

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

3 / 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, L. Di Donna, P. Gaggero, F. Moliterni,
I. Sabbatelli, M. Sepe, D. Siclari

PARTE PRIMA

ARTICOLI

RAFFAELE LENER – <i>Tecnologie e attività finanziaria</i> (Recent Developments of Fintech).....	267
ROBERTO NATOLI – <i>Frazionamento della filiera produttiva e regole del contratto</i> (Splitting Up the Supply-Chain and the Law of Contract).....	287
BRUNELLA RUSSO – <i>Il sistema bancario vaticano nel quadro delle disposizioni antiriciclaggio</i> (The vatican banking system in the framework of anti-money laundering provisions).....	297

VARIETÀ

PATRIZIO MESSINA – <i>Leasing finanziario: novità legislative e orientamenti giurisprudenziali</i> (Financial leasing: regulatory innovations and most recent case law)	356
---	-----

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

FRANCESCO CAPRIGLIONE – <i>Professore iussu iudicis in una ‘strana’ sentenza del Consiglio di Stato</i> (Professor <i>iussu iudicis</i> in a "weird" decision of the State Council), nota a sentenza del Consiglio di Stato n. 7544 del 5 novembre 2019.....	77
ANNA MARIA PANCALLO – <i>Quale futuro per polizze linked? Una riflessione alla luce della sentenza n. 6319/2019 della Corte di Cassazione</i> (What future for linked policies? A reflection in the light of sentence n. 6319/2019 of the Court of Cassation), nota a sentenza della Corte di Cassazione n. 6319 del Consiglio di Stato del 5 marzo 2019.....	97

PARTE PRIMA

ARTICOLI

TECNOLOGIE E ATTIVITÀ FINANZIARIA *

(Recent Developments of Fintech)

ABSTRACT: *Fintech is a phenomenon in continuous evolution, which cannot be enclosed in a static definition. In fact, within this phenomenon we find a series of methodologies and tools with which financial products are built and offered to the public. Today there are very few financial services who have not moved about in a technological sense. The first emergence front was certainly the robo-advice. Alongside this, we have to consider all the platforms that, thanks to the internet, facilitate the meeting of companies and financiers, giving rise to the various types of crowd-funding. Supervisors, not only in Italy, look at the phenomenon with interest but also with concern. The doubts regard, on the one hand, the quantitative management algorithms, which are used to evaluate the investments, and, on the other, the qualitative management algorithms, which are used to draw the customer profile. More generally, however, regulators' fears are linked to the possibility that new non-regulated operators enter markets that in principle are characterized by the reserve of activity in favor of supervised entities and the collection and conservation of large amounts of data, the so-called bigdata, with potential violation of privacy and competition rules.*

SOMMARIO: 1. Premessa – Lo sviluppo del Fintech. - 2. La consulenza “digitale”. - 3. Il mercato delle piattaforme e i *sandbox*. - 4. I c.d. *Bid Data*. - 5. *Blockchain* e *Distributed Ledger Technologies* (DLT). - 5.1 DLT e infrastrutture di negoziazione. - 6. *Gli Smart contract*. - 7. Le criptovalute e i giudici (italiani).

1. Sono una decina di anni che anche in Italia la scienza giuseconomica si in-

*Relazione al 14° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi di Diritto Civile – SISDIC, Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia, Napoli 9-11 maggio 2019.

terroga sull'eterogeneo fenomeno del Fintech. Tuttavia non c'è, e forse non ha neppure senso cercarla, una definizione universalmente riconosciuta del fenomeno, idonea a racchiudere in sé le variegate modalità in cui esso si manifesta. Ci dobbiamo accontentare di una mera esegesi letterale della locuzione, che peraltro si limita a indicare la sussistenza di un collegamento applicativo-funzionale tra tecnologia (*Tech*) e finanza (*Fin*).

In realtà il Fintech è per sua natura fenomeno in continua evoluzione, non racchiudibile in un *contenitore* e non definibile in modo statico.

Questo fenomeno rappresenta, infatti, lo sviluppo e il progredire di 'metodologie' con le quali si costruiscono e si offrono al pubblico servizi finanziari.

L'area dei servizi finanziari si è invero dimostrata particolarmente fertile per le nuovissime tecnologie; sono infatti pochi i servizi che non si sono "evoluti" in senso *tecnologico*; anche quelli in cui l'attività intellettuale umana e il contatto personale erano tradizionalmente ritenuti essenziali hanno subito fortissimi cambiamenti.

Si pensi alla nascita dei primi "consulenti robot", i *c.d. robo-advisor*, o allo sviluppo su scala sempre più ampia di piattaforme che, grazie alla rete internet, facilitano l'incontro di imprese e finanziatori, dando vita alle varie fattispecie di "crowdfunding".

