poteri impeditivi. Allo stesso tempo, però, Centonze (134) lamenta come la dottrina si sia soffermata sui doveri ed i poteri in astratto del Consiglio di Amministrazione e non sul suo concreto funzionamento, così come non si è soffermata sulle ragioni che possano aver portato al fallimento del monitoraggio operato dagli amministratori senza deleghe. Un simile atteggiamento è in parte il frutto di un *deficit* di esperienza sul campo riconosciuto in capo ai giuristi. Ciò ha portato, inevitabilmente, ad una riflessione teorica che, però, prende le mosse dal funzionamento in astratto di un consiglio di amministrazione ideale, senza conoscere a fondo la realtà di cui si parla.

Ma il *deficit* di esperienza, purtroppo, non riguarda solamente la riflessione teorica, anzi, da questa si estende poi anche a chi i principi di diritto li deve applicare.

È proprio per tali ragioni, infatti, come già detto in precedenza, che nelle inchieste giudiziarie si assiste ad un'automatica e generalizzata imputazione degli illeciti a tutti i componenti dell'organo amministrativo, senza fare distinzioni tra consiglieri con o senza deleghe, riconoscendo, alla fine, delle vere e proprie responsabilità di posizione. In particolare, agli amministratori non esecutivi viene contestato il concorso mediante omissione nel reato posto in essere dagli amministratori delegati, facendo ricorso all'art. 40, cpv., C.p. Come però rilevato da Centonze, nella giurisprudenza viene a volte trascurato ogni riferimento ai confini della posizione di garanzia.

Anche dal punto di vista dell'elemento soggettivo, il più delle volte si ricorre alla figura del dolo eventuale, connotata da semplificazioni concettuali ed incertezze interpretative. La stessa teoria dei segnali dall'arme nasconde l'insidia di un ragionamento di carattere circolare, dando per presupposto ciò che, in realtà, deve essere dimostrato.

Per quanto riguarda più in particolare la nostra indagine, occorre comunque sottolineare come il controllo sul rispetto degli obblighi di *compliance*, così come anche la valutazione e la gestione del rischio spetti all'intero Consiglio di Amministrazione, e non certo ai soli amministratori esecutivi, anche se ciò non significa certo che dall'inadempimento di tali obblighi debba derivare automaticamente una responsabilità penale.

Dei sensibili miglioramenti sono senz'altro derivati dalla riforma del diritto societario del 2003, con la quale il legislatore ha voluto porre fine alla prassi ingiusta della solidarietà della responsabilità degli amministratori, da una parte attenuando la responsabilità degli amministratori senza deleghe eliminando l'obbligo di vigilanza di cui al secondo comma dell'art. 2392 C.c. Il legislatore del 2003 assume, dunque, la consapevolezza del fatto che sono gli organi delegati ad essere a capo della struttura ed a conoscere i fatti di gestione di cui devono riferire al consiglio ed al collegio sindacale. D'altra parte, tali concetti sono espressi chiaramente anche nella Relazione al D.lgs. 6/2003, dove si sottolinea che si sono volute evitare delle indebite estensioni della responsabilità solidale, con il rischio di una responsabilità sostanzialmente oggettiva.

VIII. Autoregolamentazione di “governance” e attenuazione della responsabilità penale

La funzione di *compliance* rappresenta uno strumento per la gestione del rischio aziendale e, in particolare, del rischio di non conformità rispetto alla normativa interna ed esterna.

In relazione alle riflessioni fatte sinora, interessante osservare

come anche la dottrina penalistica si è occupata delle implicazioni della *corporate compliance*.¹³

Grosso evidenzia il ruolo che la funzione di *compliance* assume anche per il sistema penale. In particolare, l'Autore sottolinea come, con riferimento al rischio penale, la funzione di *compliance* sia destinata a valutare, in relazione alla specifica attività aziendale, l'esistenza di un rischio di commissione di reati. Compito della funzione è, dunque, quello di supportare il *management* nell'individuazione del rischio, nella decisione se assumere o meno un determinato rischio, nonché nell'adozione degli strumenti utili a rendere tale rischio il meno elevato possibile. La funzione di *compliance* è, dunque, un organo interno alla società, di supporto al *management*, anche se, come detto più volte, le scelte fondamentali devono essere compiute dal *management*, assumendosene le responsabilità.

Al di là di ciò, la funzione di *compliance* svolge, dunque, un ruolo fondamentale per quanto riguarda la gestione del rischio penale nell'ambito dell'impresa.

Anche Grosso lamenta il fatto che nonostante la funzione di *compliance* costituisca oramai un aspetto rilevante del governo delle imprese, il nostro ordinamento non ne preveda una disciplina, per cui la sua regolamentazione viene demandata interamente all'attività di autoregolamentazione delle imprese, nonché all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Su questo tema si è già detto in precedenza. Non appare, infatti, possibile demandare alla fonte primaria, sia essa di natura civile, penale o amministrativa, la puntuale regolamentazione dell'attività di *compliance*, non è quello a cui tale normativa è preposta. Così come, d'altra parte, anche la struttura ed il funzionamento della funzione di *compliance* non possono che essere demandate alle discipline

¹³ C.F. Grosso, *Funzione di compliance e rischio penale*, in Rossi (a cura di), *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 281 e ss.

aziendalistiche.

Un'eccezione in tal senso, secondo Grosso, è rappresentata dal D.lgs. 231/2001. In realtà, però, a ben vedere, il D.lgs. 231/2001 si limita a prevedere un regime di responsabilità per gli enti da reato e a riconoscere efficacia scriminante all'adozione di modelli organizzativi, senza però dire nulla sulla struttura di tali modelli, se non che possano spiegare efficacia scriminante solamente se idonei a prevenire i reati della stessa specie di quello verificatosi.

L'equivoco in cui cade non solo Grosso, ma anche gran parte della dottrina penalistica, prende le mosse dal fatto che l'adozione dei modelli organizzativi viene qualificata come una causa di giustificazione (283).

In realtà, però, come si dirà meglio in seguito, l'adozione e l'efficace attuazione di un modello idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi, così come previsto dall'art. 6 D.lgs. 231/2001, sembrerebbe far venire meno la rimproverabilità dell'ente e, dunque, la sua colpevolezza, non rappresentando affatto una causa di giustificazione. Non si tratta, dunque, di una misura premiale o di un'esimente (285), ma di una vera e propria causa di esclusione della colpevolezza se non, addirittura, della tipicità del fatto. L'adozione di un modello organizzativo da parte dell'ente rappresenta, dunque, lo strumento attraverso il quale l'ente si adegua agli standard richiesti ed agli obiettivi posti dalla normativa primaria.

