

RIVISTA
TRIMESTRALE
DI DIRITTO
DELL'ECONOMIA

RASSEGNA
DI
DOTTRINA
E
GIURISPRUDENZA

DIREZIONE SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - R. Mc CORMICK
F. MERUSI - G. MONTEDORO - C. PAULUS

2 / 2019

ISSN: 2036 - 4873

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

WWW.RTDE.LUISS.IT

La sede della Rivista è presso
la Fondazione G. Capriglione Onlus,
Università Luiss G. Carli,
Viale Romania 32, 00197 Roma.

Direzione Scientifica

G. Alpa - M. Andenas - A. Antonucci - F. Capriglione - R. Masera
F. Merusi - R. McCormick - G. Montedoro - C. Paulus

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato Editoriale

A. Tucci - V. Lemma - E. Venturi - D. Rossano - N. Casalino - A. Troisi

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere
riprodotti dalla Fondazione G. Capriglione Onlus su altre
proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Autorizzazione n. 136/2009, rilasciata dal Tribunale di Roma in data 10 aprile 2009.

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

L. Ammannati, S. Amorosino, E. Bani, P. Benigno, R. Bifulco, A. Blandini, C. Brescia Morra, M. Brogi, R. Calderazzi, E. Cardi, A. Cilento, M. Clarich, A. Clarizia, G. Colavitti, F. Colombini, G. Conte, P. E. Corrias, C. G. Corvese, L. De Angelis, M. De Benedetto, P. De Carli, C. De Caro, P. de Gioia Carabellese, M. De Poli, G. Desiderio, L. Di Brina, L. Di Donna, G. Di Gaspare, F. Di Porto, G. Di Taranto, V. Donativi, M. V. Ferroni, L. Foffani, C. Fresa, P. Gaggero, I. Ingravallo, C. Irti, R. Lener, L. Ludovici, M. B. Magro, F. Maimeri, A. Mangione, G. Martina, S. Martuccelli, M. Maugeri, R. Miccù, F. Moliterni, S. Monticelli, G. Napolitano, G. Niccolini, A. Niutta, M. Passalacqua, M. Pellegrini, M. Rabitti, N. Rangone, P. Reichlin, R. Restuccia, A. Romano, A. Romolini, C. Rossano, C. Russo, I. Sabbatelli, F. Sartori, A. Sciarrone, M. Sepe, G. Sicchiero, D. Siclari, G. Terranova, G. Tinelli, V. Troiano, A. Urbani, P. Valensise, A. Zimatore

REGOLE DI AUTODISCIPLINA PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi inviati alla Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia sono oggetto di esame da parte del «Comitato scientifico per la valutazione» secondo le presenti regole.

1. Prima della pubblicazione, tutti gli articoli, le varietà, le note e le osservazioni a sentenza inviati alla *Rivista* sono portati all'attenzione di due membri del *Comitato*, scelti in ragione delle loro specifiche competenze ed in relazione all'area tematica affrontata nel singolo contributo.
2. Il contributo è trasmesso dalla *Redazione* in forma anonima, unitamente ad una scheda di valutazione, ai membri del *Comitato*, perché i medesimi – entro un congruo termine – formulino il proprio giudizio.
3. In ciascun fascicolo della *Rivista* sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del *Comitato* che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
4. In presenza di pareri dissenzienti, la *Direzione* si assume la responsabilità scientifica di procedere alla pubblicazione, previa indicazione del parere contrario dei membri del *Comitato*.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la *Direzione* promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle indicazioni dei membri del *Comitato*, assumendosi la responsabilità della verifica.

I CONTRIBUTI DEL PRESENTE FASCICOLO SONO STATI VALUTATI DA:

A. Cilento, L. Di Brina, P. Gaggero, R. Miccù, F. Moliterni,
M. Pellegrini, I. Sabbatelli, M. Sepe, D. Siclari, V. Troiano

PARTE PRIMA

ARTICOLI

PIERLUIGI CIOCCA – <i>Visioni demonologiche della finanza (Negative visions of finance: a déjà vu)</i>	174
GIOVANNI CASTALDI – <i>Servizi di pagamento e moneta elettronica: la disciplina antiriciclaggio dei collaboratori esterni (Payment services and electronic money: the anti-money laundering regulation of external collaborators)</i>	180
ALESSANDRA CAMEDDA – <i>Sanità digitale e contratto di assicurazione: un nuovo connubio (Digital Health and Insurance: a new union)</i>	207
ROBERTO CARATOZZOLO – <i>La virtualizzazione delle valute: prospettive regolatorie tra opportunità da cogliere e rischi da evitare (The virtualization of currencies: regulatory perspectives between opportunities to be taken and risks to be avoided)</i>	237

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

DIEGO ROSSANO – <i>Il Tribunale UE boccia la Commissione europea sul caso Tercas (The General Court of the European Union rejects the European Commission in the Tercas case), nota a sentenza del Tribunale UE del 19 marzo 2019</i>	1
FRANCESCO GUARRACINO – <i>Il sindacato giudiziale sugli atti preparatori delle procedure di autorizzazione all’acquisizione di partecipazioni qualificate: il caso Berlusconi (Judicial review of national preparatory measures in the procedure for authorising acquisitions of qualifying holdings: the Berlusconi case-law), nota a sentenza del Consiglio di Stato del 3 maggio 2019, n. 2890</i>	36

PARTE PRIMA

ARTICOLI

VISIONI DEMONOLOGICHE DELLA FINANZA *

(Negative visions of finance: a déjà vu)

ABSTRACT: *Globalisation, Lehman, slow growth in the West and other factors revived critiques, popular in the past, against banking and finance. The paper rejects those arguments. It restates the schumpeterian conviction that good finance is a basic prerequisite for economic development and social mobility. On the other hand, bad finance can be better countered by regulation, supervision, and lending of last resort.*

Le banche, la finanza, non sono mai state popolari. Richiese millenni il superamento della diatriba intorno a usura, interesse, profitto: dal tempo del Deuteronomio (“non presterai a usura al tuo fratello, ma allo straniero”), passando per la riscoperta da parte dei glossatori medievali della laicità del diritto romano, sino a Giovanni Calvino (“forse che il danaro non è, come il campo e la casa, fruttifero?”). Nonostante Calvino ancora nel 1976, dopo quattro secoli di capitalismo mercantile e poi industriale, Guido Carli fu chiamato a tenere a Basilea, nella terra degli gnomi del danaro, una conferenza su “Why Banks Are Unpopular”. La concluse citando, da *Alice nel paese delle meraviglie*, l’ippopotamo scambiato per un banchiere che scendeva dal tram: “Se si ferma a cena, nulla resterà per noi”, pensava dei banchieri Lewis Carroll.

Ciò a cui oggi si assiste riecheggia San Bernardino da Siena e Sant’Antonino da Firenze quanto a visioni negative, demagogiche, demonologiche della finanza. Della finanza si stigmatizzano globalizzazione, sovrabbondanza, improduttività, instabilità, come pure la perdita di sovranità che essa imporrebbe agli stati nazionali.

*Si riproduce il testo di sintesi della lezione tenuta dal prof. Pierluigi Ciocca nel Master sulla ‘Regolazione dell’attività finanziaria’ (Roma, Università Luiss - G. Carli, 3 maggio 2019).

Se un capitalismo senza finanza è duro da immaginare, si vagheggia un capitalismo “buono”, che la finanza renderebbe “cattivo”.

Dissentito. Dissento per dovere, dato il mio passato di banchiere centrale. Dissento perché tali visioni non hanno fondamento analitico.

Globalizzazione della finanza? Certo, ma con qualificazioni. Non è una novità. L’eccezione furono i brutti anni che precedettero e immediatamente seguirono la seconda guerra mondiale. Rispetto al 1998 nel 2007 i flussi lordi dei capitali erano saliti al 45% del Pil dei paesi interessati, ma sono poi ridiscesi all’originario 10% dopo la crisi Lehman. Un mercato integrato è preferibile a un mercato segmentato. Nell’area dell’euro, prima della crisi Lehman e una volta superata la crisi, sono migliorati sia gli indicatori d’integrazione finanziaria basati sui prezzi (convergenza di quotazioni e rendimenti dei titoli) sia quelli basati sulle quantità (titoli emessi da residenti di un paese membro detenuti dai residenti di altri paesi membri). Anche per questo al netto dei premi al rischio i tassi d’interesse a lunga nell’Euroarea sono scesi dal 5% del 2002 all’attuale 1%, livello nominale fra i più bassi della storia, prossimo al saggio d’inflazione. Altra questione – insegnano Keynes e Tobin – è l’eccessiva libertà di movimento concessa ai capitali a breve, speculativi.

Troppa finanza? Troppa rispetto a che, a quale soglia critica, a quale valore ottimale? Raymond Goldsmith – maestro dei conti finanziari – immaginò un limite tendenziale dei crescenti rapporti degli strumenti della finanza rispetto alla ricchezza reale. Ipotizzò un asintoto di 1,5, su basi che sapeva sperimentali. Già alla fine del secolo scorso – prima che la parola “globalizzazione” divenisse di moda - il rapporto FIR superava 2 negli Stati Uniti e in Francia, sfiorava 3 nel Regno Unito. Oggi è ancora più alto. E allora? Negli ultimi due decenni, nei paesi del G7, più che le attività finanziarie delle famiglie e le passività finanziarie delle imprese, sono aumentati – raddoppiando rispetto al Pil – i rapporti fra gli intermediari, e l’interbancario è par-

ticolarmente difficile da inscrivere nello schema di Goldsmith.

Finanza improduttiva? Sempre negli ultimi due decenni insieme alla finanza è cresciuto il Pil del mondo: poco meno del 4% l'anno, la migliore performance degli ultimi due secoli, inferiore solo all'irripetibile 5% del 1950-1973. L'econometria più aggiornata (Beck, T.-Levine, R. (eds.), *Handbook of Finance and Development*, Elgar, Cheltenham, 2018) si è ispirata, e ha confermato sul piano empirico, lo Schumpeter teorico del 1911: "Il credito è l'eforo dell'economia di scambio", del suo sviluppo. I profitti non distribuiti coprono solo una parte dell'accumulazione di capitale, il resto essendo finanziamento esterno. Più finanza e finanza utilmente innovativa hanno voluto dire più crescita, perché risorse da investire sono affluite alle imprese che prospettavano produttività, alto rendimento, rischio basso o gestibile. L'eccezione italiana attuale è solo apparente: se la finanza del Paese non si fosse radicalmente trasformata tra il 1980 e i primi anni duemila la successiva non-crescita dell'economia, dovuta a fattori reali e strutturali, sarebbe risultata ancor più deludente.

Finanza instabile? Sì, ma in particolare se sono carenti le regole prudenziali, la vigilanza, il credito di ultima istanza. Il capitalismo è per sua natura, intrinsecamente, irrimediabilmente instabile. Lo è nella sfera "reale", prima ancora che in quella finanziaria. I modelli matematici del ciclo post-Keynes – Hicks, Samuelson, Kalecki, Goodwin, Metzler – non includevano moneta e finanza. L'instabilità era tutta "reale": volatilità degli investimenti rispetto al risparmio, e ritardi vari. Keynes, in realtà, era stato...salomonico. Vedeva due ordini di rischi, su cui il mio amico Hy Minsky avrebbe poi elaborato. Cito, con una piccola crasi, dalla pagina 144 della *General Theory*: "Se l'imprenditore investe solo il proprio danaro l'unico rischio che conta deriva dai dubbi che sorgono nella sua mente riguardo alla probabilità di realizzare davvero il rendimento che spera di ottenere. Ma allorché esiste un sistema di

debito e credito diviene rilevante un secondo tipo di rischio, che possiamo dire rischio del creditore". In altre parole, l'instabilità può essere sia "reale" sia "finanziaria". Storicamente sono accadute crisi reali ma non anche finanziarie; crisi finanziarie ma non anche reali; crisi reali e finanziarie, le più frequenti. E' stato, quest'ultimo, anche il caso della crisi del 2008-2009. Molti la considerano finanziaria nella genesi, oltre che negli sviluppi. E' verissimo che gli intermediari falliti, banche, fondi, *broker-dealers* avevano assunto, come spesso classicamente fanno, alti rischi con un alto *leverage*. Non c'entrano molto la *securitization*, i derivati, lo *shadow banking*. Ma la radice della crisi fu politica. Da Clinton a Bush l'amministrazione americana, a caccia di consenso di fronte ai salari schiacciati dalla concorrenza cinese, aveva favorito i meno abbienti nell'acquisto della casa con mutui ipotecari che il valore dell'immobile avrebbe garantito. I prezzi degli immobili raddoppiarono dal 2000 al 2006 per poi cedere di un terzo nel triennio successivo. Ciò non era mai avvenuto nell'intero territorio degli Stati Uniti. Quindi si rivelò impossibile la diversificazione del rischio basata sulla tradizionale varianza territoriale delle quotazioni immobiliari, a cui i finanziatori erano assuefatti e su cui contavano. Le garanzie dei mutui ipotecari si dissolsero. A una vigilanza frammentata, blanda, le autorità monetarie unirono una pessima, schizofrenica, gestione degli intermediari in dissesto: salvarono Bear Stearns il 14 marzo del 2008, non salvarono Lehman il 15 settembre, poche ore dopo salvarono il colosso assicurativo AIG (American International Group), ***esposto nell'assicurazione dei crediti ipotecari, con un prestito di 85 miliardi di dollari garantito da azioni del gruppo. Il mercato impazzì. Nel caso Lehman, terrorizzati dai rischi legali, Paulson, Bernanke e Geithner diedero un'interpretazione restrittiva della Section 13(3) dello statuto della Fed concernente il credito di ultima istanza. La Fed avrebbe potuto intervenire, se avesse discrezionalmente considerato "soddisfacenti" le garanzie che Lehman offriva. Poi si***

sarebbe discusso, persino nei tribunali, se e quanto quelle garanzie fossero prive di effettivo valore. Ma gli Stati Uniti avrebbero evitato nel 2008-2009 la più pesante caduta del Pil dal 1946 (-2,8%) e il popolo americano la perdita di centinaia di miliardi di dollari.

Impotenza degli Stati sovrani? Assolutamente no. *I Rothschild dell'Ottocento decidevano della guerra e della pace, erano molto più influenti degli anonimi fondi d'investimento attuali.* La politica economica nazionale resta fattibile nonostante la finanza. La stessa politica monetaria conserva ampi gradi di libertà, se i tassi di cambio sono flessibili come oggi è fra le principali valute. Le politiche di bilancio, strutturali, dei redditi restano nel pieno dominio delle autorità nazionali. In Italia i limiti di queste politiche persistono da decenni, ma sono tutti interni alle classi politiche e dirigenti del Paese, non dipendono da vincoli esterni.

In conclusione, la finanza è cruciale. Va, tuttavia, governata affinché sia per quanto possibile efficiente e solida e contribuisca alla crescita e alla stabilità di un'economia di mercato capitalistica. L'economia italiana dal 1992 ha ristagnato per cause reali e strutturali, mentre il sistema bancario e finanziario del Paese migliorava. Sempre in Italia dopo il 2007 si è sperimentata la più acuta delle recessioni, col Pil sceso del 10%. Nondimeno, grazie alla buona regolamentazione e alla vigilanza della Banca d'Italia sono fallite solo poche banche, per lo più piccole. La teoria dei mercati "perfetti" è tanto elegante quanto irrealistica. Ha procurato premi Nobel, ma nessun banchiere centrale l'ha fatta propria nel concreto operare. Regole, supervisione, credito di ultima istanza della banca centrale sono essenziali. Sia il rischio del debitore sia il rischio del creditore vanno tenuti a bada. Sarà anche vero, come diceva Merton Miller, Premio Nobel 1990 (*Merton Miller on Derivatives*, Wiley, New York, 1997, p.x), che "the regulators are always behind the curve", ma le stesse innovazioni finanziarie non sempre giovano all'economia. Quelle che la fe-

riscono vanno proibite, non solo per ragioni morali. Su quest'ultimo, delicatissimo punto valgono le parole di Paul Volcker, che fu al vertice della Fed dal 1979 al 1987 ed è ancora oggi, ultranovantenne, fra gli esperti più autorevoli: "Avrei gradito che mi si mostrasse un qualche legame tra *la più recente* innovazione finanziaria e la crescita dell'economia. Sto ancora aspettando" (P.A. Volcker, *Keeping at it*, Public Affairs, New York, 2018, p. 217, corsivo mio).

Pierluigi Ciocca

Accademico dei Lincei

**SERVIZI DI PAGAMENTO E MONETA ELETTRONICA:
LA DISCIPLINA ANTIRICICLAGGIO DEI
COLLABORATORI ESTERNI ***

*(Payment services and electronic money:
the anti-money laundering regulation of external collaborators)*

ABSTRACT: *The Italian legislation on external collaborators of payment institutions and electronic money institutions is excessive and confusing. This hinders the adoption of rational and efficient organizational solutions and forces many operators to establish their headquarters in other EU countries. The authorities must intervene to clarify and simplify the rules.*

SOMMARIO: 1. L'utilizzo di collaboratori esterni. – 2. La scelta della "sedes materiae". – 3. Il testo unico bancario. – 4. Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica. – 5. Il decreto antiriciclaggio. – 6. Opzioni di scelta tra le diverse categorie di collaboratori esterni. - 7. Conclusioni.

1. Per collocare i propri prodotti, gli intermediari autorizzati a prestare servizi di pagamento (banche, Poste Italiane, istituti di moneta elettronica e istituti di pagamento) e quelli abilitati a distribuire e rimborsare moneta elettronica (banche, Poste Italiane e istituti di moneta elettronica) si avvalgono spesso di reti di collaboratori esterni. Questi, grazie a una capillare presenza in determinate zone territoriali, prendono contatto con la clientela e, a seconda delle facoltà collegate alla loro qualificazione giuridica, sono abilitati a eseguire compiti meramente esecutivi ovvero a promuovere ed eventualmente anche concludere contratti in nome e per conto degli intermediari, che abbiano conferito loro il relativo mandato. Mentre le banche

*Contributo approvato dai revisori.

e Poste Italiane sono in grado di operare anche tramite propri dipendenti grazie all'articolazione delle proprie succursali, per gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento, caratterizzati in genere da strutture aziendali particolarmente leggere, il ricorso all'utilizzo di collaboratori esterni costituisce attualmente un *modus operandi* pressoché obbligato.

A tutela dell'affidamento del pubblico, le leggi disciplinanti l'attività delle banche e degli altri intermediari finanziari possono imporre ai collaboratori esterni degli intermediari il possesso di determinati requisiti di professionalità e onorabilità ed estendere la responsabilità degli atti da essi compiuti agli istituti di riferimento, direttamente o in via solidale. Nel nostro ordinamento, peraltro, l'attività di determinati collaboratori è sottoposta a una serie di ulteriori vincoli, anche di natura meramente formale, il cui rispetto comporta oneri più o meno gravosi e discutibili appesantimenti burocratici.

Nel mercato unico europeo, in cui coesistono il principio della libera prestazione dei servizi finanziari e del mutuo riconoscimento delle regole nazionali di natura prudenziale (c.d. *passaporto europeo*), anche gli oneri connessi all'utilizzo dei collaboratori esterni concorrono - come il regime fiscale e gli altri costi, sia economici che burocratici - a orientare la collocazione della sede legale e amministrativa degli intermediari.

In questo contesto di concorrenza, molti intermediari, effettuato un *arbitraggio* tra i diversi ordinamenti giuridici, si inducono a delocalizzare le proprie imprese nei paesi a più basso impatto regolamentare per svolgere poi liberamente la propria attività anche in patria, adottando a tal fine tecniche di *esteroinvestizione*.

Fino a quando le norme dei diversi Stati membri non saranno adeguatamente armonizzate, può risultare pertanto miope e autolesionistico aggravare eccessivamente, a livello nazionale, l'utilizzo delle reti di collaboratori esterni. Tanto più se, come previsto in Italia, gli intermediari che se ne servono sono comunque solidal-

mente responsabili delle azioni dei propri mandatari e, quindi, hanno tutto l'interesse ad autotutelarsi nei loro confronti.

Tutto ciò premesso e considerato sul piano generale, passiamo a esaminare le varie tipologie di collaboratori esterni previste dalla normativa italiana, caratterizzata, al riguardo, da un approccio disorganico e da numerose incertezze.

2. Le disposizioni normative sui collaboratori esterni degli intermediari abilitati alla prestazione di servizi di pagamento e alla distribuzione e rimborso della moneta elettronica sono fundamentalmente ripartite tra il Testo unico bancario (TUB)¹ e il decreto legislativo 231 del 2007, avente ad oggetto la prevenzione e il contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo (*breviter* "decreto anti-riciclaggio")².

Il Testo unico bancario costituisce senza dubbio la sede normativa più appropriata della disciplina generale dei collaboratori esterni. Lo conferma la circostanza che agli "*agenti in attività finanziaria*" fa esplicito riferimento la rubrica del Titolo VI-bis di questo basilare compendio normativo. Nel Testo unico bancario, pertanto, trovano coerente collocazione disposizioni riguardanti: la definizione delle varie categorie di collaboratori; le attività che questi sono autorizzati a svolgere; la configurazione giuridica che possono assumere; i loro requisiti; l'iscrizione in albi ed elenchi; gli obblighi che devono adempiere e le responsabilità che si assumono; i controlli ai quali sono assoggettati e le sanzioni che possono essere loro inflitte per eventuali infrazioni.

Con riferimento ai medesimi soggetti, invece, il decreto antiriciclaggio dovrebbe, per sua natura, limitarsi a stabilire le misure di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nonché a individuare le categorie de-

¹D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e successive modifiche e integrazioni.

²D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231 e successive modifiche e integrazioni.

stinatarie dei relativi obblighi, distinguendo quelli che incombono sugli intermediari da quelli che sono posti direttamente a carico dei collaboratori esterni, ai quali è affidato, in tutto o in parte, lo svolgimento dell'attività in Italia.

Le disposizioni di rango legislativo e regolamentare disciplinanti le diverse tipologie di collaboratori esterni sono state interessate negli anni da numerosi rimaneggiamenti. Anche per questo le norme in questione non costituiscono una disciplina organica, ma si presentano frammentate e infarcite di rinvii, che rendono impervia la lettura dei testi e la comprensione delle regole.

Tutto ciò premesso e considerato, passiamo a verificare come i due testi normativi dianzi citati disciplinano in concreto la materia.

3. Come noto, a fronte della vastità dei fenomeni disciplinati e delle diverse finalità perseguite dalla regolamentazione, si è da tempo affermata la prassi di far precedere i testi normativi più complessi da un elenco di definizioni che individuano il significato da attribuire a determinate espressioni nello specifico contesto normativo in cui sono utilizzate.

Anche il Testo unico bancario si adegua alla prassi, ma le definizioni iniziali non individuano in modo chiaro ed esaustivo le diverse categorie di *collaboratori esterni* e le differenze che li contraddistinguono³.

La parola "*agenti*", ad esempio, si rinviene per la prima volta nell'art. 1, comma 2, lettera i), per indicare i collaboratori esterni dei quali le banche, gli istituti di moneta elettronica (IMEL) e gli istituti di pagamento (IP) comunitari si servono per operare in Italia senza succursali, previa l'istituzione obbligatoria di soggetti o strutture denominati "*punti di contatto centrale*". Si tratta, come precisato dalla

³Né a colmare tale lacuna soccorre il comma 3-*quater* dell'art. 1 del TUB, che, "*ai fini della disciplina dei servizi di pagamento*", richiama le definizioni del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, attuativo della direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento. Anche questo decreto, infatti, non dedica particolare attenzione ai collaboratori esterni.

norma, degli "agenti di cui all'art. 128-quater" del medesimo Testo unico, che, nella versione novellata dal d.lgs. 90 del 2017, abbraccia tre distinte tipologie di soggetti:

- a) gli agenti in attività finanziaria di cui ai commi 1 e 2;
- b) gli agenti in attività finanziaria di cui al comma 6;
- c) i soggetti convenzionati e gli agenti comunque denominati di cui all'art. 1, comma 2, lettera nn) del decreto antiriciclaggio, come novellato dal d.lgs. 90 del 2017.

Per la definizione di "agenti in attività finanziaria" occorre, dunque, fare riferimento al Titolo VI-bis del TUB. Come chiarito dal comma 1 dell'art. 128-quater, infatti, "E' agente in attività finanziaria il soggetto che promuove e conclude contratti relativi alla concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma o alla prestazione di servizi di pagamento, su mandato diretto di intermediari finanziari previsti dal titolo V, istituti di pagamento, istituti di moneta elettronica, banche o Poste Italiane."

Lasciando da parte la concessione di finanziamenti, apprendiamo dunque che gli istituti di pagamento, gli istituti di moneta elettronica, le banche e Poste italiane possono avvalersi degli *agenti* come mandatari per la *promozione e conclusione* dei contratti relativi alla prestazione di servizi di pagamento ⁴. Lo stesso comma 1 stabilisce un principio di *esclusività dell'attività*. Esso, infatti, limita la capacità operativa degli agenti, stabilendo che essi, oltre alla promozione e conclusione dei contratti, possono svolgere solo attività ad esse connesse o strumentali.

Il comma 2 dell'articolo stabilisce una *riserva d'attività* a beneficio dei soggetti iscritti nell'«*apposito elenco*» tenuto dall'Organismo per la gestione degli Elenchi degli Agenti in attività finanziaria e dei Mediatori creditizi (*breviter* OAM).

I commi 4 e 5 sanciscono il principio del *monomandato*, peraltro derogabile in presenza di determinate circostanze, e quello della incondizionata *responsabilità*

⁴L'uso della congiunzione «e» anziché «o» ha portato a sostenere che la semplice promozione dei contratti disgiunta dalla conclusione degli stessi, specie quando assume carattere sostanzialmente pubblicitario, non forma oggetto di riserva di attività a favore degli agenti in attività finanziaria.

solidale del mandante per gli eventuali danni causati dall'agente. Circostanza questa che, senza necessità di prescrizioni normative, dovrebbe essere ragionevolmente sufficiente a spostare sugli intermediari l'onere di autotutelarsi contrattualmente e di vigilare sui mandatari.

Particolarmente rilevante per l'argomento che ci occupa è il comma 6 che, nell'ambito della categoria degli agenti in attività finanziaria, seleziona una sottocategoria di agenti (c.d. *agenti dei pagamenti*) che, prestando esclusivamente i servizi di pagamento, sono iscritti in una <<*sezione speciale dell'elenco*>> tenuto dall'OAM, previa verifica delle condizioni e dei requisiti stabiliti dal Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, con un apposito regolamento ⁵. Nei confronti di questi agenti, attivi solo nella prestazione di servizi di pagamento, non trovano applicazione i limiti del monomandato e dell'attività esclusiva previsti in generale per la categoria.

Una rilevante novità è contenuta nel comma 7 dell'articolo, introdotto nel TUB dal d.lgs. 90/2017, attuativo della direttiva (UE) 2015/849 (c.d. *IV direttiva anti-riciclaggio*). Per la prima volta, infatti, il Testo unico bancario prende atto dell'esistenza di una nuova categoria di collaboratori esterni: *i soggetti convenzionati e gli agenti comunque denominati di cui all'articolo 1, comma 2, lettera nn) del D.Lgs. 231 del 2007 (c.d. decreto antiriciclaggio)* ⁶.

⁵Cfr. Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 28 dicembre 2012, n. 256, recante "Regolamento concernente le condizioni e i requisiti per l'iscrizione nella sezione speciale dell'Elenco degli Agenti in attività finanziaria da parte degli Agenti che prestano esclusivamente i servizi di pagamento" in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana - Serie Generale - n. 35 dell'11 febbraio 2013.

⁶"7. La riserva di attività prevista dal presente articolo non si applica ai soggetti convenzionati e agli agenti comunque denominati di cui all'articolo 1, comma 2, lettera nn), del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e successive modificazioni, che prestano servizi di pagamento per conto di istituti di moneta elettronica o prestatori di servizi di pagamento aventi sede legale e amministrazione centrale in altro stato comunitario. Al fine di consentire l'esercizio dei controlli e l'osservanza delle misure dettate in funzione di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, i predetti istituti designano un punto di contatto centrale, ai sensi delle disposizioni di cui al Titolo II, capo V del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e successive modificazioni."

Ma, si noti bene, il Testo unico bancario non definisce la nuova categoria di soggetti convenzionati ed agenti, limitandosi a rinviare alla definizione dettata dal decreto antiriciclaggio e a precisare che, quando questi soggetti prestano servizi di pagamento per conto di intermediari comunitari a ciò abilitati, ad essi non si applica la riserva di attività prevista a favore degli agenti in attività finanziaria di cui all'art. 128-*quater* del TUB iscritti nell'elenco dell'OAM e nella relativa sezione. La formulazione utilizzata, pertanto, potrebbe ingenerare persino il dubbio, peraltro privo di fondamento logico, che di tali collaboratori esterni possano servirsi solo gli intermediari "*aventi sede legale e amministrazione centrale in altro stato comunitario*". Come si dirà il dubbio è comunque risolto dalla definizione contenuta nel decreto antiriciclaggio.⁷

Inutile dire quanto sia irrazionale che la definizione e la disciplina istituzionale di questa nuova tipologia di ausiliari degli intermediari trovi collocazione nel decreto antiriciclaggio anziché nel Testo unico bancario, accanto alle altre figure di collaboratori esterni degli intermediari ⁸.

L'espressione "*soggetti convenzionati*" appare la prima volta nel Titolo V-bis ("*Moneta elettronica e istituti di moneta elettronica*") e, segnatamente, nell'art.

⁷La lettera del Testo unico bancario (cfr. art. 128-*quater*, comma 7) è suscettibile di generare un altro dubbio, da ritenere egualmente infondato: il superamento della riserva di attività a favore degli agenti in attività finanziaria iscritti nell'elenco e nella relativa sezione speciale previsti dal Testo unico bancario (cfr. art. 128-*quater*, commi 2 e 6) riguarda solo i soggetti convenzionati ed agenti di prestatori di servizi di pagamento e istituti di moneta elettronica comunitari, annotati a cura del punto di contatto centrale nell'apposito registro pubblico informatizzato tenuto dall'OAM (art. 45 del decreto antiriciclaggio), o, pur in assenza di specifica deroga, si estende anche ai medesimi soggetti che collaborano con gli intermediari italiani? La logica e il Titolo II, Capo V, del decreto antiriciclaggio inducono ad optare senz'altro per la seconda ipotesi. Le disposizioni in questione, infatti, sono indubbiamente dirette a tutti gli intermediari che utilizzano in Italia i soggetti convenzionati ed gli agenti di cui trattasi: *in primis* ai prestatori di servizi di pagamento e agli istituti di moneta elettronica italiani, quindi, alle succursali degli intermediari esteri e, infine, ai punti di contatto centrale degli operatori comunitari abilitati ad operare in Italia senza succursale in forza del principio del mutuo riconoscimento.

⁸E' probabile che il legislatore, sensibilizzato dagli intermediari nazionali, giustamente interessati a poter operare in condizioni di parità rispetto ai concorrenti comunitari, abbia sfruttato il primo veicolo normativo a sua disposizione per riconoscere loro questa facoltà.

114-bis.1 (*Distribuzione della moneta elettronica*). In tale articolo il legislatore, da una parte, consente alle banche e agli istituti di moneta elettronica italiani e comunitari di distribuire e rimborsare la moneta elettronica tramite "*soggetti convenzionati*" non meglio definiti; dall'altra, prescrive che le banche extracomunitarie possano fare altrettanto solo se siano state autorizzate dalla Banca d'Italia a stabilire nel nostro Paese una succursale, vale a dire "*una sede che costituisce una parte, sprovvista di personalità giuridica, di una banca, un istituto di moneta elettronica o un istituto di pagamento, e che effettua direttamente, in tutto o in parte, l'attività a cui la banca o l'istituto è stato autorizzato*" (cfr. art. 1, comma 2, lett. e) del TUB).

Il Testo unico bancario abilita gli istituti di moneta elettronica a prestare anche i servizi di pagamento, e relative attività accessorie, senza necessità di ottenere a tal fine un'ulteriore apposita autorizzazione (art. 114-quater)⁹.

Gli *agenti* sono menzionati anche nell'art. 114-septies del TUB, che attribuisce alla Banca d'Italia il compito di iscrivere gli istituti di pagamento autorizzati in Italia in un apposito albo, indicandovi sia la tipologia di servizi autorizzati sia i "*relativi agenti*" che, come precisato, sono sottoposti ai poteri ispettivi della Banca d'Italia (cfr. art. 114-quaterdecies). Anche se non specificato testualmente, gli agenti in questione sono senz'altro quelli elencati nell'art. 128-quater, utilizzabili anche dagli IMEL per la prestazione di servizi di pagamento.

Nel Testo unico bancario non si richiamano nemmeno indirettamente i c.d. "*Punti operativi abilitati all'incasso ai sensi dell'art. 12, comma 2, del d.lgs. 141/2010*", ulteriore fattispecie di collaboratori esterni che - come vedremo - sembra poter svolgere un ruolo di crescente importanza a supporto dell'attività degli intermediari abilitati alla prestazione dei servizi di pagamento e alla distribuzione e rimborso della moneta elettronica.

⁹Coerentemente, gli istituti di moneta elettronica figurano, insieme alle banche e agli istituti di pagamento, tra i soggetti ai quali è riservata per legge la prestazione dei servizi di pagamento (cfr. l'art. 114-sexies).

4. Tra i compiti più rilevanti e delicati della normativa secondaria rientra ormai stabilmente quello di porre rimedio ai frequenti fallimenti delle disposizioni di rango primario¹⁰. Queste, sempre più spesso, generano dubbi interpretativi, la cui soluzione, senza l'intervento della normativa di attuazione, verrebbe a scaricarsi sui destinatari delle prescrizioni, esponendoli, peraltro, a provvedimenti sanzionatori.

Nella sua attuale formulazione, ad esempio, la bozza di nuove *Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*, posta in consultazione dalla Banca d'Italia nel luglio del 2018¹¹, non risolve i dubbi relativi alla classificazione e ai compiti delle diverse tipologie di collaboratori esterni, dei quali i prestatori di servizi di pagamento e gli istituti di moneta elettronica possono avvalersi nello svolgimento della propria attività¹². E' peraltro possibile che un contributo di chiarezza alla definizione delle diverse tipologie di collaboratori possa rinvenirsi nel provvedimento definitivo, alla cui luce le considerazioni che seguono andranno riconsiderate¹³.

Ciò premesso, si osserva preliminarmente che, dall'esame delle definizioni delle varie tipologie di collaboratori esterni contenute nella bozza di nuove *Disposizioni di vigilanza*, si ricava che i collaboratori abilitati a distribuire e rimborsare la moneta elettronica su mandato degli IMEL sono i *soggetti convenzionati* di cui all'art. 114-bis.1, comma 1, del TUB, mentre titolari di mandato in materia di pre-

¹⁰La fonte giuridica delle "*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*" va ricercata nell'art. 4, comma 1, del TUB in forza del quale: "*La Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, formula le proposte per le deliberazioni di competenza del CICR previste nel titolo II. La Banca d'Italia, inoltre, emana regolamenti nei casi previsti dalla legge, impartisce istruzioni e adotta i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza*".

¹¹Il potere normativo della Banca d'Italia in materia deriva dagli articoli 114-quinquies, comma 9, e 114-novies, comma 5-bis, del TUB.

¹²Cfr. il documento recante "*Modifiche alle disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica in attuazione della Direttiva 2015/2366/UE*" (c.d. Direttiva PSD2), pubblicato nel sito ufficiale della Banca d'Italia.

¹³Si è preferito far riferimento alla bozza di nuove disposizioni anziché a quelle formalmente vigenti, in quanto la bozza, pur non essendo definitiva, tiene già conto della normativa di recepimento della IV^a direttiva antiriciclaggio.

stazione di servizi di pagamento possono essere solo gli *agenti in servizi di pagamento* di cui all'art. 128-*quater*, commi 1 e 6, del TUB, indipendentemente dalla circostanza che il mandante sia un istituto di pagamento o un istituto di moneta elettronica¹⁴.

Tra le suddette definizioni non figurano, invece, i "*soggetti convenzionati ed agenti comunque denominati di cui all'articolo 1, comma 2, lettera nn), del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e successive modificazioni*" (c.d. *decreto anti-riciclaggio*).

Più in dettaglio, le *Disposizioni* in consultazione precisano che gli IMEL autorizzati in Italia possono avvalersi dei *soggetti convenzionati* solo per la distribuzione e il rimborso della moneta elettronica, mentre possono essere utilizzati gli *agenti* per la promozione e la conclusione di contratti relativi alla prestazione di servizi di pagamento¹⁵.

In base alla normativa in consultazione, inoltre, i rapporti degli IMEL con i *soggetti convenzionati* vanno analiticamente disciplinati con accordi scritti, redatti sulla base di uno *schema generale* riportato nelle stesse disposizioni di vigilanza¹⁶ e gli istituti sono tenuti a trasmettere alla Banca d'Italia lo schema generale adottato per stipulare i singoli accordi che, unitamente all'elenco aggiornato dei soggetti convenzionati, andrà tenuto a disposizione delle autorità di vigilanza¹⁷. Per i soggetti convenzionati non è prevista l'iscrizione negli albi ed elenchi tenuti dalla Banca

¹⁴Cfr. Disposizioni di vigilanza poste in consultazione nel luglio 2018, Capitolo I, Sezione II, pagg. 9 e 11, ove si precisa che le disposizioni, col termine "*agente*", fanno riferimento a "*l'agente di cui all'art. 128-*quater*, commi 1 e 6, del TUB*" e con l'espressione "*soggetti convenzionati con gli istituti di moneta elettronica*", fanno riferimento "*alle persone fisiche o giuridiche che, ai sensi dell'art. 114-bis.1 del TUB, distribuiscono o rimborsano la moneta elettronica per conto di un istituto di moneta elettronica*".

¹⁵Cfr. Capitolo VIII - Succursali, agenti, soggetti convenzionati e libera prestazione di servizi degli istituti - *Sezione I*

Disposizioni di carattere generale p. 96

¹⁶Cfr. Disposizioni di vigilanza poste in consultazione nel luglio 2018, Capitolo VI, Sezione II, paragrafo 2, pag. 68 e All. B, pag. 79 e ss.

¹⁷Cfr. Disposizioni di vigilanza poste in consultazione nel luglio 2018, pagg. 67 e 68.

d'Italia o dall'OAM. Il servizio di distribuzione della moneta elettronica prestato dai soggetti convenzionati può includere la stipula del contratto con il cliente, previo assolvimento degli obblighi di adeguata verifica prescritti dal decreto antiriciclaggio.

Della possibilità per gli intermediari italiani di utilizzare la nuova categoria di soggetti convenzionati e agenti introdotta dal decreto antiriciclaggio non vi è traccia nel Capitolo VII, Sezione III, delle emanande *Disposizioni di vigilanza* in materia di "Agenti e soggetti convenzionati"¹⁸. In esso, infatti, si legge che gli istituti che intendano prestare servizi di pagamento in Italia, avvalendosi di agenti di cui all'art. 128-*quater*, commi 1 e 6 del TUB, devono comunicarlo preliminarmente alla Banca d'Italia, fornendo una serie di informazioni anagrafiche sugli agenti e di assicurazioni in merito all'affidabilità dei controlli antiriciclaggio di loro pertinenza. La Banca d'Italia provvede, quindi, a iscrivere gli agenti nell'albo degli istituti di pagamento o di moneta elettronica mandatari. Le *Disposizioni* precisano in nota che gli *IMEL* non possono avvalersi di agenti per l'emissione di moneta elettronica¹⁹. Nessun cenno quindi alla esistenza della nuova categoria.

Dal tenore dei paragrafi 3 e 4 della citata Sezione III relativi, rispettivamente, all'operatività degli intermediari italiani in altri Stati comunitari e in Stati terzi, si ricava la sensazione che l'utilizzo di soggetti convenzionati ed agenti non iscritti negli elenchi di cui ai commi 2 e 6 dell'art. 128-*quater* del TUB sia possibile solo per l'operatività dei nostri istituti all'estero. Anche questi collaboratori, superato l'esame di "affidabilità", sono iscritti dalla Banca d'Italia nell'albo, rispettivamente, degli istituti di pagamento o di moneta elettronica.

La Sezione I del successivo Capitolo VIII è dedicata alla operatività in Italia degli istituti comunitari²⁰. Da essa si evince che i gli agenti e i soggetti convenzionati insediati in Italia - sotto la responsabilità di un *punto di contatto centrale* - dei quali

¹⁸Cfr. Disposizioni di vigilanza poste in consultazione nel luglio 2018, pag. 102 e ss.

¹⁹Cfr. Disposizioni di vigilanza poste in consultazione nel luglio 2018, pag. 102, nota 1.

²⁰Cfr. Disposizioni di vigilanza poste in consultazione nel luglio 2018, pag. 111 e ss.

detti istituti possono avvalersi, rispettivamente, per prestare servizi di pagamento e distribuire moneta elettronica, appartengono alla tipologia individuata dal decreto antiriciclaggio. Se ne ricava indiretta conferma da una nota ad essi riferita, che richiama l'applicazione a fini antiriciclaggio degli articoli 43, commi 3 e 4, e 45 del d.lgs. 231/2007²¹. E' la prima ed unica indiretta ammissione, da parte della bozza di nuove *Disposizioni di vigilanza*, dell'esistenza della tipologia di collaboratori esterni individuata dal decreto antiriciclaggio novellato nel 2017.

Ciò porterebbe a ritenere trattarsi di una tipologia di collaboratori ammessi ad operare in Italia solo per conto di intermediari comunitari, come d'altronde sembra desumersi dalla lettera dell'art. 128-*quater*, comma 7, del TUB. Quest'ultimo, infatti, si limita ad affermare che nei confronti dei collaboratori esterni - comunque denominati - degli intermediari comunitari abilitati ad operare nel campo dei servizi di pagamento e/o della moneta elettronica non si applica la riserva di attività prevista a favore degli agenti di cui agli articoli 1 e 6 dell'art. 128-*quater* del TUB²². Ad analoghe conclusioni porta anche la definizione di *punto di contatto centrale* di cui all'art. 1, comma 2, lett. ii) del decreto antiriciclaggio²³.

In definitiva, dall'esame delle emanande *Disposizioni di vigilanza* sembra po-

²¹Cfr. Disposizioni di vigilanza poste in consultazione nel luglio 2018, pag 112, nota 1.

²²"7. La riserva di attività prevista dal presente articolo non si applica ai soggetti convenzionati e agli agenti comunque denominati di cui all'articolo 1, comma 2, lettera nn), del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e successive modificazioni, che prestano servizi di pagamento per conto di istituti di moneta elettronica o prestatori di servizi di pagamento aventi sede legale e amministrazione centrale in altro stato comunitario. Al fine di consentire l'esercizio dei controlli e l'osservanza delle misure dettate in funzione di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, i predetti istituti designano un punto di contatto centrale, ai sensi delle disposizioni di cui al Titolo II, capo V del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e successive modificazioni".

²³Art. 1. (Definizioni). ... 2. Nel presente decreto s'intendono per: ... ii) punto di contatto centrale: il soggetto o la struttura, stabilito nel territorio della Repubblica, designato dagli istituti di moneta elettronica, quali definiti all'articolo 2, primo paragrafo, punto 3), della direttiva 2009/110/CE, o dai prestatori di servizi di pagamento, quali definiti all'articolo 4, punto 11), della direttiva 2015/2366/CE, con sede legale e amministrazione centrale in altro Stato membro, che operano, senza succursale, sul territorio nazionale tramite i soggetti convenzionati e gli agenti di cui alla lettera nn);".

tersi dedurre che, per operare nel territorio della Repubblica, gli istituti aventi sede e amministrazione centrale in Italia possano avvalersi:

1) per i servizi di pagamento, *degli agenti in attività finanziaria iscritti negli elenchi di cui ai commi 2 e 6 dell'art. 128-quater del TUB* ²⁴, e

2) per la distribuzione e il rimborso di moneta elettronica, dei *soggetti convenzionati di cui all'art. 114-bis. 1, comma 1 del TUB* ²⁵.

Nel silenzio delle disposizioni, della nuova categoria di soggetti convenzionati e agenti, comunque denominati, individuata dal decreto antiriciclaggio e richiamata dal comma 7 dell'art. 128-quater del TUB, sembrerebbe che gli intermediari italiani possano avvalersi solo per operare all'estero. L'utilizzo della nuova tipologia di collaboratori esterni sarebbe invece utilizzabile in Italia da parte degli istituti comunitari ²⁶.

Ma - come si dirà - questa interpretazione contrasta con l'art. 1, comma 2, lett. nn) del decreto antiriciclaggio che, nel dettare la definizione di *soggetti convenzionati e agenti comunque denominati, diversi da quelli iscritti negli elenchi di cui all'art. 128-quater, commi 2 e 6, del TUB*, ne consente l'utilizzo a tutti gli intermediari abilitati ad operare in Italia nel campo dei servizi di pagamento e/o della mo-

²⁴Art. 128-quater (*Agenti in attività finanziaria*) 1. *E' agente in attività finanziaria il soggetto che promuove e conclude contratti relativi alla concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma o alla prestazione di servizi di pagamento, su mandato diretto di intermediari finanziari previsti dal titolo V, istituti di pagamento, istituti di moneta elettronica, banche o Poste Italiane. Gli agenti in attività finanziaria possono svolgere esclusivamente l'attività indicata nel presente comma, nonché attività connesse o strumentali.*

- omissis -

6. *Gli agenti in attività finanziaria che prestano esclusivamente i servizi di pagamento sono iscritti in una sezione speciale dell'elenco di cui al comma 2 [elenco OAM] quando ricorrono le condizioni e i requisiti stabiliti con regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, legge 23 agosto 1988, n. 400, dal Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia. I requisiti tengono conto del tipo di attività svolta. Ai soggetti iscritti nella sezione speciale non si applicano il secondo periodo del comma 1 [attività esclusiva] e il comma 4 [monomandato].*

²⁵Cfr. art. 114-bis.1 - (*Distribuzione della moneta elettronica*) "1. *Le banche e gli istituti di moneta elettronica possono avvalersi di soggetti convenzionati che agiscono in loro nome per la distribuzione e il rimborso della moneta elettronica.*"

²⁶Cfr. Disposizioni di vigilanza poste in consultazione nel luglio 2018, Capitolo VII - "Succursali, agenti, soggetti convenzionati e libera prestazione di servizi degli istituti pag. 96 e ss.

neta elettronica²⁷.

Un fugace quanto inatteso cenno alla categoria dei c.d. "*Punti operativi abilitati all'incasso ai sensi dell'art. 12, comma 2, del d.lgs. 141/2010*" è invece contenuto nel Capitolo VI della bozza di nuove *Disposizioni* che, peraltro, non si soffermano a descriverne la funzione né le caratteristiche²⁸. Come si è detto, questa ulteriore fattispecie di collaboratori esterni potrebbe svolgere un ruolo di crescente importanza a supporto dell'attività degli intermediari abilitati alla prestazione dei servizi di pagamento e alla distribuzione e rimborso della moneta elettronica.

5. L'approccio del Testo unico bancario e delle emanande *Disposizioni di vigilanza* è contraddetto dalle norme del decreto antiriciclaggio. Come si è visto, infatti, i citati testi normativi suscitavano la sensazione che alla nuova categoria di collaboratori, introdotta dal d.lgs. n. 90/2017 nel novellato decreto antiriciclaggio, potessero ricorrere solo gli intermediari comunitari per operare in Italia e gli intermediari italiani per operare all'estero. Al contrario, la nozione di soggetti convenzionati e agenti dettata nel decreto non sembra ammettere dubbi.

Ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera nn), infatti, la nuova tipologia di "*soggetti convenzionati e agenti*" comprende "*gli operatori convenzionati ovvero gli agenti, comunque denominati, diversi dagli agenti in attività finanziaria iscritti nell'elenco di cui all'articolo 128-quater, commi 2 e 6, TUB, di cui i prestatori di ser-*

²⁷Cfr. art. 1. (*Definizioni*) ... 2. *Nel presente decreto s'intendono per: ... nn) soggetti convenzionati e agenti: gli operatori convenzionati ovvero gli agenti, comunque denominati, diversi dagli agenti in attività finanziaria iscritti nell'elenco di cui all'articolo 128-quater, commi 2 e 6, TUB, di cui i prestatori di servizi di pagamento e gli istituti emittenti moneta elettronica, ivi compresi quelli aventi sede legale e amministrazione centrale in altro Stato membro, si avvalgono per l'esercizio della propria attività sul territorio della Repubblica italiana;*".

²⁸Cfr. *Disposizioni di vigilanza* poste in consultazione nel luglio 2018, Capitolo VI (Organizzazione amministrativa e contabile e controlli interni), pag. 76, ove si legge, tra l'altro, che "Gli istituti assicurano altresì che siano resi riconoscibili all'utenza i soggetti di cui si avvalgono (agenti, soggetti convenzionati, punti operativi abilitati all'incasso ai sensi dell'art. 12, comma 4, del d.lgs. 141/2010)".

vizi di pagamento e gli istituti emittenti moneta elettronica, ivi compresi quelli aventi sede legale e amministrazione centrale in altro Stato membro, si avvalgono per l'esercizio della propria attività sul territorio della Repubblica italiana".

Ebbene, dal tenore letterale di questa definizione si ricava senza ombra di dubbio che, per esercitare la propria attività in Italia, dei soggetti in questione possono avvalersi tutti i prestatori di servizi di pagamento e gli istituti di moneta elettronica autorizzati ad operare nel nostro paese, "*ivi compresi*" - e, quindi, non esclusivamente - quelli comunitari.

La presenza di due categorie alternative di collaboratori esterni utilizzabili da parte dei prestatori di servizi di pagamento e degli IMEL italiani è confermata dalla dizione dell'art. 17, comma 6, del decreto antiriciclaggio, ove si legge che: << *Nella prestazione di servizi di pagamento e nell'emissione e distribuzione di moneta elettronica effettuate tramite agenti in attività finanziaria di cui all'articolo 3, comma 3, lettera c), [vale a dire gli agenti iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 128-quater, commi 2 e 6, TUB] ovvero tramite soggetti convenzionati e agenti di cui all'articolo 1, comma 2, lettera nn), le banche, Poste Italiane S.p.A., gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica, ivi compresi quelli aventi sede centrale in altro Stato membro, nonché le succursali di questi ultimi, osservano gli obblighi di adeguata verifica della clientela anche per le operazioni occasionali di importo inferiore a 15.000 euro... >>.*

Lo scarso coordinamento tra le diverse normative in materia è probabilmente dovuto all'eccesso di regolamentazione, con il quale le norme italiane hanno tentato di imbrigliare un fenomeno che, sviluppandosi a livello sovranazionale, non poteva a lungo sottrarsi alle inflessibili regole della concorrenza. Sono state così inizialmente create attività riservate a categorie di soggetti specializzati, sottoposti da norme con forza di legge a stringenti requisiti, controlli e vincoli operativi.

Questo approccio, ideato per finalità garantiste, si è risolto - come spesso ac-

cade - in sterili e costosi appesantimenti burocratici, che rischiavano di spiazzare l'industria nazionale a vantaggio dei concorrenti degli altri Paesi dell'Unione europea. Questi, infatti, in base al principio dell'*home country control*, possono operare in Italia, applicando la meno onerosa e più snella normativa di vigilanza del proprio paese di origine.

In questo contesto, cogliendo l'occasione del recepimento della IV^a direttiva antiriciclaggio, il d.lgs. 90 del 2017 ha introdotto e disciplinato una nuova tipologia di collaboratori esterni diversi da quelli fino ad allora previsti dal Testo unico bancario. Questi soggetti, a prescindere dal *nomen*, sono abilitati a operare in Italia in qualità di mandatari dei prestatori di servizi di pagamento e degli IMEL, sia italiani sia comunitari, autorizzati ad esercitare in Italia la propria attività.

Le modalità attraverso le quali è stata attuata attribuiscono a questa innovazione normativa un carattere "*surrettizio*", in quanto - come si è detto - l'istituzione di nuove categorie di collaboratori degli intermediari non rientra tra i compiti del decreto antiriciclaggio. Questo, infatti, avrebbe dovuto limitarsi a individuare in altre disposizioni legislative ²⁹ i soggetti destinatari di tutti o di alcuni degli obblighi antiriciclaggio.

Con specifico riguardo agli obblighi antiriciclaggio, la nuova categoria, a differenza di quella degli agenti in attività finanziaria iscritti negli elenchi di cui ai commi 2 e 6 dell'art. 128-*quater* del TUB, non figura tra i soggetti obbligati al rispetto degli adempimenti antiriciclaggio elencati nell'art. 3 del decreto 231/2007. L'art. 17 (peraltro non coordinato con il successivo art. 26) e gli articoli da 43 a 45 del decreto antiriciclaggio colmano questa lacuna, dettando una disciplina specifica e pressoché esaustiva della nuova tipologia di collaboratori.

In particolare, in materia di adeguata verifica della clientela, il comma 6

²⁹Si pensi, ad esempio, a normative di settore come il Testo unico bancario (TUB), il Testo unico in materia di intermediazione finanziaria (TUF) o il codice delle assicurazioni private (CAP) nonché agli altri provvedimenti che disciplinano altre categorie di soggetti.

dell'art. 17 prevede che, quando la prestazione di servizi di pagamento o l'emissione e distribuzione di moneta elettronica sono effettuate tramite qualunque tipologia di collaboratori esterni l'adeguata verifica deve essere effettuata per tutte le operazioni occasionali, a prescindere dal loro importo, ferme restando esclusivamente le esenzioni previste dall'art. 44, comma 3, del decreto ³⁰.

L'art. 43 del decreto stabilisce specifiche misure per il controllo della nuova categoria di soggetti convenzionati ed agenti introdotta nel 2017. In verità l'articolo presenta alcune ambiguità, che potrebbero riproporre il dubbio che l'utilizzo della nuova categoria di collaboratori sia riservato ai soli intermediari comunitari operanti in Italia. Si rende pertanto necessario procedere ad un ulteriore approfondimento interpretativo ³¹.

³⁰Il testo dell'art. 17, comma 6 è il seguente: << 6. Nella prestazione di servizi di pagamento e nell'emissione e distribuzione di moneta elettronica effettuate tramite agenti in attività finanziaria di cui all'articolo 3, comma 3, lettera c), ovvero tramite soggetti convenzionati e agenti di cui all'articolo 1, comma 2, lettera nn), le banche, Poste Italiane S.p.A., gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica, ivi compresi quelli aventi sede centrale in altro Stato membro, nonché le succursali di questi ultimi, osservano gli obblighi di adeguata verifica della clientela anche per le operazioni occasionali di importo inferiore a 15.000 euro. Nei casi in cui la prestazione di servizi di cui al presente comma sia effettuata tramite soggetti convenzionati e agenti di cui all'articolo 1, comma 2, lettera nn), restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 44, comma 3>>.

³¹ Per agevolarne la consultazione si riporta di seguito il testo dell'articolo in questione. Art. 43.(Misure di controllo di soggetti convenzionati e agenti). 1. I prestatori di servizi di pagamento, gli istituti di moneta elettronica, le rispettive succursali e i punti di contatto centrale di cui al comma 3 adottano procedure e sistemi di controllo idonei a mitigare e gestire i rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo cui sono esposti i soggetti convenzionati e gli agenti di cui all'articolo 1, comma 2, lettera nn).

2. Le procedure e i sistemi di controllo, articolati in ragione della natura e del rischio propri dell'attività svolta, assicurano, quanto meno:

a) l'individuazione, la messa a disposizione e l'aggiornamento di standard e pratiche di riferimento, in materia di gestione del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, adeguata verifica della clientela, conservazione dei documenti e segnalazione di operazioni sospette, cui i soggetti convenzionati e gli agenti sono tenuti a conformarsi, al fine di consentire il corretto adempimento degli obblighi di cui al presente decreto da parte dei prestatori di servizi di pagamento o dell'istituto di moneta elettronica;

b) l'adozione di specifici programmi di formazione, idonei ad orientare i soggetti convenzionati e gli agenti nel riconoscimento di operatività potenzialmente anomale in quanto connesse al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo;

c) l'individuazione, la verifica del possesso e il controllo sulla permanenza, nel corso del rapporto di convenzionamento o del mandato, di requisiti reputazionali dei soggetti convenzionati e degli agenti, idonei a garantire la legalità dei loro comportamenti e ad assicurare la corretta attuazione

Al riguardo, si osserva anzitutto che le rubriche del Capo V del Titolo III e dell'art. 43 fanno entrambe riferimento ai "*soggetti convenzionati e agenti*" di prestatori di servizi di pagamento e di istituti di moneta elettronica. Ebbene, considerata la definizione di cui all'art. 1, comma 2, lett. nn), non può che dedursene che, trattandosi degli operatori diversi da quelli iscritti nell'elenco e relativa sezione tenuti dall'OAM ai sensi dei commi 2 e 6 dell'art. 128-*quater* del TUB, il loro utilizzo "*per l'esercizio della propria attività sul territorio della Repubblica italiana*" sia consentito a tutti i prestatori di servizi di pagamento e istituti di moneta elettronica, "*ivi compresi quelli aventi sede legale e amministrazione centrale in altro Stato membro*" dell'Unione europea.

Il comma 1 dell'art. 43, peraltro, nell'indicare le misure di controllo da attivare nei confronti dei collaboratori in esame, ne affida il relativo incarico ai *prestatori di servizi di pagamento, istituti di moneta elettronica, rispettive succursali e punti di contatto centrale di cui al comma 3*. Questo improvvido rinvio ripropone il dubbio che il ricorso ai nuovi "*soggetti convenzionati e prestatori di servizi di pagamento*" sia riservato ai soli intermediari comunitari operanti in Italia senza succursali. Ciò in quanto il comma 3 dell'articolo recita "*I prestatori di servizi di pagamento e gli istituti di moneta elettronica aventi sede legale e amministrazione centrale in altro Stato membro e stabiliti sul territorio della Repubblica senza succursale, avvalendosi di soggetti convenzionati e agenti, designano un punto di contatto centrale in Italia attraverso cui assolvono agli obblighi di cui al presente decreto*".

In realtà è da ritenere che il legislatore abbia richiamato il comma 3 solo per identificare il *punto di contatto centrale* e non anche i prestatori di servizi di paga-

delle pratiche di cui alla lettera a);

d) la verifica e il controllo dei comportamenti e dell'osservanza, da parte dei soggetti convenzionati e degli agenti, degli standard e delle pratiche di cui alla lettera a);

e) la previsione di meccanismi di immediata estinzione del rapporto di convenzionamento o del mandato a fronte del venir meno dei requisiti di cui alla lettera c) ovvero di gravi o ripetute infrazioni, riscontrate in occasione delle verifiche e dei controlli di cui alla lettera d).

mento, gli istituti di moneta elettronica e le relative succursali delle quali, in particolare, il comma 3 non fa alcuna menzione. Meglio avrebbe fatto, comunque, il legislatore a richiamare la definizione di punto centrale di contatto dettata dall'art. 1, comma 2, lett. ii), evitando il tal modo di accrescere la confusione normativa che accompagna l'introduzione nel nostro ordinamento delle nuove figure di "*soggetti convenzionati e agenti*".

Il comma 2 dell'art. 43 è diretto agli intermediari mandanti ed elenca le procedure e i sistemi di controllo che essi sono tenuti ad attivare per mitigare i rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, ai quali sono esposti i collaboratori in esame. Nel rinviare per i dettagli alla lettura della norma, si ricorda, in sintesi, che le misure contemplano la fornitura di *standard* e pratiche di riferimento per gestire i rischi e consentire l'osservanza degli obblighi da parte degli intermediari mandanti, l'adozione di programmi di formazione specificamente diretti all'individuazione di attività anomale, la costante permanenza di requisiti reputazionali, il controllo della condotta tenuta dai mandatarî, la previsione contrattuale di clausole di estinzione del mandato in alcuni casi di gravi manchevolezze .

Il comma 3 dell'articolo - di cui si è già detto - pone e sanziona l'obbligo di costituire il *punto di contatto centrale* da parte dei prestatori di servizi di pagamento e IMEL comunitari nonché da parte delle relative succursali. Il comma 4, infine, attribuisce alla Banca d'Italia il compito di dettare disposizioni attuative delle norme tecniche di regolamentazione che la Commissione europea è competente a emanare con riferimento al *punti di contatto centrale*.

Ferma restando la responsabilità degli intermediari mandanti per il corretto adempimento degli obblighi antiriciclaggio e antiterrorismo, l'art. 44, comma 1, del decreto stabilisce gli adempimenti a carico dei soggetti convenzionati e degli agenti mandatarî. In sintesi, questi ultimi, entro 20 giorni dalle operazioni, devono trasmettere agli intermediari di riferimento i dati identificativi dei clienti (per le "*ri-*

messe di denaro" la trasmissione deve avvenire prima di effettuare l'operazione). I dati stessi devono essere conservati presso i soggetti convenzionati e gli agenti per 12 mesi. I soggetti mandatari devono inoltre comunicare agli intermediari di riferimento ogni circostanza o informazione nelle quali possano verosimilmente rinvenirsi gli estremi per l'effettuazione di una segnalazione di operazione sospetta.

Il comma 2 prescrive dettagliatamente il contenuto minimo degli atti di convenzionamento o di mandato, con specifico riguardo alle modalità e ai tempi da rispettare e alla responsabilità per i casi di inadempimento.

Il comma 3, infine, elenca alcune fattispecie sostanzialmente prive di rischio, per le quali soggetti anche privi di particolari qualificazioni, se incaricati sulla base di un contratto di esternalizzazione, sono esentati dagli adempimenti antiriciclaggio previsti dal comma 1. Si tratta dei pagamenti di *"tributi o sanzioni in favore di pubbliche amministrazioni"* o *"per la fruizione di beni e servizi di pubblica utilità"* nonché del *"servizio di pagamento di bollettini prestampati e trattati automaticamente, senza possibilità di alterazioni manuali"*³².

La lettura dell'articolo 44 fugge definitivamente ogni dubbio in merito all'utilizzazione della nuova tipologia di collaboratori esterni nel territorio della Repubblica anche da parte dei prestatori di servizi di pagamento e degli IMEL di nazionalità italiana.

Con l'articolo 45, si chiude il Capo V del Titolo II dedicato specificamente ai soggetti convenzionati e agenti di prestatori di servizi di pagamento e di istituti di moneta elettronica. Il comma 1 istituisce presso l'OAM un *"registro pubblico informatizzato"* destinato a ricevere dai rispettivi mandanti, con cadenza semestrale, i dati identificativi e l'indirizzo dei soggetti convenzionati e degli agenti (persone fisi-

³² Le esenzioni in questione tendono a sgravare da oneri economico-burocratici alcune operazioni che appaiono sostanzialmente prive di rischio. E' peraltro paradossale che, data la lettera della norma, le medesime operazioni, ove ipoteticamente demandate a soggetti teoricamente più affidabili, come gli agenti in attività finanziaria, non godano delle medesime agevolazioni.

che o giuridiche) con precisazione dell'eventuale svolgimento del *servizio di rimessa di denaro*. Per l'annotazione in una sezione riservata del registro dovrà essere altresì comunicata l'eventuale cessazione del rapporto se determinata da eventi negativi attinenti alla reputazione o al comportamento dei collaboratori ³³. Le modalità di alimentazione e consultazione del registro sono demandate a un decreto del Ministro dell'economia che, tra l'altro, deve garantire l'incondizionato accesso alle autorità competenti e regolare l'accesso dei prestatori di servizi di pagamento ³⁴ e degli IMEL alla sezione riservata per consentire loro i controlli previsti in sede contrattuale.

L'osservanza delle disposizioni che disciplinano la nuova tipologia di soggetti convenzionati ed agenti istituita dal decreto antiriciclaggio è presidiata dalle sanzioni comminate dall'art. 61 del decreto stesso a carico sia degli stessi soggetti convenzionati ed agenti sia degli intermediari ai quali essi fanno riferimento ³⁵.

³³ Gli intermediari devono fornire una serie di dati e informazioni finalizzati a: identificare i soggetti responsabili; precisare l'eventuale prestazione del servizio di "rimessa di denaro" di cui all'art. 1, comma 1, lett. n) del d.lgs. 11/2010; annotare in un'apposita sezione del registro, ad accesso riservato alle autorità di controllo e ai soggetti abilitati al loro utilizzo, di eventuali casi di cessazione del rapporto dovuti a comportamenti scorretti.

³⁴Essi sono i prestatori di servizi di pagamento (banche, istituti di pagamento, Poste Italiane spa, IMEL) gli IMEL (per l'attività relativa alla moneta elettronica), le succursali di questi intermediari e i punti di contatto centrale degli intermediari comunitari che operano in Italia senza succursali.

³⁵Cfr. art. 61 (*Sanzioni per inosservanza delle disposizioni specifiche in materia di soggetti convenzionati e agenti di prestatori di servizi di pagamento e istituti emittenti moneta elettronica*). 1. Ai soggetti convenzionati e agli agenti di cui all'articolo 1, comma 2, lettera nn), che non eseguono gli adempimenti di cui all'articolo 44, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000 euro a 10.000 euro. Nei casi di violazioni gravi, ripetute o sistematiche ovvero plurime, tenuto conto della rilevanza della violazione, le sanzioni amministrative pecuniarie di cui al presente comma sono raddoppiate nel minimo e nel massimo edittali. 2. Ai prestatori di servizi di pagamento e agli istituti emittenti moneta elettronica, alle relative succursali e ai punti di contatto centrale che non ottemperano agli obblighi di comunicazione di cui all'articolo 45, si applica la sanzione pecuniaria di 4.500 euro. In caso di violazioni gravi, ripetute o sistematiche ovvero plurime, la sanzione è triplicata. Se la comunicazione avviene nei trenta giorni successivi alla scadenza dei termini prescritti, la sanzione amministrativa pecuniaria è ridotta di un terzo. La procedura per la contestazione delle violazioni di cui al presente comma e l'irrogazione e riscossione delle relative sanzioni è attribuita alla competenza dell'OAM. 3. La Guardia di finanza, che agisce con i poteri di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legislativo 19 marzo 2001, n. 68, esercita il controllo sull'osservanza delle disposizioni di cui al Titolo II, Capo V da parte dei soggetti convenzionati e degli agenti di cui all'articolo 1, comma 2, lettera nn). 4. Il verbale, contenente l'accertamento e la

Come può constatarsi, sussiste una sorta di parallelismo tra le misure previste dal Testo unico bancario per gli agenti in attività finanziaria di cui ai commi 2 e 6 dell'art. 128-*quater* e quelle riferite dal decreto antiriciclaggio ai soggetti convenzionati e agenti di cui all'art. 1, comma 2, lett. nn). Alla ripartizione in tre fonti normative (legge, istruzioni, contratti) del Tub si contrappone, peraltro, quella in due fonti (legge, contratti) del decreto.

Si richiama infine l'attenzione sulla circostanza che, al pari del Testo unico bancario, nemmeno il decreto antiriciclaggio menziona i c.d. "*Punti operativi abilitati all'incasso ai sensi dell'art. 12, comma 2, del d.lgs. 141/2010*", che invece - come si è detto - sono almeno citati nella bozza di *Disposizioni di vigilanza* sugli istituti di

contestazione delle violazioni di cui al comma 1, è notificato, a cura della Guardia di finanza, anche all'istituto per conto del quale il soggetto convenzionato o l'agente ha operato e, relativamente alle violazioni contestate ai soggetti convenzionati e agli agenti di istituti aventi sede legale e amministrazione centrale in altro Stato comunitario, al punto di contatto centrale, affinché adottino ogni iniziativa utile a prevenirne la reiterazione. 5. La Guardia di finanza qualora, nell'esercizio dei poteri di controllo conferiti ai sensi del presente decreto, accerti e contesti gravi violazioni delle disposizioni di cui all'articolo 44 e riscontri la sussistenza, a carico del medesimo soggetto, di due distinte annotazioni, anche non consecutive, nell'apposita sottosezione del registro di cui all'articolo 45 comma 2, avvenute nel corso dell'ultimo triennio, propone, a titolo accessorio rispetto alla sanzione amministrativa pecuniaria, la sospensione da quindici giorni a tre mesi dell'esercizio del servizio, oggetto di convenzione o mandato, rispetto al quale la violazione è stata riscontrata. 6. Nell'ipotesi di cui al comma 5, l'istituto per conto del quale opera il soggetto convenzionato o l'agente ovvero, limitatamente alle violazioni contestate a soggetti convenzionati e agenti di istituti aventi sede legale e amministrazione centrale in altro Stato comunitario, il punto di contatto centrale, è tenuto, in solido con il soggetto convenzionato o l'agente, al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria. 7. Il provvedimento di sospensione di cui al comma 5 è adottato dagli uffici centrali del Ministero dell'economia e delle finanze e notificato all'interessato, all'istituto per conto del quale opera il soggetto convenzionato o l'agente ovvero, limitatamente alle violazioni contestate ai soggetti convenzionati di istituti aventi sede legale e amministrazione centrale in altro Stato comunitario, al punto di contatto centrale. Il provvedimento di sospensione è, altresì, comunicato all'OAM, per l'annotazione nella sottosezione del registro di cui all'articolo 45 comma 2. 8. L'esecuzione del provvedimento di sospensione, attraverso l'apposizione del sigillo dell'autorità procedente e delle sottoscrizioni del personale incaricato nonché il controllo sulla sua osservanza da parte degli interessati sono espletati dalla Guardia di finanza. L'inosservanza del provvedimento di sospensione è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 euro a 30.000 euro. 9. Salvo quanto previsto dal comma 2, all'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui al presente articolo provvede il Ministero dell'economia e delle finanze, con proprio decreto, ai sensi dell'articolo 65. Il decreto che irroga la sanzione, notificato ai sensi di legge, è contestualmente comunicato, a cura del Ministero dell'economia e delle finanze all'OAM, per l'annotazione nella sottosezione del registro di cui all'articolo 45 comma 2".

pagamento e di moneta elettronica.

6. Ma, sul piano pratico, quale criterio potrebbe orientare le scelte dei prestatori di servizi di pagamento e degli IMEL, stante la possibilità di utilizzare come collaboratori tanto gli *agenti in attività finanziaria* di cui all'art. 128-*quater*, commi 2 e 6, del Testo unico bancario quanto i *soggetti convenzionati o agenti comunque denominati* di cui all'art. 1, comma 2, lett. nn) del decreto antiriciclaggio? E in quale misura le esigenze di collaborazione degli istituti possono essere soddisfatte, ricorrendo ai più semplici "punti operativi abilitati all'incasso ai sensi dell'art. 12, comma 2, del d.lgs. 141/2010"?

Per esercitare la propria attività, gli agenti in attività finanziaria disciplinati dal Testo unico bancario devono rispettare le prescrizioni del Titolo VI-bis del medesimo Tub e, precisamente, gli articoli da 128-*quater* a 128-*quater decies*. Questi prevedono numerosi e costosi oneri, tra i quali, a titolo esemplificativo: l'iscrizione nell'elenco (o nella relativa sezione speciale) tenuto dall'OAM; il superamento di un esame e un costante aggiornamento professionale; il possesso di determinati requisiti di onorabilità e professionalità; la disponibilità di un patrimonio, di un'organizzazione e di una copertura assicurativa.

A questi vincoli di ordine "*prudenziale*" imposti dal TUB si sommano gli adempimenti non meno onerosi stabiliti dal decreto antiriciclaggio. Gli *agenti in attività finanziaria* disciplinati dal TUB, infatti, essendo inclusi come "*altri operatori finanziari*" tra i "*soggetti obbligati*" di cui all'art. 3, comma 3, del decreto, sono tenuti in proprio al rispetto degli adempimenti antiriciclaggio. Pertanto, devono disporre almeno di un'organizzazione e di controlli interni funzionali al rispetto delle norme sull'adeguata verifica dei clienti, sulla conservazione dei dati e delle informazioni, sulla individuazione e segnalazione delle operazioni sospette. Inoltre, ove siano dotati di una organizzazione complessa, rispondono anche delle eventuali infrazioni

commesse dai propri dipendenti e collaboratori, dei requisiti che questi devono possedere e degli altri adempimenti prescritti (cfr. art. 128-*novies*). In tale contesto, per rendere remunerativo il servizio, le condizioni economiche praticate non possono essere comprese sotto un determinato livello.

Non va inoltre trascurato che, oltre tutto, gli intermediari abilitati alla prestazione dei servizi di pagamento e all'emissione e distribuzione di moneta elettronica, pur affidandosi a questi collaboratori particolarmente qualificati, restano comunque responsabili in ordine al corretto adempimento degli obblighi antiriciclaggio da parte degli agenti. Il decreto AML, infatti, include gli agenti in attività finanziaria disciplinati dal TUB tra i terzi abilitati (entro il limite di 15.000 euro) alla esecuzione degli obblighi di adeguata verifica per conto di altri soggetti obbligati, precisando, peraltro, che a carico di questi ultimi resta comunque ferma la responsabilità per le eventuali infrazioni (cfr. art. 26 del decreto AML)³⁶.

Ne consegue che taluni prestatori di servizi di pagamento e istituti di moneta elettronica potrebbero ritenere più conveniente gestire direttamente una rete di collaboratori esterni, avvalendosi della nuova categoria di soggetti convenzionati e agenti introdotta nel 2017. Questi, infatti, potrebbero praticare prezzi competitivi, in quanto la responsabilità e buona parte degli oneri organizzativi graverebbero direttamente sugli intermediari mandanti.

Come si è visto, infatti, incombe sugli intermediari l'onere di provvedere in proprio ad adottare "*procedure e sistemi di controllo idonei a mitigare e gestire i rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo cui sono esposti i soggetti convenzionati e gli agenti*", fornendo alla nuova tipologia di collaboratori *standard*, prati-

³⁶Cfr. art. 26 (*Esecuzione degli obblighi di adeguata verifica da parte di terzi*). 1. *Ferma la responsabilità dei soggetti obbligati in ordine agli adempimenti di cui al presente Titolo, è consentito ai medesimi di ricorrere a terzi per l'assolvimento degli obblighi di adeguata verifica di cui all'articolo 18, comma 1, lettere a), b) e c)*. 2. *Ai fini della presente sezione, si considerano «terzi»: ... b) gli agenti in attività finanziaria di cui all'articolo 3, comma 3, lettera c) limitatamente alle operazioni di importo inferiore a 15.000 euro, relative alle prestazioni di servizi di pagamento e all'emissione e distribuzione di moneta elettronica di cui all'articolo 17, comma 6;*".

che di riferimento e programmi di formazione (cfr. art. 43, commi 1 e 2, del decreto AML). Pur dovendo sostenere questi oneri, i prestatori di servizi di pagamento e gli IMEL potrebbero ritenere che questa soluzione sia comunque più conveniente, visto che - ai sensi del citato articolo 26 - essi restano in ogni caso responsabili delle infrazioni commesse dai collaboratori.

Consideriamo, infine, quale ruolo possono svolgere i "*punti operativi abilitati all'incasso ai sensi dell'art. 12, comma 2, del d.lgs. 141/2010*".

Si ricorda, anzitutto, che il D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, emanato in attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, apportò anche modifiche al titolo VI del TUB in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi.

In particolare, l'art. 12 del decreto - nel dettare disposizioni attuative dell'art. 128-*quater* del TUB, dedicato agli agenti in attività finanziaria - dopo aver indicato nei commi da 1 a 1-*quater* quali attività non costituiscono esercizio di agenzia in attività finanziaria, prevede, al comma 2, che *<<Per l'esercizio dell'attività di incasso di fondi su incarico di soggetti autorizzati alla prestazione di servizi di pagamento non è necessaria l'iscrizione nell'elenco degli agenti in attività finanziaria, a condizione che detta attività sia svolta sulla base di un contratto di esternalizzazione, che ne predetermini le modalità di svolgimento, abbia carattere meramente materiale e in nessun caso sia accompagnata da poteri dispositivi>>*.

In base alla norma in questione, che non è stata integrata nel corpo del Testo unico bancario né in quello del decreto antiriciclaggio, questa ulteriore categoria di collaboratori, solo incidentalmente menzionata nelle *Disposizioni di vigilanza* poste in consultazione nel luglio 2018 ³⁷, è costituita da fornitori di servizi, privi di particolari qualificazioni, ai quali i soggetti autorizzati a prestare servizi di pagamento pos-

³⁷Cfr. pag. 76.

sono delegare contrattualmente l'incasso materiale di fondi senza esercizio di alcun potere dispositivo.

L'ambito di operatività della categoria in questione, quindi, non sembra coincidere con le ipotesi di esenzione totale dagli obblighi antiriciclaggio previste dall'art. 44, comma 3, del decreto 231/2007. Ad essa sembra potersi ricorrere quando le modalità di instaurazione di un rapporto continuativo o di esecuzione di un'operazione occasionale richiedano ai collaboratori esterni mere attività esecutive, senza la necessità di attribuire loro poteri di rappresentanza per la stipulazione dei contratti. In questa fattispecie potrebbero ricondursi le ipotesi di stipulazione a distanza di accordi contrattuali effettuata, ad esempio, con l'ausilio di programmi informatici e terminali che, sia pure azionati dal collaboratore, annullano la distanza fisica, impegnando direttamente gli intermediari che prestano servizi di pagamento o emettono moneta elettronica.

Inutile dire che, ove sufficiente, il ricorso a questi soggetti si presenta economicamente più conveniente rispetto all'utilizzo delle altre categorie di collaboratori esterni.

7. In definitiva, la comprensione della complessa architettura delle reti dei collaboratori esterni potrebbe essere agevolata, ove le emanande *Disposizioni di vigilanza* definissero, in un organico quadro di sintesi, le varie tipologie di collaboratori esterni a disposizione delle diverse categorie di intermediari, le norme ad esse applicabili e le distinte finalità dei compiti di vigilanza e controllo attribuiti alla Banca d'Italia, all'OAM e alle Autorità antiriciclaggio. Solo in tal modo potrebbero superarsi i dubbi e le incertezze, che la complessa, disorganica e instabile normativa di rango primario continua a generare ³⁸.

³⁸Tra l'altro andrebbe chiarito anche se agli agenti in attività finanziaria sia riservato lo svolgimento contestuale delle attività di promozione e conclusione dei contratti ovvero se, per ricadere

Su tale normativa, proliferata in Italia ben oltre quanto richiesto dalle direttive comunitarie, sarebbe opportuno intervenire quanto prima per rimuovere gli inutili "lacci e laccioli", che i regolatori domestici continuano a partorire, senza considerare che un tale approccio, senza attenuare i rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, attribuisce vantaggi ai concorrenti esteri operanti nel nostro Paese e innesca sconvenienti fenomeni di delocalizzazione. In forza del principio del reciproco riconoscimento delle normative prudenziali, ai prestatori di servizi di pagamento e agli IMEL comunitari non si applicano, infatti, le disposizioni del TUB, bensì quelle del Paese d'origine (*home country control*). L'applicazione di tali disposizioni si estende anche ai collaboratori esterni, per cui gli istituti comunitari dotati di "passaporto europeo" - sia pure nel rispetto della normativa antiriciclaggio italiana - possono prestare i propri servizi, avvalendosi dei collaboratori, comunque denominati, ammessi dalla legislazione prudenziale vigente nel Paese di origine.

Giovanni Castaldi

*già Direttore dell'Unità di Informazione
Finanziaria (UIF) della Banca d'Italia*

nell'ambito della riserva sia sufficiente porre in essere solo una delle due attività (promozione o conclusione). Sul punto, sembrerebbe che non possa ritenersi riservata la mera attività di promozione, peraltro difficilmente distinguibile dalla semplice pubblicità, quando non sia accompagnata dalla possibilità, almeno astratta, di concludere il contratto per conto dell'intermediario mandante.

SANITÀ DIGITALE E CONTRATTO DI ASSICURAZIONE: UN NUOVO CONNUBIO *

(Digital Health and Insurance: a new union)

ABSTRACT: *This paper aims to show the most relevant and innovative features of Digital Health Insurance, i.e. health insurance contracts which integrate traditional health cover with a variety of technological devices that access huge volumes of policyholder data. After a review of the main forms of digital health insurance offered by insurers operating on the Italian market, the paper highlights the opportunities for customers and the potentially disruptive effects on health risk assessment and pricing activities and on the role of insurance. We also focus on the main dangers related to the use of new technologies. In particular, the possible treatment of biometric, behavioral and genetic data of insurance companies by insurance companies raises doubts because of the potential contrast with fundamental rights of the individuals such as health, privacy and self-determination.*

SOMMARIO: 1. La *Digital Health Insurance*. – 2. La risposta del mercato assicurativo italiano. – 3. I vantaggi per le imprese di assicurazione: verso nuove tecniche di selezione e tariffazione dei rischi? – 4. Profili di criticità. Politiche discriminatorie e interferenza con i diritti fondamentali dell'individuo. – 5. Un primo bilancio.

1. È di recente emersione nel mercato assicurativo italiano la *Digital Health Insurance*, ossia la tipologia di assicurazione della salute che integra le tradizionali coperture sanitarie con dispositivi tecnologici di varia natura e che presenta il pregio

*Contributo approvato dai revisori.

di consentire agli assicurati una più efficiente e rapida fruizione delle prestazioni garantite grazie allo «spostamento del fulcro dell'assistenza verso il *self care* e il domicilio»¹.

Il fenomeno – che costituisce una specifica manifestazione dell'*Insurtech*² e affonda le sue radici nel mercato assicurativo statunitense³ - pare destinato ad un significativo sviluppo, favorito dall'attuale quadro demografico, economico e sociale⁴ e dal processo di digitalizzazione del settore sanitario promosso dalle Istituzioni europee⁵.

¹Cfr. IVASS, Report *analisi trend offerta prodotti assicurativi (luglio – dicembre 2017)*, Marzo 2018, p. 8. Sul tema, v. anche IVASS, *Analisi trend prodotti assicurativi – Le nuove polizze sulla salute: la Digital Health Insurance*, Roma, 18 settembre 2016.

²La Digital Health Insurance si ricollega, in particolare, alle aree della *Internet of Things* (IoT) e dei *Big Data*. Sui fenomeni richiamati, v. FARO e LETTIERI, *Big Data e Internet delle cose: opportunità, rischi e nuove esigenze di tutela per gli utenti della Rete*, in C. PERLINGIERI e RUGGERI (a cura di), *Internet e Diritto civile*, Napoli, 2015, p. 279 ss. Sull'uso dell'IoT e dei *Big data* nel settore assicurativo sia consentito rinviare a CAMEDDA, *La rivoluzione tecnologica nel settore assicurativo: l'avvento dei big data* (Big Data & insurance: potential benefits and issues), in questa *Rivista*, 2016, 4 - Supplemento, p. 5 ss.

³La tendenza evocata ha riguardato, *in primis*, i Paesi caratterizzati da sistemi sanitari prevalentemente privati come gli Stati Uniti, dove è frequente che i datori di lavoro, sui quali grava l'obbligo di stipulare contratti di assicurazione della salute in forma collettiva per i propri dipendenti, acquistino braccialetti elettronici per monitorare lo stato di rischio dei dipendenti e ottenere, al contempo, dall'impresa di assicurazione uno sconto sul premio. Tale beneficio si riverbera anche sui dipendenti assicurati, in quanto il datore di lavoro - che in qualità di contraente usufruisce dello sconto sul premio - riconosce a costoro un *bonus* economico al raggiungimento di determinati obiettivi di benessere (ad esempio, più di un milione di passi in un anno). Per una panoramica del sistema sanitario statunitense v. DI NOVI, *Selezione avversa e mercato assicurativo privato: un'analisi empirica su dati USA*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 945 ss.; CARDUCCI AGOSTINI, *La riforma sanitaria americana: il difficile compromesso tra esigenze di universalità di cure, contenimento dei costi e mantenimento di un sistema sanitario di tipo privato*, in *Dir. fisc. ass.*, 2013, p. 508 ss.; BASSINI e ROMEO, *Il "Welfare" statunitense: lo spettro del "big government" e le tentazioni solidaristiche*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2013, p. 1484 ss.; GIANNELLI, *I sistemi sanitari di Stati Uniti, Germania, Regno Unito: mercato, redistribuzione e reciprocità*, in *Amministrare*, 2016, p. 147 ss.

⁴Non è il caso di soffermarsi su tale aspetto essendo ampiamente noto che la sostenibilità finanziaria dei sistemi sanitari dei Paesi dell'Unione europea è messa a dura prova dal progressivo invecchiamento della popolazione e dal correlato aumento di patologie croniche, dai quali deriva una crescente domanda di servizi sanitari privati, anche integrativi. Ne è scaturita la ricerca di

Infatti, l'offerta di moderne soluzioni assicurative più aderenti alle mutate esigenze sanitarie dei cittadini, derivante dall'incontro tra la sanità digitale e l'industria assicurativa, potrebbe enfatizzare la funzione sociale delle assicurazioni della salute⁶ -potenziandone il ruolo all'interno dei sistemi di *Welfare*⁷ - nonché

soluzioni innovative in grado di soddisfare l'esigenza di sistemi sanitari più efficienti, sostenibili ed efficaci, in grado di coniugare l'innalzamento della qualità dell'assistenza e il contenimento dei relativi costi.

⁵Sul tema, v. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana* [COM(2018)233 final], Bruxelles, 25 aprile 2018; COMMISSIONE EUROPEA, *State of Health in the EU: Companion report 2017*; COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *La rivoluzione digitale nella sanità e il suo impatto sull'assicurazione sanitaria* (Parere d'iniziativa), adottato in sessione plenaria il 20 settembre 2017; COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sulla sanità mobile ("mHealth")* [COM(2014)219 final], Bruxelles, 10 aprile 2014; COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione relativa a sistemi sanitari efficaci, accessibili e resilienti* [COM(2014)215 final], Bruxelles, 4 aprile 2014; COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione "Sanità elettronica – migliorare l'assistenza sanitaria dei cittadini europei: piano d'azione per uno spazio europeo della sanità elettronica* [SEC(2004)359].

⁶Sulla funzione sociale delle assicurazioni private, v. COTTINO, *L'assicurazione tra passato e presente*, in IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, in *Tratt. dir. comm.* Cottino, Padova, 2011, p. XX; SANTORO PASSARELLI, *Funzioni delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali*, in *Assicurazioni*, 1962, p. 42, secondo il quale gli istituti e le norme di favore predisposti dal legislatore con riguardo all'assicurazione sarebbero espressione dell'utilità sociale propria dell'operazione ad essa sottesa, pur nelle sue varie formulazioni. In giurisprudenza, Cass., SS. UU., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Dir. fisc. ass.*, 2012, p. 667 ss., con nota di PUCCI.

⁷Cfr. ANIA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo*, p. 5, ove si evidenzia che il fenomeno in esame «potrebbe agevolare sviluppi importanti in una situazione come quella italiana, dove esiste un ampio gap di protezione delle famiglie con riguardo a particolari tipologie di rischio, come quelli della salute, soprattutto rispetto ad altri Paesi europei (es. Francia e Germania)»; KELLER, *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*, The Geneva Association, 2018, p. 10. Sul punto v. VECCHIETTI, *Prefazione*, in CAVAZZA – DEL VECCHIO – DE PIETRO – RAPPINI, *L'innovazione nell'assicurazione salute*, Milano, 2016, p. 9, il quale rileva che la limitata diffusione in Italia delle assicurazioni della salute e la conseguente scarsa efficacia del meccanismo di *risk sharing* hanno comportato ingenti perdite per le imprese assicurative e l'esiguità degli investimenti nel settore, «penalizzato da una forte dinamica dei costi con valori superiori a quelli inflattivi. Proprio la filiera dei costi ha rappresentato un elemento di forte criticità nella gestione del ramo, sia per la sua assoluta peculiarità rispetto a quella riconducibile agli altri rami danni, sia per la notevole difficoltà di controllo e monitoraggio della spesa sanitaria [...]»; BARIGOZZI, *Assicurazione sanitaria*, in *Riv. pol. econ.*, 2006, p. 250, la quale definisce le assicurazioni della salute un «mercato di nicchia» sia per fattori culturali, come la diffidenza verso i contratti

contribuire alla prevenzione delle malattie e alla promozione di stili di vita più sani, incoraggiandone l'adozione mediante sconti sui premi.

Il presente contributo si propone di illustrare gli aspetti più rilevanti e innovativi della *Digital Health Insurance*⁸ e di mettere in luce le opportunità che essa offre, non solo ai clienti, ma anche alle imprese di assicurazione. Si avrà cura di evidenziarne soprattutto gli effetti, potenzialmente dirompenti, sulle attività di valutazione e tariffazione dei rischi sanitari e sul ruolo dell'impresa di assicurazione, per come questi tradizionalmente si configurano⁹.

Ci si soffermerà, inoltre, sulle insidie legate all'uso delle nuove tecnologie e astrattamente in grado di ostacolare l'effettiva diffusione dei contratti in esame tra i potenziali clienti. Si vedrà, infatti, che il possibile trattamento, da parte delle imprese di assicurazione, di dati biometrici, comportamentali e finanche genetici dell'assicurato/to suscita non poche perplessità in ragione della potenziale interferenza con diritti fondamentali dell'individuo come quello alla salute, alla riservatezza e all'autodeterminazione¹⁰.

assicurativi in genere, sia per gli elevati costi connessi alla stipulazione di tali contratti, soprattutto nella forma delle assicurazioni individuali.

⁸Esulano dall'oggetto delle presenti considerazioni, pur costituendo anch'esse un *trend* emerso nell'area della protezione della persona e della salute per effetto della progressiva digitalizzazione del settore assicurativo, le cc.dd. *instant insurance*, ossia coperture assicurative a basso costo e di brevissima durata (anche giornaliera) destinate alla copertura di esigenze contingenti e specifiche del cliente, delle quali costituisce esempio tipico quella di proteggersi contro gli infortuni che potrebbero occorrere durante lo svolgimento di attività sportive amatoriali (es. lo sci per un giorno) oppure durante un viaggio. Di regola, grazie alla collaborazione tra le imprese di assicurazione tradizionali (cc.dd. *incumbent*) e le *start-up insurtech*, il potenziale cliente riceve direttamente sul proprio *smartphone* proposte di copertura ritagliate sulle esigenze del momento che, se di suo gradimento, può sottoscrivere "in mobilità". Così IVASS, Report *Analisi trend offerta prodotti assicurativi (gennaio – giugno 2018)*, Novembre, 2018, p. 3 s.

⁹V. *infra*, par. 3.

¹⁰V. *infra*, par. 4.

2. Con l'espressione *Digital Health Insurance* si allude all'offerta di «polizze salute legate all'utilizzo di tecnologie digitali» in grado di registrare e trasmettere dati precisi sullo stato di salute dei clienti¹¹.

È doveroso chiarire *in limine* che i contratti di assicurazione che possono assumere rilievo in tale contesto, in quanto riconducibili entro l'unitaria nozione di "assicurazioni della salute", sono molteplici¹²: (i) le assicurazioni infortuni e/o malattie¹³, con le quali l'assicuratore assume l'obbligo di erogare una somma di denaro – predeterminata in misura forfettaria - nell'ipotesi in cui l'assicurato subisca una lesione psicofisica e/o sia colpito da uno stato morboso che ne provochi la morte, l'invalidità permanente o l'inabilità temporanea¹⁴; (ii) le assicurazioni di spese mediche o sanitarie, le quali garantiscono la mera rifusione delle spese

¹¹Cfr. IVASS, *Analisi trend prodotti assicurativi – Le nuove polizze sulla salute: la Digital Health Insurance*, cit., p. 3.

¹²Sull'operatività delle imprese di assicurazione nel settore della salute, v. LANDINI, *Il ruolo delle assicurazioni nella salute*, in *Diritto e salute*, 2017, p. 88 ss.; GAGLIARDI, *Salute e assicurazione: il diritto delle assicurazioni in campo sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1321 ss.; E. PIRAS, *Fondi sanitari integrativi e società di mutuo soccorso: le nuove frontiere della sanità integrativa*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1870 ss.

¹³Altrimenti dette "assicurazioni contro i danni alla persona". Sul tema, v. ampiamente ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, *Le assicurazioni contro i danni*, Padova, 2012, p. 572 ss. Tra i contributi meno recenti si segnalano: SANTARONI, *Assicurazione degli infortuni*, in A.D. CANDIAN, POLOTTI DI ZUMAGLIA e SANTARONI (a cura di), *Assicurazione vita e infortuni. Contratti para-assicurativi*, Torino, 1992, p. 203 ss.; DURANTE, *Il contratto per l'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1974; VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione privata contro gli infortuni nella teoria del contratto di assicurazione*, Milano, 1968; PASANISI, *L'assicurazione infortuni nella disciplina legislativa del contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1962, p. 361 ss.; FANELLI, *Assicurazione privata contro gli infortuni*, in *Enc. dir.*, III, 1958, p. 581 ss. e, dello stesso A., *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1945; SALANDRA, *Natura e disciplina giuridica dell'assicurazione privata contro gli infortuni*, in *Assicurazioni*, 1948, I, p. 3 ss.

¹⁴L'art. 2 c. ass. contempla le figure contrattuali in esame sia nei rami 1 e 2 danni (infortuni e malattia) che nel ramo IV vita (assicurazioni malattia e assicurazioni di non autosufficienza garantite mediante contratti di lunga durata, non rescindibili dall'assicuratore, a copertura del rischio di invalidità grave dovuta a infortunio, malattia o longevità).

sostenute dall'assicurato per far fronte all'evento che incida sulla sua salute, purché documentabili¹⁵; (iii) le c.d. assicurazioni *Long Term Care* (breviter LTC)¹⁶, con le quali è garantita all'assicurato assistenza di lungo periodo in caso di non autosufficienza dovuta a malattia, infortunio o senescenza¹⁷.

¹⁵Con le assicurazioni per il rimborso delle spese mediche si conviene l'erogazione, da parte dell'impresa assicurativa, di una somma di denaro il cui importo è rapportato alle spese mediche (per esami diagnostici, visite specialistiche, ricoveri, interventi chirurgici, ecc.) rese necessarie da un infortunio o da una malattia. Pertanto, i contratti di assicurazione *de quibus* sono di regola qualificati come assicurazioni contro i danni – più precisamente, assicurazioni del patrimonio - in quanto tali soggetti all'applicazione del principio indennitario. In tal senso v. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, cit., p. 453 s., 465 s.; Cass., 20 agosto 1992, n. 9689, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, p. 517 ss., con nota di DONZELLA, secondo cui il contratto di assicurazione c.d. di "sicurezza sanitaria", avendo lo scopo di garantire l'assicurato contro il rischio derivante da malattia o infortunio limitatamente alle spese che, in tale evenienza, egli fosse costretto a sborsare per cure mediche e per il ricovero in ospedale o in altri luoghi di cura, non è assimilabile all'assicurazione infortuni per il caso di morte, che ha finalità prettamente previdenziale. Sul tema, v. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione (Profili funzionali e strutturali)*, Napoli, 2016, p. 58, secondo il quale anche le assicurazioni di spese mediche o sanitarie, al pari delle assicurazioni contro gli infortuni e le malattie, apparterebbero al *genus* delle "assicurazioni della salute" e sarebbero caratterizzate da una funzione previdenziale in quanto rivolte alla tutela di interessi squisitamente personali.