Proprio i fenomeni collegati al *crowdfunding* costituiscono esempio paradigmatico. Nel giro di poco più di cinque anni, grazie all'avvento della tecnologia della *blockchain*, questi sono riusciti ad evolversi così tanto che si ha l'impressione di non riuscire a comprenderli con sufficiente rapidità da poterli regolare *prima* che diventino obsoleti. È infatti già possibile constatare che nel momento in cui, ad esempio, si è riusciti a regolare in modo che si pensava "definitivo" l'*equity crowdfunding*, questo già si mostra in via di superamento.

Fenomeni siffatti portano a cambiamenti così rapidi che anche le tradizionali

tecniche legislative, pur ove basate su una normativa primaria “di principi” integrata da una articolata regolamentazione secondaria attuativa – come nel sistema del Testo unico del 1998 – non possono che cedere il passo a *soft law* o altri strumenti, come le *regulatory sandboxes*, sufficientemente flessibili da permettere anche al legislatore di stare al passo con i tempi.

A prescindere dalle difficoltà di “confinamento” e regolazione del fenomeno, il rapporto tra tecnologia e finanza è ben più risalente rispetto a quanto si tende a credere. Già nel 1967, con l’introduzione degli ATM (*Automatic Teller Machine*), si sono cominciati a vedere i possibili sviluppi dell’integrazione tra automazione e finanza¹. Ai commentatori del tempo la disintermediazione “umana” delle operazioni di prelievo contante suscitò interrogativi molto simili a quelli che oggi pongono fenomeni quali le *cripto-valute* o il *robo-advice*².

Oggi ci sono studiosi che provano a ricostruire *ex post*, in modo inevitabilmente arbitrario, una sorta di percorso evolutivo della tecnologia applicata all’industria finanziaria³, distinguendo fra una fase caratterizzata ancora da un approccio “di tipo analogico”, in cui si ricorre a tecnologie elementari di comunicazione quali il telegrafo o il telefono (1866-1967), una fase successiva, che inizia appunto con i ricordati primi ATM, nella quale si sviluppa una sempre maggiore integrazione dei servizi bancari e finanziari con il mezzo informatico-telematico (1967-2008), e infine il periodo contemporaneo, in cui la prestazione “telematica” di servizi finanziari non è più esclusiva di banche e intermediari del settore, ma è aperta a operatori industriali, sino a poco tempo fa ritenuti estranei al mercato finanziario, quali Google o Amazon ad esempio, che riescono a entrare in mercati caratterizzati

¹Cfr. LERNER, *Mobile Payment*, Wiesbaden, 2013, p. 3.

²Cfr. GIORGI, *Automazione, big data e integrazione funzionale: la necessità di nuova ermeneutica giuridica dei servizi di consulenza finanziaria*, in LENER, *Fintech. Diritto, tecnologia e finanza*, Roma, 2018, p. 62 ss.

³Cfr. ARNER, BARBERIS, BUCKLEY, *The Evolution of Fintech: A New Post-Crisis Paradigm?*, ottobre 2015 University of Hong Kong, Faculty of Law, *Research Paper* no. 2015/047.

in principio dalla riserva di attività a favore di soggetti vigilati e iscritti a un albo grazie a nuovi paradigmi tecnologici.

Questo ingresso incontrollato indubbiamente preoccupa, ma nella dottrina, principalmente angloamericana, non manca chi parla, al riguardo, di un processo di “democratizzazione” dell’offerta di servizi creditizi e di investimento, individuando proprio in questa apertura del mercato derivante dal Fintech una risposta alla crisi finanziaria del 2008⁴.

Si fa notare che l’innovazione tecnologica consente di offrire nuove tipologie di servizi, prodotti, modelli di *business* o di modificarne le modalità di offerta, grazie alla possibilità di processare milioni di operazioni al secondo, con una significativa riduzione dei costi e un potenziale aumento dei profitti⁵, nonché di offrire a tutti il *medesimo* tipo di consulenza. Di nuovo, si dice, potenzialmente maggiore democrazia.

D’altro canto è ovvio che lo sviluppo di simili servizi “automatici”, la sostituzione del giudizio umano con quello algoritmico, lo sfruttamento a tal fine dello sterminato bacino di informazioni costituito dai c.d. *big data* – qualcuno ha parlato al riguardo di “algocrazia”⁶ – alimenta dubbi e preoccupazioni.