A ben vedere, allora, nonostante le osservazioni della dottrina appena citata possano apparire, in linea teorica, corrette, risulta difficile, se non impossibile, predeterminare il contenuto dei modelli organizzativi, oppure, come lamentato dallo stesso Grosso, il *modus operandi* dell'Organismo di Vigilanza. Vero è, come scrive Grosso, che l'assenza di criteri legislativi vincolanti ha fatto sì che la valutazione circa l'idoneità del modello sia stata pressoché interamente demandata alla valutazione del giudice, ma ciò, come già detto più volte, appare inevitabile.

Inoltre, l'impostazione seguita da Grosso, come anche quella di

tutti coloro che hanno lamentato l'amministrativizzazione della normativa in materia di *corporate compliance*, appare essere il frutto di una visione statica del diritto, dove il giudice è visto come un mero fruitore di norme e non creatore di diritto. E, soprattutto, frutto di una visione che vede la legge come unica fonte del diritto, senza riconoscere alcuna funzione normativa a quella *societas* che nell'adagio latino *ubi societas ibi ius* rappresenta, invece, il cuore pulsante del sistema normativo. Altra dottrina (Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito preventivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, Lattanzi, Milano, 2006) ha sottolineato come «la difficoltà di articolare meccanismi di prevenzione dai reati all'interno delle organizzazioni complesse rende di fatto impossibile tracciare a livello legislativo linee guida precise e di conseguenza **inevitabile lasciare spazio alla discrezionalità giudiziale**». D'altra parte, sottolinea la stessa Di Giovine come anche la giurisprudenza di legittimità, quando è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 6 D.lgs. 231/2001 per indeterminatezza, ha affermato che l'obbligo organizzativo dell'ente risulta sufficientemente delineato dalla legge (Cass. pen., SS.UU., 38343/2014).

Ma delle riflessioni che precedono si rende conto lo stesso Grosso il quale, infatti, a differenza di quanto sostenuto in precedenza, in un secondo momento ha rilevato come con la violazione dell'obbligo di dotarsi di un modello idoneo si concreti la colpevolezza dell'ente, qualificabile come colpa specifica e/o "colpa di organizzazione", desumibile dalla violazione di norme cautelari, di corretta organizzazione del sistema di controllo interno.

IX. Responsabilità aggiuntiva degli enti degli enti ex D.lgs. 231/2001

Nell'ambito di una riflessione sui risvolti penali della *corporate compliance* e della *corporate governance*, un discorso a parte merita sicuramente la materia della responsabilità degli enti da reato,

introdotta nel nostro ordinamento con il D.lgs. 231/2001.

Come già anticipato più volte nel corso della trattazione, il discorso relativo alle responsabilità penali legate alle scelte di *compliance* si amplia e si presenta in tutta la sua complessità quando dalla responsabilità dei singoli, anche negli organi collegiali, si passa a quella collettiva degli enti.

Tema, quello della responsabilità penale o parapenale degli enti,¹⁴ avvertito come una novità assoluta, soprattutto in Italia, ma che, come ben evidenziato da una parte della dottrina (Mongillo XV), rappresenta in realtà un ritorno alla “persona collettiva”, tra i soggetti destinatari delle sanzioni previste per la realizzazione di fatti penalmente rilevanti, non estranea alla nostra esperienza giuridica. Secondo Mongillo, infatti, un nodo di fondo della storia del diritto penale è rappresentato proprio dal riparto della responsabilità, di fronte ad un fatto criminoso, tra individui e collettività di appartenenza (pp. 1 e ss.). Si pensi, ad esempio, al diritto romano o a quello dei barbari.

Problematica, quella della responsabilità del gruppo, che ad un certo punto, sarebbe però scomparsa dalla scena del diritto penale, tanto dalla dialettica scientifica quanto dal diritto positivo, quantomeno nei paesi di *civil law*, a causa del trionfo del modello antropocentrico di responsabilità penale nella civiltà occidentale post-illuministica, per le ragioni che tutti ben conosciamo, dal principio di personalità della responsabilità penale, alla finalità rieducativa della pena, all'imputabilità, etc.

Il discorso è cambiato radicalmente con il riaffacciarsi delle *societas* tra i soggetti protagonisti del diritto penale. O meglio, con

¹⁴ Come noto, il dibattito circa l'effettiva natura giuridica della responsabilità riconosciuta agli enti dal D.lgs. n. 231/2001 è ancora accesissimo e potrebbe essere oggetto di un'apposita trattazione monografica. Ai fini della presente trattazione la tematica assume una rilevanza limitatissima, anche perché, come ricordato da Mongillo (XVI), “*il paradigma punitivo coniato con il D.Lgs. 231/2001... rientra nella nozione ampia ed autonoma di matière pénale elaborata dalla Corte di Strasburgo nell'interpretare la CEDU. La questione nominalistica va, per questo, ridimensionata, adottando un approccio 'tipologico-sostanziale', piuttosto che 'tipico-formale'*”.

l'affermarsi delle *societas* come soggetti economici e come soggetti fondamentali del moderno vivere sociale.

A dispetto di ciò, il problema ce lo si era posto da tempo. Noti sono gli studi in proposito di Savigny, Delitala e Bricola.

Ma serve davvero qualificare la responsabilità degli enti come penale? Anche la stessa teoria delle finzioni, elaborata da Savigny (pp. 16 e ss.), introducendo una forma artificiale di capacità delle persone giuridiche, rileva solamente in relazione ai rapporti di diritto privato e patrimoniali e non certo di diritto penale. La teoria della finzione affonda evidentemente le sue radici nella necessità di individuare i soggetti di quella che viene dallo stesso Savigny definita come la "relazione giuridica",¹⁵ osservando come elemento fondamentale per l'uomo che si trovi a muoversi nella realtà esterna sia il contatto con i suoi simili e ciò è possibile solamente attraverso il riconoscimento di un legame invisibile nell'ambito del quale l'esistenza e l'attività di ogni individuo raggiungono uno spazio libero e sicuro. Ebbene, le regole che garantiscono tale legame e tale spazio libero sono rappresentate dal diritto. L'essenza della relazione giuridica viene definita come una "provincia" della signoria autonoma della volontà dell'individuo. La relazione giuridica, dunque, unisce in un legame invisibile, regolato dal diritto, due o più soggetti.

Come sottolineato in proposito da Mongillo, nei rapporti di diritto privato o, più in generale, nei rapporti patrimoniali è del tutto irrilevante che tale soggetto sia una persona fisica o, secondo la teoria della finzione, una persona giuridica, mentre lo stesso non può dirsi per il diritto penale, dove la teoria della finzione non può trovare applicazione per tutte le ragioni che abbiamo illustrato sinora. Ma Savigny nulla dice in relazione al diritto penale, limitandosi a sottolineare come lo stato si ponga due obiettivi: da una parte, per il tramite del processo civile, la tutela degli individui che hanno subito un danno; dall'altra, per il tramite del diritto penale, difendere e

¹⁵ Si veda, per completezza, F.K. von Savigny, *System Of The Modern Roman Law*, Vol. 1, 1876.

ristabilire il diritto offeso, senza alcun riferimento all'interesse dell'individuo.