¹⁶Sul tema, v. DI NELLA, *Le assicurazioni per il rischio di non autosufficienza. Modelli e tutele*, in CAVAZZONI, DI NELLA, MEZZASOMA e RIZZO (a cura di), *La tutela del consumatore assicurato tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, 2012, p. 217 ss.; GREMIGNI FRANCINI, *Assicurazioni sanitarie e prestazione diretta di assistenza: il caso delle polizze long term care*, in CORRIAS e RACUGNO, *Prestazioni di facere e contratto di assicurazione*, Milano, 2013, p. 39 ss.; ID., *Tutela degli anziani ed assicurazioni per l'assistenza di lungo periodo alla luce dei diritti fondamentali*, in COMANDÈ (a cura di), *Diritto privato europeo e diritti fondamentali (Saggi e ricerche)*, Torino, 2004, p. 213 ss.; DE STROBEL, *Le assicurazioni per il rischio di non autosufficienza Long Term Care. I profili giuridici*, in *Dir. econ. ass.*, 2004, p. 147 ss.; PETRONE, *Il rischio non autosufficienza delle persone e le assicurazioni long term care: alcune riflessioni giuridiche*, in PACI (a cura di), *Il rischio di non autosufficienza e l'offerta assicurativa in Italia*, Milano, 2003, p. 129 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici su specifici aspetti del tema, quale l'utilizzabilità di *test* genetici nell'ambito delle assicurazioni LTC, v. *infra*, nt. 55.

¹⁷L'art. 2, comma 2, c. ass. contempla tali fattispecie contrattuali nell'ambito del ramo IV vita. Tuttavia, a quello che è stato definito, con una efficace espressione, un «apparente inquadramento «monoramo» delle polizze LTC» si contrappone una duplice classificazione dei contratti in esame, in relazione alla prestazione garantita, ad opera del Regolamento ISVAP n. 29/2009 (concernente le istruzioni applicative sulla classificazione dei rischi all'interno dei rami di assicurazione). In base all'art. 8 del Regolamento, infatti, i contratti *de quibus* devono essere ricondotti al ramo IV vita quando la prestazione garantita dall'assicuratore consiste in una rendita; quando, invece, la prestazione assicurativa è costituita dal risarcimento (*rectius*: rimborso) del costo per l'assistenza o

Tutte le fattispecie contrattuali menzionate – tra le quali le più diffuse e discusse sono indubbiamente le prime¹⁸ - sono accomunate dalla finalità di garantire l'assicurato nei confronti di accadimenti idonei a procurargli una menomazione della integrità psico-fisica¹⁹; esse, infatti, sono dirette a fronteggiare le spese, le cure e ogni altra conseguenza di un'alterazione dello stato di salute, indipendentemente dalla natura dell'evento che ne costituisca la causa²⁰.

Ciò rilevato, il *trend* della digitalizzazione delle assicurazioni della salute presenta diverse declinazioni in quanto molteplici sono i dispositivi e i servizi *hi-tech* con i quali è possibile integrare le coperture sanitarie.

L'«offerta digitale» delle imprese assicurative italiane nell'area della salute si concentra in particolar modo su proposte che incentivano l'uso di braccialetti

da una prestazione in natura (c.d. prestazione diretta), l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza deve essere classificata nel ramo 2 danni di cui all'art. 2, comma 3, c. ass. Per maggiori approfondimenti, v. GREMIGNI FRANCINI, *Assicurazioni sanitarie e prestazione diretta di assistenza: il caso delle polizze long term care*, cit., p. 52 ss., da cui è tratta la citazione testuale.

¹⁸Non è possibile soffermarsi in questa sede sull'annoso dibattito relativo alla natura giuridica delle assicurazioni infortuni, la cui rilevanza pratica si ricollega alla difficoltà, in assenza di indicazioni legislative, di individuare, nell'ambito della disciplina codicistica del contratto di assicurazione, il nucleo di disposizioni concretamente applicabili a tali figure negoziali. Al riguardo, sia consentito solo ricordare che tuttora l'elaborazione dottrinale sul tema non fornisce una soluzione uniforme della questione. Quanto alla giurisprudenza, essa si è recentemente orientata nel senso della qualificazione come assicurazioni sulla vita delle sole polizze contro il rischio di infortuni mortali, con conseguente inquadramento delle polizze contro gli infortuni non mortali nell'ambito delle assicurazioni contro i danni. In tal senso, nel solco di Cass., SS. UU., 10 aprile 2002, n. 5119, v. da ultimo Cass., 11 giugno 2014, n. 13233, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1879 ss, con nota di LOCATELLI; Trib. Reggio Emilia, 2 marzo 2016, n. 315, secondo cui in caso di polizza infortuni che preveda il caso morte, qualora si verifichi l'infortunio mortale si applica la disciplina propria delle assicurazioni sulla vita che non incontra il limite del principio indennitario. Per una dettagliata ricostruzione dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema, v. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 572 ss.

¹⁹Cfr. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione (Profili funzionali e strutturali)*, cit., p. 57.

²⁰Così GAGLIARDI, *L'assicurazione della salute tra aleatorietà e tutela dell'identità personale*, in BUSNELLI e COMANDÈ (a cura di), *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, Milano, 2006, p. 81.

elettronici o di altri dispositivi *wearables* (ad esempio i contapassi) di rilevazione e monitoraggio dell'attività fisica dell'assicurato (cc.dd. *activity trackers*)²¹.

In alcuni casi, l'impresa di assicurazione incoraggia l'uso di siffatti dispositivi con la promessa di sconti sul premio assicurativo, applicabili sia all'atto della stipulazione del contratto che nel corso della sua esecuzione.

Nello specifico, i clienti che, condividendo con l'assicuratore alcuni dati clinici, dimostrino di essere in buono stato di salute al momento dell'instaurazione del rapporto otterranno un immediato sconto sul premio, del quale beneficeranno per tutta la durata del contratto²².

Inoltre, gli assicurati che seguano un apposito programma di allenamento e si adeguino a modelli di vita *healthy* potranno ottenere ulteriori sconti sul premio nella fase di esecuzione del contratto. L'impresa di assicurazione predispone, infatti, una sorta di *premium plan* che presuppone l'uso, da parte di ciascun assicurato, di uno fra i *devices* indicati dall'impresa medesima: qualora i dati registrati dal dispositivo segnalino lo svolgimento, in corso di rapporto, di regolare attività fisica e il raggiungimento della soglia minima annuale di movimento prevista dal contratto, l'assicurato avrà diritto, al momento del rinnovo della polizza, ad uno sconto aggiuntivo, il quale verrà automaticamente applicato all'annualità successiva²³.

²¹Per una panoramica sui dispositivi *wearables*, GERMANI e FEROLA, *Il wearable computing e gli orizzonti futuri della privacy*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 75 ss.

²²L'impresa assicurativa effettua tale valutazione sulla base della presentazione di uno scontrino della farmacia dal quale risulti che alcuni specifici parametri di benessere (indice di massa corporea, pressione arteriosa, colesterolo) sono "nella norma" e delle dichiarazioni rese dall'assicurato mediante la compilazione del c.d. questionario anamnestico o sanitario.

²³I cc.dd. "traguardi" sono previsti, per tutti gli assicurati, sulla base del movimento minimo normalmente richiesto ad un soggetto in buono stato di salute. Affinchè l'impresa possa accertarne il raggiungimento, è necessario che l'assicurato effettui la registrazione ad una apposita piattaforma digitale e vi traferisca periodicamente (di solito con cadenza mensile) i dati registrati dal dispositivo elettronico in uso. L'impresa potrà, così, analizzare i dati raccolti, convertirli in MOVES (unità di

In altri casi, l'impresa assicurativa offre, senza alcun costo aggiuntivo, a coloro che stipulino una polizza della salute un *wearable device* il cui uso, pur non essendo associato a benefici di tipo economico quali la riduzione del premio, permette all'assicurato il controllo continuativo dei dati relativi all'attività fisica e di fruire di un efficace strumento di autoprevenzione²⁴.

La medesima prassi è emersa con riferimento a dispositivi *wireless* di tipo medico (o "bio-medicali"), non necessariamente indossabili, che si differenziano da quelli poc'anzi menzionati principalmente per l'oggetto della rilevazione. Siffatti strumenti, infatti, sono destinati a tracciare, non l'attività fisica dell'assicurato, ma un'ampia gamma di parametri vitali (come il livello di glucosio nel sangue, la pressione arteriosa, la frequenza cardiaca, la saturazione dell'ossigeno, ecc.) e si rivelano, dunque, particolarmente utili per il monitoraggio a distanza di soggetti a rischio o affetti da gravi patologie²⁵.

Tuttavia, in talune ipotesi il rapporto fra la polizza della salute e i *devices* bio-medicali appare "rovesciato" rispetto alle ipotesi precedentemente evocate: difatti, è l'acquisto di uno di tali dispositivi a consentire l'attivazione di una polizza della salute, e non viceversa. Così, sulla base di un'apposita convenzione con l'azienda produttrice, un'impresa assicurativa ha ritenuto di offrire gratuitamente, ad ogni acquirente di apparecchi del tipo descritto, una polizza sanitaria base temporanea per la copertura di specifiche spese mediche nonché la possibilità di installare sullo

misura dell'attività fisica quotidiana) e procedere all'eventuale applicazione degli sconti previsti.

²⁴È il caso di "Poste Protezione Innova Salute Più" promosso da Poste Assicura S.p.A.. L'assicurato che stipuli alcune delle formule offerte da tale contratto di assicurazione (ad esempio, grandi interventi chirurgici) e che opti per il pagamento di un premio annuale, potrà ricevere in regalo un braccialetto elettronico del tipo "Bluetooth" che gli consentirà di monitorare i dati registrati in relazione allo stile di vita e all'attività sportiva utilizzando una *App* dedicata o consultando il *display* presente sul dispositivo.

²⁵Cfr. GERMANI e FEROLA, *Il wearable computing e gli orizzonti futuri della privacy*, cit., p. 77.

smartphone una *App* dedicata, con la quale monitorare il proprio stato di salute, ricevere consulenza medica e suggerimenti sui comportamenti da adottare per migliorare il proprio stile di vita, ottenere aggiornamenti sul livello di rischio di insorgenza di nuove patologie, ad esempio cardiovascolari e metaboliche²⁶.

Una diversa e specifica manifestazione della *Digital Health Insurance*, che conviene menzionare espressamente, è costituita dalla polizze della salute che contemplano servizi abbinati di Telemedicina e di *Home care*²⁷.

Grazie ad *App* dedicate e a dispositivi medici all'avanguardia, tali contratti garantiscono all'assicurato l'erogazione di prestazioni di assistenza sanitaria secondo modelli innovativi incentrati sul cittadino; il medico e il paziente non si confrontano "*de visu*" ma comunicano a distanza, in qualsiasi momento²⁸.

²⁶È questa l'offerta scaturita dalla collaborazione fra RBM SALUTE, impresa specializzata nell'assicurazione sanitaria, e IHEALTH, azienda che produce e distribuisce prodotti *wireless* innovativi per la salute. Con l'acquisto di uno dei suddetti dispositivi l'acquirente ottiene in regalo un'assicurazione sanitaria individuale della durata di tre anni, rinnovabile fino a cinque, per la copertura di spese mediche (per visite specialistiche, grandi interventi chirurgici, specifiche prestazioni odontoiatriche). L'assicurato può personalizzare, con un premio a suo carico, la copertura offerta dalla polizza di base (ad esempio per le cure fisioterapiche, la gravidanza, i medicinali, gli occhiali o l'inabilità) ed estenderla ai propri familiari.

²⁷Sul tema, v. STEFANINI, *Telemedicina, "mHealth" e diritto*, in *Rassegna di diritto farmaceutico e della salute*, 2016, p. 1023 ss.; FILAURO, *Telemedicina, cartella clinica elettronica e tutela della privacy*, in *Danno resp.*, 2011, p. 472 ss.

²⁸Cfr. MINISTERO DELLA SALUTE, *Telemedicina. Linee di indirizzo nazionali*, 2014, p. 8, consultabili sul sito http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2129_allegato.pdf, secondo il quale «Per Telemedicina si intende una modalità di erogazione di servizi di assistenza sanitaria, tramite il ricorso a tecnologie innovative, in particolare alle Information and Communication Technologies (ICT), in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) non si trovano nella stessa località. La Telemedicina comporta la trasmissione sicura di informazioni e dati di carattere medico nella forma di testi, suoni, immagini o altre forme necessarie per la prevenzione, la diagnosi, il trattamento e il successivo controllo dei pazienti»; COMMISSIONE UE, *Comunicazione sulla telemedicina a beneficio dei pazienti, dei sistemi sanitari e della società*, 4 novembre 2008 [COM(2008)689], p. 3. La Telemedicina, dunque, consente lo spostamento delle informazioni mediche evitando lo spostamento delle persone (cfr. IVASS, *Analisi trend prodotti assicurativi – Le nuove polizze sulla salute: la Digital Health Insurance*, cit., p. 10).

Alcune polizze prevedono che, in caso di ricovero conseguente a malattia o infortunio, eventualmente accompagnato da intervento chirurgico, l'assicurato possa richiedere alla Struttura organizzativa collegata all'impresa di assicurazione di installare presso il suo domicilio un sistema tecnologico di comunicazione audio-visuale e di trasmissione di dati clinici utilizzabile dal personale medico e paramedico che lo assista²⁹.

Altre, invece, sono integrate da servizi per il telemonitoraggio di alcune specifiche patologie croniche. È il caso dei contratti in forza dei quali gli assicurati in possesso di determinati requisiti anagrafici e clinici³⁰ ricevono gratuitamente, al proprio domicilio, dispositivi che ne rilevano i parametri vitali e li trasmettono in tempo reale alla Centrale Operativa dell'impresa di assicurazione; il *team* di medici e di infermieri specializzati ivi operante può così monitorare continuamente lo stato di salute del paziente/assicurato, offrire a quest'ultimo suggerimenti e raccomandazioni ed intervenire tempestivamente in presenza di *alert* clinici³¹.

Alle polizze sanitarie possono essere abbinati anche servizi di telecontrollo, che garantiscono la sorveglianza e l'assistenza da remoto di determinati soggetti (si

²⁹*Generali Sei in salute* di Generali Italia S.p.A. prevede che le spese per l'installazione delle apparecchiature al domicilio dell'assicurato restino a carico della Struttura organizzativa fino ad un massimo di 30 giorni dopo le dimissioni dall'istituto di cura.

³⁰Si tratta di soggetti oltre il 50mo anno di età e affetti da patologie croniche come il diabete, l'ipertensione, l'asma e la Broncopneumopatia Cronica Ostruttiva. Con riferimento a tali soggetti aventi tali caratteristiche potrebbe manifestarsi un più serio problema di *digital divide*, ossia il rischio che gli strumenti di *eHealth*, che dovrebbero garantire una maggiore equità dell'assistenza sanitaria, finiscano, in concreto, per accentuare il divario tra coloro che possiedono maggiori conoscenze e competenze digitali e coloro che ne risultano privi. Si è infatti riscontrato che la scarsa abilità nell'uso delle nuove tecnologie ha contribuito ad una limitata diffusione dei dispositivi tecnologici esaminati (ad es. *app* per la salute) tra i soggetti *over 55* affetti da patologie croniche, nonostante si tratti, almeno astrattamente, degli individui che potrebbero trarne i maggiori benefici. Cfr. VICARELLI e BRONZINI, *La sanità digitale: dimensioni di analisi e prospettive di ricerca*, in *Politiche sociali*, 2018, p. 155.

³¹Servizio *Monitor Salute* offerto dalla compagnia Unisalute del gruppo Unipol.

pensi agli anziani che vivano da soli) attraverso apparecchi dotati di sensori che ne rilevano malesseri o cadute all'interno dell'appartamento e che, grazie a dispositivi GPS, consentono la localizzazione del paziente e l'invio sul posto del personale medico o paramedico necessario³².

I vantaggi offerti dai sopra descritti servizi di Telemedicina e *Home Care* sono evidenti: l'assistenza sanitaria domiciliare e da remoto, da un lato, può contribuire ad un abbattimento dei costi dei servizi sanitari, riducendo il numero di giorni di ricovero presso strutture ospedaliere³³; dall'altro, può permettere al paziente/assicurato di beneficiare di prestazioni mediche all'interno del proprio ambiente familiare, fattore non trascurabile quando si tratti di un soggetto particolarmente vulnerabile in quanto anziano, affetto da malattie croniche e/o impossibilitato a muoversi.

³²Cfr. IVASS, *Analisi trend prodotti assicurativi – Le nuove polizze sulla salute: la Digital Health Insurance*, cit., p. 10 ss., ove si segnala anche l'offerta di polizze salute che garantiscono all'assicurato una cartella clinica *web*, ossia una piattaforma digitale attraverso la quale conservare e consultare, in maniera riservata e sicura, le informazioni relative alla propria storia clinica e condividerle con il medico curante e/o con altri medici per un consulto o in casi di emergenza; ad esempio, qualora l'assicurato si trovi all'estero la cartella clinica elettronica potrà essere messa a disposizione dei medici del posto, nella loro lingua madre, affinché possano effettuare una prima valutazione dei sintomi dell'assicurato, fornire un parere ed eventualmente prescrivere una visita specialistica. Al fine di incrementare il gradimento dei clienti per le cartelle cliniche *web* sarà indispensabile fornire loro adeguate garanzie in ordine all'archiviazione e alla distribuzione protetta in rete dei relativi dati sensibili; obiettivo che potrebbe essere agevolato dall'applicazione delle tecnologie *blockchain* e dei sistemi di crittografia che le contraddistinguono.

³³Secondo il MINISTERO DELLA SALUTE, *Telemedicina. Linee di indirizzo nazionali*, cit., p. 8, «Se correttamente utilizzati, i servizi di Telemedicina possono contribuire a una trasformazione del settore sanitario ed a un cambiamento sostanziale dei modelli di business che ad esso sottendono. [...] è chiaro infatti come la disponibilità di servizi di Telemedicina per aree o pazienti disagiati potrebbe permettere anche una diminuzione delle spese, come pure un aumento dell'efficienza del sistema. Inoltre, la Telemedicina può essere di supporto alla dimissione protetta ospedaliera, alla riduzione delle ospedalizzazioni dei malati cronici, al minor ricorso ai ricoveri in casa di cura e di riposo degli anziani, alla riduzione della mobilità dei pazienti alla ricerca di migliori cure».

Quanto fin qui osservato, evidenzia che, indipendentemente dalla tipologia prescelta, la componente *smart device* delle nuove polizze della salute può costituire un valore aggiunto sia nella fase che precede l'evento dedotto in rischio, favorendo la prevenzione del relativo accadimento³⁴, sia nella fase successiva al verificarsi di siffatto accadimento, ottimizzando eventuali prestazioni di assistenza e consulenza.

3. Il quadro ricognitivo delle fattispecie contrattuali più diffuse nella prassi, pur non esaurendone l'intera gamma - rimessa alla creatività degli operatori del settore e dunque destinata ad una ulteriore evoluzione nel prossimo futuro - permette di illustrare le opportunità offerte dalla *Digital Health Insurance* alle imprese di assicurazione sul piano della valutazione e tariffazione dei rischi; opportunità che destano il maggiore interesse in quanto vertono sul fulcro dell'operazione assicurativa³⁵.

Al riguardo, è appena il caso di ricordare che, secondo l'opinione tradizionale, le imprese di assicurazione si trovano di regola in una posizione di *gap* informativo, in relazione allo stato del rischio, rispetto al contraente/assicurando³⁶. Pertanto,

³⁴Cfr. IVASS, Report *analisi trend offerta prodotti assicurativi (luglio – dicembre 2017)*, cit., p. 8.

³⁵Non si tratta dell'unico vantaggio offerto dalla *Digital Health Insurance* alle imprese assicurative; la conoscenza dei dati personali, dei comportamenti e degli stili di vita degli assicurandi/ti potrebbe anche incrementare la competitività all'interno del mercato, grazie all'ampliamento della gamma dei prodotti offerti, e la riduzione del rischio di frodi.

³⁶Il mercato assicurativo sarebbe caratterizzato da una asimmetria informativa bilaterale, in forza della quale, alla "supremazia" dell'assicuratore in relazione alle informazioni concernenti i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto, corrisponderebbe una posizione di inferiorità del medesimo in ordine alla conoscenza del rischio e delle relative circostanze. In tal senso, v. PIRILLI, *La fase precontrattuale nell'assicurazione*, in *Assicurazioni*, 2013, p. 418 e 421; CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, in *Dir. econ. ass.*, 2009, p. 163, il quale rimarca che «gli elementi circostanziali del rischio sono conosciuti solo dall'assicurando»; DI NOVI, *Selezione avversa e mercato*

esse si affidano, nella selezione dei rischi, pressochè esclusivamente alle dichiarazioni da quest'ultimo rese in fase precontrattuale³⁷, le quali si rivelano essenziali per il fisiologico funzionamento dell'operazione assicurativa, fondata sul principio di mutualità, e per il corretto calcolo dei premi richiesti agli assicurati.

Infatti, soltanto la corrispondenza tra il rischio rappresentato dal contraente e il rischio reale può garantire che il premio applicato non sia inferiore al rischio assicurato³⁸. Ciò trova conferma nel tessuto normativo in materia di rischio assicurativo e, segnatamente, nelle disposizioni codicistiche che sanzionano l'inesattezza o reticenza delle dichiarazioni precontrattuali del contraente (artt. 1892 e 1893 c.c.) e che disciplinano le ipotesi di variazione del rischio in corso di rapporto (artt. 1897 e 1898 c.c.)³⁹.

assicurativo privato: un'analisi empirica su dati USA, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 944 ss.; GAGLIARDI, "Atipicità" dell'assicurazione tra prassi assicurativa e copertura di nuovi rischi, in COMANDE (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006, p. 199.

³⁷Come osservato da DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, *Il diritto del contratto di assicurazione*, 1, *I principi generali del contratto di assicurazione*, Milano, 1954, p. 298, l'assicurando è un vero e proprio gestore del rischio in quanto unico soggetto a conoscenza delle circostanze utili ad identificarlo e valutarlo; l'accertamento preventivo degli elementi del rischio da parte dell'impresa assicurativa risulterebbe complicato e oneroso, spesso addirittura impossibile trattandosi di avvenimenti del passato o di natura delicata. In tal senso, v. anche ANTONUCCI, *L'assicurazione fra impresa e contratto*, Bari, 2000, p. 89, la quale evidenzia che nelle assicurazioni di massa le dichiarazioni dell'assicurando «generalmente costituiscono l'unico strumento informativo cui fa ricorso l'assicuratore: altri strumenti di indagine, i cui costi gravano sull'assicurato, comporterebbero eccessive diseconomie organizzative ed un chiaro disincentivo per l'assicurando»; NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 551 s. In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass., 24 novembre 2003, n. 17840 e Cass., 19 dicembre 2000, n. 15939, secondo cui le dichiarazioni dell'assicurato mirano a garantire all'assicuratore la conoscenza, prima della conclusione del contratto, di tutte le circostanze che possono influire sulla determinazione concreta del rischio assicurato e che egli difficilmente potrebbe desumere *aliunde*.

³⁸Così Cass., 13 marzo 2007, n. 5848. Nella stessa direzione, si sono espresse Cass., 24 novembre 2003, n. 17840, *cit.*; Cass., 19 dicembre 2000, n. 15939, *cit.*; e, da ultimo, Cass., 4 agosto 2017, n. 19520.

³⁹Secondo la dottrina maggioritaria le disposizioni sopra citate (artt. 1892 e 1893 c.c.) sarebbero

Nello specifico caso delle assicurazioni della salute, in un contesto di “bassa digitalizzazione”⁴⁰, la prassi vede l’impresa fondare la valutazione dei rischi e la determinazione dei premi sulle informazioni fornite dal cliente con la compilazione del questionario sanitario sottopostogli prima della stipulazione del contratto; il questionario costituisce dunque lo strumento tradizionale attraverso il quale l’impresa assicurativa, non solo assolve il proprio dovere di collaborazione verso la controparte contrattuale consentendole di riconoscere gli elementi del rischio

animate dalla *ratio* di tutelare non tanto la posizione dell’assicuratore quanto quella degli assicurati, ancorchè in via indiretta, ossia garantendo la correttezza del congegno tecnico di assunzione del rischio a costo parziale che caratterizza il contratto di assicurazione. In tal senso, per tutti, GAMBINO, *Assicurazione (Contratto di assicurazione: profili generali)*, in *Enc. Giur. It.*, III, 1988, p. 10; ID., *La prevenzione nelle assicurazioni sulla vita e nei nuovi prodotti assicurativo-finanziari*, in *Assicurazioni*, 1990, p. 30, secondo il quale la disciplina codicistica delle dichiarazioni precontrattuali sul rischio non è più riferibile, per il suo contenuto e la sua *ratio*, alla disciplina generale sui vizi del consenso e cioè sull’errore dell’assicuratore, come si riteneva nel vigore del Codice di commercio del 1882, ma intende dare all’assicuratore una precisa conoscenza del rischio al fine di valutarne l’assicurabilità tecnica e di garantire un’esatta determinazione del premio, come corrispettivo di un rischio medio, calcolato in relazione ad una massa di rischi omogenei; VOLPE PUTZOLU, *L’assicurazione privata contro gli infortuni nella teoria del contratto di assicurazione*, cit., p. 45 ss., secondo la quale se si ha riguardo al complesso meccanismo di comunione dei rischi (il quale pretende un costante equilibrio tra rischio e premio nella sua accezione tecnica) si può notare come le disposizioni sopra richiamate non mirino ad investire l’assicuratore, come parte del contratto, di un ingiustificato privilegio ma a garantire una corretta gestione dell’impresa a salvaguardia dell’intera massa degli assicurati, ossia dell’adempimento degli obblighi assunti nei confronti degli assicurati per i quali si verificherà il rischio. Nella medesima prospettiva, «che vede strettamente intrecciate vicende del contratto e vicende dell’impresa», ANTONUCCI, *L’assicurazione fra impresa e contratto*, cit., p. 88.

⁴⁰Lo scenario considerato si caratterizza per l’indisponibilità di un immenso patrimonio di dati personali come quello generato dai *devices* associati alla *Digital Health Insurance*.

rilevanti ai fini della sua valutazione⁴¹, ma tenta altresì di riequilibrare a proprio vantaggio la suddetta asimmetria informativa⁴².

Tuttavia il questionario sanitario, sebbene sia finalizzato alla raccolta di dati precisi sullo stato di salute e su eventuali patologie pregresse e/o di natura ereditaria dell'assicurando, non risolve in radice il problema della naturale incompletezza delle informazioni relative al rischio; difatti, anche l'assicurando potrebbe ignorare alcune circostanze rilevanti ai fini della sua assunzione. L'impresa di assicurazione pare, dunque, costantemente esposta all'eventualità che il cliente possa omettere, anche involontariamente, informazioni rilevanti sullo stato del rischio da assicurare.

Analoga situazione di asimmetria informativa in relazione alle caratteristiche del rischio è riscontrabile nella fase successiva alla stipulazione del contratto. In tale fase l'assicuratore generalmente non è in grado di osservare e monitorare i comportamenti degli assicurati, i quali potrebbero porre in essere condotte, anche omissive, tali da aumentarne la rischiosità⁴³; pertanto, egli ha il diritto, ex artt. 1897

⁴¹L'interpretazione degli artt. 1892 e 1893 c.c., dai quali si desume l'obbligo del contraente di descrivere il rischio in modo esatto e completo, ha condotto la giurisprudenza ad individuare in capo all'assicuratore un dovere di cooperazione, in forza del quale egli deve porre l'assicurando nelle condizioni di comprendere quali siano le circostanze del rischio rilevanti ai fini della sua assunzione. Sul tema, ampiamente, BUGIOLACCHI, *Disclosure dell'assicurato e cooperazione dell'assicurazione nella determinazione dell'informazione rilevante*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1598 ss.

⁴²Cfr. DI NOVI, *Selezione avversa e mercato assicurativo privato: un'analisi empirica su dati USA*, cit., p. 949, sottolinea la tendenza degli assicuratori ad arginare gli effetti negativi della propria posizione di *gap* informativo (in particolare possibili fenomeni di selezione avversa) non solo tramite il questionario precontrattuale anche attraverso altri strumenti, quali la predisposizione e l'offerta di prodotti attraenti solo per individui a basso rischio e, nel caso delle assicurazioni sanitarie, in buona salute (es. polizze che contemplino abbonamenti alla palestra) con riferimento alle quali si è soliti parlare di pratiche di *cream skimming*.

⁴³Come rilevato da ANIA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo*, cit., p. 4, spesso nella fase successiva alla stipulazione del contratto si registra una minore propensione degli assicurati all'adozione di adeguate misure di prevenzione del rischio.

e 1898 c.c., di essere informato dal contraente di eventuali mutamenti rilevanti del rischio assunto.

Dall'impossibilità per l'impresa assicurativa di riconoscere, sia *ex ante* che nella fase successiva alla conclusione del contratto, il grado di rischio individuale degli assicurandi/ti discende quella di parametrare ad esso l'importo dei premi. La tradizionale tecnica di tariffazione dei rischi consiste, come è ampiamente noto, nella previsione di un premio che riflette la rischiosità media di tutti gli assicurandi appartenenti ad una medesima classe, nel quadro della neutralizzazione dei rischi individuali in cui si sostanzia il principio di mutualità assicurativa; in altri termini, nella sua accezione tecnica il premio non rappresenta il corrispettivo del rischio assunto con il singolo contratto di assicurazione, ma è calcolato sulla base di elementi probabilistici in relazione ad una massa di rischi omogenei assunti dall'assicuratore⁴⁴.

In uno scenario come quello descritto che, secondo la teoria economica, potrebbe innescare fenomeni di selezione avversa o di azzardo morale⁴⁵, la "svolta

⁴⁴Cfr. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 377 s., il quale evidenzia che «I rischi individuali vengono neutralizzati facendo gravare su ciascun assicurato [...] una proporzionale aliquota degli oneri derivanti dal verificarsi di una pluralità di eventi». Come sottolineato da DE LORENZI, *Contratto di assicurazione. Disciplina giuridica e analisi economica*, Padova, 2008, p. 18 s., «il rischio del singolo soggetto non è "prezzato" singolarmente, ma dentro un gruppo di rischio; infatti, è impossibile o troppo costoso stimare il rischio, il danno atteso del singolo individuo isolatamente considerato, perché non si conosce la sua storia, la sua esperienza, mancano le statistiche, o comunque la valutazione sarebbe troppo costosa, e i costi si rifletterebbero sul premio. Mentre è impossibile o troppo costoso calcolare il danno atteso dell'individuo isolatamente, il calcolo del danno atteso del singolo è possibile per l'assicuratore entro un gruppo. L'assicurazione si fonda su stime di gruppi similari di danno atteso; sulla base della probabilità di gruppo (statistiche, esperienza, legge dei grandi numeri), l'assicuratore riesce a stabilire il danno atteso di un soggetto; per ragioni pratiche, il danno atteso è un concetto statistico, fondato su una probabilità di gruppo. (Vi è quindi un rischio medio, un danno atteso medio, un'indennità attesa media, un premio medio per gruppo)».

⁴⁵Per "selezione avversa" si intende il fenomeno per il quale l'impossibilità per l'impresa di assicurazione di riconoscere il grado di rischio individuale dei potenziali assicurati e la conseguente

digitale” delle assicurazioni della salute potrebbe stravolgere le tradizionali tecniche di valutazione e tariffazione dei rischi sopra descritte, offrendo l’opportunità di una significativa riduzione della suddetta asimmetria informativa sia nella fase che precede la stipulazione del contratto che in quella della sua esecuzione.

In primo luogo, le formule assicurative che incentivassero gli assicurandi a condividere, sin dalla fase genetica del rapporto, i dati sensibili risultanti da uno scontrino della farmacia⁴⁶ o quelli comportamentali rilevati da dispositivi *wearables* in uso metterebbero a disposizione delle imprese di assicurazione un patrimonio

previsione di un premio di importo identico per tutti gli assicurandi della medesima classe determinerebbero la fuoriuscita dal mercato assicurativo dei soggetti portatori di rischi meno elevati: questi ultimi, infatti, dinanzi ad un “premio medio” per loro poco vantaggioso – in quanto eccessivo rispetto alla bassa probabilità che per essi il rischio si verifichi - sarebbero indotti a rinunciare alla copertura assicurativa o a stipulare polizze assicurative meno costose (*id est*, per le quali sia previsto un premio inferiore rispetto a quello medio testè menzionato) e poco convenienti sul piano delle prestazioni garantite. Per converso, i soggetti esposti a maggiori rischi, attratti dalla convenienza del “premio medio”, stipulerebbero contratti di assicurazione che garantiscono una copertura elevata, beneficiando del fenomeno della sovvenzione incrociata (“*cross-subsidy*”); precisamente, gli assicurati più esposti al rischio, essendo tenuti a corrispondere un premio medio di importo inferiore a quello che avrebbero dovuto pagare se il premio fosse stato commisurato alla loro effettiva rischiosità individuale, saranno indirettamente sovvenzionati dai soggetti meno rischiosi che scelgano comunque di assicurarsi. Diversamente dalla “selezione avversa”, che attiene alla fase di assunzione dei rischi, il c.d. “azzardo morale” rappresenta una forma di inefficienza del mercato assicurativo derivante dall’impossibilità per l’assicuratore di osservare i comportamenti posti in essere dagli assicurati nella fase successiva alla stipulazione dei contratti. Esso si manifesterebbe allorquando gli assicurati ponessero in essere attività e condotte tali da aumentare la probabilità che si verifichi l’evento dedotto in rischio; per tale ragione, si è soliti definire tali condotte “rischi aggiuntivi” dipendenti dalla mancata adozione di misure di precauzione, talvolta determinata proprio dall’esistenza di un contratto di assicurazione. Cfr. CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit., p. 162 ss.; DI NOVI, *Selezione avversa e mercato assicurativo privato: un’analisi empirica su dati USA*, cit., p. 943 s.; RUSSO, *Trasparenza ed informazione nel contratto di assicurazione. La prospettiva dell’analisi economica del diritto*, Padova, 2002, spec. p. 115 ss. Su tali fenomeni nelle assicurazioni della salute, v. BARIGOZZI, *Assicurazione sanitaria*, in *Riv. pol. econ.*, 2006, p. 217 ss., spec. 222 ss., la quale rammenta la possibile distinzione, nell’ambito delle sole assicurazioni della salute, fra ipotesi di azzardo morale *ex ante*, riferibili a condotte poste in essere dagli assicurati prima dell’avveramento del rischio, e di azzardo morale *ex post*, qualora la condotta attenga alla fase successiva all’accadimento dell’evento assicurato.

⁴⁶V. *supra*, par. 2

informativo altrimenti inaccessibile, il quale potrebbe integrare e, potenzialmente, sostituire le informazioni su cui generalmente si fonda la valutazione pre-assuntiva dei rischi. Ne deriverebbe la possibilità di individuare il profilo di rischio individuale di ciascun cliente e di parametrare ad esso l'importo dei premi⁴⁷.

Inoltre, poichè i *devices* abbinati alle nuove polizze della salute consentono il monitoraggio costante e continuativo di parametri clinici, abitudini e stili di vita, gli assicuratori potrebbero osservare in costanza di rapporto condotte individuali tali da aumentare la probabilità dell'evento pregiudizievole per la salute, e riclassificare su tali basi il profilo di rischio dell'assicurato e il premio dovuto⁴⁸.

È agevole cogliere la notevole portata del fenomeno in termini di repressione di eventuali tentativi del contraente/assicurato di sfruttare il proprio vantaggio informativo in relazione alla conoscenza del rischio per beneficiare di condizioni contrattuali più favorevoli, alla quale fa da corollario la neutralizzazione dei fenomeni di selezione avversa e azzardo morale sopra menzionati.

In particolare, soluzioni di *Digital Health Insurance*, come quelle offerte nel mercato assicurativo italiano, che contemplino il monitoraggio continuativo dell'assicurato (*rectius*: dei suoi parametri vitali e di benessere) e la promessa di una riduzione del premio al raggiungimento di determinati obiettivi di benessere, potrebbero rivelarsi un formidabile strumento: di "autoselezione"⁴⁹, andando ad

⁴⁷La diffusione di formule assicurative che incentivino gli assicurandi a condividere, all'atto della stipulazione del contratto, i dati personali e sensibili risultati da uno scontrino della farmacia (v. *supra*, par. 2) o rilevati da dispositivi *wearables* in uso – metterebbe a disposizione delle imprese di assicurazione un bagaglio informativo tanto ampio da poter integrare e, potenzialmente, sostituire le informazioni tradizionalmente utilizzate ai fini della valutazione pre-assuntiva del rischio.

⁴⁸Cfr. ANIA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo*, cit., p. 4.

⁴⁹Il meccanismo di autoselezione diretto a neutralizzare eventuali fenomeni di selezione avversa si sostanzia nella predisposizione dei contratti di assicurazione in modo tale da favorire l'incontro tra le

attrarre verosimilmente i soggetti più attenti alla propria salute e astrattamente meno esposti a rischi sanitari⁵⁰; di contrasto del *moral hazard*, incentivando la maggiore precauzione dell'assicurato e, per l'effetto, la prevenzione del rischio⁵¹.

È altresì possibile notare come le nuove tecnologie si prestino a valorizzare la già nota poliedricità del contratto di assicurazione e delle sue funzioni, e in particolare la capacità dello strumento assicurativo non solo di offrire – come da tradizione – la copertura dei rischi e la riparazione economica *ex post* delle relative conseguenze, ma altresì di prevenire i rischi medesimi⁵².

parti con le caratteristiche migliori. L'esempio tipico è costituito dall'offerta di un "menù" di contratti che contemplino, da un lato, formule caratterizzate da un premio più basso e da una minore copertura; dall'altro soluzioni di maggiore copertura a fronte di un premio elevato. Dinanzi a tali opzioni, i soggetti avversi al rischio stipulerebbe la prima tipologia di contratto, mentre quelli più propensi al rischio sceglierebbero la prima tipologia di copertura; così facendo, gli assicurandi rivelerebbero il proprio grado di rischio individuale, "autoselezionandosi". Sul tema v. SHERALDINE PINTO, *Le asimmetrie informative nel contratto di assicurazione: una visione del codice delle assicurazioni alla luce dell'economia dell'informazione*, in BUSNELLI e COMANDÈ (a cura di), *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, Milano, p. 178.

⁵⁰Ad esempio, i più giovani che sono anche quelli che hanno di regola maggiore confidenza con le nuove tecnologie.

⁵¹Cfr. BARIGOZZI, *Assicurazione sanitaria*, cit., p. 226, la quale ricorda che, secondo la teoria economica, un consumatore razionale non avrebbe di regola interesse a compiere attività dispendiose come quelle dirette alla c.d. prevenzione primaria; pertanto, in assenza di una qualsiasi forma di vantaggio, egli potrebbe adottare stili di vita non salutari (es. fumo e regime alimentare scorretto).

⁵²Cfr. GAGLIARDI, *Salute e assicurazione: il diritto delle assicurazioni in campo sanitario*, cit., p. 1325, la quale osserva che «l'assicurazione è uno strumento che, oltre la garanzia finanziaria per il caso di verifica del sinistro, potenzialmente è anche in grado di condizionare in meglio le scelte di riduzione dei rischi per tutti gli assicurati»; tuttavia, la possibile incidenza del contratto assicurativo sui fattori di causazione dei rischi - e, dunque, anche sulla loro prevenzione – è tuttora trascurato dal legislatore nazionale, il quale si mostra così in netto ritardo rispetto ai *partners* europei. Sul concetto di prevenzione in ambito assicurativo, v. GAMBINO, *La prevenzione nelle assicurazioni sulla vita e nei nuovi prodotti assicurativo-finanziari*, in *Assicurazioni*, 1990, p. 28, il quale definisce in termini generali la prevenzione come «l'insieme delle attività, strumenti e metodi tendenti ad evitare o diminuire i danni che persone e beni possono subire a causa di qualsiasi tipo di sinistro. I suoi obiettivi fondamentali sono di aggredire il rischio del sinistro per evitare che esso si realizzi e di attenuare le conseguenze dell'evento nel caso che il sinistro divenga realtà [...]».

Si prospetta, dunque, un significativo mutamento del ruolo dell'assicuratore, il quale pare destinato ad assumere per tutta la durata del rapporto le vesti di *lifestyle coach* dell'assicurato, facendosi carico del suo complessivo stato di salute⁵³ attraverso il monitoraggio dell'andamento dei rischi e la promozione di stili di vita utili affinché questi non si avverino o semplicemente non si aggravino⁵⁴. In questo senso, le imprese di assicurazione potrebbero contribuire alla realizzazione delle politiche europee in materia sanitaria, contrastando i principali elementi di crisi dei sistemi sanitari, ossia le malattie croniche non trasmissibili legate a fattori di rischio e a comportamenti individuali come l'inattività e l'alimentazione scorretta⁵⁵.

Quanto alla tariffazione dei rischi, si è osservato che lo sfruttamento dei dati personali e comportamentali di ciascun cliente, e le previsioni altamente attendibili

⁵³Cfr. VECCHIETTI, *Prefazione*, cit., p. 14, il quale riferisce di nuove prospettive per le assicurazioni della salute, focalizzate non più e non tanto sull'elemento "risarcitorio" ma sulla "gestione globale della salute dell'assicurato".

⁵⁴Cfr. ANIA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo*, cit., p. 5, ove si rimarca che la diffusione di prodotti assicurativi abbinati a strumenti tecnologici e/o digitali «può accrescere la consapevolezza dei rischi, una loro più efficace gestione ponendo anche un *focus* adeguato sulla prevenzione. L'assicurazione interviene in questo processo assumendo sempre più il ruolo di "everyday risk coach", consulente a 360° gradi sui rischi cui quotidianamente sono esposti persone e beni». Nel senso di un potenziale impatto positivo dell'uso delle nuove tecnologie - nella specie, i *Big Data* - sulla mitigazione e prevenzione dei rischi si sono espressi anche i principali *stakeholders* pronunciatisi sul tema a seguito della pubblica consultazione avviata dal Comitato congiunto delle Autorità di vigilanza europee (EBA, EIOPA, ESMA) con la pubblicazione del *Joint Committee Discussion Paper on the Use of Big Data by Financial Institutions* (consultabile sul sito https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Discussion%20Paper/jc-2016-86_discussion_paper_big_data.pdf) e conclusasi il 17 marzo 2017. Per i risultati della pubblica consultazione, v. ESAS – EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES (JOINT COMMITTEE), *Joint Committee Final report on Big Data*, 15 marzo 2018, *passim* ma spec. p. 20, *sub.* 89, ove si rileva che soprattutto gli operatori del settore assicurativo reputano i dispositivi telematici utili al fine di diffondere fra i clienti maggiore consapevolezza circa l'esposizione a determinati rischi e a prevenire l'avveramento di questi ultimi.

⁵⁵Cfr. VECCHIETTI, *Prefazione*, cit., p. 11, osserva che «queste patologie possono essere fortemente contenute attraverso la promozione presso gli assicurati di stili di vita attivi e mediante un ricorso sistematico e diffuso a programmi di diagnosi precoce in grado di garantire un ritardo nell'insorgenza delle patologie di quasi 10 anni, con un risparmio potenziale di circa il 30 % dei costi sanitari».

che potrebbero scaturirne, consentirebbero una profonda evoluzione delle modalità di determinazione dei premi; questi sarebbero destinati ad una progressiva personalizzazione, con conseguente abbandono del criterio di determinazione su base statistica, e ad una sempre più spiccata dinamicità, derivante dall'adeguamento del premio alla condotta e alla variazione del profilo di rischio degli assicurati⁵⁶.

La prospettata personalizzazione dei premi potrebbe presentare profili di criticità: (i) la prospettiva di frequenti rettifiche in aumento del relativo importo potrebbe rendere più difficile la comparazione delle diverse polizze offerte sul mercato⁵⁷ e affievolire l'*appeal* delle nuove polizze digitali per gli assicurandi/ti, maggiormente attratti da un premio stabile e prevedibile. Tuttavia, allo stato attuale non si ravvisano esperienze concrete di inserimento nei contratti in esame di clausole che prevedano la variazione in aumento dei premi in caso di rilevazione di dati clinici o *records* di attività "negativi". Inoltre, il fenomeno della variabilità del premio in relazione alla condotta dell'assicurato è già da tempo noto – *mutatis mutandis* - alla prassi assicurativa e allo stesso legislatore, il quale ha disciplinato un peculiare meccanismo di tariffazione comportamentale (c.d. *bonus – malus*) con riferimento ai diversi contratti di assicurazione r.c.auto⁵⁸; (ii) sul piano dell'effettivo

⁵⁶Per gli opportuni riferimenti sia consentito rinviare ancora a CAMEDDA, *La rivoluzione tecnologica nel settore assicurativo: l'avvento dei big data*, cit., p. 8 s.

⁵⁷Cfr. IVASS, *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2017*, Roma 27 giugno 2018, p. 137, spec. nt. 56, ove si evidenzia la necessità di valutare «gli effetti di un'offerta sempre più profilata e segmentata sulla possibilità per il consumatore di comparare i vari prodotti e i prezzi sul mercato».

⁵⁸Art. 133 c. ass., rubricato "Formule tariffarie", il cui primo comma stabilisce i contratti di assicurazione r.c.auto "debbono essere stipulati in base a condizioni di polizza che prevedano ad ogni scadenza annuale la variazione in aumento o in diminuzione del premio applicato all'atto della stipulazione o del rinnovo, in relazione al verificarsi o meno di sinistri nel corso di un certo periodo di tempo, oppure in base a clausole di franchigia che prevedano un contributo dell'assicurato al risarcimento del danno o in base a formule miste fra le due tipologie [...]".

risparmio per gli assicurati, posto che gli ingenti costi sostenuti dall'impresa per l'acquisizione di strumenti, sempre più sofisticati, di elaborazione e analisi dei dati potrebbero essere trasferiti sui clienti come voce di caricamento dei premi, neutralizzando, in concreto, i potenziali vantaggi derivanti dalla tariffazione dei rischi su base individuale⁵⁹; (iii) sotto il profilo della fruizione dei servizi assicurativi, la quale, come si vedrà di seguito, potrebbe essere preclusa ai soggetti i cui dati sanitari e comportamentali lascino presagire una elevata probabilità che l'evento pregiudizievole per la salute si verifichi.

4. Le assicurazioni della salute costituiscono l'area assicurativa nella quale la centralità della persona e dei suoi bisogni emerge con maggior chiarezza e che presenta, pertanto, le più ragguardevoli interferenze con la sfera dei diritti fondamentali dell'individuo, in particolare con il diritto all'identità personale.

In tale contesto, più che in altri, vengono in considerazione l'utilizzabilità di informazioni concernenti il profilo sanitario-genetico, i comportamenti e gli stili di vita dell'assicurato/to⁶⁰, e le sue scelte personali in punto di gestione della salute anche mediante il ricorso ad attività di prevenzione e di cura⁶¹.

Siffatta caratteristica delle assicurazioni della salute è accentuata dalla loro crescente digitalizzazione in quanto, come osservato, lo sfruttamento, da parte dell'assicuratore, dei dati sensibili rilevati dai *devices* abbinati alle polizze consente

⁵⁹In questa direzione, CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e inglese a confronto*, cit., p. 166; in una prospettiva più generale, già SCALFI, *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Torino, 1991, p. 123 s.

⁶⁰Talvolta, indirettamente, anche sullo stato di salute dei suoi familiari, mediante la richiesta di informazioni circa eventuali patologie di natura ereditaria.

⁶¹Cfr. GAGLIARDI, *L'assicurazione della salute tra aleatorietà e tutela dell'identità personale*, cit., *passim*, spec. p. 81 s.

«una profonda visibilità delle caratteristiche di ciascun cliente dal punto di vista spaziale, temporale, intellettuale e comportamentale»⁶²; così il già ampio novero degli elementi utilizzabili nella valutazione dei rischi viene ulteriormente esteso, fino a comprendervi fattori, prima difficilmente conoscibili, capaci di definire anche il profilo identitario dell'assicurato⁶³.