Le autorità di vigilanza guardano al fenomeno con attenzione, sia a livello internazionale che domestico, ne riconoscono i pregi, ma ne temono i pericoli. Perplexità e dubbi riguardano tanto gli algoritmi di gestione quantitativa, utilizzati per valutare le quotazioni e i rischi di strumenti finanziari, al fine di una gestione più razionale e meno rischiosa degli investimenti, quanto gli algoritmi di *profilazione* della clientela, che perseguono invece lo scopo di individuare il portafoglio più adeguato al cliente. C’è, in altri termini, la consapevolezza che si debba intervenire, ma una

⁴Per queste riflessioni ancora GIORGI, *Automazione*, cit., p. 63 ss.

⁵Sul punto MATASSOGLIO, ne *I luoghi dell’economia. Le dimensioni delle sovranità*, Torino, 2019.

⁶Il termine è stato usato forse per la prima volta da ANEESH, *Virtual Migration. The Programming of Globalisation*, Duke University Press Book, aprile 2006.

totale incertezza su come farlo.

La Commissione europea, nell'*Action Plan* del 2018, su cui torneremo in seguito, ha più volte ribadito di volere un approccio regolatorio *globale* che poggi su tre principi: proporzionalità, integrità del mercato e, soprattutto, neutralità tecnologica.

Fra questi, il principio di neutralità tecnologica appare particolarmente "rassicurante"⁷, in quanto teoricamente capace di garantire pari condizioni di mercato. Ma non è agevole disegnare norme che davvero lo impongano e consentano di monitorarlo.

Nei fatti, se ci volge a osservare i settori del Fintech nei quali gli algoritmi sono maggiormente utilizzati -in particolare, negoziazione ad alta velocità, consulenza *robotizzata* e valutazione del merito creditizio- si scopre che manca un disegno regolamentare comune e, come vedremo, si tende piuttosto a introdurre discipline specifiche per le singole fattispecie.

Nella prospettiva del giurista, le *smart factories* di questa nuova *rivoluzione industriale* si caratterizzano per la previsione dell'intelligenza artificiale non come mero fattore dell'organizzazione produttiva ma come organizzazione stessa dei fattori produttivi⁸.

La rivoluzione tecnologica consente nuove modalità di organizzazione dei servizi di investimento in cui la relazione tra intermediari e investitori si caratterizza per una decisa sostituzione dell'attività dell'uomo nei processi decisionali attraverso l'utilizzazione degli algoritmi. Invero, i sistemi informatici, *hardware* e *software*, possono automatizzare i processi decisionali delegando alla macchina non solo la mera esecuzione di una operazione ma, processando algoritmi, anche la decisione di compiere una operazione.

⁷Cfr. ancora MATASSOGLIO, *op. cit.*

⁸Sul punto cfr. LUCANTONI, *L'high frequency trading nel prisma della vigilanza algoritmica*, in AGE, in corso di pubblicazione.

Ciò, tuttavia, non implica che l'attività decisionale dell'uomo sia inesistente; la programmabilità, caratteristica tipica di qualsiasi tecnologia che basi il proprio funzionamento su un sistema di algoritmi, comporta che l'essere umano (che sta dietro la macchina) imposti una serie di regole che stabiliscono *a priori* le reazioni della macchina alla ricezione di una determinata informazione.

Grazie a queste regole, il programma agisce inoltrando gli ordini al ricorrere delle condizioni prefissate. Ne risulta che, contrariamente a quanto sembra desumersi dalla espressione "intelligenza artificiale", esiste una attività decisionale umana che però funge da "guida" e "indirizzo" per i compiti e la serie di azioni che verranno poi in concreto svolti dal programma⁹.

L'impatto davvero *dirompente* si coglie dal punto di vista della localizzazione del servizio finanziario. Lo scenario ipotizzabile è, infatti, una *relazione algoritmica delocalizzata* perché non più condizionata dalla presenza fisica, in un dato luogo, dei soggetti, persone fisiche o giuridiche, della relazione finanziaria.

2. La consulenza robotizzata costituisce il settore del Fintech che maggiormente ha impegnato studiosi e regolatori.

Come ben noto, alla luce della direttiva MiFID II possono delinearsi tre diverse tipologie di consulenza, tutte invero declinabili nelle forme del *robo-advice*: quella specifica, personalizzata e relativa a un determinato strumento finanziario e a una operazione ben contestualizzata; quella generica, avente a oggetto una categoria di strumenti finanziari, anziché uno specifico strumento finanziario; e una consulenza di carattere generale, che può riguardare un singolo strumento finanziario e una singola operazione, ma è destinata alla diffusione tramite canali di distribuzione

⁹In argomento cfr. MICHELER, *Regulatory Technology – Replacing Law with Computer Code*, (2018), disponibile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3210962; ZETZSCHE, BUCKLEY, ARNER, BARBERIS, *Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation*, European Banking Institute Working Paper Series No. 11 (2017); T.C.W. LIN, *The New Investor*, in 60 *UCLA L. Rev.* 678 (2013).

o alla comunicazione a un vasto pubblico.