Per comprendere a fondo le problematiche legate alla responsabilità degli enti da reato, occorre allora approfondire la conoscenza del fenomeno, anche attraverso una sintesi tra saperi sia interni al mondo giuridico che esterni ad esso (Mongillo, 3), attingendo alle correnti culturali e all'indagine empirico-criminologica.

In proposito, Mongillo individua la portata essenziale del problema epistemologico pregiuridico, rappresentato dal metodo di comprensione e di spiegazione dei fenomeni collettivi (4). Il problema della responsabilità penale degli enti, secondo la citata dottrina, non è, infatti, un problema di natura giuridica, ma richiede, *in primis*, un approccio sociologico. E le diversità di vedute della sociologia sono in grado di condizionare sia le costruzioni teoriche e sia le soluzioni giuridiche. In particolare, due sono le differenti visioni, di natura sicuramente pregiuridica, che si contrappongono sul tema dell'allocazione della responsabilità: l'individualismo ed il collettivismo.

Secondo la citata dottrina, dal punto di vista ontologico occorre allora domandarsi se esiste o meno una persona giuridica (*retius*, l'ente) oppure se esiste solamente l'individuo, con le inevitabili conseguenze di carattere penale.

Per rispondere ai dubbi sollevati da Mongillo, occorrerebbe, però, anche chiedersi come mai un simile interrogativo non ce lo si ponga per quanto riguarda la responsabilità civile. Se, cioè, la personalità giuridica possa essere riconosciuta solamente come centro di interesse economico e non anche come centro di responsabilità penale. Questo porta ad interrogarci, ovviamente, sull'essenza della responsabilità penale ed eventualmente sull'evoluzione di tale essenza.

Mongillo ripercorre la storia dell'individualismo e del collettivismo ed è interessante seguirlo nel suo cammino per comprenderne le ragioni, osservando come dal punto di vista metodologico

l'individualismo si pone come metodo da adottare nello studio dei fenomeni sociali (6 e ss.). L'individualismo metodologico prende le mosse dalla convinzione che sia un abbaglio concepire la società come un organismo autonomo in grado di prendere decisioni, così come è un abbaglio concepire un'entità collettiva che abbia una sostanza reale che trascenda dai singoli soggetti che la compongono, determinandone addirittura il comportamento. Una realtà superiore, cioè, che fonda in un'unica unità tutte le sue componenti. A ciò si accompagna l'idea che le scienze sociali debbano costruire le proprie teorie attorno all'azione individuale, citando von Hayek e Weber, secondo i quali è solo l'individuo ad agire, sicché ogni fenomeno sociale è il risultato dell'aggregazione di comportamenti individuali, escludendo, in tal modo, qualsiasi impostazione organicistica.

Mongillo ritiene poi che alla questione ontologica si affianchi anche la questione metodologica. Così per il collettivista nello studio dell'origine dei fenomeni, dei comportamenti e delle istituzioni occorrerà partire proprio dallo studio delle realtà collettive, mentre per l'individualista esistono solamente gli individui ed è dunque dagli individui che prende il via lo studio degli eventi sociali.

Al di là, però, di un errore "metodologico" in cui, ad avviso di chi scrive, cade Mongillo, e del quale si dirà a breve, anche la "sponsorizzazione" richiesta ad illustri Autori come von Hayek e Weber non sembra cogliere nel segno. Occorre, infatti, leggere attentamente i lavori di von Hayek e di Weber per comprendere come le loro conclusioni, per il nostro discorso, siano del tutto inconfidenti.

Lo stesso von Hayek afferma infatti che «mentre i concetti o le idee possono esistere, ovviamente, solo nelle menti degli individui, e mentre, in particolare, solo *in queste ultime può aver luogo l'interazione di idee diverse, non è tuttavia l'insieme delle singole menti in tutta la loro complicità, ma sono le concezioni dei singoli, le opinioni che gli uomini si sono fatti di sé stessi e delle cose, che costituiscono gli elementi di base della struttura sociale*» (65). In proposito, l'Autore commenta il fatto che la struttura sociale

permanga inalterata, pur nel succedersi dei vari individui, non perché gli individui siano perfettamente uguali, «ma perché si succedono in determinate relazioni, in determinati atteggiamenti che assumono verso gli altri individui e come oggetto di determinate opinioni che gli altri hanno di loro. Gli individui sono soltanto nuclei in una trama di interrelazioni e sono i vari atteggiamenti che gli individui assumono gli uni verso gli altri... che costituiscono gli elementi ricorrenti, riconoscibili e familiari della struttura».

Occorre allora chiedersi che cosa sia questa “struttura” e se possa essere centro di imputazione penale o di responsabilità penale.

A ben vedere, dunque, se è vero che ad agire sono solamente gli individui e non le realtà collettive, e se è vero che gli elementi alla base della struttura sociale sono le opinioni che gli uomini si sono fatti di sé stessi e delle cose, è però altrettanto vero che gli individui rappresentano il nucleo in una trama di interrelazioni, dimodoché la struttura sociale permanga inalterata a prescindere dai soggetti che la compongono. In parole più semplici, una società rimane la stessa a prescindere, ad esempio, da chi siano i membri del Consiglio di Amministrazione, ovvero da chi sia il responsabile della funzione di *compliance*. Ma se allora, come riconosciuto dallo stesso von Hayek, la trama delle interrelazioni costituisce gli elementi «ricorrenti, riconoscibili e familiari della struttura», che peso dobbiamo riconoscere a questa trama di interrelazioni che, abbiamo visto, prescinde dai singoli soggetti che, di volta in volta ne fanno parte?

La struttura può essere colpita da una sanzione che potremmo definire come penale?

Ma quanto sottolineato da von Hayek non ha nulla a che vedere, però, con quella trama di interrelazioni a cui lo stesso Autore faceva in precedenza riferimento. Occorre prendere atto, senza farsi suggestionare, che la finalità delle scienze sociologiche è totalmente differente rispetto alla finalità delle scienze giuridiche. D'altra parte, anche l'indagine sociologica ha a che vedere con l'azione cosciente di una molteplicità di persone quando, però, dà luogo a risultati

inintenzionali e, come precisato dallo stesso von Hayek, «la riluttanza dello scienziato della natura ad ammettere l'esistenza di ordini di tal genere tra i fenomeni sociali è dovuta al fatto che questi ordini non si possono enunciare in termini fisici» (74).