Sono, pertanto, numerosi i problemi sollevati dal ricorso alla tecnologia digitale nell'ambito delle polizze della salute.

Se le principali criticità riguardano la *privacy* e la sicurezza dei dati personali e sanitari trattati⁶⁴, oggi più che mai esposti alla minaccia del *cyber crime*⁶⁵, non meno

⁶²Cfr. VECCHIETTI, *Prefazione*, in CAVAZZA – DEL VECCHIO – DE PIETRO - RAPPINI, *L'innovazione nell'assicurazione salute*, cit., p. 14.

⁶³Cfr. GAGLIARDI, *L'assicurazione della salute tra aleatorietà e tutela dell'identità personale*, cit., p. 87. Il punto è stato più volte evidenziato dal Garante della *privacy*, secondo il quale l'iperconnettività che caratterizza la società attuale implica la cessione, spesso non del tutto consapevole, di una «radiografia completa [...] di pezzi della nostra vita che come tessere di un mosaico si scompongono e ricompongono per formare il nostro profilo identitario». Così GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Big data e sorveglianza globale*, Relazione per l'anno 2013 – Discorso del Presidente Antonello Soro).

⁶⁴Il legislatore europeo è intervenuto sul punto ribadendo che la *privacy* e la sicurezza dei dati devono governare lo sviluppo e l'uso delle nuove tecnologie. In particolare, preso atto dell'incremento dei flussi di dati personali e dello scambio, anche transfrontaliero, dei medesimi derivante dallo sviluppo tecnologico, il Regolamento 2016/679/UE in materia di protezione dei dati personali garantisce ai soggetti interessati un adeguato controllo dei propri dati e introduce apprezzabili misure di responsabilizzazione delle aziende coinvolte nel relativo trattamento. Fra queste, si segnalano: l'istituzione della nuova figura del “Responsabile della protezione dei dati” (*Data Officer Protection*), il quale deve essere designato dal titolare e dal responsabile del trattamento ogni qualvolta le loro attività principali consistano in “trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e/o finalità, richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala” (art. 37); l'obbligo di preventiva valutazione di impatto sulla protezione dei dati personali posto a carico del titolare del trattamento qualora il trattamento medesimo - anche per effetto delle nuove tecnologie impiegate - presenti un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche e, in particolare, implichi una “valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche” (art. 35). Per un primo commento sul Regolamento UE, direttamente applicabile negli Stati membri dal 25 maggio u.s., v. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1 ss.; MANTELERO,

importanti sono i limiti derivanti dalla *Digital Health Insurance* in relazione al possibile utilizzo dei suddetti dati con finalità discriminatoria e alla necessaria tutela del diritto all'autodeterminazione individuale⁶⁶.

Sebbene l'uso di dispositivi telematici nell'ambito delle assicurazioni della salute sia generalmente descritto come fattore in grado di estendere l'accesso alla

Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679, ibidem, p. 144 ss. Per un ulteriore approfondimento sul tema, v. AA. VV., *Trattamento dei dati personali e Regolamento UE n. 2016/679*, in *Corr. giur. - Gli Speciali Digitali*, 2018. La disciplina interna in materia di protezione dei dati personali, contenuta nel d.lg. n. 196/2003 (c.d. Codice della Privacy), è stata adeguata al citato Regolamento UE con l'emanazione del d.lg. 10 agosto 2018, n. 101: sul punto, v. CUFFARO, *Quel che resta di un codice: il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1181 ss. A riprova dell'importanza del tema evocato, molte delle proposte di legge depositate dall'inizio dell'attuale legislatura richiedono l'istituzione di Commissioni parlamentari d'inchiesta che indaghino sul rapporto tra l'uso dei *big data* e la tutela della *privacy*. Cfr. ILSOLE24ORE, *Big data, cyberbullismo e banche: in Parlamento torna voglia d'inchiesta*, 15 luglio 2018, consultabile al link: <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-07-15/big-data-cyberbullismo-e-banche-parlamento-torna-voglia-d-inchiesta-104224.shtml?uuid=AEnAzCMF>.

⁶⁵V. IVASS, *Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2016*, cit., p. 141 s., ove si rileva la crescente vulnerabilità dell'industria assicurativa italiana al rischio di attacchi informatici e la necessità di attivare adeguati processi di mitigazione e gestione del suddetto rischio. V. anche EIOPA, *Risk Dashboard April 2017*, spec. p. 10, ove si legge: «*Market analysts expect the insurance marketplace to change more drastically in 2017 than before, also due to the rising threat of cyber-attacks*». Anche l'industria assicurativa statunitense risulta esposta al rischio di *cyber crime*: v. CAPGEMINI, *Digital trends in the U.S. Healthcare Insurance Industry*, 2017, p. 9, ove si segnala che nel 2015 e nel 2016 alcuni dei principali *leaders* del mercato hanno segnalato di aver subito attacchi informatici e violazioni dei dati e che tali rischi sono attualmente fronteggiati mediante l'adozione di piattaforme basate sui *cloud*, nel rispetto della normativa vigente e, segnatamente, dell'*Health Insurance Portability and Accountability Act* del 1996.

⁶⁶ Secondo il Comitato congiunto (*Joint Committee*) delle Autorità di vigilanza europee del settore finanziario (EBA, ESMA, EIOPA), i vantaggi derivanti dall'innovazione tecnologia (nel caso specifico, dall'uso dei *Big Data*) sono di gran lunga superiori rispetto ai potenziali rischi per i clienti. Inoltre, poiché buona parte dei rischi identificati dalle sopra menzionate *Autorithies* risulta mitigata dalla legislazione vigente, deve escludersi, allo stato attuale, un intervento legislativo in materia; occorre, invece, incentivare lo sviluppo e l'applicazione di buone pratiche sull'uso dei *Big Data* da parte delle imprese operanti nel mercato *lato sensu* finanziario. Sulla *vis invasiva* delle nuove tecnologie, v. anche ESAS – EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES (JOINT COMMITTEE), *Joint Committee Final report on Big Data*, cit., p. 21, sub 90.

copertura assicurativa anche a categorie di soggetti prima escluse⁶⁷, è diffuso il timore che le imprese di assicurazione possano servirsi dei dati sensibili trasmessi dai suddetti *devices*⁶⁸ al fine di discriminare i soggetti maggiormente esposti a rischi, ossia di rifiutare o ostacolare in via di fatto la stipulazione del contratto a causa delle loro caratteristiche sanitarie e/o genetiche.

Si reputa, in particolare, che l'eventuale personalizzazione dei premi basata sull'analisi di dati così accurati potrebbe esporre i clienti più "vulnerabili" - ad esempio, affetti da patologie croniche o da disabilità - alla richiesta di premi assicurativi tanto elevati da risultare insostenibili⁶⁹; col paradosso per cui contratti di assicurazione caratterizzati da una spiccata funzione sociale, in quanto destinati alla copertura di rischi per la salute dei quali lo Stato non è più in grado di farsi carico integralmente, risulterebbero economicamente inaccessibili proprio per quei soggetti che, più di altri, avrebbero interesse ad una copertura sanitaria aggiuntiva.

Siffatti possibili effetti discriminatori di una più accurata profilazione dei rischi degli assicurandi/ti risulterebbero ancor più evidenti se si tenesse a mente che la salute e gli stili di vita degli individui sono fortemente influenzati dal relativo

⁶⁷Cfr. ANIA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo*, cit., p. 9, ove si evidenzia che «alcune categorie di rischio in ambito medico, che non potevano essere assicurate in quanto associate a frequenze di sinistro troppo alte per essere coperte in modo economicamente sostenibile, possono – grazie alle tecnologie digitali – essere riportate nell'alveo dei rischi assicurabili»; IVASS, *Analisi trend prodotti assicurativi – Le nuove polizze sulla salute: la Digital Health Insurance*, cit., p. 5. Nella stessa direzione, con specifico riferimento ai Big data, v. ESAS – EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES (JOINT COMMITTEE), *Joint Committee Final report on Big Data*, cit., p. 11, sub. 35.

⁶⁸Eventualmente combinati con ulteriori dati personali reperibili sul *web*, i quali sono spesso forniti dall'utente del tutto inconsapevolmente, ad esempio avviando ricerche in relazione a specifiche patologie dalle quali sia stato colpito in passato o dalle quali tema di essere affetto.

⁶⁹Cfr. KELLER, *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*, The Geneva Association, 2018, p. 33.

status sociale e che i fattori di rischio si manifestano con maggiore frequenza e intensità in soggetti con un basso livello di istruzione e/o in condizioni di difficoltà economica⁷⁰. Con la conseguenza che la considerazione dei comportamenti e delle condizioni sanitarie e/o genetiche dell'assicurando/to potrebbe avere come effetto - mutuando la terminologia dell'art. 3, comma 2, Cost. - una discriminazione dell'individuo sulla base di condizioni personali e sociali, quali la malattia o la propensione alla sua insorgenza, il reddito e il grado di scolarizzazione⁷¹.

A sua volta, una classificazione estrema, perfino individuale, dei rischi assicurativi si porrebbe in contrasto con il principio di mutualità, cardine delle assicurazioni private, e determinerebbe una ridefinizione del concetto di assicurabilità tramite l'esclusione dalla copertura assicurativa di alcune categorie di rischio, in particolare delle persone affette da patologie croniche⁷².

⁷⁰Cfr. ILSOLE24ORE, *Reddito e salute: scopri la correlazione tra il titolo di studio e le malattie*, consultabile al link http://www.infodata.ilsole24ore.com/2018/08/28/reddito-salute-scopri-la-correlazione-titolo-studio-le-malattie-2/?refresh_ce=1, ove correttamente si evidenzia che l'assenza di reddito o la percezione di stipendi molto bassi non consente una piena e libera scelta circa il proprio stile di vita e può, dunque, rivelarsi letale quanto il fumo da tabacco, il diabete o la vita sedentaria.

⁷¹Come osservato da BARIGOZZI, *Assicurazione sanitaria*, cit., p. 231, il problema potrebbe riguardare sia gli assicurandi, in relazione ai quali un'elevata probabilità dell'evento può precludere *ad origine* l'accesso alla copertura assicurativa, sia i soggetti che abbiano già stipulato un contratto di assicurazione e il cui livello di rischio aumenti in corso di rapporto determinandone l'inserimento in una classe di rischio superiore a quella iniziale. Con riguardo a tali soggetti, l'assicuratore avrà infatti interesse a rimodulare il premio proporzionalmente all'incremento atteso delle prestazioni dovute e tale circostanza potrebbe comportare una sopravvenuta inaccessibilità economica del servizio nel caso in cui il premio richiesto per il nuovo stato del rischio fosse troppo elevato.

⁷²Così ANIA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo*, cit., p. 9. Tuttavia, come osservato da GREMIGNI FRANCINI, *Dati genetici e assicurazioni private long term care*, in BUSNELLI e COMANDÈ (a cura di), *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, Milano, 2006, p. 122, la profilazione e selezione dei rischi costituisce una caratteristica intrinseca dell'operazione assicurativa che non necessariamente si traduce in una discriminazione in senso giuridico degli aspiranti assicurati; in tale fase l'impresa assicurativa ha

Non può non menzionarsi, da ultimo, la possibile incompatibilità con il fondamentale diritto individuale all'autodeterminazione di contratti di assicurazione della salute che, come quelli precedentemente descritti, premiano o penalizzano gli assicurati in relazione alle attività e ai comportamenti monitorati; la prospettiva di una riduzione e, ancor più, di un aumento, del premio potrebbe, infatti, essere percepita come elemento in grado di limitare e perfino coartare le scelte di vita degli assicurati, comprimendo la relativa sfera di autonomia decisionale⁷³.

5. Come si è tentato di evidenziare, il potenziamento degli strumenti di acquisizione, gestione ed elaborazione di dati personali messi a disposizione delle imprese di assicurazione contiene una molteplicità di spunti su problematiche di ampia portata che, pur non potendo essere affrontate in questa sede, vale la pena di illustrare.

Si manifesta, in primo luogo, l'urgenza di una riflessione più approfondita sul tema del bilanciamento tra il diritto dell'assicurato/to alla riservatezza in relazione ad aspetti della propria vita privata ascrivibili al catalogo dei diritti fondamentali e la

piena autonomia, con la conseguenza che la selezione dei rischi può avere effetti discriminatori soltanto se effettuata in modo arbitrario e distorto.

⁷³Cfr. KELLER, *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*, cit., p. 12 e s., per il quale sarebbe pertanto opportuno promuovere la fiducia e l'accettazione degli assicurati verso tali opzioni assicurative, elaborando soluzioni idonee a bilanciare le contrapposte esigenze di prevenzione dei rischi e di minimizzazione della *vis* invasiva delle nuove tecnologie. V. anche ESAS – EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES (JOINT COMMITTEE), *Joint Committee Final report on Big Data*, cit., p. 21, *sub* 90, ove si rileva che anche il problema evocato, al pari di quello relativo alla possibile discriminazione, riguarderebbe soprattutto le formule assicurative che dovessero associare ad eventuali condotte non salutari degli assicurati premi di importo tanto elevato da risultare insostenibili.

libertà di iniziativa economica dell'impresa assicurativa, titolare del diritto di essere compiutamente informata circa le caratteristiche del rischio e i relativi mutamenti.

Soltanto l'individuazione di un punto di equilibrio tra i suddetti diritti consentirebbe di superare l'*empasse* – registrata soprattutto sul tema dell'utilizzabilità di informazioni genetiche in campo assicurativo⁷⁴ – che scaturisce dal temuto trattamento dei dati personali al fine di escludere o di ostacolare, in concreto, l'accesso alla copertura assicurativa di categorie di soggetti vulnerabili. Circostanza, quest'ultima, che potrebbe minare la funzione sociale che connota le assicurazioni private, in particolare quelle della salute, se si considera la difficoltà che ne scaturirebbe di individuare una «alternativa privatistica di *Welfare*» in un

⁷⁴Come efficacemente osservato da RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 178, i dati genetici «rendono possibile una identificazione sempre più analitica delle caratteristiche proprie di una persona, in un processo di differenziazione da tutte le altre che ne rende evidente l'unicità e l'irripetibilità. Al tempo stesso, però, proprio le informazioni genetiche si presentano come un tramite forte e ineliminabile tra i soggetti appartenenti alla stessa linea genetica, essendo l'unico tipo di informazioni personali che ciascuno di noi condivide *strutturalmente* con altri. I dati genetici, quindi, definiscono allo stesso tempo la specificità della persona e la sua appartenenza a un gruppo, fornendo così una sua classificazione insieme individuale e sociale. In essi si manifestano l'unicità e il legame biologico». In tal senso, v. anche BOMPIANI, *Informazioni genetiche, test genetici predittivi ed assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 2002, p. 45 ss., secondo il quale «i dati genetici sono i più sensibili tra i dati sensibili, per il loro carattere strutturale, per le loro attitudini predittive, per la loro riferibilità a tutti i componenti di un gruppo biologico». L'attitudine dei dati genetici a rivelare indirettamente informazioni su soggetti diversi del paziente è messa in luce anche da GREMIGNI FRANCINI, *Dati genetici e assicurazioni private long term care*, in BUSNELLI e COMANDÈ (a cura di), *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, Milano, 2006, p. 113. Sul tema dell'utilizzabilità dei dati genetici in ambito assicurativo, si rinvia a: GREMIGNI FRANCINI, *Assicurazione, rischio dipendenza e dati genetici: un problema aperto*, in BRECCIA e PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di Romboli, Pisa, 2007, p. 105 ss.; DI BONA DE SARZANA, *Il rischio ignoto del genoma umano nelle assicurazioni vita: "lezioni americane"*, in COMANDÈ (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, cit., p. 241 ss., spec. 243 s.; BARISON, *Contratti nuovi, nuove tecnologie e tutela della persona: il trattamento dei dati genetici nell'assicurazione di long term care*, in COMANDÈ (a cura di), *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, p. 217 ss.

momento storico in cui lo Stato non è in grado di soddisfare integralmente le mutevoli esigenze sanitarie dei cittadini⁷⁵.

Occorre, infine, domandarsi se la disciplina codicistica sulla rappresentazione del rischio – alla quale è stata tradizionalmente attribuita una finalità di tutela dell'impresa assicurativa come soggetto in posizione di *gap* informativo – possa ancora ritenersi attuale, considerato che, dinanzi alle incessanti sopravvenienze tecnologiche e al loro sfruttamento ad opera delle imprese di assicurazione, pare sempre più difficile reputare queste ultime vittime di uno squilibrio informativo a vantaggio dell'assicurando/to⁷⁶.

Alessandra Camedda

*Ricercatore di Diritto dell'economia
nell'Università degli Studi di Cagliari*

⁷⁵Il punto è efficacemente evidenziato da BUSNELLI, *Introduzione. Le nuove frontiere dell'assicurazione e il principio di precauzione*, in COMANDÈ (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, cit., p. 7.

⁷⁶Cfr. CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit., p. 167; DI NOVI, *Selezione avversa e mercato assicurativo privato: un'analisi empirica su dati USA*, cit., p. 157 s. Nella stessa direzione, ma in una prospettiva più generale, sembra porsi BUSNELLI, *Introduzione. Le nuove frontiere dell'assicurazione e il principio di precauzione*, cit., p. 1, il quale definisce la disciplina codicistica del contratto di assicurazione «di incerta adattabilità a una prospettiva *lato sensu* precauzionale».

**LA VIRTUALIZZAZIONE DELLE VALUTE: PROSPETTIVE
REGOLATORIE TRA OPPORTUNITÀ DA COGLIERE
E RISCHI DA EVITARE ***

(The virtualization of currencies: regulatory perspectives between opportunities to be taken and risks to be avoided)

ABSTRACT: *The topic of the so called “Virtual currencies” is, certainly, at the core of a growing scientific, institutional and political interest, due to the extent and the articulation of related problems and to its immediate and potential implications, which it can have in the economic and legal scenario.*

Virtual currencies, whose most well-known and widespread example is, certainly, Bitcoin, represent a sort of galaxy in which there is a high number of different models, characterized by several structural and functional elements and different technical and organizational factors, which are not easily referred to certain and well known cases.

They move in the folds of a regulation that, struggling to chase after the rapid transformation and the mutability that characterise them, is often inadequate, lacking and even completely absent.

The activity of legal reconstruction and juridical interpretation is therefore particularly difficult and uncertain.

After outlining mechanism characteristics of Bitcoin, the paper examines different solutions that were proposed to give a legal framework about this field, through recalling and examining the paths that were taken both by main doctrinal guidelines and by both domestic and European Supervisory Authorities last trends.

*Contributo approvato dai revisori.

There is no doubt that typical aspects of this particular virtual currency represent the main quality but also, at the same time, the defects that have supported on one hand its fast and uncontrolled spread and on the other a certain amount of particular care due to possible fraudulent or illegal uses. As part of general trend aimed to identify an adequate European regulatory framework to support and to take advantage of technological innovation, also guaranteeing legal certainty, the examined subject has particular importance, faced up to regard both to risks and to advantages that are connected to the application of particular DLT technology. An adequate regulatory approach should consider these characteristics, adopting principles and solutions that are capable to keep pace with this evolution and to best use certain opportunities they present, limiting, as much as possible, distorted or contra legem uses.

SOMMARIO: 1. Il problema di un inquadramento unitario delle valute virtuali. 2 – Principali lineamenti operativi dello schema di Bitcoin. 3 - Il tentativo di un inquadramento giuridico come strumento monetario. 4 - La possibile qualificazione in termini di strumento di investimento. 5 – Le prospettive regolatorie delle istituzioni finanziarie interne ed internazionali. 6 – Brevi note conclusive.

1. Tra i fenomeni più rilevanti dovuti all'irrompere dell'innovazione tecnologica nel settore finanziario, quello riferibile alle valute virtuali si pone, certamente, al centro di un crescente interesse per l'ampiezza e l'articolazione delle problematiche connesse e per le implicazioni, immediate e potenziali, sia riguardo ai profili applicativi sia, ancor prima, a quelli sistematici, relativi all'individuazione delle funzioni svolte, all'inquadramento giuridico, alla regolamentazione applicabile, all'eventuale sottoposizione a forme di vigilanza.

Le *virtual currencies*, il cui esempio maggiormente conosciuto e diffuso è, senza ombra di dubbio, Bitcoin, costituiscono una vera e propria galassia¹ all'interno della quale sono rintracciabili numerosi modelli, contraddistinti da differenti elementi strutturali e funzionali e da diversi fattori tecnici ed organizzativi che rendono particolarmente difficoltosa una loro ricostruzione in termini di unitarietà e di omogeneità. Gli schemi operativi esistenti, infatti, presentano distinte tipologie di valute, utilizzabili in modi e per fini diversi, talvolta come strumenti di pagamento o di scambio, talaltra come strumenti di accumulo di ricchezza o di investimento ovvero, ancora, quale mezzi per accedere a determinati beni o servizi digitali o reali. Tale mutevolezza, unitamente alla sostanziale assenza di riferimenti normativi sicuri, rendono l'opera di ricostruzione ermeneutica oltremodo difficoltosa ed incerta, tanto da giustificare riconduzioni della medesima fattispecie nell'ambito di categorie distinte tra loro, riferibili ai concetti di moneta, di mezzo di pagamento, di strumento o di prodotto finanziario, di bene in generale. Tale attività, tuttavia, è necessaria e prodromica all'individuazione ed all'applicazione di una idonea disciplina, non essendo possibile neppure ipotizzare una regolazione ove non sia sufficientemente definito l'oggetto, identificato in prodotti e servizi, da regolare.²

Analogamente a quanto accade per tutte le altre innovazioni legate alla tecnologia digitale, infatti, le valute virtuali si sviluppano spontaneamente con la

¹ Già nel 2015 la BANCA D'ITALIA aveva riscontrato la circolazione di circa cinquecento criptovalute, in *Comunicazione del 30 gennaio 2015 – Valute virtuali*, in *Bollettino di Vigilanza*, n. 1, gennaio 2015, Sez. II, pag. 15; l'ESMA, nel suo recente *Advice - Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, del 9 gennaio 2019, ha rilevato la presenza di oltre duemila *cripto-assets* in circolazione.

²Cfr. FALCONE, *Tre idee intorno al c.d. "fintech"*, in *Riv.Dir.Banc.* n.5/2018, a proposito del generale fenomeno del *Fintech*, richiama il documento *Basel Committee on Banking Supervision, Sound Practices: Implications of fintech developments for banks and bank supervisors*, Febbraio 2017, dove viene sottolineata l'importanza delle definizioni, il cui tenore è essenziale per l'approccio al fenomeno da parte dei regolatori.

diffusione del *web* e si muovono nelle pieghe di una normativa che, certamente, facendo fatica a rincorrere la rapida trasformazione ed i repentini cambiamenti che le contraddistinguono, si presenta spesso inadeguata e carente sotto diversi aspetti, se non del tutto assente. Per questi motivi, tenuto conto dei possibili sviluppi e delle eventuali applicazioni pratiche, diverse autorità di vigilanza ed istituzioni, nazionali e sovranazionali, e qualche legislatore, già da qualche tempo hanno attenzionato questa tematica, mettendone in luce sia gli aspetti positivi, sostanzialmente legati a possibili risparmi in termini di tempo, di denaro, al superamento dei confini geografici, ad una più moderna concezione di efficienza del sistema finanziario, sia quelli svantaggiosi, dipendenti dalla sostanziale opacità e da una naturale ed intrinseca predisposizione per utilizzi distorti e finalità illecite o comunque vietate dalla legge³. A questo riguardo, per quel che concerne la dimensione europea, sembra di poter cogliere un tratto comune che caratterizza l'azione istituzionale corrente, individuabile in una attenta e approfondita analisi dei nuovi fenomeni e dei connessi rischi senza tralasciare, anzi volendo supportarne lo sviluppo, le enormi potenzialità che l'innovazione tecnologica può avere in generale nel settore finanziario e, specificamente, nel campo delle valute⁴. Così mentre per un verso si registra un'attenzione particolare per gli effetti negativi nei confronti degli operatori, dei fruitori e dell'intero sistema economico-

³Cfr. BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Report 2014*, aveva individuato le complesse problematiche connesse alle valute virtuali e all'assenza di una apposita regolamentazione: *“new payment schemes, such as virtual currencies, that are currently mostly single purpose and/or only accepted in the respective virtual community may become multipurpose and widely accepted. These solutions should be carefully monitored because of the potential risks associated with the rapid growth of those unregulated solutions”*.

⁴Con la Risoluzione del 26.05.2016 (2016/2007(INI) sulle valute virtuali, il Parlamento Europeo tra l'altro, “invita ad adottare un approccio normativo proporzionato a livello di UE, in modo da non soffocare l'innovazione o aggiungere costi superflui in questa fase iniziale, pur affrontando seriamente i problemi di ordine normativo che potrebbero sorgere con l'uso diffuso delle valute virtuali e della DLT. Reperibile sul sito istituzionale dell'organo comunitario.

finanziario, per altro verso appare chiaro l'intento di non comprimere le nuove realtà - attività inopportuna oltre che, direi, impossibile - con l'imposizione di aprioristici divieti, negazioni o sanzionamenti⁵, ma di fornire ad esse un adeguato riconoscimento che passi anche attraverso la predisposizione di uno specifico quadro normativo, costituito da nuove o da vigenti regole, adeguatamente applicate a tali ipotesi⁶. All'interno di questo spazio, come spiegheremo di seguito, si stanno correttamente muovendo i regolatori nazionali ed europei, avendo adottato un approccio prudente di *"wait and see"* nel tentativo di fornire idonee risposte alle rinnovate problematiche poste dal sistema con il difficile compito di trovare un soddisfacente equilibrio tra esigenze di sviluppo e tutela del cliente, della stabilità e dell'efficienza del mercato.

Obiettivo della presente indagine è quello considerare alcune tra le principali questioni afferenti al sistema delle valute virtuali, con particolare riferimento al Bitcoin, tenendo conto dei diversi tentativi di ricostruzione della fattispecie, al fine di proporre un possibile percorso per giungere ad un loro pieno riconoscimento. In realtà, anticipando le conclusioni cui si può giungere, anche tenendo presente il tenore degli ultimi provvedimenti adottati dalle autorità europee, sembra chiaro che il tema imponga un innovativo approccio capace di affrontare,

⁵Cfr. DANIELLI, DI MAIO, GENDUSA, RINALDI, *Bitcoin e Criptovalute Funzionalità e rischi delle monete virtuali*, Altalex Editore, 2018, pag 26 e ss., analizzano come alcuni ordinamenti, come Cina o Pakistan, hanno adottato un approccio *"restrictive"* vietando l'uso delle valute virtuali, altri, come Svizzera o Gibilterra, un approccio *flexible* sottoponendo ad autorizzazione e a forme di vigilanza le attività basate sulla tecnologia DLT. L'Europa sembra orientarsi per un approccio *"risk oriented"*, finalizzato all'adozione di una futura comune regolamentazione basata sull'esame dei rischi per gli utenti e per il mercato.

⁶Per AMOROSINO, *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche dell'era telematica*, in *RTDE* N.1/2017, l'esercizio dei poteri di regolazione non può risolversi in un tentativo di limitare o impedire le attività economiche telematiche, il quale sarebbe per un verso vano e per l'altro pregiudizievole per lo sviluppo della nuova economia.

con nuove metodologie, fenomeni che, parimenti, presentano altrettanti elementi di assoluta novità.

2. Nonostante ciascuna valuta virtuale sia contraddistinta da specifici meccanismi di funzionamento che, come anticipato, ne rendono difficoltoso un inquadramento omogeneo, gran parte di esse presentano una serie di elementi che appaiono comuni.

In primo luogo si tratta di valute emesse da soggetti privati che operano, senza alcun tipo di interventi autorizzativi o di controllo da parte di banche centrali o di autorità pubbliche, come emittenti unici, nel caso di valute centralizzate, ovvero come emittenti diffusi, nel caso di valute decentralizzate. Non sono fisicamente tangibili ma, al contrario, totalmente smaterializzate, essendo create, custodite, scambiate in una dimensione esclusivamente digitale che consente, in termini fattuali, di far circolare numeri e registrazioni contabili in luogo di denaro contante⁷. Operano su base convenzionale, in forza di uno specifico accordo concluso tra determinati soggetti disposti ad utilizzarle in alcune transazioni come strumento di scambio ovvero a venderle o ad acquistarle. A seconda della relazione e dell'impatto prodotto sull'economia reale, possono distinguersi in valute non convertibili o chiuse - nel caso in cui non siano acquistabili né convertibili da o in moneta avente corso legale, ma esclusivamente spendibili all'interno di una comunità virtuale per l'acquisto di beni o di servizi virtuali ivi esistenti - valute a convertibilità limitata – quando possono essere acquistate con moneta legale ma non successivamente riconvertite nella stessa - valute pienamente convertibili - in

⁷Sul concetto di smaterializzazione del denaro si veda BOCCHINI – QUADRI, *Diritto Privato*, Giappichelli, 2018, pag.650

qualsiasi momento e suscettibili di essere utilizzate per l'acquisto di beni e servizi sia reali che virtuali⁸.

I rilevati fattori, alcuni dei quali presenti anche nel protocollo Bitcoin, hanno una portata assolutamente innovatrice e rivoluzionaria sugli assetti tradizionali degli istituti coinvolti, in quanto ne sovvertono i meccanismi operativi ed i principi di riferimento, oltrepassando le condizioni ed i presidi previsti dalla disciplina ordinaria.

Nato alla fine del 2008 ad opera dell'ormai famoso ideatore Satoshi Nakamoto⁹, Bitcoin è una valuta virtuale a schema decentrato, priva di corso legale ma pienamente convertibile in e da valuta legale, emessa da utenti privati che tramite l'impiego di un *software open source* altamente sofisticato, sono in grado di crearla, scambiarla, trasferirla senza alcun intervento autorizzativo e regolatore centralizzato. Le singole unità monetarie vengono generate dai così detti *miners* quale ricompensa per l'attività di *mining* svolta, consistente nella risoluzione di complessi ed articolati algoritmi a difficoltà crescente¹⁰. L'intero processo

⁸Cfr. DANIELLI, DI MAIO, GENDUSA, RINALDI, *Bitcoin e Criptovalute*, *Op.Cit.*, pag. 8 e ss. per i quali a titolo esemplificativo, possono essere ricomprese nella prima categoria quelle monete utilizzate nei giochi informatici in cui gli utenti interagiscono tra loro sfruttando la connessione ad *internet*; nella seconda le c.d. carte fedeltà con le quali i clienti di una determinata azienda emittente possono accumulare punti, da spendere successivamente, secondo specifiche modalità prestabilite, per l'acquisto di beni o servizi forniti dalla stessa o da altre aziende. Alla terza categoria appartiene, invece, per come spiegheremo nel corpo del testo, Bitcoin. Una classificazione generale in base a macrocategorie omogenee viene svolta da MANCINI, *Valute virtuali e Bitcoin*, in *AGE* n.1/2015 pag.118 e ss.

⁹ Come ben noto, si tratta di uno pseudonimo utilizzato dall'ideatore, o dal gruppo di ideatori, di Bitcoin, la cui vera identità è ancora oggi sconosciuta, che ha pubblicato nel 2018 il *White paper* "*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*", reperibile su www.bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_it.pdf.

¹⁰Il numero totale di bitcoin estraibili è fissato in 21 milioni che, secondo le previsioni degli esperti, potrebbe essere raggiunto intorno al 2140. La ricompensa viene attribuita ai minatori all'incirca ogni dieci minuti. La difficoltà di risoluzione è crescente in quanto mentre in una fase iniziale era sufficiente un semplice computer casalingo, attualmente sono necessari strumenti altamente sofisticati e con maggiore potenza di calcolo, che assorbono una ingente quantità di

di emissione della valuta è totalmente automatizzato e demandato a specifici algoritmi.

Una volta emesse, le singole unità monetarie possono essere acquistate su apposite piattaforme digitali, le *exchange platforms* e custodite in appositi conti telematici personalizzati, gli *e-wallets*, tenuti su altre piattaforme digitali, i *wallet providers*, che li sviluppano e li forniscono agli utenti. I titolari di ciascun *wallet* possono interagire direttamente con gli altri utenti del sistema, in una logica *peer-to-peer* capace di garantire l'effettuazione di scambi sicuri ed immediati senza l'intermediazione ed il controllo di alcuna istituzione finanziaria¹¹. Tutti i soggetti coinvolti rimangono anonimi, mentre le transazioni, conosciute da tutti i partecipanti del *network*, sono definitive e tecnicamente irreversibili, non potendo essere annullate dopo essere state convalidate dal sistema.

Ogni operazione di estrazione di nuove unità di valuta ed ogni transazione vengono convalidate e memorizzate automaticamente da un particolare protocollo crittografato che, usando la tecnologia *blockchain*, permette la tracciabilità delle transazioni effettuate garantendo, al contempo, l'assoluto anonimato degli utenti, i cui *wallets* sono identificabili solo attraverso indirizzi IP o pseudonimi¹². Affinché una transazione sia ritenuta valida ed aggiunta alla *blockchain* è necessario il consenso di tutti gli altri nodi della catena deputati alla validazione. Ogni nodo effettuerà due diverse verifiche, una in ordine all'importo disponibile dell'utente che invia la somma, volta ad evitare una eventuale doppia spesa, ed un'altra sulla firma digitale, per verificare l'identità fra chi dispone dei bitcoin e

energia elettrica. Per tali motivi, oggi l'attività di *mining* viene svolta esclusivamente da società di grandi dimensioni.

¹¹Cfr. SARZANA DI S. IPPOLITO e NICOTRA, *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e IoT.*, Wolters Kluwer, 2018, pag. 10.

¹²Per un'accurata analisi sul funzionamento del protocollo Bitcoin e sulla sua portata si veda MANCINI, *Valute virtuali e Bitcoin, Op. Cit.*

chi compie l'operazione. Una volta effettuate tali verifiche, esse verranno aggiunte ad un blocco della catena.

Attraverso l'applicazione della tecnologia DLT (*Distributed Ledger Technology*) si elimina il c.d. *middleman*, vale a dire quel soggetto che a livello centrale valida e controlla le transazioni, gli scambi, i registri, e si distribuiscono tali informazioni su una rete telematica costituita da diversi blocchi, uniti fra loro in modo da formare una catena¹³. Questa, che costituisce il registro completo di tutte le transazioni concluse nel sistema, è protetta da complessi algoritmi che hanno lo scopo di garantire l'integrità, la sicurezza dei dati e l'anonimato delle transazioni. Poiché ciascun utente tiene il libro contabile dove vengono registrate tutte le transazioni nella propria memoria locale, il registro oltre ad essere decentrato è anche distribuito. Tale libro contabile distribuito (*distributed ledger*) costituisce il *blockchain* che può essere, in fin dei conti, sinteticamente individuato come quel particolare database di transazioni registrate da una rete di *computers*¹⁴.

¹³Cfr. SARZANA DI S.IPPOLITO e NICOTRA, *Diritto della blockchain, Op.Cit.*, sottolineano come, a differenza della gran parte dei servizi *online*, caratterizzati dalla presenza di soggetti che operano quali erogatori degli stessi e come detentori delle informazioni, intermediando tra le parti, (sia che si tratti di effettuare ricerche *online*, di acquistare beni o servizi o di effettuare dei pagamenti) la *blockchain* è decentralizzata ed ha una vocazione transnazionale, in quanto consente di eliminare l'intermediazione, mettendo in diretto collegamento gli utenti, tramite un meccanismo *peer-to-peer*, in cui ciascuno svolge un ruolo contemporaneamente attivo per la creazione e validazione delle transazioni e passivo per la conservazione della memoria delle stesse.

¹⁴In tal senso BELLEZZA, *Blockchain, in Fintech – Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziaria, a cura di M.T.Paracampo, Giappichelli, 2017, pag. 217 e ss.*, il quale, analizzando tale particolare tecnologia ed i riflessi giuridici sul sistema finanziario, ritiene di poter identificare, in assenza di una definizione unanimemente accettata, il concetto di *Blockchain* come “la tecnologia che regola il funzionamento dei Bitcoin, e, quindi, il database distribuito, condiviso e basato sulla crittografia che serve quale irreversibile ed incorruttibile registro pubblico di informazioni”. *Ibidem per una prima analisi dell'orientamento europeo in tema di tecnologia DLT si veda ANNUNZIATA, Distributed Ledger Technology e mercato finanziario: le prime posizioni dell'Esma, pag. 229 e ss.*

La disintermediazione dei meccanismi di emissione e di circolazione di tale valuta¹⁵- dovuta al fatto che gli algoritmi crittografici sostituiscono ed eliminano l'intervento di terzi intermediari nei processi di convalida, esecuzione e di conservazione delle transazioni, accelerando le fasi della compensazione e del regolamento delle operazioni - unitamente ai profili di opacità degli stessi connessi alla presenza degli algoritmi, all'anonimato delle transazioni ed alla conseguente difficoltà di esercitare sufficienti forme di controllo, costituiscono le ragioni principali che richiedono, tenuto anche conto della facilità degli impieghi anche per finalità contrarie alla legge, un'attenta opera volta a verificarne la compatibilità con i criteri dell'attuale quadro normativo di riferimento e con i principi ad esso sottesi o, eventualmente, ad individuarne dei nuovi capaci di regolare efficacemente i nuovi istituti¹⁶. L'ampio dibattito in corso, richiede un preventivo tentativo di inquadramento giuridico della fattispecie, che deve necessariamente prendere le mosse dalle indicazioni fornite dalle autorità europee, tenuto conto che le naturali caratteristiche connesse alla virtualizzazione ed alla digitalizzazione delle valute impongono un approccio di ampio respiro in grado di oltrepassare i confini

¹⁵Per GIRINO, *Criptovalute: un problema di legalità funzionale*, in *Riv.Dir.Banc.* N.1/2018, pag. 7, "la pretesa disintermediazione è solo apparente, poiché nei fatti essa viene consegnata ad un potente algoritmo in continua evoluzione che comunque farà pur sempre capo a "qualcuno". Per quanto l'intelligenza artificiale possa cimentarsi in imprese stupefacenti, essa presuppone comunque un *input* da parte di uno o più esseri umani, che, in ultima istanza, avranno o troveranno mezzi e modi per controllarla o riprogrammarla così come ne hanno avuti o trovati per generarla".

¹⁶Per SCALCIONE, *Gli interventi delle autorità di vigilanza in materia di schemi di valute virtuali*, in AGE n.1/2015, pag. 139 e ss., l'anonimato delle operazioni liquidate in criptovalute si presta ad essere sfruttato, come in fatti è stato, da parte del sistema criminale, sempre alla ricerca di canali paralleli a quelli ufficiali nei quali riversare gli enormi proventi delle attività illecite. I bitcoin, come d'altro canto il contante, metalli preziosi, diamanti, ecc., possono essere gli strumenti ideali allo scopo. Peraltro, i bitcoin sono idonei a movimentare in grande rapidità e sicurezza importanti somme, evitando controlli di natura fiscale e tributaria, oltre che qualsivoglia sistema di verifica; *ibidem* sul punto anche L.LA ROCCA *La prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nelle nuove forme di pagamento. Focus sulle valute virtuali*, pag. 201 e ss.

di un singolo ordinamento statale. Tale attività è ulteriormente resa difficile per la costante dinamicità degli schemi esistenti e per gli imprevedibili sviluppi, che rendono ancor più incerta la configurazione di una adeguata cornice normativa.

3. Nonostante il tenore letterale utilizzato per l'individuazione, i più recenti interventi europei hanno accolto una configurazione di Bitcoin che esula dal richiamo al concetto tradizionale di valuta, con il proposito di fornire una descrizione del fenomeno maggiormente chiara ed attinente alla realtà.

Così la Banca Centrale Europea, abbandonando un primo orientamento che considerava le valute virtuali come un particolare tipo di moneta digitale non regolamentata e utilizzata all'interno di una comunità virtuale¹⁷, recentemente le ha definite come rappresentazioni digitali di valore, prive dello *status* giuridico di valuta o di moneta, che possono essere utilizzate come mezzo di pagamento in alternativa al denaro¹⁸. Sono stati eliminati i riferimenti a quegli elementi che potevano fuorviare la corretta comprensione del fenomeno, come il richiamo al concetto di denaro - tenuto conto che le valute virtuali non sono altamente liquide e non posseggono quei livelli di accettazione comunemente associati al denaro - all'assenza di regolamentazione - in quanto esistono ordinamenti che hanno

¹⁷Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *Virtual Currency Schemes*, ottobre 2012, pp. 13 ss.: “*a virtual currency is a type of unregulated, digital money, which is issued and usually controlled by its developers, and used and accepted among the members of a specific virtual community*”; reperibile su www.ecb.europa.eu.

¹⁸Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *Virtual Currency Schemes – A Further Analysis*, febbraio 2015, secondo cui “*virtual currency can therefore be defined as a digital representation of value, not issued by a central bank, credit institution or e-money institution, which, in some circumstances, can be used as an alternative to money*”; reperibile su www.ecb.europa.eu.

una disciplina – alla comunità virtuale – nonostante le reti *peer-to-peer* e le piattaforme internet possano assumere connotati simili¹⁹.

La medesima impostazione è stata adottata dall'EBA già in una prima *Opinion*, ove si sottolineava, fra l'altro, l'impossibilità di equiparare le valute virtuali alle valute legali²⁰. Con un recente intervento, la stessa autorità ha fornito definitiva soluzione sul punto, nel momento in cui ha individuato una categoria generale di "*asset crittografati*" all'interno della quale sono configurabili diverse tipologie secondo l'utilizzo, rivolto al pagamento o allo scambio, all'investimento, all'accesso ad un bene o ad un servizio. Secondo l'EBA, infatti, "*Crypto-assets are a type of private asset that depend primarily on cryptography and distributed ledger technology as part of their perceived or inherent value. A wide range of crypto-assets exist, including payment/exchange-type tokens (for example, the so-called virtual currencies (VCs)), investment-type tokens, and tokens applied to access a good or service (so-called 'utility' tokens)*"²¹.

In tale documento, viene adottata una tassonomia generale che prevede la suddivisione dei *cripto-assets*, in tre distinte categorie, sebbene ne esistano ulte-

¹⁹Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *Virtual Currency Schemes*, febbraio 2015, Cit. "First, it should no longer contain the word "money", since it has become clear that, even today, virtual currencies do not have the nature of a highly liquid asset and have not reached the level of acceptance commonly associated with money. Moreover, the word "unregulated" should be deleted from the definition used in 2012, given that, in some jurisdictions, legislation and regulation has caught up with this innovation and addresses some of its aspects and/or aspects of related services. Finally, to avoid misunderstandings as regards any theoretical limits to the acceptance of a virtual currency "used and accepted among the members of a specific virtual community" is also deleted, even though peer-to-peer networks and internet platforms can be described as a virtual community".

²⁰Cfr. EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Opinion on virtual currencies*, 4 luglio 2014, "VCs are defined as a digital representation of value that is neither issued by a central bank or public authority nor necessarily attached to a FC, but is used by natural or legal persons as a means of exchange and can be transferred, stored or traded electronically" e *Avvertenza per i consumatori sui rischi delle valute virtuali da parte delle Autorità europee*, 19/03/2018.

²¹Cfr. EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Report with advice for the European Commission on crypto-assets*, 9.01.2019.

riori con caratteristiche appartenenti a quelle individuate: *a) Payment/exchange/currency tokens*, spesso denominati valute virtuali, che generalmente sono utilizzati come mezzo di scambio, per consentire l'acquisto o la vendita di un bene fornito da una persona diversa dall'emittente del *token* o per scopi di investimento o per la conservazione del valore. Esempio tipico è Bitcoin; *b) Investment tokens*, che generalmente forniscono diritti sotto forma di diritti di proprietà e o diritti simili ai dividendi. Esempio tipico è Bankera; *c) Utility tokens*, generalmente consentono l'accesso a un prodotto o servizio specifico spesso fornito utilizzando una piattaforma DLT ma non è accettato come mezzo di pagamento per altri prodotti o servizi.

In particolare le cripto valute ovvero, nel linguaggio dell'autorità, i *cripto-assets*, sono quegli strumenti che *"a) depends primarily on cryptography and distributed ledger technology (DLT) or similar technology as part of its perceived or inherent value; b) is neither issued nor guaranteed by a central bank or public authority and c) can be used as a means of exchange and/or for investment purposes and/or to access a good or service"*. Gli asset crittografati *"are not recognised in any of the Member States or by the European Central Bank as fiat money (i.e. value designated as legal tender, typically in the form of notes or coins), deposits or as other repayable funds"*.

Bitcoin, pertanto, non può essere considerata una valuta legale, in quanto non ne possiede gli elementi distintivi. Non ha corso legale, non è emessa da banche centrali, è priva di efficacia legale solutoria. Il suo valore non viene determinato o controllato da autorità amministrative ma esclusivamente dal grado di accettazione che riceve sul mercato da parte di utilizzatori privati. È proprio la stessa idea di una moneta privata e decentralizzata che contrasta con quella tra-

dizionale di moneta creata e gestita dallo Stato²². Bitcoin possiede, peraltro, un'altra fondamentale caratteristica che lo distingue da tutte le altre valute legali, rappresentando un attivo per chi la detiene senza essere al contempo il passivo di nessun altro soggetto²³.

Anche sotto l'aspetto economico, Bitcoin si differenzia dalle valute legali. Come noto, infatti, la moneta legale assolve a tre funzioni economiche principali; *a)* mezzo di pagamento, utilizzato e accettato nelle transazioni commerciali; *b)* riserva di valore, che consente di usare in futuro il potere d'acquisto immagazzinato; *c)* unità di conto, che permette di misurare e confrontare il valore di tutti i beni ed i servizi oggetto di scambio, anche diversi tra loro, agevolando così le decisioni economiche e gli accordi contrattuali.

Il basso livello di accettazione fra il pubblico di Bitcoin, essendo ancora limitato e poco influente il numero delle transazioni con essa regolamentate nonostante la sua progressiva crescita negli ultimi anni, ne impedisce un possibile riconoscimento in termini di mezzo di scambio diffuso. Parimenti, l'eccessiva volatilità dei tassi di cambio con le valute legali rende particolarmente rischioso utilizzare Bitcoin come riserva di valore, dal momento che risulta limitata la possibilità

²²Cfr. VARDI, *Criptovalute e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei bitcoin*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n.3/2015, ivi BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale: Primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, N1/2017, ivi GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario critto anarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, N.3/2015, per il quale è perfettamente lecito rifiutare un pagamento in bitcoin, senza contravvenire ai precetti della legge civile e penale. Per un'analisi sugli orientamenti tradizionali della dottrina in tema di valute, la c.d. «*state theory of the money*», e la c.d. «*society theory of money*» nell'ambito dei quali si inserisce Bitcoin si rinvia a SCALCIONE, *Gli interventi delle autorità di vigilanza in materia di schemi di valute virtuali*, *op.cit.*

²³Cfr. AMATO e FANTACCI, *Per un pugno di Bitcoin – Rischi e opportunità delle monete virtuali*, Egea, 2016, secondo cui “i soldi che siamo soliti tenere in banca sono un attivo per noi, ma per la banca costituiscono un passivo, ossia un debito, che la impegna a convertire il nostro credito (il denaro che abbiamo sul conto) in contanti. In tale prospettiva, *bitcoin* è più simile all'oro che alla moneta legale”.

di accumulo e di mantenimento nel tempo del suo valore. La concorrenza dei richiamati fattori comporta il mancato riconoscimento anche dell'ulteriore funzione di unità di conto, in considerazione dell'impossibilità di fare affidamento sul relativo potere di acquisto²⁴.