Nel *robo-advice* cosiddetto puro il servizio è in tutte le sue fasi automatizzato; nel servizio di *robo-advisor* ibrido si alternano fasi automatizzate a fasi in cui è prevista l'interazione umana; nel cosiddetto *robo4advisor* il servizio è invece rivolto (non al cliente bensì) ad altro consulente professionale, che utilizza la consulenza così ottenuta per offrire a sua volta un servizio consulenziale al pubblico¹⁰. Ne risulta che solo nel primo caso, *robo-advice* puro, si assiste a una disgiunzione totale della prestazione dal rapporto umano in conseguenza della sua virtualizzazione e della delocalizzazione del servizio reso al cliente.

L'assenza dell'interazione umana pone due ordini di problemi.

Il primo è proprio la consapevolezza del cliente in ordine alla relazione contrattuale che si viene instaurare, ancorché nella prospettiva della *delocalizzazione*, con l'impresa di investimento. La consulenza finanziaria, infatti, integra una attività specifica, riservata a soggetti autorizzati, personalizzata e relativa a un determinato strumento finanziario. Il cliente che entra in contatto, tendenzialmente via *web*, con un sistema automatizzato dovrà così essere posto in condizione di valutare se l'attività di consulenza promossa possa integrare siffatto servizio di investimento, protetto da specifiche regole di condotta a tutela dell'investitore stesso.

La problematica non è tipica del (solo) *robo-advice*; tuttavia la *delocalizzazione* acuisce i rischi di scarsa consapevolezza del cliente proprio a ragione della facile accessibilità e fruibilità degli strumenti finanziari nonché della rapidità del processo.

Poiché il discrimine è rappresentato dalla personalizzazione delle informazioni, qualora il *robo-advisor* fosse in grado di elaborare le informazioni ricevute in

¹⁰Sul tema v. LENER, *La "digitalizzazione" della consulenza finanziaria. Appunti sul c.d. robo-advice*, in *Fintech: Diritto, tecnologia e finanza*, cit., p. 45 ss; PARACAMPO, *La consulenza finanziaria automatizzata*, in PARACAMPO (a cura di), *Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2017, p. 127 ss.; cfr., da ultimo, CONSOB, *La digitalizzazione della consulenza in materia di investimenti finanziari*, Quaderni FinTech, 3 gennaio 2019.

modo da costruire una raccomandazione adeguata alla *profilatura del rischio* del cliente, a lui formulandola come tale, il *robo-advice* configurerebbe una consulenza in materia di investimenti soggetta alla disciplina speciale in materia di autorizzazione e di regole di condotta. Se, invece, la raccomandazione del *robo-advisor* fosse generica e non personalizzata, anche se genericamente riferibile alla *profilatura del rischio* del cliente, saremmo fuori dalla materia disciplinata dal testo unico della finanza e dal regolamento intermediari della Consob.

Un secondo delicato problema è la conformazione del servizio, nella prospettiva *delocalizzata* della modalità *on line*.

A causa dell'assenza dell'interazione umana diretta, infatti, l'acquisizione delle informazioni personali del cliente tramite questionari, in applicazione della *know your customer rule*, presenta complessi profili di rischio di acquisizione di informazioni insufficienti, non veritiere o dell'uso parziale o scorretto delle stesse. Occorre indagare, da un lato, la tipologia di informazioni che devono essere raccolte e la modalità di siffatta raccolta; dall'altro, l'analisi deve essere rivolta alla costruzione dell'algoritmo che dovrà valutare e selezionare il prodotto da offrire al cliente.

Quanto al primo aspetto, la modalità di raccolta scritta delle informazioni tramite questionario e l'assenza di un operatore persona fisica non sembrano, in linea di principio, porsi in contrasto con una corretta acquisizione dei dati, ponendosi (addirittura) in continuità con la prassi degli intermediari di raccogliere i dati sotto forma di questionario in forma scritta.

Le evidenze empiriche peraltro mostrano come il questionario possa rivelarsi uno strumento debole di indagine sul reale profilo del cliente e per tale ragione, anche su indicazioni ricavabili dalla nuova normativa MiFID II, si tende oggi a suggerire un tipo di questionario capace di guardare al *financial behaviour* per catturare le reali attitudini finanziarie del cliente.