Resta però il fatto che le strutture ci sono ed occorre allora riflettere su come trattarle dal punto di vista giuridico e, soprattutto, penalistico.

Il paradosso che viene sottolineato da von Hayek ci aiuta a comprendere l'errore metodologico in cui è caduto Mongillo ed a cui si faceva riferimento in precedenza. Sottolinea, infatti, l'Autore come la prova più significativa della debolezza congenita delle teorie collettivistiche è data dal paradosso per cui, muovendo dall'asserzione che la società è qualche cosa di più della mera aggregazione di tutti gli individui che la compongono, i loro fautori finiscono con l'abbracciare la tesi secondo la quale, per salvaguardare la coesione di questo ente maggiore, si deve sottrarlo al controllo cosciente, cioè al controllo di quella che non può che essere la mente di un singolo individuo (149). È, dunque, la teoria collettivistica ad esaltare la ragione dei singoli, sottoponendo tutte le forze della società alla direzione di un'unica mente sovrana, mentre è la teoria dell'individualista a riconoscere quanto siano limitati i poteri della ragione dei singoli.

Ma lo stesso errore viene commesso nel citare Max Weber. Weber sottolinea, infatti, come «la scienza sociale, quale noi intendiamo svilupparla, è una scienza di realtà. Noi vogliamo comprendere la realtà della vita che ci circonda, e in cui noi siamo collocati, nella sua specificità; noi vogliamo cioè comprendere da un lato la connessione e il significato culturale dei suoi fenomeni particolari nella loro configurazione presente, dall'altro i motivi del suo essere storicamente divenuto così-e-non-altrimenti».¹⁶ E, ancora, secondo Weber, «il fine della considerazione sociologica - la "comprensione" -

¹⁶ M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali* (1922), ed. it., Einaudi, Torino, 2003, pp. 35 e ss.

costituisce infine anche il motivo per cui la sociologia comprendente (nel nostro senso) tratta l'individuo singolo e il suo agire come l'unità minima, come il proprio "atomo"» (199). I concetti collettivi, come quelli di Stato o di corporazione, per la sociologia designano delle categorie di determinati tipi di agire umano collettivo e, dunque, devono essere ricondotti ad un agire intellegibile degli individui che vi partecipano. Ed è proprio in ciò, come sottolineato da Weber, che la considerazione sociologica si differenzia dalla considerazione giuridica. Così, lo stesso Weber evidenzia come la giurisprudenza tratti, in certe circostanze, lo Stato come una personalità giuridica al pari del singolo individuo in considerazione dell'utilità, o forse dell'indispensabilità, di un simile strumento concettuale. Precisa Weber come la sociologia, nel momento in cui prende in considerazione il diritto, ha a che fare non già con la determinazione del contenuto del diritto in senso oggettivo, di proposizioni giuridiche, bensì con un agire tra le cui determinanti occupano un posto di rilievo anche le rappresentazioni che gli uomini si formano del senso e della validità di alcuni principi giuridici (200). Weber stesso riconosce rilievo a quelle che vengono definite come le "forme di agire associato", tra le quali le "unioni di scopo" costituiscono una "formazione sociale" non effimera, ma che tende a perpetuarsi (210). Si tratta di formazioni sociali che, nonostante il mutare degli individui partecipanti all'agire della società, continuano a considerarsi identiche a sé stesse. L'identità, sostiene Weber, è sociologicamente uno stato di cose che esiste solo relativamente, mentre gli individui associati nell'unione possono consapevolmente modificare gli ordinamenti mediante un nuovo agire associativo.

Gli enti collettivi rappresentano, dunque, categorie di tipi determinati dell'agire umano in società che va, però, ricondotto all'agire degli individui partecipanti. È, d'altra parte, lo stesso Weber a riconoscere che per differenti scopi conoscitivi o per fini pratici possa essere opportuno considerare le formazioni sociali come portatrici di diritti e di doveri, o anche come soggetti di azioni giuridicamente

rilevanti. E ciò perché, come abbiamo detto in precedenza, la sociologia ha finalità diverse rispetto al diritto. Ciò non significa, necessariamente, che le azioni giuridicamente rilevanti lo siano anche per il diritto penale.

La sociologia è mossa dal fine di comprendere e spiegare i fenomeni sociali. Tuttavia, sostiene Weber che per l'interpretazione intelligibile dell'agire, a cui aspira la sociologia, gli enti collettivi rappresentano comunque processo e connessioni dell'agire sociale di singoli uomini. I concetti collettivi non vanno ipostatizzati, ma sono solamente delle rappresentazioni di qualche cosa che in parte sussiste ed in parte deve essere.

Weber sottolinea, dunque, ciò che evidentemente sfugge a Mongillo, vale a dire che il suo approccio individualista è funzionale all'indagine sociologica, ma che può rappresentare solamente il punto di partenza per una riflessione penalistica che deve essere condotta in piena autonomia.

Il tema è stato approfondito da Searle che, nell'introduzione a «La costruzione della realtà sociale»,¹⁷ ha sottolineato che «l'esistenza di fenomeni che non sono fisici o chimici in modo evidente dà luogo a perplessità». Ed infatti, come sostenuto da Searle, «ci sono parti del mondo reale, fatti oggettivi nel mondo, che sono fatti soltanto grazie a un accordo tra gli esseri umani. In un certo senso, ci sono cose che esistono soltanto perché noi crediamo che esistano» (7). Non è semplice, cioè, secondo Searle, rendere conto dei fatti sociali dal punto di vista ontologico.

Uno dei concetti più interessanti della speculazione di Searle riguarda quella che viene definita come l' "intenzionalità collettiva", quella predisposizione, cioè, non solo dell'uomo, ma anche di altre specie animali, di condividere stati intenzionali come credenze, desideri e intenzioni. Vi sarebbe, cioè, oltre all'intenzionalità individuale anche un'intenzionalità collettiva, che non può essere ridotta all'intenzionalità individuale (33).

¹⁷ J. R. Searle, *La costruzione della realtà sociale* (1955), ed. it., Einaudi, 2006.

La ragione per la quale, tradizionalmente, si è convinti che l'intenzionalità collettiva debba essere ricondotta all'intenzionalità individuale va ricercata nel fatto che, dal momento che l'intenzionalità esiste nella testa degli esseri umani individuali, la forma di tale intenzionalità può fare riferimento solamente agli individui nella testa dei quali essa esiste. È questo, secondo Searle, il vizio dell'individualismo metodologico (35).