Appare dunque palese come non sia configurabile alcuna analogia tra valute virtuali e valute legali, sia in termini giuridici che economici, così come ampiamente riconosciuto dalla stessa BCE, secondo cui: *“Eurosystem central banks do not recognise that [the concepts of “virtual currency” and “virtual currency schemes”] would belong to the world of money or currency as used in economic literature, nor is virtual currency money, currency or a currency from a legal perspective”*²⁵.

Tale differenza ha assunto pieno riconoscimento giuridico ad opera della V Direttiva antiriciclaggio, la cui definizione, entrando a far parte del diritto comunitario, impone agli Stati Membri di recepirla quale criterio centrale di riferimento²⁶.

Nello stesso solco, si muove anche la Banca d'Italia che, dopo aver ribadito la medesima distinzione, ha sottolineato come le valute virtuali debbano essere distinte anche dalla moneta elettronica²⁷. In effetti, la questione appare di imme-

²⁴Cfr. MANCINI, *Valute virtuali e Bitcoin*, Op.Cit., IEMMA e CUPPINI, *La qualificazione giuridica delle criptovalute: affermazioni sicure e caute diffidenze*, in *Diritto Bancario*, “Approfondimenti”, Marzo 2018.

²⁵Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *Virtual Currency Schemes*, 2015, Op.cit.

²⁶Cfr. Direttiva N.2018/843 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE, in GUUE del 19.06.2018 L156/43 per la quale la valuta virtuale “non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente”.

²⁷Anche per la BANCA D'ITALIA, *Comunicazione del 30 gennaio 2015 – Cit.*, le valute virtuali sono “rappresentazioni digitali di valore non emesse da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegate a una valuta avente corso legale, utilizzate come mezzo

diata soluzione, tenuto conto che l'unico punto in comune che sussiste tra le richiamate figure è rappresentato dalla dimensione digitale in cui esse operano. Al di fuori di questa, infatti, la scriminante decisiva risiede nel fatto che la moneta elettronica rappresenta sempre un quantitativo di moneta legale al quale è riferita, seppure in forma magnetica o elettronica, costituendo, in particolare, uno strumento con il quale, analogamente alla carta moneta, si può far circolare denaro. Il collegamento stabile con la valuta legale importa che la moneta elettronica, a differenza di Bitcoin, viene emessa, giusta il disposto dell'art.114 *quinques*, comma I, TUB, solo a seguito di deposito delle corrispondenti somme di denaro presso il soggetto autorizzato all'emissione, ed è rimborsabile in ogni momento su richiesta del detentore, ex art. 114 *ter*, comma I, TUB.

La moneta elettronica, grazie all'evoluzione tecnologica e ad una costante opera di rinnovamento normativo ed interpretativo del tradizionale concetto di valuta²⁸, consente l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria con la medesima

di scambio o detenute a scopo di investimento, suscettibili di essere trasferite, archiviate e negoziate elettronicamente”.

²⁸Tra i più autorevoli studiosi della materia INTZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *B.b.t.c.*, 2007, I, pag. 133 e ss per il quale “Le limitazioni legali, consuetudinarie, e le ormai più che prevalenti esigenze di efficienza, sicurezza, rapidità della circolazione ed attribuzione della liquidità monetaria, hanno reso la moneta contante del tutto inutilizzabile in un crescente numero di contesti, con definitiva sostituzione della circolazione del contante con atti di disposizione ed attribuzione delle unità monetarie. Nella società contemporanea si è assistito, infatti, all'ampliamento della circolazione di unità monetarie e contemporaneamente ad una significativa riduzione della circolazione di pezzi monetari. Allo stesso modo si è assistito all'ampliamento della detenzione di unità ideali monetarie sotto forma di moneta scritturale, piuttosto che nella rischiosa, antieconomica ed antistorica forma della detenzione dei pezzi monetari. La carta moneta, in altre parole, si trova in crescente grande affanno a svolgere con ragionevole sicurezza ed efficienza la funzione di circolazione ed accettazione delle unità monetarie dello Stato. In un siffatto contesto, considerata la assoluta marginalità e limitatezza della circolazione monetaria attraverso banconote rispetto a quella realizzata con altri mezzi di pagamento non costituiti da banconote, attribuire al pagamento con moneta in contante un ruolo predominante ed addirittura esclusivo delle possibili modalità di estinzione del debito pecuniario, risulta oltre che concettualmente errato anche irrealistico ed antistorico.

efficacia liberatoria della consegna del contante, in quanto trasferisce dal debitore al creditore, destinatario del pagamento, la disponibilità di una determinata somma di denaro. Nonostante il concetto di moneta si sia, nel corso del tempo, notevolmente ampliato²⁹- ricomprendendo non solo le banconote e le monete metalliche, quali strumenti ampiamente riconosciuti dalla collettività, ma anche ulteriori strumenti quali la moneta elettronica e la moneta bancaria, ai quali è ormai definitivamente riconosciuta la medesima valenza³⁰ - esso è sempre collegato ad una certa disponibilità economica di moneta legale, rappresentando un credito che un soggetto vanta nei confronti di una banca o di un diverso istituto finanziario e di cui può disporre con diversi strumenti³¹. L'efficacia solutoria di queste forme di moneta non può essere riconosciuta a Bitcoin in quanto carente del collegamento con la moneta legale. Il suo utilizzo consente la liberazione del debitore solo in caso di apposito accordo con il creditore³².

²⁹Per CARRIERE, *Le "criptovalute" sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di "strumenti finanziari", "valori mobiliari" e "prodotti finanziari"; tra tradizione e innovazione*, in *Riv. Dir. Banc.*, N.2/2019, "oggi il concetto di moneta si è dilatato e decomposto nel concetto più articolato di sistema dei pagamenti, attesa la residualità assunta nei traffici giuridici quotidiani della *traditio pecuniae*, intesa classicamente come consegna fisica di moneta divisionaria o banconote (contante) al creditore da parte del debitore per liberarsi dall'obbligazione pecuniaria".

³⁰Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, Milano, 1977, G.LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Torino, 2003; *idem* *La rivoluzione copernicana della cassazione: la moneta legale, dunque, non coincide con la moneta fisica*, in *B.b.t.c.*, 2008, II, pagg. 553 segg.

³¹Cfr. GRECO, *Monete complementari e valute virtuali*, in *Fintech – Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, 2017, pag. 197 e ss.

³²Per M.ONZA, *Gli strumenti di pagamento nel contesto dei pagamenti on line*, in *Riv.Dir.Banc.* N. 4/2017, il pagamento con bitcoin sarebbe da ricondurre ad «una *datio in solutum* tra aderenti ad un contratto plurilaterale normativo. Per LEMME E S.PELUSO, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso Bitcoin*, in *RTDE*, Suppl.1 al n. 4/2016, pag. 148 e ss., Bitcoin, e con esso tutte le valute virtuali, non facendo riferimento ad un sistema normativo specifico stabilito da una autorità centrale, non possono assolvere funzione di mezzo di adempimento delle obbligazioni pecuniarie se non, al limite, in base al meccanismo previsto dall'art. 1278 c.c.

4. Se allora il riferimento letterale al termine valuta non va inteso quale elemento identificativo della natura giuridica di Bitcoin, è necessario considerare ulteriori elementi. A tal fine è, nuovamente, opportuno richiamare gli orientamenti europei che, sottolineando la naturale predisposizione per diversi utilizzi in termini di mezzo di scambio o di strumento di investimento (*payment-exchange-currency token*), traccia i criteri principali di un innovativo approccio interpretativo. Da qui, è stata sviluppata una diversa ricostruzione interpretativa che giunge a qualificare Bitcoin alla stregua di uno strumento di investimento, tenuto conto che la funzione concretamente svolta non è riferibile ad uno mezzo di pagamento o di scambio quanto, piuttosto, ad una particolare tecnica di investimento di risorse economiche.

In ambito domestico, sono state avanzate diverse ipotesi, che inquadrano Bitcoin nelle categorie degli strumenti finanziari ovvero dei prodotti finanziari, in base a quanto previsto dalle disposizioni del TUF. L'orientamento principale, in forza del tenore letterale della richiamata disciplina speciale, non ritiene possibile una riconduzione nella categoria degli strumenti finanziari, stante l'elencazione tassativa formulata dalla Sezione C dell'allegato I, richiamata dal secondo comma dell'art.1 del TUF, nonché la formulazione del secondo comma della medesima disposizione per la quale "gli strumenti di pagamento non sono strumenti finanziari". L'immediata conseguenza di tale ricostruzione sarebbe l'inapplicabilità della disciplina dettata in tema di servizi e di attività di investimento³³.

³³Cfr. BOCCHINI, *Op.Cit.* per il quale essendo uno strumento di pagamento, come tale più prossimi alla sfera del consumo che non a quella dell'impiego del risparmio in vista di un ritorno economico, il bitcoin alla stregua della moneta legale non è inquadrabile quale strumento finanziario. Una recente pronuncia di merito, Tribunale di Verona, 24 gennaio 2017, n. 195, in *B.b.t.c.* n.4/17, con nota di PASSERETTA, pag. 471 e ss., ha ritenuto che bitcoin è "uno strumento finanziario utilizzato per compiere una serie di particolari forme di transazioni *online*, costituito da una moneta che può essere coniata da qualunque utente ed è sfruttabile per compiere transazioni, possibili grazie ad un *software open source* e ad una rete *peer-to-peer*"

Un diverso percorso giunge all'inquadramento di Bitcoin nell'ambito dei prodotti finanziari, così come definiti dall'art. 1, comma 1, lett. u) del TUF, potendolo fare rientrare nel novero delle "altre forme di investimento di natura finanziaria" previste dalla medesima disposizione. L'ampiezza e l'elasticità di questa categoria rispondono, infatti, proprio alle richieste provenienti dal mercato finanziario, ove la frequente evoluzione dei prodotti presenti rende necessaria l'adozione di una tecnica elastica che permette l'applicazione dei presidi normativi volti alla tutela del risparmiatore e del mercato in generale. Le operazioni in Bitcoin presentano tutti i requisiti tradizionali di un investimento di natura finanziaria: l'impiego di capitale, l'aspettativa di un rendimento di natura finanziaria, l'assunzione di un rischio connesso e correlato allo stesso impiego³⁴. A questi vanno aggiunti, per la necessità di adattare le regole al particolare dinamismo dell'innovazione finanziaria, gli ulteriori elementi della prevalenza del connotato finanziario rispetto al potere di godimento o di disposizione del bene acquisito con l'operazione e quello dell'effettiva e predeterminata promessa, all'atto dell'instaurazione del rapporto contrattuale, di un rendimento collegato alla *res*

³⁴Per la Consob si è in presenza di un "investimento di natura finanziaria" ogniqualvolta il risparmiatore impieghi il proprio denaro con un'aspettativa di profitto, mentre si è in presenza di un "investimento di consumo" quando la spesa è finalizzata al godimento del bene, ossia, è volta a trasformare le proprie disponibilità in beni reali idonei a soddisfare in via diretta i bisogni non finanziari del risparmiatore. Più specificamente, secondo l'orientamento costante dell'Autorità e della dottrina specialistica, l'investimento può essere qualificato come finanziario allorché ricorrano, simultaneamente, un impiego di capitali, un'aspettativa di rendimento e un'assunzione di un rischio direttamente connesso all'impiego delle risorse. Cfr. CONSOB, *Comunicazione dem 8035334 del 16/4/2008* e, da ultimo, il *Documento per la Discussione, Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività*, marzo 2019. In dottrina, *ex multis*, ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli, 2012, pag. 81 e ss., URBANI, *I Servizi, le attività di investimento, e gli strumenti finanziari*, in AAVV. *L'ordinamento Finanziario Italiano*, a cura di F.Capriglione, Cedam, 2010, pag. 431 e ss., FIORUZZI, DE NARDIS, PUPPIENI, in *Commento sub art. 94*, in AAVV. *Il testo unico della finanza* a cura di M.Fratini – G. Gasparri, Utet 2012, pag. 1062 e ss., E. GABRIELLI, R. LENER, *Valori mobiliari e strumenti finanziari*, in *I contratti del mercato finanziario*, I, Tratt. Rescigno-Gabrielli, Torino, 2011, p. 27 ss.; ONZA, SALAMONE, *Prodotti, strumenti finanziari, valori mobiliari*, in *B.b.t.c.*, 2009, p. 567 ss.

tale da far ritenere che “l’atteso incremento di valore del capitale impiegato (ed il rischio ad esso correlato) sia elemento intrinseco all’operazione stessa” che, diverso dal mero apprezzamento del bene nel tempo, accede alla causa dello stesso contratto sottostante³⁵. L’acquisto, come il trasferimento o la semplice detenzione di Bitcoin, sarebbero legati ad un’aspettativa di una remunerazione, dipendente dall’oscillazione del valore di cambio con le valute legali, che assurgerebbe a motivo determinante dell’operazione e, quindi, ad elemento causale della stessa. Nel momento in cui si possa ravvisare una tale coincidenza, la valuta virtuale dovrebbe qualificarsi come prodotto finanziario e le transazioni che la prevedono come vere e proprie operazioni speculative³⁶.

Né, a questa ricostruzione, potrebbe contrapporsi il dato letterale del richiamato secondo comma dell’art.1 TUF, che, nuovamente, ostacolerebbe la qualificazione di Bitcoin anche in termini di prodotto finanziario. A ben vedere, la rigidità di tale preclusione può essere opportunamente superata soffermandosi, come sopra accennato, proprio sulla versatilità funzionale di Bitcoin. Sotto questo aspetto, andrebbe valutato il motivo decisivo che spinge all’acquisto o all’utilizzo di Bitcoin e che consisterebbe nell’attuazione di un programma di investimento finanziario, legato all’andamento delle oscillazioni del suo valore. L’elevata volatilità andrebbe considerata quale elemento causale e non semplicemente accidentale della criptovaluta la quale, di conseguenza, sia tecnicamente che funzionalmente si configurerebbe come un prodotto finanziario. Verrebbe superato, in tal modo, il limite imposto dal tenore letterale delle richiamate disposizioni³⁷, con

³⁵Cfr. CONSOB, *Comunicazione* DTC/13038246 del 6-5-2013.

³⁶Cfr. IEMMA e CUPPINI, *La qualificazione giuridica delle criptovalute*, *Op.cit.*

³⁷Per GIRINO, *Op.cit.*, per il quale bitcoin non è tecnicamente e funzionalmente una valuta ma, considerato l’impiego inequivocabilmente proteso a sfruttare al massimo livello possibile la volatilità endogena della “pseudo-moneta”, un prodotto di natura finanziaria e speculativa. Inoltre, “nel momento in cui si riconosca che lo scambio di criptovaluta non assolve, se non

conseguente ed immediata apertura all'applicazione della disciplina dettata dal TUF per tutte le attività che riguardano i prodotti finanziari.

Siffatta impostazione è stata, accolta dalla Consob. In due distinte occasioni, l'autorità di vigilanza ha vietato l'attività di promozione *on-line* svolta da soggetti privi di autorizzazione, avente ad oggetto l'acquisto di "pacchetti di estrazione di criptovalute" che prospettavano esplicitamente un guadagno per l'acquirente, in quanto, integrando gli estremi di un'offerta al pubblico di prodotti finanziari, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. t) TUF, deve essere necessariamente preceduta dalla pubblicazione di un prospetto informativo, ai sensi e per gli effetti degli artt. 94 e ss. TUF³⁸. Si è concluso che, indipendentemente dal dato formale che può assumere la criptovaluta offerta al pubblico - prodotto finanziario, servizio o attività di investimento ovvero prestazione di un servizio di pagamento o di gestione patrimoniale – qualora una determinata attività rientri in una fattispecie tipica e regolata, è necessario uniformarsi alle vigenti prescrizioni legali, pena l'eventualità di ricadere in un esercizio abusivo di un'attività riservata³⁹.

Anche le Autorità Europee di Vigilanza, nei documenti sopra richiamati, sembrano propendere per una ricostruzione di Bitcoin in termini di investimento, pur se con qualche differenza di schematizzazione. I rischi derivanti dal carattere aleatorio ed altamente speculativo di Bitcoin, giustificano le particolari racco-

eventualmente in via incidentale, un'effettiva funzione solutoria bensì persegue un fine unicamente o prevalentemente speculativo, l'ostacolo letterale diviene agevolmente superabile".

³⁸Nei casi sottoposti a giudizio, la Consob ha vietato l'attività pubblicitaria effettuata nei confronti del pubblico tramite internet relativa all'offerta al pubblico di "pacchetti di estrazione di criptovalute" per violazione dell'art. 101, comma 2, del TUF, secondo cui "Prima della pubblicazione del prospetto è vietata la diffusione di qualsiasi annuncio pubblicitario riguardante offerte al pubblico di prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari comunitari". Così le Delibere Consob n.20207 del 06/12/2017 e n. 19968 del 20/04/2017.

³⁹Per un'attenta analisi delle richiamate delibere Consob si veda CONSO, DI GIORGIO, MARTINOTTI, *Un caso recente: divieto di offerta al pubblico di "portafogli di investimento" in criptovalute*, in *dirittobancario.it*, del 29/01/2018.

mandazioni rivolte ai consumatori, di non convertire in valuta virtuale più denaro di quanto si possano permettere di perdere ed agli intermediari vigilati, di limitare la detenzione ed il collocamento di Bitcoin, fintanto che non venga emanata una specifica disciplina⁴⁰.

5. È stato affermato come Bitcoin possa essere considerata la prima forma compiuta di contante digitale in quanto presenta, contemporaneamente, i vantaggi della moneta elettronica e quelli del contante⁴¹. Come una carta di pagamento, infatti, essa consente pagamenti a distanza di qualsiasi importo ed in maniera sicura che non comportano elevati costi né per chi lo effettua né per chi lo riceve, ma come il denaro contante non richiede l'intervento di un intermediario che certifichi la disponibilità dei fondi e che autorizzi la transazione. Realizza un pagamento anonimo ed immediato, in cui rimangono sconosciute le identità delle parti coinvolte e la causale dello stesso ma essendo digitale, consente il trasferimento di qualsiasi importo fra soggetti anche molto distanti.

È indubbio che gli aspetti strutturali ed operativi di tale valuta virtuale ne rappresentino i principali pregi ma anche i difetti che hanno favorito, allo stesso tempo, da un lato la sua diffusione e dall'altro una certa dose di diffidenza. Nell'ambito dell'orientamento volto ad individuare una cornice normativa europea adeguata a favorire e sfruttare l'innovazione tecnologia e, al contempo, garantire la certezza del diritto, si innesta il tema in esame, affrontato con particola-

⁴⁰Cfr. EBA-ESMA-EIOPA, *Avvertenza per i consumatori sui rischi delle valute virtuali da parte delle Autorità europee*, 19 Marzo 2018, reperibile sul sito istituzionale della Banca d'Italia, con collegamento al link [esma.europa.eu/sites/default/files/library/joint_esas_warning_on_virtual_currencies_it.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/joint_esas_warning_on_virtual_currencies_it.pdf), ove le valute virtuali vengono individuate quali strumenti speculativi altamente rischiosi, generalmente non garantiti da immobilizzazioni materiali, non regolamentati ai sensi del diritto dell'Unione e, pertanto, senza alcuna tutela giuridica per i consumatori.

⁴¹Cfr. AMATO e FANTACCI, *Per un pugno di Bitcoin – Rischi e opportunità delle monete virtuali*, *Op.Cit.*

re riguardo sia per gli aspetti critici sia per i vantaggi connessi all'applicazione della particolare tecnologia DLT⁴². L'approccio regolamentare che si intende seguire deve tenere conto dei continui cambiamenti di tali strumenti e delle conseguenti nuove problematiche, adottando principi e soluzioni capaci di tenere il passo di tale evoluzione. Esso deve essere informato ai principi della neutralità tecnologica, della proporzionalità, dell'armonizzazione, necessari per garantire, all'interno dell'Unione Europea, un medesimo *level playing field* tra tutti gli operatori coinvolti, una sufficiente protezione degli investitori, un'opportuna riduzione dei rischi derivanti dall'opacità del sistema e da un suo uso distorto.

Certamente la disintermediazione è uno tra gli aspetti più interessanti legati alla particolare tecnologia usata dalle valute virtuali. La DLT, infatti, può contribuire ad incrementare il benessere generale dei cittadini e lo sviluppo economico, in quanto può consentire di ridurre i costi ed i tempi delle transazioni, rafforzare l'autonomia dei cittadini attraverso scambi tra pari, destrutturare i modelli tradizionali migliorando i servizi prestati e l'efficienza complessiva, mantenere la tracciabilità delle transazioni ma anche la riservatezza degli operatori⁴³, incrementare il commercio elettronico in maniera da concorrere alla costruzione di un mercato unico internazionale⁴⁴.

⁴²Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *FinTech Action plan: For a more competitive and innovative European financial sector*, Comunicazione COM(2018) 109/2 dell'8 marzo 2018.

⁴³Per l'EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Opinion on virtual currencies*, 2014, *Cit.*, l'anonimato di tali transazioni riduce il rischio di frodi di identità rispetto ai pagamenti convenzionali, che associano, ad esempio, alle carte di pagamento i dati personali o sensibili dell'utilizzatore.

⁴⁴Cfr. EUROPEAN PARLAMENT, Risoluzione del 3 ottobre 2018, P8_TA-PROV(2018)0373, *Tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione*, secondo cui la DLT è una tecnologia a scopo generico in grado di migliorare l'efficienza dei costi delle transazioni, eliminando intermediari e costi di intermediazione, e di aumentare la trasparenza delle transazioni, ridisegnando anche le catene di trasmissione del valore mediante un miglioramento dell'efficienza organizzativa ed affidabile decentramento.

Di contro, sul versante delle criticità, sono stati rilevati i principali rischi per la protezione dei consumatori e per l'integrità del mercato. Così è stato sottolineato il rischio di perdere il denaro investito sulle piattaforme che detengono i *wallet* per la mancata sottoposizione alle medesime regole previste per gli intermediari bancari o finanziari, ovvero quello di subire eventuali furti delle chiavi di accesso ai *wallet* e quindi della valuta, o ancora il rischio di perdere quanto investito in dipendenza dell'estrema volatilità del valore e della mancanza assoluta di trasparenza delle regole relative alla formazione del prezzo. Inoltre, l'elevato grado di anonimato delle transazioni e la facilità di un utilizzo fraudolento o illecito che può dar luogo ad operazioni di riciclaggio di denaro o di finanziamento di attività terroristiche, frode ed evasione fiscale o altre attività criminali basate sull'anonimato, costituiscono altrettanti fattori di allarme per i legislatori ed i regolatori⁴⁵. Certamente le *exchange platforms* ed i *wallet providers*, quali punti di accesso al sistema finanziario tradizionale che mettono in contatto la dimensione virtuale con quella reale, rappresentano i principali nodi da disciplinare in quanto, ad oggi, la loro attività rimane esclusa dall'applicazione della normativa sui servizi finanziari e dal complesso di cautele e garanzie per essi previsto⁴⁶.

Anche la Banca d'Italia ha sottolineato i rischi di perdite permanenti dovuti a possibili malfunzionamenti del sistema, attacchi informatici, smarrimento delle *password* dei portafogli elettronici, richiedendo particolare attenzione sui presta-

⁴⁵Cfr. EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Warning to consumers on virtual currencies*, 2013, *Cit.*

⁴⁶Cfr. EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Report with advice for the European Commission on crypto-assets*, 9 gennaio 2019, *cit.*: "In order to assess the impact of crypto-asset activities on the resilience of the financial sector and standards of consumer protection, it would be desirable to focus on the interconnectedness of crypto-asset activities with the traditional financial system and with consumers. This approach can also help inform an assessment of the feasibility and effectiveness of measures to address any issues identified. In this respect, the EBA draws attention to previous analysis it has provided with regard to VCs".

tori professionali di servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione per l'assenza di specifiche forme di protezione o di tutele legali, di obblighi informativi e di presidi di trasparenza in favore dei clienti⁴⁷. Per tali motivi, anche l'Autorità italiana ha ritenuto di dover scoraggiare gli intermediari vigilati dall'acquistare, detenere o vendere valuta virtuale, per evitare eventuali rischi per la loro stabilità e per quella del sistema.

Le autorità europee ritengono di poter tracciare un quadro normativo di riferimento per far fronte ai rischi rilevati e per sfruttare le potenzialità indicate, mutando alcuni principi della regolamentazione vigente ed estendendo a Bitcoin, ed in generale alle valute virtuali, la disciplina contenuta nelle Direttive e nei Regolamenti già adottati in tema di servizi finanziari, conti di pagamento, servizi di pagamento, moneta elettronica, eventualmente opportunamente adeguata.

Tenuto conto che una regolamentazione precoce non è adatta ad una realtà ancora in piena evoluzione, dal momento che potrebbe trasmettere al pubblico un messaggio errato sia sui vantaggi che sui possibili rischi, l'orientamento principale intende porsi in una doppia prospettiva, di breve e di medio-lungo pe-

⁴⁷Banca d'Italia, *Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette «valute virtuali»*, *Op.Cit.* In particolare, tra i rischi rilevati vanno inclusi fra l'altro: a) la carenza di informazioni affidabili sul funzionamento, i costi, il valore e i rischi di ciascun tipo di valuta virtuale; b) l'assenza di tutele legali e contrattuali analoghe a quelle che accompagnano le operazioni in moneta legale; c) l'odierna assenza di forme di controllo e vigilanza sull'emissione e sulla gestione delle valute virtuali; d) l'assenza di forme di tutela o garanzia delle somme depositate, atte a coprire le perdite subite a causa di condotte fraudolente, fallimento o cessazione dell'attività delle piattaforme di scambio; e) la possibilità di perdita permanente delle unità di valuta a causa di malfunzionamenti, attacchi informatici o smarrimento della *password* del portafoglio elettronico; f) la base meramente volontaria su cui si fonda l'accettazione delle valute virtuali; g) l'elevata volatilità del valore, dovuta anche a meccanismi di formazione dei prezzi a volte opachi e all'assenza di autorità centrali in grado di stabilizzarli; h) la possibilità di utilizzo per transazioni connesse a finalità criminali, che potrebbe provocare l'intervento delle Autorità e la chiusura di piattaforme di scambio; i) la mancanza di certezze in ordine al trattamento fiscale delle valute virtuali; l) la possibilità di confondere i chioschi automatici per l'acquisto e la vendita di valute virtuali con le apparecchiature bancomat, gestite da intermediari autorizzati e vigilati.

riodo. In relazione alla prima, come visto, si rende necessario scoraggiare sia i singoli utenti che gli intermediari sottoposti a vigilanza dall'acquisto, la detenzione ed il collocamento di valute virtuali, in attesa dell'emanazione di una specifica disciplina. Quanto alla seconda prospettiva, si intende giungere all'adozione di un sistema regolamentare congiunto ed omogeneo, modellato su quello dettato per gli intermediari e per i mercati finanziari, che preveda una sorta di riserva per tutte le attività che hanno ad oggetto valute virtuali ed una autorità competente a stabilire i requisiti strutturali, le regole di funzionamento degli operatori ed a svolgere la necessaria attività di vigilanza. Tale approccio dovrebbe essere informato ai seguenti principali criteri: *a)* ampiezza ed equilibrio, necessari per valutare opportunità e rischi per l'intero mercato finanziario; *b)* basato sull'attività svolta, garantendo l'applicazione delle medesime regole a tutti i soggetti che operano con le valute virtuali, indipendentemente dalla loro forma o natura giuridica; *c)* basato sui punti di interconnessione tra dimensione virtuale e dimensione reale, per limitare le criticità per il sistema e per i fruitori; *d)* coordinata a livello internazionale, trattandosi di attività naturalmente deputati ad operare in ambiti transfrontalieri. Ogni impresa che desidera svolgere attività relative ad una criptomoneta dovrà così conformarsi ai requisiti regolamentari e di vigilanza previsti dal regime in questione⁴⁸.

⁴⁸Cfr. EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Report with advice for the European Commission on crypto-assets*, 9 gennaio 2019, Cit.: *In carrying out any cost/benefit analysis and, as appropriate, developing any proposals for EU level action, the EBA notes the desirability of a. A holistic and balanced approach: Taking into account the potential application of DLT and crypto-assets beyond the financial sector 44 and the cross-cutting implications that arise it would be desirable for a holistic approach to be adopted for the assessment of opportunities and risks relating to crypto-assets, avoiding focusing on the application of crypto-assets in a specific sector and building on initiatives already underway (e.g. the European Commission's Blockchain Observatory); b. An activities-based approach: Taking into account that crypto-assets may be issued in a decentralised way and may vary significantly in their characteristics and uses, it would be desirable to focus the cost/benefit analysis on activities involving crypto-*

6. Le prospettive di sviluppo delle applicazioni tecnologiche nel settore finanziario hanno determinato un forte interesse anche con riguardo allo specifico tema delle valute virtuali. È necessario, a tal proposito, continuare l'azione intrapresa dalle autorità di vigilanza interne ed europee, per poter giungere ad una condivisa ricostruzione sistematica in ordine alla qualificazione giuridica della fattispecie che possa permettere, a sua volta, di offrire una risposta normativa adatta a sfruttare le potenzialità che la virtualizzazione della moneta può offrire ai singoli operatori ma anche, e soprattutto, al sistema economico e finanziario nel suo complesso. Questioni aperte e tuttora ampiamente dibattute che, come visto, nonostante gli sforzi profusi non sono ancora approdate a soluzioni univoche per l'estrema versatilità e per la natura ibrida di questi modelli digitali che richiedono non facili percorsi ermeneutici.

Come accaduto tra gli studiosi della materia, anche le diverse ipotesi avanzate dai regolatori presentano profili di disallineamento e di distonia. Così, con riguardo alle pratiche delle *Initial Coin Offers* che ultimamente hanno avuto varie applicazioni, mentre l'Esma ha ritenuto di dover sollecitare una revisione dell'attuale normativa dettata in tema di servizi di investimento per poter ricomprendere all'interno di una rivisitata e più ampia categoria degli strumenti finanziari anche alcune tipologie di *crypto-assets*, nel nostro ordinamento la Consob ha

assets (i.e. an activities-based approach); c. A focus on the access points to the traditional financial system and consumers: In order to assess the impact of crypto-asset activities on the resilience of the financial sector and standards of consumer protection, it would be desirable to focus on the interconnectedness of crypto-asset activities with the traditional financial system and with consumers; d. A coordinated international response: Given that this is a complex, fast-moving and cross-border issue, the desirability of keeping channels open with international bodies, such as the FATF, the FSB and the BCBS, and third country authorities, is recognised. Such an approach would help the European Commission to develop an informed analysis, as well as any future coordinated action; e. Future-proofing: Given the pace and complexity of change, it would be desirable for a technologically neutral and future-proof approach to be adopted in developing any proposals should it be concluded that EU-level action is needed.

proposto una tipizzazione autonoma che le possa fare rientrare in una categoria nuova e distinta, cui ricollegare una disciplina specifica tendenzialmente meno rigorosa rispetto a quella prevista per le attività che hanno ad oggetto prodotti finanziari⁴⁹. Mentre la prima ritiene di non poter individuare soluzioni “*one size fits all*” tenuto conto delle caratteristiche variabili dei *cripto-assets*, ma di dover procedere ad una valutazione “*case by case*” dei singoli modelli per stabilire quale regime possa applicarsi in base alle circostanze concrete⁵⁰, la seconda, al contrario, proprio per evitare i limiti di un simile intervento regolatorio, che si svolgerebbe necessariamente in una fase successiva allo svolgimento dell’operazione⁵¹, ritiene preferibile tentare di codificare una nuova categoria *ad hoc* cui applicare una disciplina generale.

In questa fase di incertezza, si può ritenere che un possibile intervento legislativo non debba, comunque, prescindere dall’attuazione di alcuni criteri determinanti. *In primis* sarà opportuno muoversi in una dimensione internazionale, per evitare arbitraggi regolamentari e per garantire incidenza ed effettività della disciplina e del sistema di controlli su attività, soggetti e strumenti che, per loro stessa natura, si svolgono in ambiti non solo deterritorializzati e sconfinati, ma

⁴⁹Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI, *Offerte iniziali e scambi di cripto-attività: il nuovo approccio regolatorio della Consob*, in *Dirittobancario.it, Editoriale*, aprile 2019, accoglie con favore la soluzione di scegliere una disciplina “*light*” e diversa da quella dettata dal Tuf per i prodotti finanziari in quanto “una delle ragioni di fondo della diffusione del *FinTech* è da rinvenirsi proprio nell’eccessiva rigidità e pesantezza del vigente quadro normativo in materia finanziaria, che non è opportuno quindi andare ad estendere, invariato, anche alle nuove forme di operatività che si sono sviluppate nella prassi”.

⁵⁰Cfr. EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY, *Advice Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, 9 January 2019: A key consideration for regulators is the legal status of crypto-assets, as this determines whether financial services rules are likely to apply, and if so which, and hence the level of protection to investors. Because the range of crypto-assets are diverse and many have hybrid features, ESMA believes that there is not a ‘one size fits all’ solution when it comes to legal qualification.

⁵¹In tal senso anche CANEPA, *Il design della regolazione in un’economia “uberizzata” fra problemi di definizione del mercato, tutela degli utenti e ricerca di regole efficaci*, in *RTDE*, Suppl. al n.4/2016, pag. 17 e ss.

anche assoggettati a giurisdizioni estranee rispetto a quelle del singolo ordinamento⁵². Si dovranno scoraggiare usi distorti o illegali regolando l'anonimato ma garantendo, al contempo, la riservatezza delle transazioni concluse⁵³. Si dovranno offrire adeguati livelli di trasparenza delle attività svolte e dei prodotti offerti, aumentando il flusso di informazioni sulla portata e sui rischi delle valute virtuali in favore degli investitori e del mercato. Tale approccio dovrebbe porre particolare attenzione sul ruolo svolto dalle *exchange platforms* e dai *wallet providers*⁵⁴, stabilendo regole certe e trasparenti che possano garantire quegli standard strutturali e comportamentali necessari per avere piena conoscenza dei servizi e dei prodotti offerti, per mantenere integrità e stabilità del mercato e, conseguentemente, aumentare la fiducia dei risparmiatori, elementi questi irrinunciabili per una evoluzione di tali strumenti pienamente confacente ai valori costituzionali che informano l'intera disciplina del mercato finanziario.

Sul punto, si potrebbe ipotizzare di ripercorrere esperienze già valutate ed intraprese, richiamando principi e soluzioni adottati in campi distinti ma analoghi del sistema finanziario. Sul punto, potrebbe rivelarsi utile, con i dovuti aggiusta-

⁵²Così AMOROSINO, *Op.Cit.*

⁵³In quest'ottica, il percorso intrapreso dal nostro legislatore con l'emanazione del D.Lgs. n. 90/2017 che modifica l'art.1, comma 2,⁵³ si presenta oltremodo interessante, dal momento che sottopone i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale – definiti alla lettera ff) dell'art.1 del D.Lgs. 231/2007, come “ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale” – alle specifiche regole antiriciclaggio. Questi, tuttavia, rimangono ancora esenti dalla regolamentazione dettata per la prestazione dei servizi di investimento.

⁵⁴Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI, *Offerte iniziali e scambi di cripto-attività, op. cit.*, condividendo la scelta di porre l'attenzione, in chiave regolatoria, sui gestori delle piattaforme, avanza un'interessante proposta di disegnare una regolazione delle piattaforme digitali, a livello europeo che, rispondendo ad un criterio funzionalistico, disciplini i rapporti con gli utenti, a prescindere dalla natura commerciale o finanziaria dell'attività svolta. “Ciò consentirebbe di predisporre una sorta di “piattaforma regolamentare” comune a tutti i marketplace digitali in grado di assicurare flessibilità normativa, sulla cui base il legislatore europeo potrebbe poi intervenire in ambiti di mercato specifici, laddove ciò risulti necessario e secondo il grado di intensità ogni volta richiesto”.

menti, un intervento articolato sulla falsariga di quello seguito in tema di *crowdfunding*, replicandone le impostazioni di base volte a favorire la diffusione di tale tecnica di finanziamento garantendo idonei livelli di tutela degli investitori ma agevolando, contemporaneamente, la posizione delle imprese offerenti e delle piattaforme coinvolte. Tale regolamentazione, tenuto conto delle caratteristiche peculiari delle monete digitali, potrebbe riprendere tali criteri, opportunamente adattandoli in maniera tale da renderli più leggeri e meno pervasivi per le piattaforme di scambio o di detenzione di portafogli ma, al contempo, ugualmente efficaci e puntuali per le esigenze rilevate di protezione degli investitori e del mercato

Roberto Caratozzolo

*Ricercatore di Diritto dell'economia
nell'Università degli Studi di Messina*

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

SENTENZA DEL TRIBUNALE UE

19 marzo 2019

«Aiuti di Stato – Intervento di un consorzio di diritto privato tra banche in favore di uno dei suoi membri – Autorizzazione dell'intervento da parte della banca centrale dello Stato membro – Decisione che dichiara l'aiuto incompatibile con il mercato interno – Ricorso di annullamento – Nozione di aiuto di Stato – Imputabilità allo Stato – Risorse statali»

Nelle cause riunite T-98/16, T-196/16 e T-198/16,

Repubblica italiana, rappresentata da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da S. Fiorentino e P. Gentili, avvocati dello Stato,

ricorrente nella causa T-98/16,

Banca Popolare di Bari SCpA, già Tercas-Cassa di risparmio della provincia di Teramo SpA (Banca Tercas SpA), con sede a Teramo (Italia), rappresentata da A. Santa Maria, M. Crisostomo, E. Gambaro e F. Mazzocchi, avvocati,

ricorrente nella causa T-196/16,

Fondo interbancario di tutela dei depositi, con sede a Roma (Italia), rappresentato da M. Siragusa, G. Scassellati Sforzolini e G. Faella, avvocati,

ricorrente nella causa T-198/16,

sostenuto da:

Banca d'Italia, rappresentata da M. Perassi, O. Capolino, M. Marcucci e M. Todino, avvocati,

interveniente nella causa T-198/16,

contro

Commissione europea, rappresentata da P. Stancanelli, L. Flynn, A. Bouchagiar e

D. Recchia, in qualità di agenti,

convenuta,

avente ad oggetto una domanda basata sull'articolo 263 TFUE e diretta all'annullamento della decisione (UE) 2016/1208 della Commissione, del 23 dicembre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Banca Tercas (GU 2016, L 203, pag. 1),

IL TRIBUNALE (Terza Sezione ampliata),

composto da S. Frimodt Nielsen, presidente, V. Kreuzschitz, I.S. Forrester, N. Pótorak (relatore) ed E. Perillo, giudici,

cancelliere: J. Palacio González, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 22 marzo 2018,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

... Omissis

61 Nella fattispecie, il Tribunale ritiene opportuno esaminare in primo luogo gli argomenti delle parti riguardanti il criterio di aiuti «concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali» ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE. A tal fine, si devono raggruppare ed esaminare congiuntamente il secondo motivo dedotto dalla Repubblica italiana nella causa T-98/16, il terzo motivo dedotto da BPB nella causa T-196/16 e il secondo motivo dedotto dal FITD nella causa T-198/16, nella parte in cui vertono sulla nozione di imputabilità dell'aiuto allo Stato. Parimenti, occorre raggruppare ed esaminare congiuntamente il primo motivo dedotto dalla Repubblica italiana nella causa T-98/16, il secondo motivo dedotto da BPB nella causa T-196/16 e il primo motivo dedotto dal FITD nella causa T-198/16, nella parte in cui vertono sulla nozione di risorse statali.

Osservazioni preliminari sulla nozione di «aiuto concesso da uno Stato»

62 Secondo costante giurisprudenza, la qualifica di «aiuto di Stato» ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE presuppone che ricorrano quattro condizioni, ovvero che sussista un intervento dello Stato o mediante risorse statali, che tale intervento possa incidere sugli scambi tra gli Stati membri, che esso conceda un vantaggio selettivo al suo beneficiario e che falsi o minacci di falsare la concorrenza (v. sentenza del 13 settembre 2017, ENEA, C-329/15, EU:C:2017:671, punto 17 e giurisprudenza ivi citata).

63 Per quanto riguarda la prima condizione relativa all'esistenza di un intervento dello Stato o mediante risorse statali, occorre rammentare che, per poter essere qualificati come «aiuti» ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, determinati vantaggi devono, da un lato, essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali e, dall'altro, essere imputabili allo Stato (v. sentenza del 13 settembre 2017, ENEA, C-329/15, EU:C:2017:671, punto 20 e giurisprudenza ivi citata).

64 A tale riguardo, in generale, non occorre a priori distinguere i casi in cui l'aiuto è concesso direttamente dallo Stato da quelli in cui è concesso tramite un ente pubblico o privato, designato o istituito da detto Stato (v., in tal senso, sentenza del 13 settembre 2017, ENEA, C-329/15, EU:C:2017:671, punto 23 e giurisprudenza ivi citata, e conclusioni dell'avvocato generale Saugmandsgaard Øe nella causa ENEA, C-329/15, EU:C:2017:233, paragrafo 67).

65 Infatti, l'inclusione di vantaggi concessi tramite enti diversi dallo Stato nell'ambito di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE mira a preservare l'efficacia pratica delle norme relative agli «aiuti concessi dagli Stati» di cui agli articoli da 107 a 109 TFUE. La Corte ha quindi precisato che il diritto dell'Unione non può tollerare che il semplice fatto di creare enti autonomi incaricati della distribuzione di aiuti permetta di aggirare le norme in materia di aiuti di Stato (sentenza del 16 maggio 2002, Francia/Commissione, C-482/99; in prosieguo: la «sentenza Stardust», EU:C:2002:294, punto 23). In altri

termini, tale giurisprudenza è intesa a contrastare un rischio di sotto-inclusione. Tuttavia, la decisione di includere i vantaggi concessi tramite enti diversi dallo Stato fa altresì emergere un rischio particolare di sovra-inclusione, qualora si comprendano vantaggi che non siano imputabili allo Stato o che non comportino l'utilizzo di risorse statali (v., in tal senso, conclusioni dell'avvocato generale Saugmandsgaard Øe nella causa ENEA, C-329/15, EU:C:2017:233, paragrafi 68 e 69 e giurisprudenza ivi citata).

66 È alla luce della necessità di evitare sia il rischio di sotto-inclusione, sia quello di sovra-inclusione dei vantaggi concessi da enti diversi dallo Stato che si devono esaminare gli elementi presi in considerazione dalla Commissione per determinare l'origine statale delle misure controverse.

67 A tal riguardo, è giocoforza constatare che la nozione di aiuto di Stato ha carattere giuridico e deve essere interpretata sulla base di elementi obiettivi (v., in tal senso, sentenza del 22 dicembre 2008, *British Aggregates/Commissione*, C-487/06 P, EU:C:2008:757, punto 111, e del 30 novembre 2016, *Commissione/Francia e Orange*, C-486/15 P, EU:C:2016:912, punto 87), tra cui la natura pubblica o privata dell'ente che ha concesso l'aiuto di cui trattasi. Qualora tale ente sia dotato di uno status privato o di un'autonomia, incluso quanto alla gestione dei suoi fondi, rispetto agli interventi dei pubblici poteri e delle finanze pubbliche, in senso stretto, la Commissione è soggetta, sotto il completo controllo del giudice dell'Unione, a un obbligo ancora più significativo di precisare e motivare le ragioni che le consentono di concludere nel senso di un controllo pubblico sulle risorse utilizzate e dell'imputabilità delle misure allo Stato e, di conseguenza, dell'esistenza di un aiuto ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.

68 Così, in una situazione in cui la Commissione aveva dedotto l'imputabilità allo Stato di contributi finanziari concessi da controllate di un'impresa pubblica per il solo fatto che tali società erano indirettamente controllate dallo Stato, si è giudicato che, anche se lo Stato era in grado di controllare un'impresa pubblica e di esercitare

un'influenza dominante sulle sue operazioni, l'esercizio effettivo di tale controllo nel caso concreto non può essere automaticamente presunto (sentenza del 16 maggio 2002, Stardust, C-482/99, EU:C:2002:294, punti da 50 a 52). In un caso del genere, la Commissione deve disporre di un insieme di indizi risultanti dalle circostanze del caso di specie e dal contesto in cui tali contributi finanziari sono stati realizzati, al fine di determinare il livello d'implicazione delle autorità pubbliche nella loro concessione mediante un'impresa pubblica (v., in tal senso, sentenza del 16 maggio 2002, Stardust, C-482/99, EU:C:2002:294, punti 52 e 55).

69 Tale obbligo della Commissione è tanto più necessario in una situazione in cui, come nel caso di specie, la misura in questione è concessa da un ente privato. Infatti, in una situazione del genere, non è possibile presumere che lo Stato sia in grado di controllare tale impresa e di esercitare un'influenza dominante sulle sue operazioni, a motivo del vincolo di capitale e delle prerogative ad esso correlate. Spetta dunque alla Commissione provare, in modo giuridicamente adeguato, un sufficiente grado di coinvolgimento dello Stato nella concessione della misura in oggetto, dimostrando non solo che lo Stato ha la possibilità di esercitare un'influenza dominante sull'ente erogatore ma, altresì, che esso era in grado di esercitare tale controllo nel caso concreto.

70 Inoltre, nonostante la necessità di distinguere l'imputabilità di un aiuto ad uno Stato dalla questione se l'aiuto sia stato concesso mediante risorse statali, che costituiscono condizioni distinte e cumulative (v. sentenza del 5 aprile 2006, Deutsche Bahn/Commissione, T-351/02, EU:T:2006:104, punto 103 e giurisprudenza ivi citata), la Commissione non ha cercato, nella fattispecie, di distinguere chiaramente tali condizioni (v. punto 144 della decisione impugnata). Il Tribunale ritiene quindi opportuno, in primo luogo, esaminare i diversi elementi presi in considerazione dalla Commissione per dimostrare l'imputabilità dell'intervento allo Stato e, in secondo luogo, valutare gli

elementi relativi al controllo esercitato dalle autorità pubbliche sulle risorse utilizzate per l'intervento del FITD a favore di Tercas.

Elementi presi in considerazione nella decisione impugnata per stabilire l'origine statale delle misure

71 Dopo aver rilevato, al punto 112 della decisione impugnata, che il fattore determinante per determinare l'esistenza di un «aiuto concesso da uno Stato o mediante risorse statali», ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE non è l'origine diretta di tali risorse, ma il grado di intervento dell'autorità pubblica nella definizione delle misure e delle loro modalità di finanziamento, la Commissione ha spiegato, ai punti da 117 a 145, i diversi elementi, qualificati come «sufficienti indizi», che essa prendeva in considerazione.

72 In primo luogo, la Commissione ha ritenuto che lo Stato italiano avesse affidato al FITD un «mandato pubblico» relativo alla tutela dei depositanti, che esso esercita in forme diverse. A tale riguardo, al punto 120 della decisione impugnata, la Commissione ha sottolineato che la tutela del risparmio e dei depositanti aveva una posizione specifica nell'ordinamento giuridico italiano, che tutela il risparmio e che conferisce alla Banca d'Italia il compito di salvaguardare la stabilità del sistema bancario italiano a tutela dei depositanti.

73 In tale contesto, al punto 121 della decisione impugnata, la Commissione ha considerato che l'articolo 96-bis del Testo unico bancario doveva essere interpretato come una «definizione specifica del mandato pubblico di tutela dei depositanti, applicabile ai sistemi di garanzia dei depositi riconosciuti in Italia». La Commissione ha infatti precisato che «[c]on l'inclusione dell'ultima frase nell'articolo 96-bis, comma 1, [del Testo unico bancario,] secondo cui i sistemi di garanzia dei depositi “possono prevedere ulteriori casi e forme di intervento” oltre al rimborso dei depositanti, le autorità italiane [avevano] scelto di consentire ai propri sistemi di garanzia dei depositi

riconosciuti l'uso delle risorse raccolte da banche consorziate per casi di intervento diversi». La Commissione ha altresì rilevato che l'articolo 96-bis del Testo unico bancario costituiva pertanto, da un lato, la base per il riconoscimento del FITD quale sistema di garanzia dei depositi obbligatorio in Italia e, dall'altro, la disposizione che accorda al FITD la competenza per attuare «interventi di sostegno», incluso quindi un intervento di sostegno effettuato dal FITD a norma dell'articolo 29 del suo statuto.