Ma un simile approccio non sembra, in linea teorica, compromesso dalla rac-

colta e dalla valutazione *on line* dei dati. Non può, tuttavia, non osservarsi come la presenza fisica del consulente possa favorire la raccolta di risposte più consone alle reali esigenze del cliente, nonché una migliore lettura dei dati e delle informazioni ottenute.

L'altro tema attiene alla strutturazione di un algoritmo adeguato a selezionare le informazioni rilevanti, tanto dal lato cliente, quanto in riferimento ai prodotti finanziari disponibili sul mercato. Il giudizio di adeguatezza in via algoritmica sconta, presumibilmente, qualche rischio derivante dalla mancanza della interazione fisica.

La questione sembra così spostarsi sui profili che consentono al regolatore di valutare la correttezza e l'efficacia delle metodologie adottate nella costruzione dell'algoritmo capace di produrre raccomandazioni di investimento. Una simile valutazione, tuttavia, si rivela tecnicamente non agevole perché tali metodologie sono protette da diritti di privativa e spesso utilizzate da *software house* terze per conto di *robo-advisors*.

Sembra tuttavia opportuno raccomandare ai soggetti abilitati di chiarire in sede di informativa precontrattuale al cliente quale sia la parte di servizio automatizzata, imponendo una descrizione dell'algoritmo ed eventualmente dei soggetti terzi coinvolti nella programmazione e nella gestione dell'attività automatizzata.

Il nuovo ruolo rivestito dalle intelligenze artificiali non può non richiedere, allora, una seria valutazione dei rischi derivanti tanto dalla possibile mancanza di correttezza delle informazioni confluite nell'algoritmo, quanto dalla progettazione dell'algoritmo medesimo, usato poi per l'elaborazione delle raccomandazioni di investimento¹¹. Su siffatti specifici profili, e sui rischi operativi da essi derivanti, sono da ultimo intervenute le linee guida dell'ESMA, che per la prima volta tentano di far luce su alcuni aspetti del fenomeno, anche se solo per finalità di vigilanza. L'ESMA

¹¹Su questi aspetti v. MAGLIANO, *Dall'iperonimo Fintech all'iponimo Robo advisor: ricognizione dei rischi e delle opportunità per il "consumatore" di strumenti finanziari*, ne *I diversi settori del Fintech, Problemi e prospettive*, a cura di CORAPI e LENER, Milano, 2019, p. 190 ss.

ha inserito l'attività dei *robo-advisor* nell'ambito della disciplina derivante dalla direttiva MiFID II: in particolare le imprese che offrono *robo advice* sono tenute ad attenersi ai principi di carattere generale e a rispettare gli obblighi di informazione del cliente dettati nell'art. 24 del TUF, nonché a procedere alla valutazione dell'idoneità e dell'adeguatezza di cui al successivo art. 25.

Va peraltro tenuto presente, dal punto di vista dei valori tutelati, che si vanno sovrapponendo profili di tutela che coinvolgono, da un lato, l'interesse del consumatore a vedersi proporre il miglior investimento possibile e, dall'altro, quello dell'investitore stesso a proteggere le informazioni che riguardano i propri, preziosi, dati individuali e sensibili.

Il corretto equilibrio per assicurare un bilanciamento degli interessi potrebbe essere trovato nella applicazione del principio di proporzionalità, richiamato tanto nel regolamento 2016/679, sui dati personali, quanto nella citata direttiva.

Finalità è giungere a un sistema normativo in cui trasparenza, tutela informativa ed educazione finanziaria siano complementari; solo così potranno coniugarsi protezione e innovazione, senza che il timore nei confronti delle innovazioni prevalga e si traduca in una forma di protezionismo che, oggi, potrebbe assumere il senso di una battaglia di retrovia.

3. Il mercato delle piattaforme, o digitale, costituisce una sfida non solo per i tradizionali modelli di *business*, ma anche per il legislatore che, muovendosi in un vuoto normativo, si è interrogato sul rapporto tra tecnologia e regole in questo settore; chiedendosi cioè "se" e "quale" debba essere la regolamentazione, ovvero se oggetto della regolamentazione debbano essere le piattaforme o gli algoritmi su cui si fondano.

Sul tema, affrontato anche dalla Corte di Giustizia nel caso Uber, le istituzioni europee sembrava avessero adottato un approccio in base al quale, al di là della di-

versità dei soggetti che esercitano determinate attività, nella legislazione sul Fintech si dovesse seguire il principio per cui “*same services and same risks: the same rules should apply, regardless of the type of legal entity concerned or its location in the Union*”, unitamente al rispetto di principi chiave come la proporzionalità in rapporto al rischio e la neutralità tecnologica.