Il cuore della riflessione di Searle prende a riferimento il momento in cui, attraverso l'intenzionalità collettiva, si impongono funzioni su fenomeni la cui funzione non può essere svolta solamente in virtù della fisica o della chimica, «ma richiede una cooperazione umana continuata nelle forme specifiche dell'identificazione, dell'accettazione e del riconoscimento di un nuovo status a cui è assegnata una funzione» (50). Si tratta, cioè, dell'imposizione intenzionale collettiva di funzione su entità che non possono svolgere quelle funzioni senza quell'imposizione. Laddove poi, aggiunge lo stesso Searle, «l'imposizione di una funzione di status secondo la formula diventa una questione di linea di condotta generale, la formula acquisisce uno status normativo» (58). Si pensi, ad esempio, alla consuetudine.

Interessante, per la nostra indagine, il fatto che Searle prenda a riferimento proprio il diritto penale, sostenendo come l'intero fulcro del diritto penale sia regolativo e non costitutivo (61). *“Il punto”*, dice Searle, «è quello di vietare, per esempio, certe forme di comportamento antecedentemente esistenti, come l'omicidio. Ma affinché le regole funzionino ci devono essere sanzioni, e ciò richiede l'imposizione di un nuovo status nei confronti della persona che viola la legge».

Non si deve, dunque, cadere nell'equivoco di ritenere che la contrapposizione tra realismo ed idealismo sia legata all'esistenza o meno della materia, o riguardo agli oggetti nello spazio e nel tempo. Il realismo, infatti, non dice come sono le cose, ma solamente che c'è un modo in cui esse sono, e per cose non si intendono solo gli oggetti

materiali o gli oggetti in generale (176).

Quanto precede, ad avviso di chi scrive, è la conferma dell'errore in cui cade Mongillo nel citare a sostegno della propria impostazione, che dovrebbe risolvere una questione strettamente giuridica, argomenti di natura sociologica. Il *modus procedendi* è piuttosto chiaro: la sociologia, che studia il comportamento degli individui e della società, non può che prendere a riferimento il comportamento dei singoli sia individualmente che collettivamente e, di conseguenza, anche il diritto non potrà che prendere a riferimento il comportamento dei singoli individui. Ma, per usare il linguaggio di Searle, mentre la sociologia usa un linguaggio solamente regolativo, il linguaggio giuridico è anche costitutivo. Il ragionamento presenta un evidente salto logico rappresentato dall'assunto indimostrato che sociologia e diritto rispondano a logiche e finalità comuni e che, quindi, essenzialmente, sebbene con prospettive differenti, abbiano ad oggetto la stessa materia. In pratica, secondo questo modo di ragionare, il processo di normazione avverrebbe esclusivamente normando fenomeni che sono già stati identificati dalla sociologia. Il diritto, cioè, non può prendere a riferimento fenomeni che non gli vengano consegnati e descritti dall'analisi sociologica.

Per evitare fraintendimenti, nessuno pone in dubbio l'importanza che l'analisi sociologica riveste per il mondo del diritto, ma il processo di normazione segue delle sue logiche autonome, elaborando concetti autonomi.

Che cosa vuol dire, infatti, ad esempio, affermare che dal punto di vista ontologico occorre domandarsi se esista l'ente o esista solamente l'individuo? Che vuol dire "esistere" per il diritto? Ed il significato di esistenza per il diritto corrisponde all'esistenza anche per la sociologia? È sin troppo evidente che, come propone l'approccio individualista, per studiare il comportamento degli enti occorre studiare il comportamento dei soggetti che li compongono, ma è altrettanto evidente che dal punto di vista giuridico a tali enti sono riconosciuti diritti e doveri. Per la realtà normativa l'ente esiste e

la sua realtà viene regolamentata. Questo, quantomeno, è ciò che accade dal punto di vista del diritto privato o del diritto amministrativo.

Il problema si pone per il diritto penale, dove il discorso è sicuramente diverso.

Occorre cioè riflettere se anche per il diritto penale sia possibile riconoscere “personalità giuridica” agli enti collettivi. Se, cioè, il riconoscimento della personalità giuridica agli enti collettivi sia compatibile o meno con i principi e le categorie fondamentali del diritto penale e se tali principi e regole siano immutabili. Il diritto, anche il diritto penale, a differenza della sociologia, non deve infatti spiegare i comportamenti sociali ma li deve regolamentare.

Ciò che allora occorre fare è indagare sulla natura e le finalità del diritto penale, rispetto alla natura e alle finalità del diritto privato o del diritto amministrativo.

Diverso il discorso per il diritto penale, che abbiamo definito come il diritto della responsabilità. Ci si deve allora chiedere se il concetto di responsabilità, come inteso dal diritto penale nel nostro ordinamento, possa declinarsi anche in relazione agli enti collettivi e non soltanto in relazione ai singoli individui.

Il discorso non cambia neanche se da un punto di vista ontologico passiamo ad un punto di vista metodologico. Il fatto che non sia la società di capitali a prendere le decisioni, ma i soggetti che l'amministrano non ha mai rappresentato un problema nel riconoscere le società di capitali come soggetti del diritto commerciale a tutti gli effetti. Allo stesso tempo, però, il potere di prendere decisioni sembrerebbe rappresentare un requisito fondamentale della responsabilità penale. E le decisioni non le prendono gli enti, ma le persone che li rappresentano.

A conclusioni simili giunge anche la criminologia. Così, ad esempio, Cressey, (pag. 14), sosteneva che le società sono una sorta di entità “possedute”, gestite ed amministrare da persone.

Secondo Cressey, tra le teorie criminologiche circa l'origine del

crimine, di grande rilievo appare sicuramente l'impostazione secondo la quale le società sono a tutti gli effetti persone che, come le altre, assumono obbligazioni.¹⁸ In questa prospettiva è la stessa società e non chi agisce per essa, che viene visto come attore. Cressey parla di "antropomorfizzazione" che, però, viene definita come una "*legal fiction*" secondo la quale, per l'appunto, la società è una persona capace di commettere un reato. Occorre allora riflettere, secondo Cressey, sul fatto che una simile impostazione è basata sull'assunto erroneo secondo il quale le organizzazioni pensano e agiscono. Il problema, sottolinea Cressey, è rappresentato dal fatto che se le società non fossero concepite come persone, nessuno potrebbe citarle in giudizio o anche solo concludere un contratto con esse. Il problema è che chiunque volesse davvero cercare di comprendere i *white-collar crimes* risulterebbe spiazzato dall'affermazione secondo la quale le società sono persone come le altre. Questo antropomorfismo appare fuorviante, dal momento che le società non "sanno" o "complotano", ma sono delle entità "possedute", gestite e amministrare da persone in carne ed ossa. Da qui Cressey afferma, dunque, che per ragioni di carattere pratico può anche essere necessario che il legislatore, i giudici ed i *prosecutors* ritengano che le società possano commettere reati, ma non ha senso che tale finzione possa essere mantenuta dagli scienziati (418). Chiaramente, sostiene Cressey, la criminalità delle società non può essere spiegata con gli stessi principi causali utilizzati per spiegare la criminalità delle persone fisiche. Nelle corti, infatti, l'affermarsi della finzione secondo la quale anche le società commettono reati, rappresenta una scossa al principio fondamentale del diritto penale secondo il quale l'attore deve agire con l'intento di commettere un reato.