74 Pertanto, al punto 122 della decisione impugnata, la Commissione ha rilevato che «[i]l fatto che il FITD sia organizzato come un consorzio di natura privatistica [era] irrilevante (...), in quanto la mera costituzione in forma di ente di diritto comune non può essere considerata sufficiente per escludere che un provvedimento di aiuto adottato da un ente di questo tipo sia imputabile allo Stato». Essa ha altresì sottolineato che «[g]li obiettivi del FITD, ossia il perseguimento degli interessi comuni dei suoi membri tramite il consolidamento della sicurezza dei depositi e la tutela della reputazione del sistema bancario, coincid[evano] chiaramente con gli interessi pubblici». Tuttavia, la Commissione ha osservato, da un lato, che «tale coincidenza non implica[va] necessariamente che l'impresa [nella fattispecie, il FITD] potesse adottare la propria decisione senza tenere conto delle disposizioni delle autorità pubbliche», e, dall'altro, che «[i]noltre, non [era] necessario che l'influenza dello Stato deriv[asse] da un atto giuridicamente vincolante di un'autorità pubblica. L'autonomia che generalmente l'impresa possiede non esclude[va] il coinvolgimento concreto dello Stato».

75 In ogni caso, la Commissione ha precisato, al punto 123 della decisione impugnata, che «la legislazione italiana e quella dell'Unione conferi[vano] alla Banca d'Italia l'autorità e i mezzi per garantire che tutti gli interventi del FITD, in qualità di sistema di garanzia dei depositi riconosciuto ai sensi del Testo [u]nico [b]ancario, adempi[ssero] [al] mandato pubblico e contribuis[sero] alla tutela dei depositanti».

76 In secondo luogo, la Commissione ha ritenuto che le autorità pubbliche italiane avessero la possibilità di influenzare tutte le fasi di attuazione di un intervento di sostegno, come quello di cui trattasi nel caso di specie.

77 Innanzitutto, la Commissione ha rilevato che il Testo unico bancario conferiva alla Banca d'Italia il potere di autorizzare gli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi, inclusi gli interventi di sostegno, e di vigilare sul rispetto degli obiettivi di stabilità del sistema bancario e di tutela dei depositi (punti 127, 141 e 142 della decisione impugnata). A tal riguardo, al punto 129 della decisione impugnata, la Commissione ha ritenuto che l'autorizzazione della Banca d'Italia dovesse intervenire in una fase in cui il FITD poteva ancora rivedere e modificare la misura proposta se la Banca d'Italia vi si fosse opposta. Essa ha quindi considerato che le autorità italiane influissero sugli interventi di sostegno prima che se ne decidesse effettivamente l'adozione (punto 130 della decisione impugnata).

78 La Commissione ha poi considerato che le autorità pubbliche italiane avessero la facoltà di avviare la procedura che conduce a un intervento di sostegno. A tal riguardo, al punto 128 della decisione impugnata, essa ha rilevato che solamente le banche sottoposte ad amministrazione straordinaria potevano beneficiare di interventi di sostegno. Orbene, da un lato, le banche sarebbero sottoposte ad amministrazione straordinaria dal Ministero dell'Economia su proposta della Banca d'Italia. Dall'altro, la domanda d'intervento sarebbe inviata al FITD dal commissario straordinario, nominato e controllato dalla Banca d'Italia.

79 La Commissione ha infine considerato che l'influenza delle autorità pubbliche italiane era ulteriormente accentuata dalla presenza di rappresentanti in tutte le riunioni decisionali, in occasione delle quali le stesse autorità avevano modo di esternare, in una fase iniziale, i propri dubbi (punti 129 e 130 della decisione impugnata).

80 Di conseguenza, al punto 138 della decisione impugnata, la Commissione ha concluso che, «nel caso di specie, sia in linea di principio sia in pratica, le autorità italiane esercita[vano] un controllo costante sulla rispondenza dell'uso delle risorse del FITD agli obiettivi di interesse pubblico e influì[vano] sull'uso di tali risorse».

81 In terzo luogo, ai punti da 133 a 136 della decisione impugnata, la Commissione ha rilevato che, per le banche italiane, era obbligatorio aderire al FITD e contribuire agli interventi che erano decisi dai suoi organi direttivi. Indipendentemente dai loro interessi individuali, i membri del consorzio non potrebbero quindi né esercitare un diritto di veto su tale decisione, né dissociarsi dall'intervento. Pertanto, secondo la Commissione, l'intervento è imputabile al FITD e non alle banche consorziate. Di conseguenza, poiché l'adesione al FITD e i contributi agli interventi da esso decisi sono obbligatori, la Commissione ha rilevato che per i membri del FITD «[era] obbligatorio, ai sensi della normativa italiana, contribuire ai costi degli interventi di sostegno del FITD» e che «le risorse impiegate per finanziare tali interventi di sostegno [erano] chiaramente prescritte, gestite e ripartite in conformità con la legge o altre norme pubbliche e [avevano] quindi carattere pubblico» (v. punto 137 della decisione impugnata).

82 Tenuto conto di quanto precede, al punto 144 della decisione impugnata, la Commissione ha ritenuto che vi fossero, nella fattispecie, sufficienti indizi per dimostrare che le misure controverse erano imputabili allo Stato ed erano finanziate mediante risorse pubbliche. In particolare, per quanto riguarda l'imputabilità delle misure controverse allo Stato, al punto 145 della decisione impugnata, essa ha precisato che, anche nell'ipotesi in cui, considerati singolarmente, alcuni aspetti da essa adottati non fossero di per sé sufficienti per concludere che le misure controverse erano imputabili allo Stato, la serie di indizi da essa valutati dimostrava, nel complesso, l'imputabilità allo Stato degli interventi del FITD.

Sull'imputabilità allo Stato italiano delle misure controverse

83 In primo luogo, al fine di valutare l'imputabilità di una misura allo Stato, occorre esaminare se le autorità pubbliche siano state coinvolte nell'adozione di tale misura (v. sentenza del 13 settembre 2017, ENEA, C-329/15, EU:C:2017:671, punto 21 e giurisprudenza ivi citata).

84 A tal riguardo, in una situazione concernente l'imputabilità allo Stato di una misura di aiuto adottata da un'impresa pubblica, si è giudicato che essa poteva essere dedotta da un insieme d'indizi risultanti dalle circostanze della fattispecie e dal contesto nel quale tale misura era stata adottata, tra cui il fatto che l'organismo in questione non poteva adottare la decisione contestata senza tener conto delle esigenze dei pubblici poteri o che, oltre a elementi di natura organica che legavano le imprese pubbliche allo Stato, esse, grazie alla cui intermediazione gli aiuti erano stati concessi, dovevano tener conto delle direttive impartite da un comitato interministeriale per la programmazione economica (v., in tal senso, sentenza del 16 maggio 2002, Stardust, C-482/99, EU:C:2002:294, punto 55 e giurisprudenza ivi citata).

85 Secondo tale medesima giurisprudenza, altri indizi possono, eventualmente, essere rilevanti per giungere ad affermare l'imputabilità allo Stato di un provvedimento di aiuto adottato da un'impresa pubblica, quali l'integrazione di tale impresa nelle strutture dell'amministrazione pubblica, la natura delle sue attività e l'esercizio di queste sul mercato in normali condizioni di concorrenza con gli operatori privati, lo status giuridico dell'impresa, ossia il fatto che questa sia soggetta al diritto pubblico ovvero al diritto comune delle società, l'intensità della tutela esercitata dalle autorità pubbliche sulla gestione dell'impresa, ovvero qualsiasi altro indizio che indichi, nel caso concreto, un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di una mancanza di coinvolgimento nell'adozione di un provvedimento, tenuto conto anche dell'ampiezza di tale provvedimento, del suo contenuto ovvero delle condizioni che esso comporta (v., in tal senso, sentenze del 16 maggio 2002, Stardust, C-482/99,

EU:C:2002:294, punto 56, e del 23 novembre 2017, SACE e Sace BT/Commissione, C-472/15 P, non pubblicata, EU:C:2017:885, punto 36).

86 Inoltre, dato il rischio di sotto-inclusione (v. punti 64 e 65 supra), si è giudicato che il solo fatto che un'impresa pubblica sia stata costituita in forma di società di capitali di diritto comune non può essere considerato sufficiente, tenuto conto dell'autonomia che tale forma giuridica è suscettibile di conferire all'impresa in questione, per escludere che un provvedimento di aiuto adottato da una società di questo tipo sia imputabile allo Stato. Infatti, l'esistenza di una situazione di controllo e le reali possibilità di esercitare un'influenza dominante, che detta situazione comporta in pratica, non consentono di escludere automaticamente qualsiasi imputabilità allo Stato di un provvedimento adottato da una società di questo tipo e, come conseguenza, il rischio di un aggiramento delle norme in materia di aiuti di Stato, malgrado la rilevanza, in quanto tale, della forma giuridica dell'impresa pubblica quale indizio, insieme ad altri, che permetta di dimostrare, nel caso concreto, il coinvolgimento o meno dello Stato (v., in tal senso, sentenza del 16 maggio 2002, Stardust, C-482/99, EU:C:2002:294, punto 57).

87 Invece, per quanto riguarda l'imputabilità di un provvedimento di aiuto adottato da un ente privato, se è vero che la forma giuridica di un siffatto ente non consente di per sé di escludere che una tale misura sia imputabile allo Stato, resta il fatto che spetta alla Commissione dimostrare, in modo giuridicamente adeguato, il coinvolgimento dello Stato nella concessione di detta misura, tenendo conto delle specificità della situazione di tale ente privato (v. punti da 67 a 69 supra).

88 Orbene, a differenza di un'impresa pubblica, ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 2006/111/CE della Commissione, del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese (GU 2006, L 318, pag. 17), il quale prevede che la nozione di impresa pubblica comprende «ogni impresa nei

confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina», un ente privato dispone di un'autonomia di principio sul piano decisionale. Inoltre, tale autonomia è necessariamente maggiore nei confronti dello Stato che se quest'ultimo fosse il suo principale o il suo unico azionista, di modo che gli elementi dedotti dalla Commissione, eventualmente sotto forma d'indizi, per quanto riguarda l'esistenza di un controllo o di un'influenza dominante sulle operazioni di un siffatto ente privato possono ancor meno fondare presunzioni e devono apparire ancor più sufficientemente probanti (v., in tal senso, sentenza del 25 giugno 2015, SACE e Sace BT/Commissione, T-305/13, EU:T:2015:435, punti 40 e 41; v., altresì, punti 68 e 69 supra).

89 Pertanto, a differenza di una situazione in cui una misura adottata da un'impresa pubblica è imputata allo Stato, nel caso di una misura adottata da un ente privato la Commissione non può limitarsi a dimostrare, tenuto conto delle circostanze del caso di specie, che la mancanza d'influenza e di controllo effettivo delle autorità pubbliche su tale ente privato sia improbabile (v., in tal senso, sentenza del 25 giugno 2015, SACE e Sace BT/Commissione, T-305/13, EU:C:2015:435, punto 48).

90 Nella fattispecie, tenuto conto del fatto che la misura di cui trattasi è stata fornita da un ente privato, la Commissione era tanto più tenuta a esporre e suffragare gli elementi che le consentivano di affermare che sussistevano indizi sufficienti che consentivano di dimostrare che detta misura era stata adottata sotto l'influenza o il controllo effettivo delle autorità pubbliche (v. punto 69 supra) e che, di conseguenza, tale misura era, in realtà, imputabile allo Stato (v., in tal senso, sentenza del 25 giugno 2015, SACE e Sace BT/Commissione, T-305/13, EU:C:2015:435, punto 48).

91 In generale, così come per il criterio relativo all'esistenza di risorse pubbliche, il fattore determinante per valutare il criterio relativo all'imputabilità della misura di cui

trattasi allo Stato è il grado di intervento delle autorità pubbliche nella definizione delle misure di cui trattasi e delle loro modalità di finanziamento (v., in tal senso, sentenza del 27 settembre 2012, Francia/Commissione, T-139/09, EU:C:2012:496, punto 63). Infatti, solo un grado sufficientemente elevato di intervento consente di concludere nel senso dell'imputabilità delle misure di cui trattasi allo Stato italiano. Correttamente, dunque, al punto 112 della decisione impugnata, la Commissione si è basata su tale fattore per definire la portata della sua analisi per quanto riguarda la dimostrazione dell'origine statale di dette misure.

92 A tal riguardo, per quanto attiene all'imputabilità allo Stato di tali misure, i ricorrenti, sostenuti dalla Banca d'Italia, affermano, innanzitutto, che l'intervento a favore di Tercas è stato deciso dagli organi direttivi del FITD con il consenso unanime di tutti i rappresentanti dei suoi membri, dietro mera richiesta del commissario straordinario. Nessuna autorità pubblica avrebbe potuto obbligare il FITD a effettuare l'intervento se esso non fosse stato ritenuto conforme all'interesse dei membri del consorzio. Inoltre, il commissario straordinario avrebbe agito in qualità di gestore e di rappresentante legale di BPB, limitandosi a inviare al FITD una mera richiesta d'intervento che non vincolava il consorzio. I delegati della Banca d'Italia avrebbero partecipato alle riunioni del FITD in qualità di osservatori, senza diritto di voto, neppure consultivo. Inoltre, i contatti preliminari con la Banca d'Italia e l'invito non vincolante di quest'ultima rivolto al FITD a raggiungere un'intesa equilibrata con BPB sarebbero espressione di un dialogo naturale tra gli interessati. Infine, l'autorizzazione dell'intervento del FITD da parte della Banca d'Italia s'inserirebbe nel contesto dei suoi compiti di vigilanza e supervisione al fine di garantire la sana e prudente gestione delle banche, ad essa affidati dalla legge. Tale autorizzazione sarebbe intervenuta 38 giorni dopo la decisione del FITD sull'intervento e il FITD sarebbe stato libero di non effettuare l'intervento.

93 La Commissione sostiene di aver identificato una pluralità di indizi che, presi congiuntamente, consentono di dimostrare l'imputabilità delle misure controverse allo Stato. In primo luogo, sebbene il FITD sia un consorzio privato, esso perseguirebbe in sostanza un obiettivo pubblico, ossia la tutela dei risparmiatori, obiettivo su cui vigila la Banca d'Italia. In secondo luogo, il commissario straordinario sarebbe un funzionario pubblico, nominato dalla Banca d'Italia e sottoposto al suo controllo. In terzo luogo, la partecipazione di un funzionario della Banca d'Italia alle riunioni del consiglio e del comitato di gestione, in qualità di osservatore, consentirebbe alla Banca d'Italia di rendere noto, in una prima fase, tutte le proprie riserve sull'intervento previsto. La presenza, anche solo in veste di osservatore, di un delegato della Banca d'Italia consentirebbe a quest'ultima di esercitare il suo controllo sulle azioni del FITD. In quarto luogo, la Commissione sottolinea che tutti gli interventi che il FITD intende attuare, dal rimborso dei risparmiatori agli altri interventi, richiedono l'autorizzazione preventiva della Banca d'Italia.

– *Sulla portata del mandato pubblico affidato al FITD*

94 I ricorrenti affermano, in sostanza, che il FITD non ha un mandato pubblico per effettuare interventi a favore di banche in difficoltà poiché, dato che l'articolo 96-bis del Testo unico bancario prevede solo la possibilità di altri interventi, senza ulteriori precisazioni, il FITD sarebbe autonomo per quanto riguarda gli interventi diversi dal rimborso dei depositi. Per quanto attiene a questi ultimi, il legislatore italiano avrebbe quindi lasciato ai sistemi di garanzia dei depositi, quali il FITD, il compito di definire in modo completamente autonomo lo scopo, la portata e le modalità concrete di tali interventi. Pertanto, gli interventi di cui all'articolo 29 dello statuto del FITD risponderebbero principalmente a interessi privati delle banche consorziate. Inoltre, la decisione di prevedere nello statuto del FITD la possibilità di attuare interventi diversi dal rimborso dei depositi sarebbe stata adottata dalle banche consorziate, senza che

una norma o un atto amministrativo le obbligassero in tal senso. Il fatto che la Banca d'Italia approvi lo statuto del FITD non influenzerebbe i suoi processi decisionali, poiché la Banca d'Italia dovrebbe limitarsi a constatare che le disposizioni statutarie riguardanti i compiti di natura pubblica attribuiti al FITD rispettino la finalità di legge di tutela dei depositanti.

95 La Commissione replica che, benché sia un consorzio di diritto privato, dotato di organi propri e formalmente indipendenti, il FITD sarebbe legalmente incaricato di svolgere una funzione di interesse pubblico, vale a dire la tutela dei risparmiatori, che si traduce in varie forme di intervento. Tale conclusione sarebbe peraltro confermata dal fatto che il FITD dichiara sul suo sito Internet che la sua finalità istituzionale consiste nel fornire una garanzia ai depositanti delle banche consorziate e che tale funzione può assumere varie forme. Inoltre, secondo la Commissione, la protezione del risparmio in Italia è un obiettivo di natura pubblica avente valore costituzionale. Il fatto che la Banca d'Italia, autorizzando tutti gli interventi decisi dal FITD, agisca, conformemente all'articolo 96-ter del Testo unico bancario, «avendo riguardo alla tutela dei risparmiatori e alla stabilità del sistema bancario» confermerebbe che tutti gli interventi del FITD tendono a tutelare i risparmiatori, che il FITD agisce in esecuzione di un mandato pubblico e che è sottoposto all'intervento pubblico esercitato dalla Banca d'Italia.

96 In primo luogo, al pari dei ricorrenti, occorre constatare che gli interventi di sostegno del FITD mirano principalmente a perseguire gli interessi privati delle banche che sono membri del FITD.

97 Pertanto, per i membri del FITD, gli interventi di sostegno mirano innanzitutto a evitare le conseguenze economiche più onerose di un rimborso dei depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa. Infatti, dal tenore letterale dell'articolo 29, comma 1, dello statuto del FITD risulta che gli interventi di sostegno sono subordinati a due

condizioni cumulative. Da un lato, devono esistere prospettive di risanamento della banca in difficoltà che beneficia dell'intervento, per evitare che il FITD sia chiamato nuovamente ad intervenire in futuro, mediante un nuovo intervento di sostegno oppure in forza dell'obbligo legale di rimborsare i depositi. D'altro canto, gli interventi di sostegno devono costituire un onere finanziario meno oneroso per le banche consorziate del FITD rispetto all'attuazione dell'obbligo legale di rimborso dei depositi. Imponendo tale ultima condizione, occorre constatare che lo statuto del FITD privilegia gli interessi privati delle banche consorziate del FITD rispetto ad ogni altra considerazione legata alla tutela del risparmio. Infatti, lo statuto del FITD osta a qualsiasi intervento di sostegno che comporti un eccessivo onere finanziario per i membri del FITD, anche nel caso in cui un siffatto intervento di sostegno consentisse una migliore tutela del risparmio tutelando altresì i depositi al di là del tetto massimo legale di EUR 100 000 in caso di liquidazione coatta amministrativa.

98 Per i membri del FITD, gli interventi di sostegno mirano altresì a evitare le conseguenze negative nei loro confronti e per l'intero settore bancario, soprattutto in termini di reputazione e di rischio di panico tra i depositanti, che comporterebbe la liquidazione coatta amministrativa di una banca in difficoltà. Orbene, il fatto che un settore istituisca un sistema privato di mutua assistenza non costituisce di per sé un indizio del coinvolgimento dello Stato. Infatti, nel caso di specie, come riconosce la Commissione al punto 122 della decisione impugnata, le banche consorziate del FITD hanno un interesse reciproco al potenziamento della sicurezza dei depositi e alla tutela della reputazione del sistema bancario. Nella fattispecie, è altresì giocoforza constatare che la creazione di un fondo di garanzia dei depositi e la possibilità di effettuare interventi di sostegno risultavano in origine da un'iniziativa prettamente privata delle banche consorziate del FITD, in un momento in cui la legislazione non obbligava le banche ad aderire a un qualsivoglia sistema di garanzia dei depositi (v. punto 5 supra).

99 È vero che gli interessi privati delle banche consorziate possono coincidere con l'interesse pubblico. Tuttavia, dalla giurisprudenza emerge che il fatto che, in certi casi, gli obiettivi di interesse generale concordino con l'interesse degli enti privati – quali un consorzio di diritto privato, come nella fattispecie – non fornisce, di per sé solo, alcuna indicazione circa l'eventuale coinvolgimento o assenza di coinvolgimento dei poteri pubblici, in un modo oppure in un altro, nell'adozione della misura di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza del 23 novembre 2017, SACE e Sace BT/Commissione, C-472/15 P, non pubblicata, EU:C:2017:885, punto 26).

100 In secondo luogo, a differenza di quanto sostiene la Commissione, occorre constatare che gli interventi di sostegno non attuano un qualche mandato pubblico conferito dalla normativa italiana.

101 Da un lato, dall'articolo 96-bis, comma 1, del Testo unico bancario, il quale dispone che «[i] sistemi di garanzia effettuano i rimborsi nei casi di liquidazione coatta amministrativa delle banche autorizzate in Italia», si evince che il mandato pubblico conferito al FITD dalla legge italiana consiste unicamente nel rimborsare i depositanti, in quanto sistema di garanzia, quando una banca membro di tale consorzio è oggetto di una liquidazione coatta amministrativa. Il mandato pubblico conferito dalla normativa italiana ai sistemi di garanzia dei depositi è peraltro non solo limitato al rimborso dei depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa, ma anche soggetto a un tetto massimo, dato che l'articolo 96-bis, comma 5, del Testo unico bancario stabilisce che «il limite di rimborso per ciascun depositante è pari a 100 000 euro». Al di fuori di tale ambito, il FITD non agisce quindi in esecuzione di una finalità pubblica imposta dalla normativa italiana (v. punto 97 supra).

102 Dall'altro lato, si deve osservare che la normativa italiana non obbliga affatto il FITD, né nessun altro sistema di garanzia dei depositi, a prevedere la possibilità di effettuare interventi di sostegno. Essa non disciplina neppure le modalità di siffatti

interventi. La disposizione giuridica invocata dalla Commissione non obbliga il FITD, in assenza di una liquidazione coatta amministrativa di uno dei suoi membri, ad intervenire in virtù di un mandato pubblico di tutela dei depositanti. Infatti, al di fuori del rimborso dei depositi tale disposizione non prevede alcuna forma d'intervento obbligatorio.

103 Se è certamente vero che l'articolo 96-bis, comma 1, del Testo unico bancario stabilisce che «[i] sistemi di garanzia possono prevedere ulteriori casi e forme di intervento», emerge espressamente da tale disposizione che si tratta di una mera possibilità lasciata alla libera valutazione dei sistemi di garanzia dei depositi. La normativa italiana non impone a tali sistemi di prevedere situazioni e forme d'intervento diversi dall'obbligo legale di rimborso dei depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa. Inoltre, nel caso in cui un sistema italiano di garanzia dei depositi preveda la possibilità di siffatti interventi, il legislatore italiano gli consente di definirne lo scopo e le modalità.

104 Nella fattispecie, la possibilità per il FITD di effettuare interventi di sostegno non risulta quindi da un qualche obbligo legale, ma solamente da una decisione autonoma delle banche consorziate di introdurre una siffatta possibilità nello statuto del FITD. Sono inoltre le banche consorziate ad aver definito in modo autonomo le condizioni alle quali siffatti interventi di sostegno potevano intervenire. L'articolo 29 dello statuto del FITD prevede così che il FITD «può disporre interventi di sostegno della consorziata in amministrazione straordinaria quando sussistano prospettive di risanamento e ove sia prevedibile un minor onere rispetto a quello riveniente dall'intervento in caso di liquidazione».

105 Orbene, in assenza di un obbligo legale di prevedere siffatti interventi, il fatto che, ai sensi dell'articolo 96-ter, primo comma, lettera a), del Testo unico bancario, lo statuto del FITD sia approvato dalla Banca d'Italia non costituisce un elemento idoneo a mettere in discussione l'autonomia decisionale del FITD per quanto riguarda gli interventi di

sostegno. Ciò vale a maggior ragione in quanto, conformemente alle disposizioni del Testo unico bancario, la Banca d'Italia approva gli statuti di tutti gli istituti bancari italiani nell'ambito dei suoi compiti di vigilanza prudenziale.

106 Da quanto precede risulta che, contrariamente a quanto afferma la Commissione al punto 121 della decisione impugnata, gli interventi di sostegno, come quello di cui trattasi nella fattispecie, hanno una finalità diversa da quella dei rimborsi dei depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa e non costituiscono l'esecuzione di un mandato pubblico.

– *Sull'autonomia del FITD al momento dell'adozione dell'intervento*

107 In primo luogo, i ricorrenti sostengono che l'intervento del FITD a favore di Tercas è stato deciso in modo autonomo. Tale decisione sarebbe stata adottata volontariamente dagli organi direttivi del FITD e avrebbe raccolto il consenso unanime di tutti i rappresentanti delle banche consorziate. Nessuna autorità pubblica avrebbe dato istruzioni o direttive vincolanti e nessuna autorità pubblica avrebbe potuto obbligare il FITD a realizzare l'intervento se i suoi organi non lo avessero ritenuto in linea con l'interesse dei membri.

108 In secondo luogo, conformemente all'articolo 72, comma 1, del Testo unico bancario, il commissario straordinario eserciterebbe «le funzioni e i poteri di amministrazione della banca» e subentrerebbe quindi nei poteri di natura privatistica degli organi amministrativi disciolti. Nella fattispecie, nella sua veste di gestore e rappresentante legale di Tercas, una banca all'epoca sottoposta ad amministrazione straordinaria, il commissario straordinario si sarebbe limitato a inviare al FITD una mera richiesta di intervento, che non lo vincolava in alcun modo. Inoltre, i ricorrenti osservano che il commissario straordinario non è tenuto ad acquisire il consenso o il parere della Banca d'Italia per presentare una richiesta di intervento di sostegno al FITD.

109 In terzo luogo, il delegato della Banca d'Italia avrebbe partecipato alle riunioni del

consiglio e del comitato di gestione del FITD in qualità di mero osservatore, quindi con un ruolo passivo e senza poter esprimere alcun voto, neppure consultivo.

110 In quarto luogo, i «contatti» con la Banca d'Italia e l'«invito» di quest'ultima a raggiungere un'«intesa equilibrata con l'acquirente BPB per la copertura del deficit patrimoniale» sarebbero l'espressione di un dialogo naturale e fisiologico con le competenti autorità di vigilanza, in una situazione complessa quale la gestione della crisi di un ente creditizio. Inoltre, l'«invito» della Banca d'Italia esprimerebbe un mero auspicio di contenuto generico («ricercare un'intesa equilibrata») e in quanto tale sarebbe totalmente condivisibile, in quanto avrebbe rimesso alle parti ogni valutazione circa l'eventuale intesa. Comunque, un «invito» non poteva avere alcun valore vincolante per il FITD.

111 In quinto luogo, al pari di tutte le autorizzazioni della Banca d'Italia, l'autorizzazione relativa agli interventi di sostegno prevista dall'articolo 96-ter, primo comma, lettera d), del Testo unico bancario rientrerebbe nell'ambito della missione di vigilanza e supervisione affidata alla Banca d'Italia preordinata alla sana e prudente gestione delle banche, senza compromettere le scelte effettuate in modo autonomo dagli organismi su cui la Banca d'Italia esercita la propria vigilanza. Una siffatta autorizzazione interverrebbe altresì a valle di una decisione già adottata in autonomia dagli organi del FITD, vale a dire, nella fattispecie, 38 giorni dopo la decisione d'intervento. In ogni caso, anche dopo essere stata concessa, l'autorizzazione della Banca d'Italia non avrebbe potuto avere alcun valore vincolante per il FITD, che restava libero di non procedere all'intervento.

112 La Commissione replica che la Banca d'Italia esercita un controllo effettivo, permanente ed ex ante sulle attività del FITD attraverso l'approvazione dello statuto, la partecipazione di un suo rappresentante alle riunioni del consiglio e del comitato di gestione del FITD e attraverso l'approvazione preventiva di ciascun intervento che il

FITD intenda attuare. La Banca d'Italia avrebbe altresì nominato il commissario straordinario, un funzionario pubblico soggetto alla sua vigilanza, che ha assicurato la gestione di Tercas e che dispone di ampi poteri.

113 A tal riguardo, occorre innanzitutto rilevare che il FITD è un consorzio di diritto privato che agisce, ai sensi dell'articolo 4, comma 2, del suo statuto, «per conto e nell'interesse delle consorziate». Inoltre, i suoi organi direttivi, ossia il comitato di gestione e il consiglio, sono eletti dall'assemblea generale del FITD e sono, come l'assemblea generale, composti esclusivamente da rappresentanti delle banche consorziate. È pertanto giocoforza constatare che non sussiste nessun elemento di natura organica che leghi il FITD alle autorità pubbliche italiane.

114 È in tale contesto che occorre esaminare gli elementi presi in considerazione dalla Commissione nella decisione impugnata per ritenere che le autorità pubbliche italiane avessero tuttavia l'autorità e i mezzi per influenzare tutte le fasi di attuazione di un intervento di sostegno, e che esse abbiano esercitato tali poteri per quanto riguarda l'adozione delle misure controverse. In particolare, occorre verificare se gli indizi su cui si basa la Commissione dimostrino, in modo giuridicamente sufficiente, che l'intervento del FITD a favore di Tercas possa essere imputato allo Stato italiano alla luce della giurisprudenza e dei principi rammentati ai precedenti punti da 63 a 69 e da 83 a 91.

115 In primo luogo, per quanto attiene all'autorizzazione, da parte della Banca d'Italia, dell'intervento del FITD a favore di Tercas, occorre constatare che essa non costituisce un indizio che consenta d'imputare la misura di cui trattasi allo Stato.

116 Innanzitutto, dalla normativa italiana emerge che l'autorizzazione da parte della Banca d'Italia degli interventi di sostegno avviene solo al termine di un controllo di conformità della misura con il quadro normativo, effettuato nell'ambito della missione prudenziale di quest'ultima. A tal riguardo, l'articolo 96-ter, comma 1, lettera d), del Testo unico bancario stabilisce che la Banca d'Italia, «avendo riguardo alla tutela dei

risparmiatori e alla stabilità del sistema bancario (...) autorizza gli interventi dei sistemi di garanzia». Tale disposizione deve essere interpretata alla luce delle funzioni di vigilanza prudenziale conferite alla Banca d'Italia dalla normativa italiana, che essa esercita «avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia» (articolo 5, comma 1, del Testo unico bancario). Infatti, oltre agli interventi dei sistemi di garanzia, la normativa italiana assoggetta un determinato numero di decisioni importanti delle banche, quali le acquisizioni, e altri attori del settore finanziario all'autorizzazione della Banca d'Italia (v., in particolare, articolo 19 del Testo unico bancario). Orbene, assoggettando gli interventi dei sistemi di garanzia e altre decisioni adottate dagli attori privati del settore finanziario a un'autorizzazione della Banca d'Italia, la normativa italiana non mira in alcun modo a sostituire la valutazione della Banca d'Italia a quella degli attori interessati quanto all'opportunità di adottare le decisioni in questione o alla definizione delle loro modalità. Al contrario, occorre constatare che la Banca d'Italia esercita solo un controllo di conformità della misura con il quadro normativo, a fini di vigilanza prudenziale.

117 Occorre poi constatare che la Banca d'Italia non può in alcun modo obbligare il FITD a intervenire a sostegno di una banca in difficoltà.

... *Omissis*

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Terza Sezione ampliata),

dichiara e statuisce:

- 1) La decisione (UE) 2016/1208 della Commissione, del 23 dicembre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Banca Tercas, è annullata.
- 2) La Commissione europea è condannata alle spese.

IL TRIBUNALE UE BOCCIA LA COMMISSIONE EUROPEA

SUL CASO TERCAS *

*(The General Court of the European Union
rejects the European Commission in the Tercas case)*

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. Le (condivisibili) argomentazioni del Tribunale UE in commento... – 3. (*Segue*)... e i discutibili orientamenti della Commissione europea in materia di aiuto di Stato. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Il provvedimento in commento offre significativi spunti di riflessione in ordine all'utilizzo delle risorse finanziarie del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi per finalità *ulteriori* rispetto a quelle proprie di salvaguardia degli interessi dei depositanti assicurando loro il rimborso entro determinate e circoscritte soglie. Ci si riferisce, in particolare, all'eventualità che tali somme vengano impiegate allo scopo di impedire il dissesto di istituti bancari che versino in condizione critiche.

Viene, sul punto, in rilievo, il delicato compito che la Commissione europea svolge nel verificare se l'utilizzo di tali risorse sia in contrasto con la disciplina in materia di aiuti di Stato e, nello specifico, con il disposto di cui all'art. 107 TFUE, nonché con i criteri interpretativi contenuti nella nota Comunicazione del 2013 (2013/C 216/01). In base a quest'ultima, tali apporti costituiscono aiuto di Stato solo in quanto il FITD sia sottoposto a controllo pubblico e nell'eventualità in cui la decisione relativa alla destinazione delle relative risorse sia imputabile allo Stato (pt. 63 della sopracitata Comunicazione).

Occorre tener presente che la Commissione europea subordina, come è noto, la concessione di contributi pubblici ad un ente bancario alla necessaria *condivisio-*

*Contributo approvato dai revisori.

ne, da parte di talune categorie di creditori, *degli oneri* necessari per far fronte alla situazione di crisi dell'istituto creditizio. Sicché, le perdite verranno, in primo luogo, assorbite dal capitale e, successivamente, poste a carico dei detentori di capitale ibrido e di debito subordinato (cd. *burden sharing*)¹. Va osservato che il *considerando* n. 16 della direttiva 2014/49/UE (recepita in Italia con il D.lgs. n. 30 del 2016) chiarisce come l'impiego dei fondi del Sistema di Garanzia dei Depositi al fine di impedire il dissesto di un ente creditizio, debba avvenire nel rispetto della normativa in materia di aiuti di Stato, ferma restando l'esigenza di evitare i costi di un rimborso dei depositanti e gli eventuali ulteriori effetti negativi che tale evento potrebbe produrre sul piano sistemico.

Tali principi sono stati fatti valere, come è noto, nella risoluzione del caso della Banca Tercas (Cassa di Risparmio della Provincia di Teramo s.p.a.); in tale circostanza la Commissione ha evidenziato come le competenti Autorità italiane non avessero presentato alcun piano di ristrutturazione, né assolto agli impegni in materia di condivisione degli oneri, né attivato adeguate procedure per evitare distorsioni della concorrenza². Con la decisione del 23 dicembre 2015³ la Commissione, pertanto, ha ritenuto che l'intervento del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi avesse conferito a Banca Tercas un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti e, pertanto, dovesse essere considerato un aiuto di Stato. Più in generale, è stato osservato che lo Stato italiano detiene il controllo del FITD e che la decisione di utilizzare il medesimo, quale misura di sostegno all'istituto di credito in difficoltà, sia ad esso imputabile. A conforto di tali conclusioni, la Commissione ha precisato, in estrema sintesi, che l'adesione

¹In argomento cfr., per tutti, CAPRIGLIONE, *Nuova finanza e sistema italiano*, Milano, 2016, p. 86 ss.; M. SEPE, *Supervisione bancaria e risoluzione delle crisi: separatezza e contiguità*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 3, 2018, p.326 ss.

²In particolare, la Commissione, esaminate le informazioni fornite dalle autorità italiane in merito alle misure di aiuto di Stato di cui all'oggetto, avviò il procedimento ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea in data 27 febbraio 2015.

³La cui scheda informativa è consultabile sul sito <http://ec.europa.eu/>

al FITD sia, per espressa previsione legislativa, obbligatoria; a ciò si aggiunga che esso opera attraverso un mandato pubblico (essendo controllato dallo Stato attraverso la sua struttura di *governance*)⁴.

Già in altra sede, in passato, tale orientamento della Commissione UE veniva da noi criticato in quanto, non solo, esso appariva poco condivisibile in base alla natura giuridica del FITD italiano, ma risultava essere in evidente contrasto con quanto la medesima Istituzione, in epoca meno recente, aveva sostenuto in situazioni analoghe⁵. Ci si riferiva, in particolare, alle vicende che hanno riguardato Sicilcassa⁶. Si è in presenza, infatti, di difformità di orientamenti che non appaiono giustificati da ontologiche differenze strutturali nel frattempo intervenute con riguardo alla natura e alla configurazione del FITD⁷; sul punto appare decisivo quanto evidenziato da autorevole dottrina che, commentando il dato normativo (art. 96 TUB), ha escluso i sistemi di garanzia tra i <<soggetti investiti dell'esercizio di una pubblica funzione o di un pubblico servizio>>, sottolineandone la totale estraneità dall'apparato pubblico⁸.

⁴Cfr., altresì, la Decisione della Commissione, 2015/C 136/04, del 27 febbraio 2015, consultabile sul sito <http://eur-lex.europa.eu/>. Al riguardo, cfr. peraltro quanto osservato da PELLEGRINI in un'intervista riportata sul sito <http://www.adnkronos.com/> del 15 dicembre 2015, la quale si chiedeva il motivo per il quale, nel caso del noto salvataggio delle quattro banche non fosse stato <<seguito lo stesso iter procedimentale praticato solo qualche mese (... prima ...) per il caso Tercas, rifiutando - in sede europea - l'interpretazione che la Commissione dava alla nozione di aiuti di Stato all'intervento del Fondo interbancario di garanzia>>.

⁵Cfr., sul punto, ROSSANO D., *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Milano, 2017, p. 47 s.. Da ultimo, cfr. MASERA, *Le banche di prossimità: problemi e prospettive al di qua e al di là dell'Atlantico*, in *Riv. trim. dir. econ.*, supplemento al n. 3 del 2018, p. 48 che reputa la decisione, sotto il profilo dell'economista, un grave sbaglio.

⁶Cfr., la Decisione della Commissione, 2000/600/Ce, del 10 novembre 1999 consultabile sul sito <http://eur-lex.europa.eu/>.

⁷Non a caso sul sito del Ministero dell'Economia e delle Finanze, dal 23 dicembre 2015 è consultabile un documento nel quale è evidenziata la difformità di posizione della Commissione tra lei due vicende, nonostante, <<rispetto agli interventi dei fondi di garanzia dei depositi, le norme vigenti all'epoca, i principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia e la situazione di fatto>> fossero comparabili a quelli odierni.

⁸Cfr. CAPRIGLIONE - CERCONI, *Commento all'art. 96*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia Bancaria e Creditizia*, diretto da CAPRIGLIONE, Tomo II, 2012, p. 1209 ss. (spec. p.

Venendo ai fatti sottoposti al vaglio del Tribunale UE, va evidenziato che il commissario straordinario della Banca Tercas, sottoposta a procedura di amministrazione straordinaria, aveva avviato, nell'ottobre 2013, trattative con la Banca Popolare di Bari affinché quest'ultima sottoscrivesse un aumento di capitale sociale del menzionato istituto creditizio. Tale operazione era, tra l'altro, subordinata all'eventualità che il FITD coprisse interamente il *deficit* patrimoniale dell'istituto bancario in questione; condizione che in seguito si sarebbe verificata previa autorizzazione da parte dell'Autorità di vigilanza rilasciata in data 7 luglio 2014.

Pertanto, il commissario straordinario convocò un'assemblea generale della Banca Tercas affinché gli azionisti deliberassero sulla copertura delle perdite esistenti e in merito ad un aumento del capitale sociale da offrire in sottoscrizione alla Banca Popolare di Bari. Da qui la successiva revoca dell'amministrazione straordinaria, la nomina di nuovi organi di gestione, nonché la sottoscrizione, nel marzo 2015, di un ulteriore aumento del capitale da parte della Popolare di Bari, funzionale a fare fronte a perdite sopravvenute, a coprire i costi di ristrutturazione e a migliorare i coefficienti di capitale della Banca Tercas.

Tuttavia, già dal 2014, la Commissione europea aveva richiesto alle Autorità italiane competenti informazioni circa l'intervento del FITD a favore del menzionato ente bancario beneficiario, sulla base delle quali la citata Istituzione europea aveva avviato il procedimento di cui all'articolo 108, paragrafo 2, TFUE. Ne è conseguita, la decisione del 23 dicembre 2015 con la quale, come si è detto, la Commissione evidenziò come gli apporti forniti dal FITD (e autorizzati dalla Banca d'Italia) costituissero aiuti di Stato incompatibili con la normativa europea, disponendone pertanto la restituzione.

1226). Gli Autori, infatti, considerano <<marcata la differenza dei sistemi di garanzia rispetto all'intervento pubblico, in passato regolato dal d. m. 27 settembre 1974>>.

2. Preliminarmente, occorre precisare che gli aiuti di Stato, rilevanti ai sensi dell'art. 107 TFUE, presuppongono la provenienza pubblica delle risorse finanziarie fornite all'ente bancario o, comunque, un'ingerenza delle Autorità statali nella sfera privata tale da produrre un vantaggio selettivo al beneficiario e da falsare (o minacciare di falsare) la concorrenza⁹.

Va da sé che la presenza di tali condizioni deve essere accuratamente apprezzata, sul piano delle concretezze, dai soggetti competenti soprattutto quando il contributo economico è concesso da un ente privato. In tale circostanza, infatti, come emerge dalla sentenza in commento, la Commissione europea non può presumere <<che lo Stato sia in grado di controllare tale impresa e di esercitare un'influenza dominante sulle sue operazioni, a motivo del vincolo di capitale e delle prerogative ad esso correlate>>; eventualità quest'ultima che si realizzerebbe, di contro, qualora le elargizioni provenissero da un'azienda pubblica (pt. 69 della sentenza in commento). Ad avviso del Tribunale spetta, dunque, alla menzionata Istituzione europea di provare <<in modo giuridicamente adeguato, un sufficiente grado di coinvolgimento dello Stato nella concessione della misura in oggetto, dimostrando non solo che lo Stato ha la possibilità di esercitare un'influenza dominante sull'ente erogatore ma, altresì, che esso era in grado di esercitare tale controllo nel caso concreto>> (pt. 69 della sentenza in commento). Pertanto, la Commissione europea è tenuta ad accertare la provenienza delle risorse fornite all'ente bancario beneficiario, nonché il grado di influenza esercitata dallo Stato sull'ente privato finanziatore nelle diverse fasi decisionali preliminari all'adozione dell'intervento di sostegno economico.

⁹Cfr., tra le altre, Corte di giustizia, 21 dicembre 2016, C-20/15 P e C-21/15 P, *Commissione/World Duty Free Group e a.*, ECLI: EU:C:2016:981, punto 53; 18 maggio 2017, C-150/16, *Fondul Proprietatea*, ECLI:EU:C:2017:388, punto 13; v. anche Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in GUUE.

Ciò posto, il Tribunale UE esclude, contrariamente a quanto invece era stato sostenuto dalla più volte menzionata Istituzione europea, che il FITD italiano operi in virtù di un mandato pubblico. Occorre evidenziare, sul punto, che, come risulta dal suo Statuto, le risorse finanziarie necessarie per il perseguimento delle finalità del Fondo sono fornite dalle consorziate partecipanti le quali detengono il potere di stabilire le opportune modalità di utilizzo delle stesse avendo riguardo, in primo luogo, ai propri interessi.

In particolare, il Fondo Interbancario mantiene piena libertà in relazione all'identificazione di <<forme di intervento>>¹⁰ *ulteriori* rispetto a quelle istituzionalmente proprie. Sul punto, è appena il caso di precisare che il novellato art. 96-*bis* TUB, a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 30 del 2016, di recepimento della direttiva DGS (2014/49/UE), riconosce alle consorziate ampia autonomia decisionale, mediante espressa previsione nello Statuto del FITD, nella scelta di opportune misure *preventive* e *alternative*¹¹ al rimborso dei depositi.

Al fine, inoltre, di escludere che l'utilizzo delle risorse del FITD per le finalità in parola venga considerato un aiuto di Stato, le Autorità pubbliche, come si è detto, non devono esercitare alcuna forma di condizionamento sugli enti beneficiari. Nel caso di specie, la Commissione europea aveva ravvisato tale possibile influenza nell'evenienza che la Banca d'Italia avesse autorizzato l'operazione prospettata dal Fondo. Rilevava, inoltre, la circostanza che i rappresentanti dell'Autorità di vigilanza fossero presenti nelle riunioni in cui veniva deliberato l'intervento di supporto finanziario in parola.

Di contro, il Tribunale UE, opportunamente, osserva che nessuna Autorità

¹⁰In questi termini, il previgente art. 96-*bis* TUB, comma 1°.

¹¹In argomento, cfr. CERCONE, *Commento all'art. 96-bis*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Milano, Tomo Secondo, Milano, 2018, p. 1368 ss.

pubblica avrebbe potuto obbligare il FITD ad adottare le misure così come delineate in precedenza; inoltre, i delegati della Banca d'Italia erano intervenuti in assemblea in qualità di osservatori, senza diritto di voto e privi, altresì, di poteri consultivi. Da ultimo, il provvedimento autorizzativo rilasciato dall'Autorità nazionale (nel contesto dei poteri di vigilanza che la legge le accorda per il conseguimento della finalità di assicurare la sana e prudente gestione delle banche) è atto di certazione volto ad accertare l'esistenza obiettiva dei presupposti fissati dalla regolazione¹². D'altronde, esso non obbliga il FITD ad eseguire l'intervento approvato; il Fondo, infatti, resta libero, ad esempio, di revocare le delibere adottate, anche in presenza di una specifica autorizzazione rilasciata dalla Banca d'Italia.

Alla luce di quanto si è detto, le decisioni del Fondo Interbancario in ordine alle operazioni di cui trattasi, non appaiono *condizionate* dall'Autorità di vigilanza che, nella fattispecie, ha effettuato un controllo di tipo formale. D'altronde, tale influenza non può rinvenirsi nella circostanza che il commissario dell'ente creditizio in amministrazione straordinaria sia stato nominato dalla Banca d'Italia; ciò in quanto quest'ultimo era certamente legittimato a richiedere l'intervento del FITD, ma in nessun modo avrebbe potuto esercitare un'ingerenza tale da incidere sull'autonomia decisionale degli organi del consorzio.

Di contro, è evidente che un limite alla libertà decisionale del Fondo potrà rinvenire dall'esigenza di evitare che le misure di cui trattasi comportino un onere finanziario meno oneroso rispetto all'attuazione dell'obbligo legale di rimborso dei depositi.

3. Si è in presenza di un provvedimento di significativa importanza in quanto

¹²In argomento, cfr., tra gli altri, GIANNINI, *Accertamento*, in *Enc. Dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 219 ss.; PUGLIESE, *Liberalizzazione dell'attività bancaria e controllo pubblico*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, 1988, p. 507 ss.

esso è in grado di incidere - come ha evidenziato, di recente, il Presidente del Consiglio di Vigilanza della BCE (Andrea Enria) - sul ruolo che, in futuro, potrà avere il FITD nella prevenzione degli stati di dissesto degli istituti creditizi¹³.

Del resto, la citata direttiva DGS è stata concepita proprio per il perseguimento di tale finalità. Essa, a ben considerare, ha introdotto una normativa specularmente vicina a quella in passato vigente in Italia atteso che, nel nostro Paese, il FITD raramente è stato impiegato per garantire il rimborso dei depositanti; laddove il suo intervento, nella gran parte dei casi, si è sostanziato nel supportare finanziariamente le banche in crisi¹⁴. In particolare, la predetta direttiva annovera l'utilizzo delle risorse dei sistemi di garanzia tra le << misure alternative volte a evitare il fallimento di un ente creditizio >> (art. 11, paragrafo 2°). Se ne può dedurre che a detta formula di garanzia è possibile far ricorso nella fase di *early intervention*¹⁵, essendo, quest'ultima, finalizzata a superare situazioni di difficoltà della banca non ancora considerate tali da giustificare l'avvio della procedura di risoluzione.