Tuttavia il tema di “come regolare” (estendendo le attuali regole europee secondo un approccio per attività) e “per cosa” (con quali obiettivi) rimane al centro del dibattito europeo, poiché è altamente probabile che i nuovi servizi finanziari basati sull'utilizzazione estensiva della tecnologia possano restare fuori dall'attuale quadro normativo *activity-based* ed essere per ciò disciplinati a livello di singolo Stato membro. Infatti, come testimonia il *report* del *Financial Stability Board*, alcuni paesi, tra cui anche quelli dell'Unione Europea, hanno introdotto o pensano di introdurre regimi diversificati in particolare nell'area dei sistemi di pagamento e del *crowdfunding* e *lending*. L'intervento dei legislatori sul Fintech è, dunque, ancora confuso e frammentato.

In proposito si è espressa la Commissione, nel 2018, con il citato *Fintech Action Plan* “per una strategia europea per la creazione di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari”. Nel *Plan*, tra i possibili strumenti di regolazione, è stato suggerito il ricorso a “facilitatori dell'innovazione” (in particolare *regulatory sandbox* e *innovation hub*) e a tal fine è stato dato mandato al *Joint Committee* delle autorità di vigilanza di redigere un rapporto sui *facilitatori dell'innovazione* in Europa, unitamente all'indicazione di *best practices* per la loro costituzione e utilizzazione.

Con l'immaginifica metafora *sandbox* (letteralmente, recinto di sabbia dove i bambini possono giocare senza pericoli) si indicano in sostanza “spazi normativi protetti” dove poter sviluppare e sperimentare prodotti e servizi finanziari innovati-

vi prima di offrirli sul mercato¹².

Il *report*, pubblicato il 7 gennaio 2019, mostra come il numero dei *facilitatori dell'innovazione* sia cresciuto rapidamente negli ultimi anni. Proprio sulla base della considerazione che la collaborazione internazionale è l'“elemento chiave” per il successo della *regulatory sandbox*, le autorità propongono la creazione di un *network* dei *facilitatori*, cui possano partecipare in modo aperto tutte le autorità europee competenti¹³.

4. Elemento fondamentale della “rivoluzione digitale” è certamente l'acquisizione, l'elaborazione e l'utilizzazione di *dati*. Non a caso *i dati* sono ormai considerati come un nuovo fattore di produzione, da aggiungersi ai tradizionali fattori del capitale e della forza lavoro, o forse, ancor di più, come l'unità fondamentale della nuova economia, per l'appunto definita *data-driven*, in cui si rende necessario bilanciare i diversi interessi dell'innovazione e dello sviluppo tecnologico, con la stabilità finanziaria e la protezione dei consumatori.

È di tutta evidenza come la disponibilità dei dati sia sempre più rilevante per l'ottimizzazione di processi e decisioni, per l'innovazione e l'efficiente funzionamento dei mercati. Peraltro, chiunque si sia messo ad analizzare l'impatto dell'acquisizione, dell'analisi *just in time* e della circolazione dei *big data* nelle imprese Fintech propriamente dette e in quelle non finanziarie non ha potuto non notare criticità dal punto di vista della libera concorrenza tra imprese, recentemente, peraltro, bene messe in luce dalla stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁴.

¹² Cfr. E. CORAPI, *Regulatory Sandbox nel Fintech?*, ne *I diversi settori del Fintech*, cit., p. 19 ss.

¹³ Ricordiamo, peraltro, che anche in Italia il 27 giugno 2019 è stato approvato dal Senato il “Decreto Crescita” (DL 34/2019) contenente all'art.36, come emendato, la proposta di istituire una *regulatory sandbox* per le finalità innanzi indicate.

¹⁴ Cfr. PONZIANI, *Imprese Fintech e Techfin: l'impatto dei big data*, *ibid*, p. 34 ss.

5. A detta di molti, la tecnologia *blockchain* rappresenta l'attuale «cuore pulsante» del fenomeno Fintech. Originariamente connessa al solo protocollo *Bitcoin*, la *Blockchain* può descriversi come un registro digitale, pubblico e permanente, oppure come un *database* distribuito presso gli utilizzatori che installino il *software open source*, necessario per compiere e registrare in maniera continua tutte le transazioni avvenute tra i partecipanti (detti *nodes*) del *network*.

La tecnologia consente di attestare se e quando si è verificato un determinato scambio di valore tra coloro che la utilizzano, dispensando questi ultimi dal ricorso ai tradizionali meccanismi di certificazione utilizzati nei sistemi di pagamento, caratterizzati dalla necessità di un «terzo» garante (in genere, un'autorità centrale legittimata a svolgere la funzione di validazione delle transazioni).