Dunque, secondo Cressey, la vera ragione per cui si ammette la punibilità delle società è essenzialmente di natura pragmatica, per

¹⁸ D.R. Cressey, Poverty of Theory in Corporate Crime Research, in AA.VV., White Collar Crime, Classic and Contemporary Views, III ed., The Free Press, New York, 1995, pp. 413 e ss.

superare difficoltà di carattere probatorio circa le responsabilità dei dirigenti. Conseguenza di ciò è che seppure il legislatore, per ragioni di convenienza, possa prevedere una forma di responsabilità penale delle società, la criminalità aziendale non può certo essere spiegata dallo scienziato con gli stessi principi causali con cui si spiega la criminalità delle persone reali. I *corporate crimes* e gli *organizational crimes* sono, dunque, un fenomeno di pura finzione.

Ciò che qui interessa è che Cressey spiega perfettamente le diverse finalità dello scienziato e del giurista. Lo scienziato, infatti, deve spiegare i fenomeni, mentre il giurista deve preoccuparsi di concetti normativi come quello di responsabilità.

Ma, al di là di ciò, le ragioni di natura pragmatica che hanno portato diverse legislazioni a prevedere sia i *corporate crimes* che i c.d. "*organizational crimes*" non sono certo legate solamente a ragioni di carattere probatorio. Altrimenti, ai fini dell'irrogazione di sanzioni pecuniarie sarebbe stata certamente sufficiente la responsabilità civile o amministrativa.

Particolarmente significativo è quanto scrive Cressey in conclusione del suo lavoro (428). Cressey, infatti, afferma di non voler affatto sostenere che le società non commettano reati. I criminologi devono accettare che la legge tratti le società come persone. Ciò che Cressey intende è che dal punto di vista dell'analisi criminologica le società non possono essere intese come persone, ma l'analisi criminologica è sociologica. La criminologia è la sociologia dei comportamenti devianti.

Ancora una volta, dunque, il problema è di prospettiva. Non si possono, infatti, sovrapporre i profili di carattere sociologico o criminologico con quelli di carattere giuridico.

All'individualismo metodologico si contrappone, come detto in precedenza, il collettivismo metodologico. Secondo tale impostazione, i gruppi sociali non potrebbero essere raffigurati come semplici aggregati di persone ed il gruppo sarebbe qualcosa di più e di diverso rispetto alla somma dei membri che lo compongono.

Il primo ad aver elaborato una teoria realista della persona giuridica fu Otto von Gierke (Mongillo, pp. 105 e ss.), secondo il quale la persona giuridica sarebbe un organismo naturale, un fenomeno della vita sociale dotato di esistenza effettiva ancor prima di qualsiasi riconoscimento legislativo. L'insegnamento di Gierke venne valorizzato dal noto penalista von Liszt, capostipite della Scuola moderna del diritto penale.

Ancora una volta, però, Mongillo sembrerebbe fare una certa confusione di concetti. Un conto, infatti, è affermare che la persona giuridica sia un organismo naturale, altro è invece sostenere che la persona giuridica rappresenti un fenomeno della vita sociale dotato di esistenza effettiva prima di qualsiasi riconoscimento legislativo.

Diverso però il discorso che viene affrontato dalla sociologia nel tentativo di spiegare il comportamento di tali soggetti. Se, cioè, sia ipotizzabile una spiegazione dei comportamenti degli enti collettivi che non sia anche la spiegazione dei comportamenti dei singoli soggetti che li compongono. Che le persone giuridiche rappresentino un fenomeno della vita sociale non credo possa essere revocato in dubbio nemmeno dai sostenitori dell'individualismo metodologico.

Passata in rassegna anche l'evoluzione del collettivismo metodologico, Mongillo si schiera decisamente in favore della metodologia individualistica (40). Ciò perché qualsiasi assunto olistico circa l'esistenza di organismi intesi come soggetti autonomi, in grado di prendere decisioni, sarebbe tanto inutile quanto indimostrabile con gli strumenti del processo penale, ma anche dallo scienziato sociale. Rileva in proposito Mongillo come nei modelli filosofici dell'ente collettivo come "*moral agent*" risulti difficile cogliere la linea deduttiva che da un certo grado di complessità organizzativa culmini nella capacità dell'ente di esprimere delle proprie intenzioni, «In realtà l'ente è un insieme di relazioni e la responsabilità è sempre e solo colposa». Si chiede, allora, la stessa dottrina citata se il fatto che l'ente non possa strutturalmente agire con dolo non rappresenti già questo la prova del fatto che non può essere soggetto penalmente

responsabile. Ma per giungere a simili conclusioni non c'era certo bisogno di scomodare l'analisi sociologica.

E comunque l'affermazione di Mongillo prende le mosse da una concezione della colpa che è solo ed esclusivamente normativa, di contrarietà alle norme giuridiche dal contenuto precauzionale. Ma il problema circa la riconoscibilità di una responsabilità penale anche in capo agli enti non è tanto legato alla possibilità o meno di riconoscere l'ente come soggetto capace di intenzioni quanto, ancora prima, al fatto di riconoscere nell'azione posta in essere dall'ente un'azione cosciente e volontaria, così come richiesto dall'art. 42 del nostro Codice penale.

Si possono allora elaborare, sempre sulla base della nostra Carta costituzionale, dei principi fondamentali per un diritto penale degli enti collettivi?

Rileva Mongillo come la norma comportamentale non può che essere indirizzata a soggetti razionali ed autocoscienti ed anche la nozione di cultura organizzativa non può prescindere dai soggetti che creano una simile cultura, dove il ruolo principale appartiene al c.d. *top management* (43).