Ciò posto, l'orientamento della Commissione europea in materia di aiuti di Stato è in palese contrasto, a nostro avviso, con quanto disposto dall'art. 11 della direttiva sopracitata e dall'art. 32 della BRRD (direttiva 2014/59/UE). In particolare, ai sensi di quest'ultima, l'ente bancario, ad esclusione di talune eccezioni stabilite dalla normativa, deve considerarsi in dissesto (o a rischio di dissesto) nell'eventualità in

¹³Cfr. la nota preparata dal Parlamento Europeo in vista dell'audizione pubblica del Presidente del Consiglio di risoluzione unico (SRB), Elke König, *Public hearing with Elke König*, Chair of the Single Resolution Board ECON on 2 April 2019, consultabile sul sito www.europarl.europa.eu/.

¹⁴Sottolinea come la direttiva DGS abbia mutuato l'esperienza italiana, DE POLIS, *La tutela dei depositi bancari nel quadro dell'Unione Bancaria Europea*, in *Riv. bancaria*, www.rivistabancaria.it, 4-5, 2016.

Di recente, cfr. il lavoro riepilogativo di VIGNINI, *State Aid and Deposit Guarantee Schemes. The CJEU Decision on Tercas and the role of DGSs in banking crises*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, Banca d'Italia, *The role of the CJEU in shaping the Banking Union: notes on Tercas (T-98/16) and Fininvest (C-219/17)*, maggio 2019, p. 12.

¹⁵Al riguardo, cfr. BENTIVEGNA, *Fondi di garanzia dei depositi e crisi bancarie. Novità e profili problematici alla luce del nuovo framework regolamentare europeo in materia risanamento e risoluzione*, cit., p. 38.

cui necessiti di un sostegno finanziario pubblico straordinario. Sicché, per accogliere la tesi in base alla quale i contributi concessi dal FITD devono essere valutati alla stregua di aiuti di Stato, i medesimi necessariamente andrebbero annoverati tra gli interventi pubblici. Se ne deduce che il loro utilizzo costituirebbe un presupposto per l'avvio della procedura di risoluzione piuttosto che una misura alternativa volta ad evitare <<il fallimento di un ente creditizio>> (come, invece, espressamente dispone l'art. 11 sopramenzionato).

Appare poco convincente, sul punto, la tesi secondo cui la direttiva DGS, in relazione agli interventi preventivi, avrebbe avuto riguardo ai sistemi di garanzia costituiti su base volontaria (come quelli adottati dalle banche italiane che hanno convenuto di ricorrere ad apporti contributivi spontanei, secondo uno schema appositamente predisposto nello Statuto del FITD¹⁶). E' evidente, infatti, che la normativa fa riferimento ai DGS obbligatori come, peraltro, ha opportunamente evidenziato la dottrina secondo cui <<la direttiva non parla mai di Fondi o risorse private>> e <<si applica ai sistemi di garanzia gestiti tanto da autorità pubbliche quanto da soggetti privati>>, fermo restando che <<gli interventi preventivi, se previsti dai sistemi di garanzia, sono effettuati utilizzando proprio le stesse risorse raccolte in via coattiva per adempiere al mandato pubblico del rimborso dei depositi>>¹⁷. Del resto, aderendo alla tesi contraria a quella testé descritta, la direttiva DGS verrebbe svuotata di significato in considerazione del fatto che lo Schema Volontario del Fondo Interbancario è certamente legittimato ad effettuare gli interventi preventivi anche in mancanza di

¹⁶Cfr., al riguardo, l' art. 43 e seguenti dello Statuto del FITD. In particolare, ai sensi dell' art. 43 <<Lo Schema Volontario di intervento, costituito all'interno del Fondo (lo "Schema"), ha la finalità di effettuare interventi a favore di banche a esso aderenti nei confronti delle quali siano state adottate misure di intervento precoce (...)>>. Sul punto, cfr. BONFATTI, *La disciplina della depositor preference e il ruolo dei sistemi di garanzia dei depositanti*, in *Riv. dir. banc.*, www.dirittobancario.it, 6, 2016, p. 21.

¹⁷Cfr. CERCONE, *Commento all'art. 96-bis*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1380.

una espressa disposizione normativa in tal senso.

In conclusione, la sentenza del Tribunale UE in commento è particolarmente rilevante perché valorizza la funzione del FITD nel contesto dell'attuale normativa in materia di gestione delle crisi bancarie e, inoltre, scioglie taluni dubbi interpretativi sorti in ragione del rigido atteggiamento assunto dalla Commissione europea *in subjecta materia*¹⁸.

Sullo sfondo, tuttavia, permane l'ulteriore problematica secondo cui il ricorso ai sistemi di garanzia per finalità *ulteriori* rispetto a quelle proprie del FITD appare di difficile attuazione. Significativo, al riguardo, il limite imposto dalla legge la quale, come si è detto, ha individuato la possibilità di applicare tale sistema ove sussista un <<minor onere>> rispetto a quello sopportato nell'eventualità in cui gli interventi venissero effettuati per assicurare il rimborso diretto dei depositanti. Decisiva è sul punto la disposizione di cui art. 108 della *BRRD* (la quale introduce la cd. *depositor preference*) ai sensi della quale i fondi di garanzia, nella fase di liquidazione, godono di un regime privilegiato rispetto agli altri creditori chirografari; circostanza quest'ultima che - come è stato evidenziato in sede tecnica - <<rende più difficoltoso il rispetto del principio del minor onere>>¹⁹.

4. Alla luce di quanto si è detto è evidente come la Commissione europea ab-

¹⁸Del resto, la Corte di giustizia, in più occasioni, ha sollecitato la Commissione europea ad assumere atteggiamenti più flessibili in materia di aiuti di Stato. A iolo esemplificativ, cfr. la pronuncia della Corte di giustizia del 19 luglio 2016 sul caso *Kotnik* (C-526/14)¹⁸; ivi, infatti, viene specificato che <<la Commissione può adottare orientamenti al fine di stabilire i criteri in base ai quali essa intende valutare la compatibilità, con il mercato interno, di misure di aiuto>> (pt. 41). Per tale via essa << si autolimita (...) e non può>>, ma solo in linea di principio, <<discostarsi da tali norme (...)>> (pt. 42). Ne deriva, pertanto, che <<gli Stati membri conservano la facoltà di notificare alla Commissione progetti di aiuto di Stato>>, ancorché essi <<non soddisf(i)no i criteri previsti da detta comunicazione>>; progetti che la Commissione ha il potere di <<autorizzare (...) in circostanze eccezionali>> (pt. 43).

¹⁹In questi termini, DE POLIS, *La tutela dei depositi bancari nel quadro dell'Unione Bancaria Europea*, cit., p. 11.

bia erroneamente ritenuto che le misure adottate nei confronti della Banca Tercas presupponessero l'uso di risorse statali e fossero imputabili allo Stato italiano. Va, peraltro, precisato che la questione sembra non abbia trovato ancora definitiva soluzione in quanto il 29 maggio 2019 detta Istituzione europea ha impugnato la sentenza in commento dinanzi alla Corte di Giustizia, alla quale è rimessa, dunque, l'ultima parola sull'argomento.

A nostro avviso, la decisione del Tribunale UE potrà produrre effetti significativi al di là della vicenda sottoposta al vaglio del medesimo. Ci si riferisce, in particolare, al noto caso delle *quattro banche* in amministrazione straordinaria poi sottoposte a risoluzione (Etruria, Marche, Cariferrara e Carichieti), con riguardo alle quali le Autorità competenti sono state certamente condizionate (nell'individuazione delle misure da applicare in tale specifico caso) dalla decisione assunta dalla Commissione europea nei confronti della Banca Tercas. Significative, al riguardo, le considerazioni espresse dal Presidente del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi che, con riferimento all'avvio della procedura di risoluzione dei sopracitati enti creditizi, ebbe a sottolineare come tale procedura sia costata al settore bancario <<sensibilmente di più di quanto sarebbe costato l'intervento del Fondo>>²⁰.

C'è pertanto da domandarsi se sia fondata un'eventuale richiesta di risarcimento dei danni avanzata dai soggetti lesi dalla decisione della Commissione europea, annullata dal Tribunale UE con il provvedimento in commento. Ciò tenendo presente, altresì, che, come da noi già in altra occasione evidenziato²¹, la Banca d'Italia,

²⁰Cfr. MACCARONE, *Il sistema di garanzia dei depositi nel contesto regolamentare europeo, Relazione su Meccanismo Unico di Risoluzione: sfide ed opportunità per il sistema bancario italiano*, <https://www.disag.unisi.it/>, maggio 2016, p. 8. Sul punto cfr., altresì, DE KOK, *Competition Policy in the Framework and Application of State Aid in the Banking Sector*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2, 2015, p. 224 ss.

²¹Sia consentito il rinvio a ROSSANO D., *Di tutta l'erba un fascio: il caso Carife e delle altre tre banche*, nota a Sentenza del Tar Lazio, n. 166 del 7 gennaio 2017, in *Riv. trim dir. econ.*, 1, 2017, p. 1 ss.

in sede tecnica, procedette, in quell'occasione, ad una eccessiva svalutazione dei crediti delle menzionate banche.

Sul punto, viene in rilievo il disposto di cui agli artt. 268 e 340 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea che demandano alla Corte di giustizia dell'UE il compito di valutare le richieste di risarcimento cagionate dai provvedimenti adottati dalle Istituzioni europee, ferme restando le difficoltà connesse alla prova dell'esistenza del nesso di causalità tra l'evento specifico e i danni subiti. Si è in presenza in questi casi di una sorta di *probatio diabolica* che si sostanzia in una valutazione tra differenti interessi tra di loro in conflitto. Problematicità che appaiono ancor più accentuate alla luce dell'orientamento della Corte di giustizia che, nel valutare i provvedimenti adottati nel corso della recente crisi finanziaria, ha più volte avvertito l'esigenza di sottolineare la prevalenza delle ragioni della collettività rispetto a quelle individuali²².

Orientate in tal senso appaiono, ad esempio, le argomentazioni di tale Autorità giurisdizionale nel provvedimento 8 novembre 2016, Causa C-41/15,²³ nel quale viene sottolineato come la regolazione in materia di gestione delle crisi creditizie persegua l'evidente <<interesse pubblico a garantire, in tutta l'Unione, una tutela forte e coerente degli azionisti e dei creditori>>; interesse che, tuttavia, soccombe rispetto a quello, ritenuto superiore, di assicurare la stabilità del sistema finanziario. Se ne deduce che - al fine di evitare gravi conseguenze a livello sistemico (derivanti dalle crisi di un istituto bancario di grandi dimensioni) - l'Autorità in parola ha reputato conforme al diritto europeo l'ordinanza ingiuntiva con la quale si è imposto ai soci di una

²²Cfr. CONDINANZI, MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 277.

²³Cfr. Corte di giustizia in data 8 novembre 2016, Causa C-41/15, consultabile sul sito <http://www.dirittounione europea.eu/>. Per un commento cfr., SICLARI, *Modificazioni del capitale della società bancaria, stabilità finanziaria dell'Unione europea e garanzie dei soci*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 3, 2016, p. 94 ss. e SUPINO, *Salvataggio delle banche, ricapitalizzazione e limiti alla governance bancaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 3, 2016, p. 117 ss.

banca di provvedere all'aumento del capitale sociale con emissione di nuove azioni da offrire in sottoscrizione allo Stato.

Sotto altro profilo, infine, si è dell'avviso che la pronuncia in commento possa fornire ulteriori opzioni operative per la soluzione della crisi della Banca Carige che, come è noto, da gennaio 2019, è stata posta in amministrazione straordinaria.

Appare indubbio, infatti, che i commissari straordinari del menzionato istituto creditizio, potrebbero reputare conveniente richiedere l'intervento del sistema obbligatorio del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi il cui sostegno, nello specifico, si aggiungerebbe a quello già offerto dallo Schema Volontario del FITD²⁴. Va da sé che una soluzione siffatta, convincente sul piano concettuale, potrebbe trovare ostacoli nella circostanza che, come si è detto, la sentenza del Tribunale UE è stata di recente impugnata dinanzi alla Corte di giustizia, la quale - ove intenda riaprire il dibattito sul tema che ci occupa - potrebbe dare nuova linfa alla posizione della Commissione.

Diego Rossano

Associato di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

²⁴Lo Schema Volontario del FITD, in particolare, come è noto, ha acquistato, in massima parte, obbligazioni subordinate, Tier 2 a tasso fisso e si era offerto di sottoscrivere un aumento del capitale sociale di Banca Tercas.

**IL CONSIGLIO DI STATO, 3 maggio 2019, n. 2890
IN SEDE GIURISDIZIONALE (SEZIONE SESTA)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sui seguenti ricorsi riuniti:

1.) sul ricorso numero di registro generale 8163 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto ai sensi degli artt. 112 ss. cod. proc. amm. dalla Finanziaria d'Investimento Fininvest S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Di Porto, Romano Vaccarella e Andrea Saccucci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Di Porto, in Roma, via Giovanni Battista Martini, n. 13;

contro

la Banca d'Italia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Marino Ottavio Perassi, Olina Capolino, Guido Crapanzano e Marco Mancini, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale della Banca d'Italia, in Roma, via Nazionale, n. 91;

l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni - IVASS, in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti

del Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato per legge, in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

delle società Banca Mediolanum S.p.A. (succeduta alla Mediolanum S.p.A.), Holding Italiana Quarta S.p.A., s.a.p.a. Fin. Prog. Italia di E. Doris & C., Finanziaria d'Investimento

Fininvest S.p.A. e Sirefid S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., nonché nei confronti del signor Ennio Doris, non costituiti in giudizio;

2.) sul ricorso numero di registro generale 8711 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto ai sensi degli artt. 112 ss. cod. proc. amm. dal signor Silvio Berlusconi, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Di Porto, Romano Vaccarella e Andrea Saccucci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Di Porto, in Roma, via Giovanni Battista Martini, n. 13;

contro

la Banca d'Italia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Marino Ottavio Perassi, Olina Capolino, Guido Crapanzano e Marco Mancini, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale della Banca d'Italia, in Roma, via Nazionale, n. 91;

l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni - IVASS, in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti

del Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato per legge, in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

delle società Banca Mediolanum S.p.A. (succeduta alla Mediolanum S.p.A.), Holding Italiana Quarta S.p.A., s.a.p.a. Fin. Prog. Italia di E. Doris & C., Finanziaria d'Investimento Fininvest S.p.A. e Sirefid S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., nonché nei confronti del signor Ennio Doris, non costituiti in giudizio;

per l'ottemperanza

alla sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Sesta, n. 882 del 3 marzo 2016;

Visti i ricorsi in ottemperanza, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti resistenti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2019, il consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, gli avvocati Andrea Di Porto, Romano Vaccarella, Andrea Saccucci, Olina Capolino e A.M. Guido Crapanzano, nonché l'avvocato dello Stato Giovanni Greco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierno ricorrente Berlusconi Silvio, per il tramite della controllata Fininvest S.p.A., deteneva dalla metà degli anni novanta una partecipazione qualificata nella Mediolanum S.p.A., in misura superiore al 30%.

La Mediolanum S.p.A. era una società di partecipazione finanziaria mista (SPFM), quotata in borsa e capogruppo del conglomerato finanziario Mediolanum, di cui faceva parte la Banca Mediolanum S.p.A., partecipata totalitariamente dalla Mediolanum S.p.A.

1.2. In seguito al recepimento in Italia, con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 53 (entrato in vigore il 16 aprile 2014), della Direttiva 2011/89/EU del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011, che ha esteso la vigilanza consolidata alle *holding* finanziarie miste, la Mediolanum S.p.A. è stata iscritta, per la prima volta, nell'Albo dei Gruppi Bancari come capogruppo del Gruppo Mediolanum, ai sensi dell'art. 61 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (T.U.B.).

Con l'art. 2, comma 5, lettera a), del citato d.lgs. n. 53/2014 – modificativo dell'art. 63 T.U.B. – è stata estesa alle SPFM la disciplina contenuta nel Titolo II, Capi III e IV, T.U.B., con ciò trovando applicazione – ai detentori (diretti o indiretti) di una partecipazione superiore al 9,99% nel capitale delle SPFM – i requisiti di onorabilità previsti dall'art. 25 T.U.B. per i partecipanti al capitale di una banca.

1.3. Il 1° agosto 2013 è divenuta irrevocabile la condanna del signor Berlusconi per il reato di frode fiscale.

1.4. Con provvedimento del 7 ottobre 2014, adottato ai sensi degli artt. 19, 63 e 67-*bis* T.U.B., la Banca d'Italia, d'intesa con l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni private (IVASS), accertava la carenza, in capo al signor Berlusconi, del requisito reputazionale previsto per la detenzione di partecipazioni qualificate in una SPFM e respingeva, di conseguenza, l'istanza di autorizzazione formulata dalla Fininvest S.p.A. (anche per conto del signor Berlusconi), a detenere le partecipazioni qualificate nella SPFM Mediolanum S.p.A., disponendo la sospensione dei diritti di voto e l'alienazione delle partecipazioni eccedenti le soglie previste dalla legge.

1.5. Il signor Berlusconi impugnava tale provvedimento dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, il quale respingeva il ricorso con la sentenza n. 7966 del 5 giugno 2015. Tale sentenza è stata, tuttavia, riformata in grado di appello dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 882 del 3 marzo 2016, con cui veniva accolto il ricorso di primo grado per la violazione del principio di irretroattività, poiché tutti gli elementi significativi della fattispecie oggetto del giudizio si collocavano anteriormente alla data di entrata in vigore delle nuove norme che avevano esteso alle SPFM i requisiti di onorabilità, essendo intervenuti anteriormente sia l'acquisto della partecipazione, sia la perdita del requisito di onorabilità, con conseguente annullamento dell'impugnato atto del 7 ottobre 2014 della Banca d'Italia.

1.6. Nel frattempo – in pendenza di detto giudizio – la SPFM Mediolanum S.p.A. veniva assorbita da Banca Mediolanum, attraverso la fusione per 'incorporazione inversa' della Società Mediolanum da parte della Banca Mediolanum, con la conseguenza che Fininvest si ritrovava ad essere titolare di una partecipazione qualificata nel capitale di una banca.

1.7. La Banca d'Italia e la Banca centrale europea (BCE) hanno allora ritenuto che fosse

necessaria una richiesta di autorizzazione per l'acquisizione di una partecipazione qualificata in Banca Mediolanum. Non essendo stata presentata alcuna richiesta, la Banca d'Italia ha aperto d'ufficio un procedimento amministrativo a tal fine. La Banca d'Italia, quale Autorità nazionale competente (in prosieguo: «ANC»), ha poi trasmesso alla BCE una proposta di decisione, contenente un parere sfavorevole quanto all'onorabilità degli acquirenti, e l'ha invitata a opporsi all'acquisizione.

In particolare, la Banca d'Italia ha adottato i seguenti atti:

- la nota n. 451595/16 del 4 aprile 2016 (depositata in corso di causa), con la quale aveva esposto alla BCE le ragioni per cui, pur dopo la sentenza n. 882/2016 del 3 marzo 2016 del Consiglio di Stato, sarebbe stato necessario avviare il procedimento di autorizzazione alla acquisizione, da parte di Fininvest, di una partecipazione qualificata nel capitale della Banca Mediolanum S.p.A., conformemente agli articoli 22 ss. della Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento (Direttiva CRD IV) e agli articoli 19 ss. T.U.B.;
- la nota n. 900183/16 del 14 luglio 2016, con la quale – conformandosi alle indicazioni fornite dalla BCE con lettera del 24 giugno 2016 – ha chiesto a Fininvest di presentare un'istanza autorizzativa ai sensi degli articoli 19 ss. T.U.B., e degli articoli 22 ss. della Direttiva CRD IV, con la motivazione che, in seguito a suddetta fusione, Fininvest sarebbe venuta a detenere una partecipazione qualificata nel capitale della banca che avrebbe richiesto l'avvio della menzionata procedura autorizzativa e la verifica del possesso dei requisiti previsti dalla normativa applicabile in materia, tra cui, in particolare, di quella sui requisiti reputazionali;
- la nota n. 979297/16 del 3 agosto 2016, con la quale ha avviato d'ufficio il menzionato procedimento autorizzativo, precisando che – ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, del Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla

Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi (Regolamento MVU) – la competenza ad adottare il provvedimento finale spettava alla BCE su proposta della Banca d'Italia, secondo le modalità stabilite dall'articolo 15 del citato Regolamento MVU e dagli articoli 85 ss. del Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea, del 16 aprile 2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate (Regolamento quadro sul MVU);

- la proposta di decisione del 23 settembre 2016, con cui la stessa ha proposto alla BCE il rifiuto alla acquisizione della partecipazione qualificata di Fininvest nella Banca Mediolanum S.p.A. per carenza dei requisiti reputazionali di cui all'art. 23, paragrafo 1, lettera a), della Direttiva CRD IV in capo al signor Berlusconi, socio di controllo della Fininvest, con la conseguenza, secondo la disciplina italiana, della sospensione automatica dei diritti di voto collegati alle azioni eccedenti la soglia della partecipazione qualificata e dell'obbligo di Fininvest di cedere le 'azioni eccedentarie' della Banca Mediolanum S.p.A..

1.8. Il 25 ottobre 2016, la BCE ha adottato la decisione finale contraria all'acquisizione controversa. In detta decisione, la BCE rilevava che sussistevano dubbi fondati circa l'onorabilità degli acquirenti della partecipazione nella Banca Mediolanum. Tenuto conto del fatto che il signor Berlusconi, azionista di maggioranza e titolare effettivo della Fininvest, era l'acquirente indiretto della partecipazione nella Banca Mediolanum ed era stato condannato con sentenza definitiva a una pena detentiva di quattro anni per frode fiscale, la BCE riteneva che egli non soddisfacesse il requisito di onorabilità prescritto dalla normativa nazionale per i detentori di partecipazioni qualificate. Inoltre, rilevava che il signor Berlusconi aveva commesso altre irregolarità ed era stato oggetto di ulteriori condanne, al pari di altri membri degli organi direttivi della Fininvest.

2. Il signor Berlusconi e Fininvest impugnavano la decisione della BCE, di cui sopra *sub* 1.8., dinanzi al Tribunale dell'Unione europea (con ricorso rubricato *sub* T-913/16).

Allo stesso tempo, Fininvest impugnava gli atti della Banca d'Italia, di cui sopra *sub* 1.7., con l'azione generale di annullamento dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio.

Inoltre, entrambi adivano questo Consiglio di Stato con i ricorsi in ottemperanza di cui in epigrafe (integrati da motivi aggiunti), proponendo azione di nullità per violazione o elusione del giudicato formatosi sulla sentenza n. 882/2016 di questa Sezione – la quale già avrebbe statuito, con autorità di cosa giudicata, sugli effetti dell'autorizzazione alla fusione rilasciata da Banca d'Italia in relazione alla partecipazione di Fininvest nella società obiettivo, depurata di ogni condizione-prescrizione limitativa e, in reiezione dell'eccezione di improcedibilità sollevata dalla Banca d'Italia, avrebbe affermato, parimenti con autorità di cosa giudicata, che alla fusione per 'incorporazione inversa' di Mediolanum S.p.A. in Banca Mediolanum S.p.A., con le sue peculiari caratteristiche, si applicherebbe il principio di neutralità/continuità, per cui tale operazione societaria non integrava una fattispecie acquisitiva di nuove partecipazioni – e chiedendo di conseguenza la declaratoria di nullità di detti atti.

Questa Sezione, previa riunione dei due ricorsi in ottemperanza, con ordinanza n. 1805 del 14 aprile 2017 – che, per motivi di sinteticità, s'intende qui integralmente richiamata –, al fine di decidere sull'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice nazionale in ordine alla presente controversia, sollevata dalla Banca d'Italia, sollevava questione pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE sull'interpretazione dell'*art.* 263 TFUE che disciplina i ricorsi di annullamento degli atti delle istituzioni dell'Unione europea (ivi compresa la BCE), domandando alla Corte di giustizia dell'Unione europea:

(i) se spetti ai giudici nazionali, o piuttosto al giudice dell'Unione, controllare la legittimità degli atti di avvio, preparatori o di proposta adottati da un'ANC (nella specie, dalla

Banca d'Italia) nell'ambito di un procedimento di autorizzazione relativo all'acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio;

(ii) se la risposta a tale questione sia diversa, *«qualora avverso tali atti sia stata proposta non l'azione generale di annullamento, ma l'azione di nullità per asserita violazione o elusione del giudicato formatosi sulla sentenza n. 882/2016 del 3 marzo 2016 del Consiglio di Stato, esercitata nell'ambito di un giudizio di ottemperanza ai sensi degli articoli 112 ss. del Codice del processo amministrativo italiano – ossia, nell'ambito di un istituto peculiare dell'ordinamento processuale amministrativo nazionale –, la cui decisione involge l'interpretazione e l'individuazione, secondo la disciplina del diritto nazionale, dei limiti oggettivi del giudicato formatosi su tale sentenza»* (v. così, testualmente, l'ordinanza di rimessione).

3. La Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione) si è pronunciata su tali questioni con la sentenza del 19 dicembre 2018 (causa C-219/17).

La Corte premette che l'articolo 263 TFUE conferisce ai giudici dell'Unione una competenza esclusiva per quanto riguarda il controllo di legittimità sugli atti adottati da un'istituzione dell'Unione, qual è la BCE, precisando che l'atto dell'istituzione dell'Unione è talvolta adottato al termine di un processo decisionale di cui gli atti di un'ANC costituiscono delle tappe intermedie.

La Corte evidenzia una distinzione netta tra due situazioni: (i) quella in cui l'istituzione dell'Unione dispone di un margine discrezionale limitato, se non nullo, tale che l'atto dell'ANC vincola l'istituzione dell'Unione, e (ii) quella in cui l'istituzione dell'Unione esercita, da sola, il potere decisionale finale senza essere vincolata dall'atto di un'ANC. Nel primo caso, sono i giudici nazionali a conoscere delle eventuali irregolarità di tale atto nazionale, se necessario previo rinvio pregiudiziale alla Corte. Nel secondo caso, per contro, spetta al giudice dell'Unione – ossia agli organi giurisdizionali della Corte di giustizia dell'Unione europea (intendendosi qui per Corte di giustizia dell'Unione europea

l'istituzione giurisdizionale formata da due organi giurisdizionali: la Corte di giustizia in senso stretto, e il Tribunale dell'Unione europea) – non solo statuire sulla legittimità della decisione finale adottata dall'istituzione dell'Unione, ma anche esaminare gli eventuali vizi degli atti preparatori o di proposta, provenienti dall'ANC, di natura tale da inficiare la validità della stessa decisione finale.

A tale proposito, la Corte sottolinea che l'efficacia di un procedimento che implica la competenza decisionale esclusiva di un'istituzione dell'Unione presuppone necessariamente un controllo giurisdizionale unico, al fine di evitare divergenze di valutazione circa la legittimità della decisione finale, in particolare quando quest'ultima accoglie l'analisi e la proposta di un'ANC. Discende, inoltre, dall'articolo 263 TFUE, nonché dal principio di leale cooperazione tra l'Unione e gli Stati membri, sancito all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, che gli atti adottati da un'ANC in tale tipo di procedimento non possono essere assoggettati al controllo degli organi giurisdizionali degli Stati membri.

La Corte osserva che la BCE ha competenza esclusiva a decidere, se autorizzare o meno l'acquisizione di cui trattasi al termine del procedimento in questione, previsto nell'ambito del meccanismo di vigilanza unico dell'unione bancaria, sul cui funzionamento efficace e coerente la BCE è tenuta a vigilare. Di conseguenza, solo il giudice dell'Unione è competente a valutare, in via incidentale, se la legittimità della decisione della BCE del 25 ottobre 2016 sia inficiata da eventuali vizi degli atti preparatori emanati dalla Banca d'Italia. Questi ultimi non potranno quindi essere oggetto di un controllo di legittimità da parte dei giudici nazionali. È irrilevante, al riguardo, la circostanza che un giudice nazionale sia stato investito di un'azione quale l'azione di ottemperanza.

La Corte di giustizia ha, pertanto, fornito il seguente, responso alle questioni sollevate da questa Sezione:

«L'articolo 263 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che gli organi giurisdizionali nazionali esercitino un controllo di legittimità sugli atti di avvio, prepara-

tori o di proposta non vincolante adottati dalle autorità nazionali competenti nell'ambito della procedura prevista agli articoli 22 e 23 della [Direttiva CRD IV], all'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), e all'articolo 15 del [Regolamento MVU], nonché agli articoli da 85 a 87 del [Regolamento quadro sul MVU].

È al riguardo irrilevante la circostanza che un giudice nazionale sia stato investito di un'azione specifica di nullità per asserita violazione del giudicato formatosi su una decisione giudiziaria nazionale» (v. così, testualmente, il dispositivo della sentenza).

4. In seguito alla pubblicazione di tale sentenza, i ricorrenti Berlusconi e Fininvest, con istanza ex art. 80, comma 1, cod. proc. amm. del 2 gennaio 2019, hanno chiesto la fissazione della camera di consiglio per la prosecuzione dei giudizi di ottemperanza, rimasti sospesi in attesa della pronuncia della Corte di giustizia.

4.1. Con tale istanza, i ricorrenti insistono nell'accoglimento delle conclusioni rassegnate nei ricorsi introduttivi e nei motivi aggiunti, previa rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 l. 2 agosto 2008, n. 130, che ordina l'esecuzione del TFUE, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, nella parte in cui impone l'applicazione dell'art. 263 TFUE, così come interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza in discussione, per contrasto con gli artt. 2, 24, 11 e 117 della Costituzione (v. le conclusioni precisate nella memoria del 2 aprile 2019).

A tale ultimo riguardo, i ricorrenti invocano la teoria dei controlimiti, per cui il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 11 Cost., per consolidata giurisprudenza costituzionale (Corte Cost., ord. n. 24/2017, con ulteriori richiami), incontrerebbe un limite nella «osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona», con la conseguenza che, qualora tale osservanza – «condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia» – venga meno in specifiche ipotesi normative, «sarebbe necessario dichiarare

l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi».

Secondo l'assunto dei ricorrenti, la Corte di giustizia, nel rispondere al secondo quesito relativo all'incidenza del rimedio nazionale dell'azione in ottemperanza sul riparto delle competenze giurisdizionali tra giudice nazionale e giudice dell'Unione nei ricorsi ex art. 263 TFUE relativi a procedimenti in cui siano coinvolte sia autorità nazionale sia istituzioni europee, avrebbe sostanzialmente «*cancellato*» il giudizio di ottemperanza nella materia riguardante la presente controversia, in quanto:

- con l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, resterebbe impedita al giudice nazionale, il quale abbia pronunciato una sentenza cognitoria passata in giudicato, la decisione sugli atti lesivi o elusivi del giudicato, involgente l'interpretazione e l'individuazione, secondo la disciplina nazionale, dei limiti oggettivi del giudicato formatosi su tale sentenza;
- la Corte di giustizia, con tale interpretazione, giungerebbe «*a negare la specificità del giudizio di ottemperanza, quale rimedio giurisdizionale che realizza, secondo lo standard più elevato, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, in attuazione degli artt. 2 e 24 della Costituzione, nonché dell'art. 47 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e degli artt. 6 e 13 CEDU*» (v. così, testualmente, l'istanza di prosecuzione del giudizio).

Né si potrebbe validamente opporre che la Corte di giustizia abbia comunque attribuito al giudice dell'Unione la competenza a conoscere di tutti i vizi (compresi quelli di violazione o elusione del giudicato nazionale) degli atti dell'ANC che, in via derivata, possano inficiare la decisione finale della BCE, in quanto, in primo luogo, un simile controllo sarebbe «*giuridicamente inaccessibile al Giudice dell'Unione*» e, in secondo luogo, non sarebbe «*costituzionalmente accettabile che vi possa essere un così grave arretramento*

delle forme di attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale costituzionalmente garantite» (v. così, testualmente, l'istanza di prosecuzione del giudizio).

4.2. I ricorrenti, nella memoria difensiva del 2 aprile 2019, hanno sollevato l'ulteriore questione dell'applicabilità, alla presente fattispecie processuale, del meccanismo della *translatio iudicii* previsto dal diritto interno, al fine di garantire – anche in un caso quale quello *sub iudice*, inerente al riparto della competenza giurisdizionale tra giudice nazionale e giudice dell'Unione europea –, la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta dinanzi al giudice nazionale poi rilevatosi privo di giurisdizione, in funzione della garanzia del fondamentale principio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

I ricorrenti deducono, al riguardo, che la formulazione letterale sia dell'art. 11 cod. proc. amm., sia (analogamente) dell'art. 59 l. n. 69/2009 limita l'applicazione dell'istituto della *translatio iudicii* alle sole ipotesi in cui il giudice munito di giurisdizione sia un «*altro giudice nazionale*». Una simile limitazione si porrebbe, tuttavia, in contrasto con gli artt. 24, 111 e 113 Cost. e con gli artt. 11 e 117 Cost. in relazione all'art. 47 CDFUE, oltre che, direttamente, con l'ordinamento dell'Unione europea (segnatamente, con il principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 47 CDFUE e con quello di leale cooperazione sancito dall'art. 4, paragrafo 3, TUE).

I ricorrenti chiedono pertanto – in via subordinata rispetto alla richiesta *sub* 4.1. – che sia disposta la *translatio iudicii* della controversia in favore del giudice europeo, con salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda, previa rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 cod. proc. amm., per violazione dei sopra indicati parametri costituzionali, oppure – ricorrendo un'ipotesi di c.d. doppia pregiudizialità, costituzionale e comunitaria – previo rinvio alla Corte di giustizia dell'Unione europea della questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 47 CDFUE e 4, paragrafo 3, TUE.

In via ulteriormente subordinata, i ricorrenti chiedono un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia a chiarimento delle modalità di attuazione degli effetti scaturenti dalla sentenza del 19 dicembre 2018.

4.3. La Banca d'Italia, nelle proprie memorie difensive, ha eccepito l'irrilevanza e la manifesta infondatezza, sotto plurimi profili, delle questioni di costituzionalità e di pregiudizialità eurounitaria sollevate dai ricorrenti, chiedendo la declaratoria di inammissibilità, e comunque la reiezione nel merito, dei ricorsi in ottemperanza.

5. Alla camera di consiglio del 18 aprile 2019 i ricorsi sono stati discussi dai difensori delle parti e trattenuti in decisione.

6. I ricorsi di ottemperanza, tra di loro riuniti, devono essere dichiarati inammissibili.

6.1. La Corte di giustizia dell'Unione europea, con la sentenza del 19 dicembre 2018 (causa C-219/17) pronunciata sulle questioni pregiudiziali rimesse alla Corte nell'ambito di questo giudizio con l'ordinanza n. 1805/2017, ha affermato il principio, per cui nei procedimenti, quale quello disciplinato dagli articoli 22 e 23 della direttiva CRD IV, dall'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), e dall'articolo 15 del regolamento MVU, nonché dagli articoli da 85 a 87 del regolamento quadro sull'MVU – connotato dalla circostanza che gli atti adottati dall'ANC (nella specie, la Banca d'Italia) sono tappe di un procedimento nel quale la BCE esercita, da sola, il potere decisionale finale senza essere vincolata agli atti preparatori o alle proposte avanzate dall'autorità nazionale –, spetta al giudice dell'Unione, a titolo della sua competenza esclusiva al controllo di legittimità sugli atti dell'Unione ai sensi dell'articolo 263 TFUE, statuire sulla legittimità della decisione finale adottata dalla BCE ed esaminare, affinché sia garantita una tutela giurisdizionale effettiva agli interessati, gli eventuali vizi degli atti preparatori o delle proposte provenienti dall'autorità nazionale, di natura tale da inficiare la validità di detta decisione finale.

Infatti, secondo la Corte di giustizia, l'efficacia di un tale processo decisionale presuppone

ne necessariamente un controllo giurisdizionale unico che sia esercitato esclusivamente dagli organi giurisdizionali dell'Unione, solo dopo che sia stata emanata la decisione dell'istituzione dell'Unione che concluda la procedura amministrativa, *«l'unica decisione idonea a produrre effetti di diritto obbligatori in grado di ledere gli interessi del ricorrente, modificando in misura rilevante la sua situazione giuridica»* (v. punto 49 della sentenza).

La Corte di giustizia risolve dunque le questioni pregiudiziali nella primaria prospettiva del principio di effettività della tutela giurisdizionale – principio, inizialmente posto dalla giurisprudenza e, poi, consolidato negli artt. 19 TUE e 47 CDFUE –, affermando che, nei procedimenti quale quello oggetto del presente giudizio, si pone l'*«imperativo di unicità del controllo giurisdizionale»* (punto 51 della sentenza), onde evitare il rischio di valutazioni divergenti tra giudici nazionali e giudice dell'Unione, che invece sussisterebbe, ove si avesse una coesistenza tra mezzi di ricorso nazionali avverso atti preparatori e ricorso al giudice dell'Unione ex art. 263 TFUE; concorso di rimedi, che potrebbe mettere in discussione la competenza esclusiva della Corte a statuire sulla legittimità di tale decisione finale (v. punto 50 della sentenza).

In altri termini, la Corte pone un nesso di correlazione necessaria tra la competenza esclusiva della BCE a decidere se autorizzare o meno l'acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio e la competenza esclusiva degli organi giurisdizionali dell'Unione a controllare la validità di una tale decisione, nonché, incidentalmente, a valutare se gli atti nazionali preparatori presentino vizi che possono inficiare la validità della decisione della BCE, con ciò attribuendo al giudice dell'Unione il potere del controllo giurisdizionale sulla legittimità (anche rispetto ai parametri normativi stabiliti dal diritto nazionale) degli atti amministrativi dell'ANC che sono prodromici al provvedimento finale della BCE.

In risposta al secondo quesito, la Corte afferma che è irrilevante la circostanza che un

giudice nazionale sia stato investito di un'azione specifica di nullità per asserita violazione del giudicato formatosi su una decisione giudiziaria nazionale.

Ebbene, la pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia crea l'obbligo del giudice nazionale di uniformarsi ad essa, e l'eventuale violazione di tale obbligo vizierebbe la sentenza secondo la disciplina dell'ordinamento interno e, al contempo, darebbe luogo a una procedura di infrazione nei confronti dello stato di cui quel giudice è organo.

Pertanto, alla sopra riportata affermazione della Corte circa la competenza giurisdizionale esclusiva del giudice dell'Unione a conoscere di tutti gli atti del procedimento, anche di quelli dell'autorità nazionale competente preordinati al provvedimento finale attribuito alla competenza esclusiva della BCE e di tutti i tipi di vizi, anche di quelli prospettati *sub specie* di vizi di nullità per asserita violazione o elusione del giudicato nazionale formatosi sulla sentenza n. 882/2016 del Consiglio di Stato – con azione di ottemperanza proposta ai sensi degli artt. 112, comma 2, lettera b), e 114, comma 4, lettera b), cod. proc. amm., in relazione all'art. 21-*septies* l. n. 241/1990 –, non può che conseguire la declaratoria d'inammissibilità dei ricorsi in ottemperanza.

6.2. Irrilevante e manifestamente infondata è la questione di legittimità costituzionale sollevata dagli odierni ricorrenti nei termini riportati sopra *sub* 4.1., con richiamo alla teoria dei controlimiti.

6.2.1. Giova premettere che, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un limite all'ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute, alle quali l'ordinamento italiano si conforma ai sensi dell'art. 10, comma 1, Cost. ed operano, altresì, quali controlimiti all'ingresso delle norme dell'Unione europea (v., per tutte, Corte Cost. n. 238/2014, con la quale la Consulta ha attivato per la prima volta la barriera dei controlimiti, sia pure nei rapporti con un ordinamento diverso da quello sovranazionale europeo; di recente, sulle problematiche della doppia pregiudizialità, costi-

tuzionale e comunitaria, e su quella connessa dei controlimiti, v. Corte Cost. n. 63/2019, n. 20/2019 e n. 279/2017).

Ebbene, rileva il Collegio che nei casi, quale quello *sub iudice*, in cui sia prospettata la violazione di un controlimite in relazione al medesimo diritto fondamentale tutelato anche a livello europeo (nella specie, dagli artt. 19 TUE e dall'art. 47 CDFUE, nei campi di applicazione del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 6 TUE), la teoria dei controlimiti appare applicabile soltanto ed esclusivamente nella misura in cui la tutela eurounitaria sia meno forte (nel senso di meno stringente o penetrante) rispetto a quella apprestata dall'ordinamento costituzionale nazionale. In tali casi, i principi fondamentali e i diritti inviolabili riconosciuti e garantiti dalla Costituzione dello Stato membro potranno essere considerati alla stregua di veri e propri controlimiti soltanto, se la loro asserita violazione da parte degli atti eurounitari – nella specie, dalla sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia – abbia inciso sul loro nucleo essenziale, irrinunciabile e irriducibile.

Nella fattispecie all'esame, la *ratio decidendi* della sentenza della Corte di giustizia è rinvenibile nella esigenza di garantire, attraverso la concentrazione della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti endoprocedimentali – di avvio, preparatori e di proposta dell'ANC, preordinati al provvedimento finale attribuito alla competenza esclusiva della BCE – davanti ai giudici dell'Unione, l'effettività della tutela giurisdizionale, principio sancito dall'art. 47 CDFUE e invocato dagli stessi ricorrenti, tramite il richiamo degli artt. 11 e 117 Cost., accanto agli artt. 2 e 24 Cost., quale parametro di applicazione della barriera dei controlimiti.

Orbene, osserva il Collegio che, essendo la pronuncia della Corte di giustizia non solo non limitativa o compressiva del nucleo essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale, bensì tesa a rafforzarne gli *standard* di effettività, già per tale ragione la prospettata questione di legittimità costituzionale per l'asserita violazione dei controlimiti costituiti dagli invocati parametri costituzionali deve ritenersi manifestamente infondata.

6.2.2. Né *vulnus* alcuno al principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale può ravvisarsi nella lamentata «*cancellazione*» dei ricorsi in ottemperanza che hanno dato avvio ai presenti giudizi.

Premesso che, nel caso di specie, con i ricorsi in ottemperanza avverso gli atti di Banca d'Italia indicati sopra *sub* 1.7., risulta proposta un'azione di nullità per i vizi di violazione o elusione del giudicato – ai sensi degli artt. 112, comma 2, lettera b), e 114, comma 4, lettera b), cod. proc. amm., in relazione all'art. 21-*septies* l. n. 241/1990 –, e dunque un'azione di natura sostanzialmente cognitoria volta a denunciare specifici vizi di invalidità degli atti in questione, si osserva che la Corte di giustizia, ai punti 57 e 58 della sentenza del 19 dicembre 2018, attribuisce ai giudici dell'Unione la competenza giurisdizionale esclusiva a conoscere, in sede di impugnazione della decisione finale della BCE, di tutti i vizi degli atti propulsivi, preparatori e di proposta non vincolante di Banca d'Italia – qualificati dalla Corte come atti endoprocedimentali privi di autonoma valenza lesiva –, idonei a inficiare la validità della decisione conclusiva della BCE, ivi compresi gli eventuali vizi di violazione o elusione di un precedente giudicato nazionale.

Destituito di fondamento è, quindi, l'assunto dei ricorrenti circa la sostanziale «*cancellazione*» di uno specifico rimedio giurisdizionale apprestato dall'ordinamento nazionale, risultando i vizi dedotti con i ricorsi in ottemperanza oggetto del presente giudizio deducibili anche dinanzi ai giudici dell'Unione.

Peraltro, risulta che i ricorrenti, nell'ambito del giudizio promosso dinanzi al Tribunale dell'Unione per l'annullamento della decisione della BCE del 25 ottobre 2016 (causa T-913/16), hanno fatto valere, con il terzo motivo, la violazione dei principi di certezza del diritto e dell'autorità di cosa giudicata formatasi sulla sentenza definitiva n. 882/2016 di questa Sezione (v., al riguardo, anche il punto 118 delle conclusioni dell'Avvocato generale).

6.2.3. A ciò si aggiunge che la già intervenuta deduzione dei vizi in questione nell'ambito

della causa T-913/16, sia con il ricorso introduttivo proposto avverso la decisione conclusiva della BCE, sia con i «*motivi nuovi*» presentati ai sensi dell'art. 84 del Regolamento di procedura del Tribunale in seguito alla sentenza del 19 dicembre 2018 della Corte (v. la documentazione prodotta dalle parti nella fase di prosecuzione, in particolare l'atto del 21 gennaio 2019 recante «*motivi nuovi*», sostanzialmente equivalente a un ricorso per motivi aggiunti del nostro ordinamento), comporta l'irrelevanza dei dedotti profili di legittimità costituzionale, attesa la già intervenuta 'trasposizione' della materia del contendere oggetto della presente controversia dinanzi al giudice dell'Unione.

6.2.4. Né sono state dedotte eventuali specifiche lacune di tutela in tesi inficianti la disciplina processuale dei giudizi di annullamento che si svolgono dinanzi al giudice dell'Unione (artt. 263 ss. TFUE; Statuto della Corte di giustizia; Regolamenti di procedura del Tribunale e della Corte), la quale, per contro, presenta *standard* di tutela giurisdizionale che, nel loro complesso, non appaiono manifestamente inferiori rispetto a quelli dell'ordinamento nazionale, e, in alcun modo, può ritenersi compresso il nucleo essenziale, irrinunciabile e irriducibile del diritto costituzionale ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

Inconferente è, al riguardo, il prospettato profilo di censura per cui, involgendo la decisione sui vizi in questione la necessità dell'interpretazione e dell'individuazione, secondo la disciplina del diritto nazionale, dei limiti oggettivi del giudicato di cui si deduce la violazione o elusione, un simile controllo sarebbe «*giuridicamente inaccessibile al Giudice dell'Unione*». Infatti, tale deduzione si risolve sostanzialmente nella prospettazione del rischio di futuri *errores in iudicando*, contro i quali l'ordinamento processuale della Corte di giustizia offre, tuttavia, adeguati rimedi, con la conseguente inconcludenza del profilo di censura ai fini del vaglio degli *standard* di tutela offerti dal ricorso dinanzi ai giudici dell'Unione.

A ciò si aggiunge che lo Statuto della Corte di giustizia UE offre ai giudici dell'Unione

specifici strumenti per l'acquisizione, dagli Stati membri, dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi che non siano parti in causa, di «*tutte le informazioni che ritenga necessarie ai fini del processo*» (v., ad es., art. 24, comma 2, dello Statuto), ivi dovendosi includere anche eventuali informazioni sulla legislazione e sulla giurisprudenza dei vari ordinamenti nazionali.

6.2.5. Esula, ormai, dall'ambito oggettivo della presente decisione qualsiasi considerazione relativa ai limiti, soggettivi e oggettivi, del giudicato formatosi sulla sentenza n. 882/2016 di questa Sezione, peraltro in parte già svolte – dichiaratamente in via subordinata – dall'Avvocato generale nelle conclusioni presentate alla Corte di giustizia (v. i punti da 120 a 124 delle conclusioni), e da affrontare nella sentenza di merito dal giudice dell'Unione investito della competenza giurisdizionale esclusiva a conoscere di tali questioni.