I sistemi *DLT* utilizzano infatti una struttura tecnologica, ampiamente sperimentata nel mondo delle criptovalute, che mira a costruire una rete per la condivisione di informazioni tramite un registro distribuito (*distributed ledger*) funzionale a cristallizzare le transazioni tra le parti partecipanti alla rete, in modo definitivo, senza possibilità di una successiva alterazione delle registrazioni. In particolare, i partecipanti alla rete assumono la funzione di nodi della *DLT* e la circolazione delle informazioni sulle nuove transazioni avviene a mezzo della comunicazione tra i nodi stessi che, nella condivisione virtuale delle informazioni, ne attestano la verità e correttezza, validando la crittoscrittura sulla rete *DLT*. In altri termini, la validazione della registrazione realizza il controllo condiviso sull'operazione nella rete.

Il meccanismo descritto assicura, così, la gestione decentralizzata di un *database* condiviso, affidata non a un'autorità centrale ma ai partecipanti stessi (i c.d. nodi), strutturabile secondo metodologie differenti. Nel caso dei sistemi *permissionless*, tipici delle criptovalute, la partecipazione alla rete è libera e si ottiene con l'esecuzione di un *software* dedicato. Nelle reti *permission based*, più adatte alle attività di negoziazione sui mercati finanziari, la partecipazione alla rete è condiziona-

ta al soddisfacimento di requisiti soggettivi e oggettivi imposti dalla regolamentazione dei mercati finanziari¹⁵.

Il legislatore nazionale è intervenuto di recente, con il c.d. *decreto semplificazioni*, convertito dalla legge n. 12/2019, in materia di *validazione temporale in forma elettronica* effettuata attraverso tecnologie basate sui registri distribuiti.

Le nuove norme, intenzionalmente lasciate in forma generica, in realtà non danno contributo decisivo alla soluzione del problema degli effetti giuridici della *timestamp* attribuita dalla rete e difettano comunque delle necessarie regole tecniche applicative¹⁶.

5.1. Di particolare interesse è la prospettiva di applicazione della *distributed ledger technology* alla gestione delle infrastrutture di negoziazione, che sembra oggi godere di uno speciale regime di sospensione di regolamentazione¹⁷.

Il punto centrale nel dibattito interno ed europeo è l'individuazione dei nuovi possibili modelli di gestione delle attività finanziarie che, nel rispetto della sana e prudente gestione, si inseriscano nel quadro delle regole di vigilanza europee improntate ai principi di neutralità, concorrenza e proporzionalità, funzionali alla trasparenza e integrità del mercato finanziario¹⁸.

¹⁵ Sul tema si veda KAKAVAND, KOST DE SEVRES, *The blockchain revolution: an analysis of regulation and technology related to distributed ledger technologies*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849251 (2017); MALINOVA, PARK, *Market design with blockchain technology*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2785626 (2017).

¹⁶La legge che ha convertito il decreto semplificazioni sembra pertanto “nascere già vecchia”, oltre a contenere davvero molte imprecisioni terminologiche, le quali - di per sé - potrebbero costituire un ostacolo alle tecnologie *blockchain* piuttosto che contribuire al loro sviluppo. Sul punto v. POTENZA, *Fintech e Blockchain: la validazione temporale elettronica alla luce del decreto semplificazioni in attesa delle linee guida AGID*, ne *I diversi settori*, cit., p. 74 ss.

¹⁷Cfr. PARACAMPO, *op. loc. cit.*

¹⁸La posizione del regolatore europeo, espressa nel *FinTech Action Plan* della Commissione Europea dell'8 marzo 2018, è quella di creare delle *regulatory sandboxes* che permettano di sperimentare le nuove soluzioni tecnologiche con flessibilità, garantendo costanti *follow-up* sulle imprese *FinTech* al fine di consentire una mappatura dei rischi delle nuove piattaforme e la necessità

Ci si interroga in particolare sulla compatibilità tra struttura tecnologica della DLT e l'organizzazione della funzione di negoziazione e *post-trading* degli strumenti finanziari; *de iure condito*, la cornice normativa è assai complessa e l'introduzione della nuova tecnologia potrebbe dar luogo a scenari in diverso grado *disruptive*, in cui la delocalizzazione delle funzioni e la gestione tramite algoritmi potrebbe portare alla scomparsa di alcuni intermediari che finora sembrano svolgere un ruolo chiave nell'architettura del mercato finanziario¹⁹.