Ma anche da parte della dottrina anglosassone (Laufer) è stato messo in dubbio il concetto di "colpa di organizzazione". Osserva, infatti, in proposito la dottrina appena citata (11) come i *prosecutors*, nella repressione delle frodi aziendali, prendano di mira le condotte degli individui, per poi però parlare enfaticamente delle stesse frodi come di un problema organizzativo, interrogandosi in quali casi la responsabilità ed il rimprovero per la condotta di un individuo dovrebbe essere attribuiti alla società. L'Autore illustra la proposta di una *Constructive Corporate Fault*, che rappresenta un superamento del modello di imputazione del tutto fittizio e riconducibile alla responsabilità oggettiva, del diritto vigente. Tale modello di responsabilità parte dal presupposto che le persone giuridiche si distinguono dalle persone fisiche, tra le altre cose, sulla base della loro struttura, dei processi decisionali, del modo in cui operano e della

loro complessità. Preso atto di questo, Laufer sostiene che l'intervento penale dovrebbe essere riservato solamente alle ipotesi in cui il reato sia stato commesso da soggetti le cui «azioni ed intenzioni sono collegate in modo tale da riflettere caratteristiche e qualità proprie della società». Il riconoscimento di una volontà collettiva è giustificato solamente quando gli individui sono tra loro in una relazione tale per cui assumono finalità ed obiettivi diversi da quelli che avrebbero avuto singolarmente. La teoria della "Constructive Fault" consiste, dunque, nello spostare l'indagine verso l'identificazione di atti e di una volontà dell'organizzazione in quanto tale, anziché quella di un singolo soggetto. Ciò si basa sul presupposto che «gli enti sono molto di più delle azioni di un singolo agente» (14).

Ma al di là del differente approccio metodologico, individualistico o collettivistico, ciò che rileva ai fini della nostra trattazione è che la responsabilità da reato oramai generalmente riconosciuta in capo agli enti, a prescindere dalla natura giuridica ad essa riconosciuta, penale o amministrativa, trova il suo fondamento nella c.d. "colpa di organizzazione". Come rilevato anche da Mongillo, la responsabilità dell'ente si fonda su di un'organizzazione interna deficitaria, e tale modello di responsabilità appare sicuramente più in sintonia con il principio della personalità della responsabilità penale (192). È solo, infatti, una corretta organizzazione a consentire all'ente di andare esente da responsabilità, e la strada intrapresa in tal senso dall'Italia si sta via via estendendo anche ad altri paesi. L'adozione dei modelli organizzativi da parte delle società serve, infatti, a spezzare quel vincolo concorsuale o "pseudoconcorsuale" che si potrebbe potenzialmente instaurare tra l'autore del reato presupposto e l'ente nell'interesse del quale il reato si commette.

Ma, ancora una volta, Mongillo compie un salto logico. Se da una parte è vero che una responsabilità fondata sul difetto di organizzazione sembrerebbe essere in maggiore sintonia con il principio della personalità della responsabilità penale, lo stesso Mongillo dimentica però che ad agire sono le persone fisiche e non gli

enti.

Al di là di ciò, nella ricostruzione dell'illecito commesso dall'ente occorre rilevare come anch'esso si componga di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole. Una volta riconosciuta la natura colposa della responsabilità dell'ente ai sensi del D.lgs. 231/2001, il problema è dunque rappresentato dalla difficoltà di individuazione e determinazione dei parametri alla stregua dei quali valutare la correttezza del sistema organizzativo e preventivo dell'ente. Si tratta, né più né meno, della medesima difficoltà che abbiamo evidenziato, più in generale, per le regole di *corporate governance*.

La dottrina statunitense (Miller) sottolinea come nelle società di grandi dimensioni, dove la responsabilità può essere diffusa e le decisioni vengono prese a differenti livelli, può essere difficile determinare se qualcuno avesse effettivamente le conoscenze e l'intento criminale in modo tale da poter stabilire la sua responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio (pp. 230 e ss.). Rileva Miller come ciò sia particolarmente corretto quando occorre determinare la responsabilità degli amministratori o comunque degli "executives" di alto livello, che possono rimanere isolati nella loro attività quotidiana da dove si verifica l'illecito. Quando il reato non viene commesso direttamente da un amministratore o, comunque, da un soggetto apicale, a che titolo sarà possibile coinvolgerlo? Come ci siamo già chiesti in precedenza, che forma di responsabilità può derivare dalla mancata adozione di un *corporate compliance*?

Il problema, sottolinea ancora Miller, è rappresentato dal fatto che le società non sono essere umani (305), come è possibile allora riconoscere in capo ad una società la *mens rea* richiesta per la responsabilità penale? A ciò si aggiunga che le società non possono certo essere imprigionate o condannate a morte e quindi la sanzione più effettiva per tali realtà non può che essere la sanzione pecuniaria (in realtà, come previsto dal D.lgs. 231/2001, anche le sanzioni interdittive possono avere una notevole efficacia). Ma la sanzione pecuniaria può essere irrogata anche attraverso un'azione civile che,

peraltro, non presenta gli svantaggi, a livello di onore probatorio, e le garanzie costituzionali dell'azione penale. Come però detto in precedenza, la responsabilità civile non presenta lo stesso stigma e lo stesso grado di effettività della sanzione penale.

Vi è poi un altro problema rappresentato dal fatto che il peso della sanzione pecuniaria spesso viene sostenuto dagli azionisti che, però, non hanno alcuna responsabilità, mentre le società possono agire solamente tramite i loro "agenti" e gli agenti possono essere perseguiti in caso di violazione di legge. È il problema, a cui si è più volte accennato in precedenza, della personalità della responsabilità penale e del divieto di responsabilità per fatto altrui. Non v'è dubbio, infatti, che gli azionisti, così come anche altri soggetti, sostengono il peso della sanzione penale conseguenza della condotta di terzi.

Miller riconosce come a dispetto di quanto sostenuto e della profonda attenzione al fenomeno, la legittimità della responsabilità penale delle società rimane un fenomeno particolarmente complesso.

Si tratta comunque di una forma di responsabilità, come sottolineato da Miller, che ha dovuto fronteggiare diverse criticità, sollevate soprattutto da quella parte di studiosi di diritto penale che si erano espressi sull'impossibilità di conciliare i principi liberali in tema di responsabilità con le azioni poste in essere dai "*nonhuman actors*", sulla scorta del noto principio "*no soul to be damned and no body to be kicked*". In particolare non si riusciva a vedere l'utilità di riconoscere una forma di responsabilità penale in capo agli enti, posto che la sanzione ad essi applicabile è comunque una sanzione di natura pecuniaria.

A dispetto di ciò, rileva comunque Miller come la responsabilità penale delle società si sia sviluppata rapidamente nel sistema giuridico (pp. 306 e ss.), sulla base della dottrina già citata in precedenza del *respondeat superior*. Ed infatti, in tema di reati dei colletti bianchi, lo strumento rappresentato dalla responsabilità penale degli enti è diventato, soprattutto a livello federale, uno strumento centrale. La problematica, come evidenziato da Miller, si è

sviluppata in tre direzioni: 1) la retribuzione nei confronti di entità giuridiche “non umane” è un non senso ed è inutile; 2) un profondo scetticismo sul fatto che il diritto penale possa effettivamente aggiungere un utile contributo alla regolamentazione delle società, nonostante queste possano soffrire esclusivamente di sanzioni pecuniarie; 3) un impulso popolare a condannare le società per i danni cagionati alle persone.