6.3. Irrilevanti e manifestamente infondate sono, altresì, le questioni di pregiudizialità costituzionale e comunitaria sollevate dai ricorrenti nei termini riportati sopra *sub* 4.2., con riferimento all'istituto della *translatio iudicii*, al fine di garantire – anche in un caso quale quello *sub iudice*, inerente al riparto della competenza giurisdizionale tra giudice nazionale e giudice dell'Unione europea –, la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta dinanzi al giudice nazionale poi rilevatosi privo di giurisdizione, in funzione della garanzia del fondamentale principio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

6.3.1. Va, in primo luogo, rilevato che, alla luce delle considerazioni svolte sopra *sub* 6.2.3., la già intervenuta deduzione dei vizi di nullità fatti valere nel presente giudizio di ottemperanza nell'ambito della causa T-913/16, sia con il ricorso introduttivo proposto avverso la decisione conclusiva della BCE, sia con la presentazione di «*motivi nuovi*» ai sensi dell'art. 84 del Regolamento di procedura del Tribunale, con l'atto del 21 gennaio 2019, in seguito alla sentenza del 19 dicembre 2018 della Corte di Giustizia, comporta

l'irrelevanza dei dedotti profili di legittimità costituzionale e pregiudiziali eurounitarie, attesa la già intervenuta 'trasposizione' della materia del contendere oggetto della presente controversia dinanzi ai giudici dell'Unione.

Costituiscono, poi, questioni interne al giudizio instaurato dinanzi al Tribunale dell'Unione, sia la questione relativa alla sussistenza, o meno, dei presupposti di ammissibilità (di cui agli artt. 45, secondo comma, dello Statuto della Corte di giustizia, e 84 del Regolamento di procedura del Tribunale dell'Unione) dei «*motivi nuovi*» nell'ambito del procedimento pendente dinanzi al Tribunale dell'Unione, sia la questione, connessa, relativa all'individuazione del momento a cui ancorare gli effetti processuali e sostanziali della domanda in tal modo 'trasposta', se ed in quanto ritenuta rilevante ai fini della decisione.

Risultando pertanto il giudice dell'Unione già investito di tutte le questioni processuali che possano sorgere dalla 'trasposizione' della domanda proposta nel presente giudizio di ottemperanza alla sede naturale del giudizio pendente dinanzi al Tribunale dell'Unione, si rende superfluo adire la Corte di giustizia per ottenere relativi chiarimenti, con conseguente irrilevanza anche della richiesta subordinata quale riportata sopra *sub* 4.2.

6.3.2. Le questioni all'esame sono, altresì, manifestamente infondate.

Una questione di *translatio iudicii* in senso tecnico, ai sensi degli artt. 11 cod. proc. amm. e 59 l. n. 69/2009, si pone soltanto nell'ambito delle questioni di riparto di giurisdizione tra i giudici appartenenti alle varie giurisdizioni interne all'ordinamento nazionale.

Nel nostro ordinamento, la nozione di «*questione di giurisdizione*» esprime un concetto di diritto positivo e non ontologico.

Questioni di giurisdizione sono unicamente quelle indicate dall'art. 37 cod. proc. civ. (e, oggi, anche dall'art. 11 l. n. 218/1995):

- il difetto assoluto di giurisdizione (ovvero l'improponibilità assoluta della domanda) nei confronti della pubblica amministrazione;
- il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti di un giudice speciale, rispettivamente, dei giudici speciali nei confronti del giudice ordinario o nei rapporti tra gli stessi giudici speciali (v. anche gli artt. artt. 11 cod. proc. amm., 15 cod. giud. cont. e 3 cod. proc. trib.);
- il difetto di giurisdizione del giudice italiano ai sensi degli artt. 3 ss. l. n. 218/1995 (oppure, per difetto dei criteri di collegamento con la giurisdizione italiana previsti dalle singole convenzioni internazionali o regolamenti dell'Unione, *imprimis* dall'art. 26 Regolamento UE n. 1215/2012).

Secondo l'impostazione corrente, ogni altra questione che involge il potere-dovere di giudicare, diversa da quelle sopra contemplate – tra cui, in particolare anche i rapporti fra giudice ordinario (e/o speciale) e la Corte Costituzionale ai sensi degli artt. 1 l. cost. n. 1/1948 e 23 l. n. 87/1953, oppure i rapporti fra giudice nazionale e Corte di giustizia UE ai sensi delle rispettive disposizioni del TFUE –, non è assoggettata alla disciplina posta dalle norme sopra richiamate, in quanto esorbita dalla nozione, tutta di diritto positivo, di questione di giurisdizione e, sotto un profilo processuale, dà luogo a una comune *questio iuris*, la cui eventuale errata soluzione integra un vizio della sentenza denunciabile con i mezzi di impugnazione o rimedi apprestati dall'ordinamento nazionale, rispettivamente, nei rapporti tra giudice nazionale e Corte di giustizia UE, dal sistema giudiziario europeo integrato.

La problematica della *translatio iudicii*, quale sollevata dalla difesa degli odierni ricorrenti, si pone soltanto nell'ambito di una questione qualificabile come questione di giurisdizione ai sensi dell' art. 37 cod. proc. civ., limitatamente alle ipotesi di questioni di riparto tra giudici nazionali appartenenti alle varie giurisdizioni interne (ordinaria, amministrativa, contabile, tributaria, ecclesiastica).

Infatti, la Corte di Cassazione, nella sua funzione di Corte regolatrice della giurisdizione, ha chiarito che il sistema della *translatio iudicii*, nel quale la sentenza del giudice di merito, ordinario o amministrativo, che declina la giurisdizione, produce l'effetto di vincolare il secondo giudice a non poter declinare la sua giurisdizione, ma a dover investire della questione la Corte di Cassazione, opera sul piano del rapporto interno alla giurisdizione nazionale fra i diversi giudici tra cui è ripartita, ed è volto ad assicurare che la tutela riconosciuta dall'ordinamento sia fornita da uno dei questi giudici, attraverso un processo che è sorretto dalla domanda originaria, sicché esso presuppone che uno dei giudici nazionali abbia la potestà di farlo, e ciò non è possibile quando la competenza giurisdizionale appartenga ad un giudice straniero (v. Cass. Sez. Un. 13 aprile 2012, n. 5872).

Con riguardo alla questione del riparto della competenza giurisdizionale tra giudice dell'Unione e giudici nazionali, nel TFUE non si rinvencono specifiche disposizioni destinate alla soluzione dei conflitti, positivi o negativi, che possano insorgere fra la Corte e le giurisdizioni nazionali in materia di ricorsi di annullamento ex art. 263 TFUE, sicché occorre far ricorso agli strumenti processuali generali disponibili nell'ordinamento eurounitario, ancorché predisposti ad altri fini.

Sono, al riguardo, configurabili due ipotesi:

- (i) qualora la questione dell'individuazione delle relative competenze giurisdizionali sorga nell'ambito di una causa pendente dinanzi alla Corte di giustizia, la questione sarà risolta dalla Corte medesima, essendo questa munita della *Kompetenz-Kompetenz*, ossia del potere di decidere sulla propria competenza, ed avendo le sentenze della Corte a norma degli artt. 280 e 299 TFUE efficacia di giudicato negli Stati membri;
- (ii) qualora analoga questione sorga, invece, nell'ambito di una controversia pendente dinanzi a un giudice nazionale che, al contempo, sia giudice di ultima istanza, e si tratti di questione dubbia sulla quale la Corte di giustizia non si sia ancora pronunciata, il giudice nazionale a norma dell'art. 267, terzo comma, TFUE, è tenuto a sollevare questione

pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, la cui pronuncia crea l'obbligo del giudice nazionale di uniformarsi ad essa, e l'eventuale violazione di tale obbligo vizierebbe la sentenza secondo la disciplina processuale dell'ordinamento interno e, al contempo, darebbe luogo ad una procedura di infrazione nei confronti dello Stato di cui quel giudice è organo.

Il caso di specie rientra nell'ipotesi *sub* (ii), con la conseguenza, anticipata sopra *sub* 6.1., per cui, a fronte del responso fornito dalla Corte di giustizia con la sentenza del 19 dicembre 2018, s'impone la declaratoria d'inammissibilità dei ricorsi in ottemperanza.

Al contempo, dalle considerazioni sopra svolte consegue la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata con riguardo all'istituto della *translatio iudicii*, inapplicabile ai rapporti tra giudice nazionale e Corte di giustizia dell'Unione, che trova la propria fonte di disciplina nell' art. 267 TFUE, con la precisazione che, come rilevato sopra *sub* 6.3.1., resta rimessa al giudice *ad quem* (ossia, alla Corte di giustizia dell'Unione) ogni questione relativa all'individuazione del momento a cui ancorare gli effetti sostanziali e processuali della domanda 'trasposta' in sede europea, per quanto ritenuta rilevante ai fini della decisione.

6.4. Conclusivamente, per le ragioni tutte sopra esposte, in aderenza alla sentenza resa dalla Corte di giustizia UE del 19 dicembre 2018 (C-219/17) sulle questioni pregiudiziali sollevate da questa Sezione con l'ordinanza n. 1805/2017, i ricorsi in ottemperanza devono essere dichiarati inammissibili.

7. Tenuto conto della novità della questione centrale risolutiva della presente controversia, per la prima volta affrontata *ex professo* dalla Corte di giustizia UE nella sentenza resa nell'ambito del presente giudizio, si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese di causa interamente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronuncian-

do sui ricorsi in ottemperanza, come in epigrafe proposti e tra di loro riuniti (ricorsi n. 8163 del 2016 e n. 8711 del 2016), li dichiara inammissibili nei sensi di cui in motivazione; dichiara le spese di causa interamente compensate tra tutte le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2019, con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

L'ESTENSORE

Bernhard Lageder

IL PRESIDENTE

Sergio De Felice

IL SINDACATO GIUDIZIALE SUGLI ATTI PREPARATORI DELLE PROCEDURE DI AUTORIZZAZIONE ALL'ACQUISIZIONE DI PARTECIPAZIONI QUALIFICATE: IL CASO BERLUSCONI *

(Judicial review of national preparatory measures in the procedure for authorising acquisitions of qualifying holdings: the Berlusconi case-law)

SOMMARIO: 1. - Premessa. 2. - Il tema del sindacato sugli atti preparatori nelle procedure di vigilanza ascendenti. 3. - Il caso esaminato dalle Corti. 4. - Un cenno alla causa pendente al Tribunale UE. 5. - La pronuncia della Corte di giustizia. 6. - La pronuncia del Consiglio di Stato. 7. – Conclusioni.

1. Con la sentenza del Consiglio di Stato del 3 maggio 2019, n. 2890, si chiude un ulteriore capitolo dell'annosa controversia sul diniego di autorizzazione all'acquisto indiretto di una partecipazione qualificata in Banca Mediolanum S.p.A. che era stato opposto a Silvio Berlusconi per la perdita del requisito reputazionale previsto dalla Dir. 2007/44/UE e dalle relative *Joint Guidelines* a seguito della sua condanna definitiva per il reato di frode fiscale.

La pronuncia del giudice amministrativo di appello fa seguito alla pronuncia della Corte di giustizia europea (C.G.U.E., 19 dicembre 2018, *Berlusconi e Fininvest*, C-219/17) che, pochi mesi prima, aveva chiarito la competenza giurisdizionale sugli atti preliminari e preparatori alla decisione finale in materia di autorizzazioni spettante alla BCE e ne costituisce una convincente, quanto doverosa, presa d'atto.

Per giungere alla conseguente declaratoria dell'inammissibilità dei ricorsi proposti da Berlusconi e dalla Fininvest per l'accertamento della nullità degli atti preparatori compiuti dalla Banca d'Italia, in ragione di un preteso contrasto con quanto statuito in

*Contributo approvato dai revisori.

una precedente sentenza dello stesso giudice amministrativo, il Consiglio di Stato ha dovuto superare una serie di questioni pregiudiziali.

Infatti i ricorrenti, nel proseguire il giudizio che era stato sospeso in attesa della decisione della Corte di giustizia, avevano prospettato l'illegittimità costituzionale della legge di ratifica ed esecuzione del T.F.U.E., sostenendo la necessità di applicare la c.d. teoria dei controlimiti¹, perché l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia avrebbe finito per cancellare il controllo sul rispetto dei limiti oggettivi del giudicato, con conseguente lesione del fondamentale principio di effettività della tutela giurisdizionale; in subordine, avevano chiesto che venisse disposta la *translatio iudicii* della controversia in favore del giudice europeo, con salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda, previa rimessione alla Corte Costituzionale di un'apposita questione di legittimità dell'art. 11 c.p.a., ovvero previo ulteriore rinvio alla Corte di giustizia per l'interpretazione degli artt. 47 della Carta dei diritti fondamentali della U.E. e dell'art. 4, paragrafo 3, del T.U.E.; in via ulteriormente subordinata, infine, avevano chiesto un ulteriore rinvio alla Corte di giustizia perché chiarisse le modalità di attuazione degli effetti scaturenti dalla sua sentenza del 19 dicembre 2018.

Quest'ultima decisione del Consiglio di Stato è venuta ad arricchire, con le sue considerazioni, un panorama giurisprudenziale già complesso, cui si aggiungerà un ulteriore tassello quando ad essere definito sarà anche l'ultimo procedimento giudiziario che, per quella vicenda, pende al Tribunale dell'Unione europea.

Cogliendo l'occasione offerta da questa recente pronuncia del giudice ammini-

¹In sintesi, per tutti ed in senso critico, GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti, Milano, 2018, pag. 133 ss. ed ivi, pag. 143, indicazioni bibliografiche essenziali. E poiché il Consiglio di Stato accenna, in proposito, all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017, adottata a seguito ed in relazione alla nota sentenza della CGUE (Grande Sezione), 8 settembre 2015, *Taricco*, C-105/14, si veda al riguardo, da ultimo, DI FEDERICO, *Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della 'regola Taricco' nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE*, in *Federalismi*, n. 4/2019, ed ivi bibliografia.

strativo, qui ci si vuole brevemente soffermare su questi arresti e, in particolare, sulla decisione della Corte di giustizia, per la sua indubbia rilevanza chiarificatrice.

2. Il tema generale è quello delle forme di revisione giudiziale delle decisioni in materia di vigilanza, dopo l'istituzione del Meccanismo di vigilanza unico sugli enti creditizi (MVU), e degli organi preposti ad assicurare ai destinatari di quelle decisioni la protezione giudiziale effettiva garantita dall'art. 47, § 1, della Carta dei diritti fondamentali della U.E.

Si tratta di un tema additato già all'indomani dell'avvio del Meccanismo unico², ma non nuovo in un contesto nel quale si sono moltiplicate, nel corso degli anni, le ipotesi in cui l'applicazione del diritto comunitario è stata affidata a forme di coamministrazione³, reti di amministrazioni⁴ e altri modelli di coordinamento e

²Cfr. WISSINK, DUIJKERSLOOT, WIDDERSHOVEN, *Shifts in Competences between Member States and the EU in the New Supervisory System for Credit Institutions and their Consequences for Judicial Protection*, in *Utrecht Law Review*, Vol. 10, n. 5 (2014), pag. 92 ss.; GUARRACINO, *Le "procedure comuni" nel meccanismo di vigilanza unico sugli enti creditizi: profili sostanziali e giurisdizionali*, RTDE, 2014, pag. 275 ss.

³Per tutti, FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1992, II ed. 1993; CHITI, FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003; DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in *Il procedimento amministrativo europeo*, a cura di Bignami e Cassese, Milano, 2004, pag. 307 ss.; ZILLER, *Introduction: les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et the coadministration et les fondements du droit administrative européen*, in Auby, Dutheil de la Rochère J., *Droit administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pag. 235; MASTRODONATO, *Procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Bari, 2008; MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti, cit., pag. 343 ss.;

⁴Sulle strutture a rete in contrapposizione ad un modello organizzativo di tipo gerarchico e chiuso, CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in *L'Europa delle reti*, a cura di Predieri e Morisi, Torino, 2001, pag. 43 ss.; sull'uso delle reti per la realizzazione delle politiche dell'Unione, CRAIG, *Shared Administration and Networks: Global and EU perspectives*, in *Oxford Legal Studies Research Paper* n. 6/2009 (anche in ANTHONY, AUBY, MORISON, ZWART (eds), *Values in Global Administrative Law, Essays in Honour of Spyridon Flogaitis and Gerard Timsit*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pag. 81 ss.; sul fenomeno delle reti europee di regolatori, COEN, THATCHER, *Network governance and multi-level delegation: European Networks of Regulatory Agencies*, in *Journal of Public Policy*, 2008, 28(1), pag. 49 ss.

d'integrazione, organizzativa e funzionale, tra apparati nazionali ed europei⁵, superando la tradizionale alternativa tra amministrazione diretta e indiretta.

Col diffondersi di quelle forme la dottrina più attenta si era impegnata nella concettualizzazione dei nuovi modelli di amministrazione condivisa⁶, non mancando di prestare attenzione alle ricadute di quei fenomeni sugli strumenti di tutela giudiziale⁷.

E' naturale, allora, che più di recente ci si sia interrogati anche sulle tutele prestate ai destinatari dei provvedimenti adottati dalla BCE all'interno del MVU⁸.

Il tema specifico affrontato dalle decisioni in rassegna, nell'ambito di quella cornice, è quello delle modalità del sindacato giudiziale sugli atti preparatori nelle procedure di vigilanza ascendenti in cui alle autorità nazionali competenti (ANC) sono rimesse mere funzioni preparatorie ed istruttorie della decisione della BCE.

3. - La complessa vicenda giudiziaria in cui esse si inseriscono trae origine dal fatto che, alcuni mesi dopo la condanna in via definitiva di Berlusconi per il reato di frode fiscale, il D.lgs. 4 marzo 2014, n. 53, aveva esteso alle società di partecipazione finanzia-

⁵Per tutti, GALETTA, *Coamministrazione, reti di amministrazioni, Verwaltungsverbund: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di "cooperazione amministrativa" dell'art. 10 TCE, per definire il fenomeno dell'amministrazione intrecciata?*, Riv. it. dir. pubbl. com., 2009, 6, pag. 1689 ss.

⁶Secondo TRONDAL & BAUER, *Conceptualizing the European multilevel administrative order: Capturing variation in the European administrative system*, in *European Political Science Review* (2017), 9(1), pag. 75, tuttavia, tutto ciò sarebbe avvenuto approfondendo più gli schemi di queste innovative forme organizzative che le loro conseguenze.

⁷Cfr. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni giuridiche soggettive europee*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2004, 5, pag. 1153 ss., ora in *Scritti scelti*, Padova, 2015, pag. 481 ss; CARANTA, *Coordinamento e divisione dei compiti tra Corte di giustizia delle comunità europee e giudici nazionali nelle ipotesi di coamministrazione: il caso dei prodotti modificati geneticamente (nota a Corte di giustizia delle Comunità europee, Corte plenaria, sentenza 21 marzo 2000, in causa C-6/99)*, in Riv. dir. pubbl. comunit., 2000, 5, pag. 1133 ss.

⁸All'argomento è stato anche dedicato un convegno di studi organizzato presso la Banca d'Italia, che ne ha poi pubblicato gli atti: *Judicial Review in the Banking Union and in the EU Financial Architecture, Conference jointly organized by Banca d'Italia and the European Banking Institute*, Roma, 21 novembre 2017, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n. 84, Giugno 2018.

ria mista i requisiti in materia di onorabilità previsti per gli istituti bancari dall'art. 25 TUB.

Berlusconi, infatti, tramite la controllata Fininvest, deteneva una partecipazione superiore al 30% in una società di partecipazione finanziaria mista - Mediolanum S.p.A. – che, a sua volta, possedeva per l'intero il capitale della Banca Mediolanum S.p.A., società appartenente al conglomerato finanziario Mediolanum di cui quella era capogruppo.

All'indomani del D.lgs. n. 53/14, la Mediolanum S.p.A. fu richiesta di presentare istanza di iscrizione nell'albo dei gruppi bancari allegando la documentazione necessaria a provare i requisiti prescritti per i detentori di partecipazioni qualificate al proprio capitale (cioè superiori al 9,99%), ai fini delle relative autorizzazioni.

Nel procedere, quindi, all'iscrizione della Mediolanum nell'albo, la Banca d'Italia ritenne, però, che, in ragione della condanna, Berlusconi avesse perso il requisito di onorabilità e, con esso, il requisito di reputazione previsto dalla dir. 2007/44/UE e dalle relative linee guida.

Con provvedimento del 7 ottobre 2014, pertanto, respinse l'istanza di autorizzazione formulata per suo conto da Fininvest e dispose la sospensione dei diritti di voto e l'alienazione delle partecipazioni eccedenti la soglia del 9,999% detenute in Mediolanum S.p.A. (destinate ad essere trasferite ad un trust di apposita costituzione).

La decisione venne impugnata con ricorso straordinario al Capo dello Stato, traspeso poi dinanzi al T.A.R. Lazio, per sostenere, in buona sostanza, che la perdita, prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, di un requisito che all'epoca la disciplina di settore non richiedeva per le società di partecipazione finanziaria mista capogruppo non potesse avere rilevanza per la conservazione della partecipazione già posseduta.

Il Giudice di primo grado respinse il ricorso (T.A.R. Lazio, sez. III, 5 giugno 2015 n. 7966), ritenendo che l'applicazione di un parametro più ristretto, corrispondente ai soli

requisiti di onorabilità di cui agli artt. 25 TUB e 1 D.M. 144/1998, alla situazioni di detenzione pregressa (rispetto alle quali, per la tesi disattesa dal TAR, non si sarebbe potuto applicare il parametro più ampio della “reputazione”) avrebbe determinato un’ingiustificata disparità di trattamento tra le due situazioni dell’acquisito e della detenzione in atto, pur essendo, a suo avviso, evidente che il parametro di valutazione dei requisiti soggettivi dovesse essere, in entrambi i casi, il medesimo.

In appello, tuttavia, la conclusione del Giudice di secondo grado (C.d.S., sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882) fu di segno opposto, sull’assunto che la dir. 2007/44/UE non interessasse le partecipazioni già detenute (il requisito reputazionale da essa introdotto avrebbe riguardato soltanto chi si trovasse ad acquistare od incrementare partecipazioni e non anche già a detenerle) e che per queste ultime valesse ancora la disciplina transitoria contenuta nell’art. 2 del D.M. n. 144/1998 (che il T.A.R. aveva ritenuto, invece, abrogato), in virtù del richiamo globale al D.M. da parte degli art. 25 e 63 TUB e dell’assenza, nella fonte primaria, di qualsiasi esplicita deroga al principio di irretroattività.

Intanto, però, era intervenuta un’operazione di fusione per “incorporazione inversa” tra Mediolanum S.p.A. e Banca Mediolanum, autorizzata dalla Banca d’Italia con provvedimento del 21 luglio 2015, che aveva fatto sì che la Fininvest si trovasse ad essere titolare di una partecipazione qualificata nella banca; sicché la Banca d’Italia, con provvedimento del 23 luglio 2015, confermò il provvedimento del 7 ottobre 2014 precisando che l’obbligo di alienazione doveva intendersi riferito alle azioni di Banca Mediolanum che, in esito alla fusione, sarebbero state assegnate alla Fininvest in cambio delle azioni della società Mediolanum.

Così, un mese dopo la pubblicazione della sentenza con la quale il Consiglio di Stato aveva annullato il suo provvedimento del 7 ottobre 2014, la Banca d’Italia comunicò alla BCE il mutato stato delle cose, suggerendo che la Fininvest avrebbe dovuto pre-

sentare un'istanza di autorizzazione in relazione alla sua partecipazione qualificata in Banca Mediolanum; e, una volta ricevute indicazioni in tal senso dalla BCE, chiese alla Fininvest, con nota del 14 luglio 2016, di presentare istanza di autorizzazione entro quindici giorni.

Non avendo la Fininvest provveduto alla presentazione dell'istanza, il 3 agosto 2016 la Banca d'Italia avviò d'ufficio il procedimento autorizzativo, dando espresso avviso che la competenza all'adozione della decisione finale sarebbe spettata alla BCE ai sensi del Regolamento sul Meccanismo di vigilanza unico.

Il 23 settembre 2016 la Banca d'Italia trasmise alla BCE una proposta di decisione negativa, in ragione della carenza dei requisiti reputazionali di cui all'art. 23, paragrafo 1, lettera a), della CRD IV in capo a Berlusconi, socio di controllo della Fininvest ed acquirente indiretto della partecipazione in Banca Mediolanum, ed infine, il 25 ottobre 2016, la BCE adottò la sua decisione finale, contraria all'acquisizione per la sussistenza di fondati dubbi sull'onorabilità degli acquirenti.

Su questa base, l'11 aprile 2017 la Banca d'Italia intimò alla Fininvest e, indirettamente, a Berlusconi di alienare, entro diciotto mesi, la quota eccedente il 9,99% della partecipazione detenuta in Banca Mediolanum S.p.A.

La Fininvest e Berlusconi sono insorti avverso l'esito sfavorevole di questa vicenda, nell'ordine, coi seguenti rimedi: (i) due paralleli ricorsi di ottemperanza dinanzi al Consiglio di Stato, adducendo la nullità degli atti della Banca d'Italia preparatori della decisione della BCE, in quanto adottati in violazione o elusione del giudicato formatosi sulla sentenza n. 882 del 2016 dello stesso Consiglio di Stato; (ii) un ricorso al Tribunale dell'Unione europea (causa T-913/16)⁹ per l'annullamento della decisione adottata dalla BCE; (ii) un nuovo ricorso al T.A.R. del Lazio, per ottenere l'annullamento dell'intimazio-

⁹Una sintesi dei motivi di ricorso può essere letta nella G.U. dell'Unione europea del 27 febbraio 2017, C 63.

ne alla dismissione della quota eccedentaria della propria partecipazione qualificata.

Il T.A.R. del Lazio ha accolto in sede cautelare¹⁰ l'istanza di sospensione della decorrenza del termine per la dismissione della partecipazione qualificata, fissato con il provvedimento impugnato, e, allo stesso tempo, ha sospeso il giudizio per pregiudizialità¹¹, fino alla definizione del ricorso innanzi al Tribunale dell'U.E., tuttora pendente.

Il Consiglio di Stato, riuniti i due ricorsi di ottemperanza, ha inizialmente proposto una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (C.d.S., sez. VI, ord. 14 aprile 2017 n. 1805) per chiederle «*in sostanza, se l'articolo 263 TFUE debba essere interpretato nel senso che esso osta a che gli organi giurisdizionali nazionali esercitino un controllo sulla legittimità degli atti di avvio, preparatori e di proposta non vincolante adottati dalle ANC nell'ambito della procedura prevista agli articoli 22 e 23 della direttiva CRD IV, all'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), e all'articolo 15 del regolamento MVU, nonché agli articoli da 85 a 87 del regolamento quadro sull'MVU, e se la risposta a tale questione sia diversa qualora un giudice nazionale venga investito di un'azione specifica di nullità per asserita violazione del giudicato formatosi su una decisione giudiziaria nazionale*» (così la questione è stata riassunta nella decisione della Corte europea).

La Corte di giustizia, come visto, si è pronunciata sulla questione pregiudiziale con la sentenza del 19 dicembre 2018 ed il Consiglio di Stato ha dichiarato l'inammissibilità dei ricorsi di ottemperanza con la sentenza del 3 maggio 2019.

Restano ancora da definire i giudizi pendenti davanti al Tribunale dell'U.E. ed al TAR del Lazio.

4. – I ricorsi di ottemperanza davanti al Consiglio di Stato, dunque, miravano alla

¹⁰Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II bis, ord. 17 aprile 2018, n. 2286.

¹¹In quanto “[i]l provvedimento impugnato presuppone la validità della decisione della Banca centrale europea del 25 ottobre 2016 con cui l'Autorità di vigilanza europea si è opposta all'acquisizione, da parte dei ricorrenti, di una partecipazione qualificata nella Banca Mediolanum” (TAR Lazio, ord. cit.).

caducazione diretta degli atti della fase ascendente della procedura (comune) di vigilanza¹², in ragione del loro preteso contrasto con un precedente giudicato di diritto interno, e la domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Consiglio di Stato alla Corte di giustizia dell'UE riguardava la sindacabilità di quegli atti davanti al giudice nazionale.

Il giudizio pendente davanti al Tribunale dell'UE, invece, investe direttamente la decisione adottata dalla BCE e concerne, ancora, la questione del rispetto del principio dell'autorità di cosa giudicata formatasi sulla suddetta decisione del Consiglio di Stato del 2016, oltre che l'applicazione da parte della BCE delle norme nazionali di recepimento della CRD IV¹³ ed altre, pur rilevanti, questioni, sulle quali non mette conto qui soffermarsi.

5. – La Corte di giustizia ha escluso in maniera recisa che gli organi giurisdizionali nazionali possano sindacare la legittimità degli atti, non vincolanti, adottati dalle ANC nell'ambito delle procedure di vigilanza della BCE, escludendo che questa conclusione

¹²Il regolamento della BCE n. 468/2014 (regolamento quadro sull'MVU) distingue le «procedure di vigilanza della BCE», che sono quelle finalizzate all'adozione delle decisioni di vigilanza della BCE, dalle «procedure di vigilanza delle ANC», che sono quelle finalizzate all'adozione delle decisioni di vigilanza di competenza delle ANC; distingue poi, nell'ambito delle procedure di vigilanza della BCE, le cc.dd. «procedure comuni» (art. 2, n. 3, reg. cit.), denominate “comuni” perché relative all'esercizio di funzioni che spettano in via esclusiva alla BCE nei confronti, indistintamente, di tutti i soggetti vigilati, senza alcuna distinzione tra soggetti di maggiore o minore significatività (i casi sono quelli del rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività, della revoca dell'autorizzazione e della valutazione prudenziale di acquisizioni e cessioni di partecipazioni rilevanti negli enti creditizi).

Quanto alla disciplina, per le procedure di vigilanza della BCE vigono una disciplina generale relativa a tutte le procedure di vigilanza della BCE (parte III del regolamento quadro, artt. 19-38) ed una disciplina specifica per le “procedure comuni” (contenuta nella parte V del regolamento quadro, artt. 73-88).

Le procedure di vigilanza delle ANC e i segmenti domestici delle procedure di vigilanza della BCE restano soggetti al diritto nazionale.

¹³Sul tema del sindacato giurisdizionale sul provvedimento della BCE che faccia applicazione del diritto nazionale, ai sensi dell'art. 4, § 3, reg. UE 1024/2013 - che ciò avvenga in una delle procedure di vigilanza ad essa interamente riservate ovvero nell'ambito di una procedura mista in cui intervengano anche le autorità nazionali competenti – si sofferma MAGLIARI, *Il Single Supervisory Mechanism e l'applicazione dei diritti nazionali da parte della Banca centrale europea*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2015, pp. 1349 ss.

possa soffrire eccezione per il solo fatto che il loro sindacato sia richiesto in relazione ad un'asserita violazione di un giudicato formatosi su una decisione del giudice nazionale.

La premessa maggiore del ragionamento della Corte¹⁴ è che la competenza esclusiva al controllo di legittimità sugli atti dell'Unione spetta al giudice dell'Unione (art. 263 TFUE); la premessa minore è che anche le decisioni finali adottate dalla BCE sono atti delle istituzioni dell'Unione, senza che questa loro qualificazione possa essere revocata in dubbio solo perché vi sia un coinvolgimento delle autorità nazionali nel procedimento che conduce alla loro adozione; la conclusione è che, pertanto, solo il giudice dell'Unione è competente a valutare la legittimità delle decisioni della BCE.

Questa sua competenza si estende al sindacato, incidentale, degli eventuali vizi degli atti preparatori emanati dalle autorità nazionali che possano inficiare la legittimità della decisione della BCE, esclusa ogni competenza degli organi giurisdizionali nazionali a conoscere di detti atti.

La Corte lo giustifica sostenendo che la preclusione, per il giudice nazionale, alla revisione giudiziale di atti pur sempre emanati da autorità del suo stesso Stato di appartenenza discende da una lettura dell'articolo 263 TFUE condotta alla luce del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, § 3, TUE.

Secondo la Corte, infatti, quando il legislatore dell'Unione opta per una procedura amministrativa che prevede l'adozione, da parte delle autorità nazionali, di atti preparatori di una decisione finale di un'istituzione dell'Unione, lo stesso *"intende stabilire, tra tale istituzione e tali autorità nazionali, un meccanismo particolare di collaborazione fondato sulla competenza decisionale esclusiva dell'istituzione dell'Unione"*; e per la Corte l'efficacia di un tale processo decisionale presuppone di necessità un controllo giurisdizionale unico, esercitato dagli organi giurisdizionali dell'U.E. sull'unica decisione

¹⁴Svolto ai punti 40 - 59 della decisione e che qui si cerca di ricostruire nella sua logica, senza attenersi necessariamente all'ordine di esposizione nella sentenza.

idonea a produrre effetti in grado di ledere gli interessi del ricorrente.

Il presupposto, avverte la Corte richiamando la sentenza *Svezia c. Commissione* del 18 dicembre 2007, C-64/05, è che gli atti in questione, adottati dalle autorità nazionali, siano soltanto una “*tappa di un procedimento nel quale un’istituzione dell’Unione esercita, da sola, il potere decisionale finale senza essere vincolata agli atti preparatori o alle proposte avanzate dalle autorità nazionali*”, poiché, se così non fosse, la decisione sarebbe adottata nella sostanza dall’autorità nazionale, attraverso un atto capace di determinare i termini conclusivi dell’adottanda decisione dell’istituzione dell’Unione, e che perciò, per la giurisprudenza della Corte, sarebbe soggetto esclusivamente al sindacato del giudice nazionale (sentenza *Oleificio Borrelli c. Commissione* del 3 dicembre 1992, C-97/91).

Viene così ad essere scongiurato il pericolo¹⁵ che l’impugnazione degli atti preparatori adottati dalle ANC possa costituire il cavallo di Troia per condizionare al sindacato del giudice dello Stato membro di insediamento le decisioni nei confronti degli enti creditizi assunte della BCE esercitando il potere ultimo di decisione finale che ad essa spetta.

La Corte ne trae un vero e proprio “*imperativo di unicità del controllo giurisdizionale*” (§ 51) e sulla base di questa regola aurea perviene, pianamente, ad escludere ogni competenza giurisdizionale nazionale sugli atti preparatori (non vincolanti) delle deci-

¹⁵Lucidamente additato nelle *Conclusioni* dell’Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona presentate il 27 giugno 2018, dove si nota (al punto 110) che, se potessero pronunciarsi sui meri atti preparatori adottati dalle ANC, i giudici nazionali, in realtà, assumerebbero il controllo materiale di decisioni che competono alla BCE. Una simile evenienza, avverte ancora l’Avvocato generale, potrebbe condurre a situazioni paradossali, come nel caso in cui la decisione del giudice nazionale su un atto preparatorio dell’ANC, avente il medesimo contenuto dell’atto finale della BCE, pervenisse ad una conclusione diversa da quella raggiunta dalla Corte di giustizia in merito a quest’ultimo.

Lo spunto è ripreso dalla Corte, che al punto 50 osserva che un eventuale coesistenza tra mezzi di ricorso nazionali e ricorso ex art. 263 TFUE “non sarebbe scevra da rischi di valutazioni divergenti nell’ambito di uno stesso procedimento e potrebbe, pertanto, mettere in discussione la competenza esclusiva della Corte a statuire sulla legittimità di tale decisione finale, in particolare quando quest’ultima accolga l’analisi e la proposta di dette autorità”.

sioni della BCE, indipendentemente dalle forme e dagli strumenti di tutela che si intendessero far valere avanti al giudice nazionale (compresa l'azione di ottemperanza al giudicato¹⁶).

Sullo sfondo si staglia la fondamentale suddivisione, ribadita dalla Corte in ripetuti arresti¹⁷ ed anche ora richiamata¹⁸, che, nell'ambito dei procedimenti composti che vedono la compartecipazione dell'autorità nazionale e dell'autorità europea, distingue i casi in cui il diritto dell'Unione instaura tra le due autorità una ripartizione di competenze su oggetti distinti, in forza della quale l'autorità nazionale dispone di un proprio potere decisionale che si estrinseca nell'adozione di atti sindacabili solamente dal giudice nazionale, dai casi in cui quel diritto non instaura una separazione tra due competenze, ma istituisce un processo decisionale unico¹⁹ a cui partecipano sia l'autorità nazionale, mediante atti preparatori, sia l'istituzione dell'Unione, depositaria esclusiva del potere di decisione ultimo, e che si conclude con l'adozione di una decisione finale dell'istituzione dell'Unione che è soltanto la Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 263 TFUE, a poter sindacare.

¹⁶La Corte richiama, per analogia, il precedente costituito dalla propria sentenza del 18 luglio 2007, *Lucchini*, C-119/05, che in materia di revoca di aiuti di Stato, rammentando che il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia delle norme di diritto comunitario disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione nazionale contrastante e che la valutazione della compatibilità degli aiuti di Stato è di competenza esclusiva della Commissione che agisce sotto il controllo del giudice comunitario, aveva concluso (al punto 63) che “*il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva*”.

¹⁷Li si veda richiamati a pag. 319, note 7-8, in DI BUCCI, *Quelques questions concernant le contrôle juridictionnel sur le mécanisme de surveillance unique*, in *Liber amicorum Antonio Tizzano - De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, pag. 316 ss., il quale, a proposito delle due situazioni distinte nel testo, parla, nel primo caso, di *procédures composites bipartites* e, nel secondo, di *procédures composites unitaires*.

¹⁸Cfr. punti 43 e 44 della sentenza in rassegna.

¹⁹In questi termini l'ordinanza del Presidente CGUE 13 gennaio 2009, *Occhetto e Parlamento europeo c. Donnici e Repubblica Italiana*, cause riunite C-512/07 P(R) e C-15/08 P(R), punto 53.

Nel caso *Landeskreditbank*²⁰ il Tribunale dell'U.E., come rileva l'Avvocato generale nelle conclusioni rassegnate nel caso *Berlusconi*, già aveva sostenuto che nell'ambito del MVU l'intervento delle ANC risponde alla logica dell'esercizio decentralizzato dei poteri esclusivi della BCE piuttosto che a quella di una ripartizione di competenze²¹.

La Corte si limita ora ad osservare, nel caso specifico e senza operare alcun richiamo alla sentenza del Tribunale, sulla quale pende appello²², che nella procedura di autorizzazione all'acquisizione o aumento di partecipazioni qualificate negli enti creditizi spetta alla BCE la competenza esclusiva a decidere se approvare o meno il progetto di acquisizione al termine della procedura stessa, mentre il ruolo delle autorità nazionali si esaurisce nel registrare le domande di autorizzazione, nel prestare assistenza alla BCE e nel trasmetterle una proposta di decisione non vincolante (di cui non è prescritta la notifica al richiedente, aggiunge la Corte per sottolinearne la natura interna al procedimento ed improduttiva di effetti "di diritto obbligatorio" per l'interessato) "*nell'ambito di rapporti informati al principio di leale cooperazione in virtù dell'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento MVU*" (§ 55).

Tanto basta, dunque, per pervenire alla conclusione che ci si trova innanzi a un processo decisionale unico di competenza esclusiva di un'istituzione dell'Unione e che, pertanto, il controllo di validità della decisione finale di quest'ultima compete agli organi

²⁰Tribunale U.E. (Quarta Sezione ampliata), 16 maggio 2017, *Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank c. BCE*, T-122/15.

²¹Conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona cit., punto 104.

Si legge nella sentenza *Landeskreditbank* (punto 54): "*Il Tribunale rileva, in primo luogo, che dall'esame dell'interazione tra le disposizioni dell'articolo 4, paragrafo 1, e quelle dell'articolo 6 del regolamento di base, quali esplicitate ai precedenti punti da 20 a 28, emerge che la ratio della relazione tra esse consiste nel consentire che le competenze esclusive delegate alla BCE possano essere attuate in un contesto decentrato, piuttosto che venga organizzata una ripartizione delle competenze tra la BCE e le autorità nazionali in occasione dell'esercizio dei compiti previsti all'articolo 4, paragrafo 1, di tale regolamento. Allo stesso modo, dall'articolo 6, paragrafo 4, secondo comma, del medesimo regolamento discende necessariamente che la BCE è la sola competente ai fini della determinazione delle «circostanze particolari» in cui la vigilanza diretta di un'entità che dovrebbe essere soggetta alla sua sola vigilanza può essere affidata ad un'autorità nazionale».*

²²Causa C-450/17 P.

giurisdizionali dell'Unione in via esclusiva, compreso l'esercizio, in via incidentale, del sindacato sui possibili vizi degli atti nazionali preparatori che possano inficiare la validità di quella decisione²³.

Va notato, però, che nella giurisprudenza della Corte²⁴ si è posto anche il caso in cui, nell'ambito di un procedimento composto caratterizzato da un processo decisionale di competenza esclusiva di un'istituzione dell'Unione (dunque, del genere soggetto ai principi della giurisprudenza *Svezia c. Commissione*), alla decisione finale di quest'ultima segua un atto applicativo adottato dall'autorità nazionale (in quel caso, un consenso scritto all'immissione in commercio di un prodotto contenente OGM, obbligatorio in caso di decisione favorevole della Commissione europea all'esito dell'apposito procedimento), rispetto al quale sorga una questione di invalidità a catena che, a ritroso, risalga fino all'atto nazionale che costituisce il presupposto della stessa decisione

²³Si noti che nell'altra tipologia di procedimenti complessi, cioè quella dei procedimenti composti caratterizzati da una (effettiva) ripartizione di competenze tra autorità nazionali ed europee (in definitiva, da procedimenti collegati), in cui la giurisprudenza della Corte riconosce agli organi giurisdizionali nazionali il potere di sindacare la legittimità delle decisioni preparatorie assunte dalle autorità nazionali, per la Corte resta comunque precluso al giudice nazionale valutare le conseguenze che l'invalidità dell'atto preparatorio può produrre sulla decisione finale adottata dall'istituzione europea (sentenza *Oleificio Borrelli*, punto 12; ordinanza *Occhetto*, punto 50) e, quindi, anche determinare le conseguenze per quell'atto della propria decisione (DI BUCCI, *Quelques questions* cit., pag. 321).

Nelle conclusioni sul caso *Berlusconi* l'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona osserva - con riferimento al fatto che in questo modo la Corte avrebbe escluso, per questa tipologia di procedimenti composti, che un atto dell'Unione possa essere inficiato dall'illegittimità di un atto nazionale - che “[t]ale soluzione, apparentemente illogica, è stata giustificata con la necessità di impedire che atti amministrativi dell'Unione potessero risultare invalidi a causa dell'annullamento, da parte dei giudici nazionali, di atti amministrativi anch'essi nazionali, per violazione di norme parimenti nazionali” (punto 66).

²⁴Una ricognizione della giurisprudenza della Corte in materia di procedimenti composti è contenuta nelle conclusioni formulate dall'Avvocato generale sul caso *Berlusconi* (punti 64-79), che distingue i precedenti riconducibili nell'alveo della giurisprudenza *Oleificio Borrelli* e quelli rientranti nel filone della giurisprudenza *Svezia c. Commissione* (rispettivamente concernenti, dunque, i casi di *procédures composites bipartites* e quelli di *procédures composites unitaires*, secondo la terminologia che si è vista adoperata nel saggio di DI BUCCI, *Quelques questions* cit.)

Un'interessante rassegna giurisprudenziale sul tema è anche in BRESCIA MORRA, *The Interplay between the ECB and NCAs in the “common procedures” under the SSM Regulation: are there gaps in legal protection?*, in *Judicial Review in the Banking Union* cit., pag. 86 ss., 90 ss.

dell'istituzione europea.

In tal caso, secondo la Corte, l'atto applicativo nazionale va contestato davanti al giudice nazionale, chiedendo di sottoporre alla Corte di giustizia una questione incidentale di validità della decisione dell'istituzione europea ed esponendo le ragioni per cui quest'ultimo atto dovrebbe essere inficiata dal vizio dell'atto nazionale presupposto, atto che spetterebbe al giudice nazionale sindacare²⁵.

Una certa asimmetria con la decisione assunta nel caso *Berlusconi* quanto al richiamato imperativo di unicità del controllo giurisdizionale che imporrebbe la sottrazione al giudice nazionale anche del sindacato sugli atti nazionali a monte pare evidente e quanto ciò possa trovare giustificazione in una effettiva diversità del meccanismo di collaborazione tra istituzione europea competente e autorità nazionale, in un'evoluzione della giurisprudenza della Corte o, più semplicemente, in una sensibilità al tema accentuata dalla materia appare tutto da verificare.

6. – Il Consiglio di Stato, preso atto dell'affermazione della competenza giurisdizionale esclusiva del giudice dell'Unione a conoscere di tutti gli atti del procedimento preordinati al provvedimento finale attribuito alla competenza esclusiva della BCE, compresi quelli compiuti dall'autorità nazionale, e di tutti i tipi di vizi al riguardo prospettabili, vi ha rinvenuto una *ratio decidendi* improntata alla garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale che la pronuncia della Corte di giustizia tenderebbe a raffor-

²⁵Il riferimento è alla sentenza del 21 marzo 2000, *Association Greenpeace France e a.*, C-6/99, punti 48-57.

In relazione all'atto presupposto (in quel caso il parere favorevole dell'autorità nazionale competente fondato sui risultati dell'esame della notifica previsto dall'art. 12, n. 2, della direttiva 90/220) vi si afferma, punto 53, che “*Trattandosi dell'atto adottato da un'autorità nazionale, spetta ai giudici nazionali statuire sulla regolarità dell'esame della notifica previsto dall'art. 12, n. 1, della direttiva 90/220 nonché sulle conseguenze che le eventuali irregolarità nello svolgimento di tale esame potrebbero comportare sulla legittimità della decisione adottata dall'autorità competente di trasmettere il fascicolo alla Commissione con parere favorevole, ai sensi dell'art. 12, n. 2, lett. a), di tale direttiva*”.

zare; e, da altro lato, ha osservato che la deducibilità innanzi al giudice dell'Unione europea di tutti i vizi degli atti propulsivi, preparatori e di proposta non vincolante idonei ad inficiare la validità della decisione conclusiva della BCE escluda che quella concentrazione possa risolversi in sostanziale «cancellazione» di uno specifico rimedio giurisdizionale apprestato dall'ordinamento nazionale (nel caso di specie, il ricorso in ottemperanza), stante la trasposizione dell'intera materia del contendere davanti agli organi giurisdizionali europei (come in effetti avvenuto, nel caso Berlusconi, attraverso la causa T-913/16).

Il Consiglio, dunque, ha giudicato irrilevante e manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dai ricorrenti con richiamo alla teoria dei controlimiti, nonché, con ampia motivazione, irrilevanti e manifestamente infondate le questioni di pregiudizialità costituzionale e comunitaria dagli stessi sollevate con riferimento all'istituto della *translatio iudicii*.

7. – Le due Corti hanno posto una pietra tombale sul tentativo di “nazionalizzare” le controversie in materia di provvedimenti di vigilanza assunti dalla BCE.

Le ragioni giuridiche offerte dalla Corte a giustificazione della sua decisione appaiono uno sviluppo coerente della sua giurisprudenza, tanto che ben difficilmente si sarebbe potuto preconizzare un esito diverso della causa, anche se la costruzione casistica di un sistema coerente di tutela si mostra talora faticosa e, come si è accennato, di certo non scevra da incertezze.

Su un diverso piano, non era pensabile che la Corte rinunciasse al pieno controllo su una costruzione quale il *Single Supervisory Mechanism* diretta all'accentramento delle funzioni e delle responsabilità in un settore centrale per l'economia dell'Unione europea.

La presa d'atto del Consiglio di Stato era doverosa, in un sistema di relazioni qua-

le quello attuale, e una nuova rimessione alla Corte di giustizia perché chiarisse quanto da essa già ampiamente chiarito era con tutta evidenza ingiustificata, né la prospettata questione di legittimità costituzionale poteva trovare spazi, per le ragioni analiticamente esposte in sentenza.

Spetta ora al Tribunale dell'U.E. esaminare nel merito le questioni sostanziali agitate in giudizio e la sua decisione offrirà, di sicuro, nuovi spunti di riflessione su un sistema tuttora in divenire.

Francesco Guarracino

Consigliere di Stato