Preso atto di questo terzo indirizzo, l'Autore sottolinea come l'esistenza di un'influenza da parte dell'istituzione sul soggetto individuale spiega sia l'impulso ad incolpare le società e sia la ragione per la quale tale impulso possa influenzare il comportamento delle società rendendo meno attraente le condotte illecite.

Miller riconosce in tal modo alla responsabilità una nuova funzione sociale. La sanzione penale adottata nei confronti degli enti spiega, dunque, il suo effetto di prevenzione generale e di prevenzione speciale. Assume un'importanza rilevante per la politica criminale. Un'organizzazione può essere rimproverata per una condotta illecita con una sorta di valutazione morale caratteristica del giudizio penale e sulla base della relazione esistente tra l'organizzazione e l'illecito. Si tratta, ancora una volta, di un approccio di carattere normativo che prende atto delle istanze di punizione derivanti dalla realtà fenomenica e le traduce in concetti giuridici.

Venendo al nostro tema circa i riflessi della *corporate governance* e *corporate compliance* sulle responsabilità penali, sottolinea Miller come un'arma chiave nell'arsenale a disposizione contro la violazione di norme di regolamentazione sia rappresentato dai c.d. *compliance programs* interni. Tali *compliance programs*, che noi traduciamo nel nostro ordinamento come “modelli organizzativi”, per poter spiegare il loro effetto di esclusione o di mitigazione delle pene devono, però, essere effettivi. Il problema è, dunque, rappresentato dalla difficoltà di determinare quando i *compliance programs* possano ritenersi “effective”.

Occorre, comunque, tenere conto del fatto che ogni società ha una

sua caratteristica, storia, cultura differenti e, dunque, qualsiasi tentativo di specificare gli ingredienti di un *program* effettivo a livello dettagliato non potrà che generare dei risultati fallimentari (19). Nessun organo regolatore, nessun *prosecutor* potrà sperare di conoscere i meccanismi interni di un'organizzazione meglio di un *manager* che spende nell'organizzazione la propria attività professionale. I requisiti di organizzazione, se articolati ad un eccessivo livello di dettaglio, sono destinati ad inefficienza, mentre l'approccio migliore per il Governo è quello di identificare dei componenti chiave e dei principi generali, lasciando poi la normativa di dettaglio alle singole organizzazioni.

A quanto precede si aggiunga che, come ancora sottolineato da Miller, i Governi tendono generalmente a richiedere un livello di *compliance* superiore rispetto a quanto non sia ottimale a livello sociale. Proprio per tali ragioni, le Corti dovrebbero valutare i *programs* limitandosi a valutare che non siano strutturati in maniera irragionevole e che non siano amministrati e gestiti in maniera irrazionale e disonesta. Un *program* effettivo deve, infatti, rappresentare un "porto sicuro" nei confronti della responsabilità e proprio tale ragione dovrebbe suggerire che un *compliance program* effettivo dovrebbe rappresentare una assoluta *defense* nei confronti della responsabilità.

Quanto precede deve fare i conti con il fatto che, come detto in precedenza, non è semplice stabilire quando un *program* possa essere considerato effettivo. Ed il fatto che sia occorsa una violazione non significa necessariamente il *program* fosse ineffettivo.

Volendo tirare le fila di questo complesso discorso, si deve necessariamente partire dal presupposto che il nostro legislatore, nel 2001, con il D.lgs. n. 231, ha compiuto una scelta ben precisa nel riconoscere per gli enti una forma di responsabilità da reato, sebbene dalla natura incerta. Il fondamento di tale responsabilità, al di là di tutti i ragionamenti circa la possibilità di riconoscere anche per gli enti una responsabilità di natura penale, è stata ben individuata dalla

dottrina statunitense (Miller), che ha sottolineato come l'impulso ad incolpare le società sia da rinvenirsi nell'esistenza di un'influenza da parte dell'istituzione sul soggetto individuale. L'ente è, dunque, responsabile quando il soggetto che pone in essere la condotta illecita non agisce per perseguire un proprio interesse, ma per perseguire l'interesse dell'ente stesso. Questa è stata la scelta del nostro legislatore che, all'art. 5 del D.lgs. 231/2001 ha previsto che l'ente sia punibile solamente se il soggetto abbia agito nel suo interesse o vantaggio. C'è una sorta di "pressione morale" esercitata dall'ente sul soggetto ed è proprio questa pressione morale a rappresentarne il fondamento della responsabilità. Ed è proprio per questa ragione che la sanzione può davvero spiegare il suo effetto di prevenzione generale e di prevenzione speciale.

Una corretta *governance* ed una corretta *compliance* non possono allora non passare anche per una corretta gestione di quanto richiesto agli enti dal D.Lgs. 231/2001.

Il discorso, apparentemente semplice e lineare diventa più complesso se calato nella nostra realtà imprenditoriale, ancora legata ad un capitalismo di tipo padronale, dove il titolare dell'azienda che si percepisce come onesto e ritiene di agire onestamente fatica a comprendere il senso di tutta una serie di adempimenti di carattere formale che ne ingessano l'operato.

È difficile riconoscere nell'azienda padronale un'"anima" distinta da quella dei soggetti (*rectius* dal soggetto, il padrone) che la compongono. Si tratta di un discorso di carattere esclusivamente culturale, che poco ha a che vedere con l'aspetto normativo e, soprattutto, con la minaccia penale.

Ma come si è detto all'inizio del presente lavoro, l'imprenditore, anche se si percepisce come onesto, deve rendersi conto che il rischio penale prescinde del tutto dall'onestà o meno di chi fa impresa. L'attività d'impresa, infatti, è un'attività intrinsecamente pericolosa e solo un'attenta analisi e gestione del rischio possono mitigare anche il rischio di incorrere in responsabilità penali.

Problematiche fiscali degli immobili dei professionisti e spunti di riforma

(*) Relazione al Convegno su "L'impatto della riforma fiscale sulle professioni", Confcommercio, 11 febbraio 2022.

di **Giuseppe Melis**

Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "LUISS Guido Carli"

ABSTRACT

The article examines the main tax issues related to the real estate of self-employed persons, with regard to income tax, VAT and the real estate wealth tax (IMU), highlighting possible solutions in view of the tax reform currently under discussion.

SINTESI

L'articolo esamina le principali problematiche fiscali degli immobili dei professionisti, in materia di imposte sui redditi, IVA e IMU, evidenziandone possibili soluzioni in vista della riforma tributaria in corso di discussione.

SOMMARIO

1. Introduzione - **2.** Le spese di acquisizione degli immobili strumentali - **3.** Le spese di acquisizione degli immobili ad uso promiscuo - **4.** I costi di manutenzione - **5.** La disciplina IVA - **6.** L'indeducibilità dell'IMU per gli immobili ad uso promiscuo