Le norme che oggi disciplinano l'organizzazione delle infrastrutture sottese alla negoziazione degli strumenti finanziari, anche derivati, ruotano attorno alle funzioni della negoziazione e *post-trading* e sono caratterizzate dalla presenza di soggetti vigilati quali i depositari centrali (CDS), gli intermediari e le controparti centrali (CCP). Ne risulta così una struttura caratterizzata da differenti *layers* nei quali interagiscono molteplici soggetti al fine di garantire la correttezza del trasferimento degli strumenti finanziari tra i partecipanti al mercato²⁰.

In particolare, nel vigente sistema di dematerializzazione dei titoli, la società emittente registra i propri titoli presso un depositario centrale (CDS). Il trasferimento degli strumenti finanziari tra gli investitori avviene per il tramite di intermediari autorizzati, ai sensi della disciplina MiFID, che detengono presso gli stessi depositari centrali appositi conti in cui vengono registrate le singole transazioni effettuate da-

di un idoneo quadro regolamentare per i nuovi modelli di organizzazione delle funzioni nel mercato finanziario. Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al comitato economico e sociale europeo e al comitato regioni. Piano d'azione per le tecnologie finanziarie: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo, Bruxelles, 8.3.2018 COM(2018) 109 *final*.

¹⁹Sul tema cfr., da ultimo, MICHELER, *Intermediated Securities from the Perspective of Investors - Quick Fixes and Long-term Solutions*, (2019), disponibile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3320654.

²⁰In argomento LUCANTONI, *Il mercato dei derivati: note preliminari ad uno studio sistematico*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2017, I, p. 182 ss.; *L'organizzazione della funzione di negoziazione degli strumenti finanziari equity. Frammentazione della liquidità tra trading venues e strategie regolatorie per una maggiore trasparenza del mercato over the counter*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2015, p. 130 ss.

gli investitori.

L'organizzazione della funzione di *post-trading*, declinata nelle due attività distinte di compensazione (*clearing*) e regolamento finale (*settlement*), invece, assicura: (i) la verifica, per il tramite delle controparti centrali (CCP), della correttezza della transazione, determinando le garanzie necessarie per sostenere gli impegni reciproci, in particolare nel caso di strumenti finanziari derivati; (ii) la realizzazione del regolamento finale del contratto, attraverso il trasferimento del titolo e del relativo contante, così come regolati dalla direttiva n. 1998/26/CE.

In particolare, la funzione principale delle controparti centrali è il contenimento del rischio di controparte, attraverso: (i) l'interposizione tra acquirente e venditore e l'accantonamento di margini iniziali a garanzia dei reciproci adempimenti, soggetti poi a variazione nel corso dell'esecuzione del contratto, specialmente nel caso di strumenti finanziari derivati; (ii) e la distribuzione del rischio tra i partecipanti alla CCP, a mezzo di un meccanismo noto con l'espressione *default waterfall*, che consente l'utilizzazione delle garanzie complessivamente accantonate per sanare la posizione debitoria del partecipante insolvente.

Il depositario centrale, invece, oltre a svolgere la funzione di gestione accentrata degli strumenti finanziari dematerializzati, realizza il principio del c.d. *delivery versus payment*, di cui all'art. 39 Regolamento UE n. 909/2014, e garantisce la definitività del regolamento, interponendosi tra venditore e acquirente al fine di assicurare che il venditore non acquisti la disponibilità del contante finché non abbia perso la disponibilità dei titoli e, *ipso tempore*, il compratore non acquisti la disponibilità dei titoli finché non abbia perso la disponibilità del contante.

In una prima fase²¹, l'adozione della tecnologia *DLT* potrebbe avvenire su base volontaria, garantendo la partecipazione al sistema di più soggetti e consentendo

²¹In argomento, PENNA, RUTEMBERG, *Distributed ledger technologies in securities post-trading*. Revolution or evolution, European Central Bank Occasional Paper Series, n. 172/April 2016.

il superamento delle lacune di *interoperabilità* del sistema. La nuova tecnologia innescherebbe così un meccanismo virtuoso di innovazione informatizzata, aumentando altresì l'efficienza del sistema e realizzando gli obiettivi di *resilienza* e stabilità del sistema imposti dalla normativa europea²².

Successivamente, si potrebbe anche pensare di trasferire l'intera struttura di *post-trading* su un sistema *DLT*. In questa prospettiva, la *DLT* potrebbe assicurare l'esecuzione istantanea e il *settlement* degli scambi, garantendo alle parti coinvolte la possibilità di monitorare ogni operazione effettuata, rendendo sostanzialmente inutili *CDS*, intermediari e *CCP*²³.

6. Con l'art. 8-ter della ricordata legge n. 12/19, il nostro ordinamento è stato fra i primi a regolare il *valore formale* di un accordo concluso per il tramite di uno *smart contract*. In particolare, con il secondo comma, il legislatore sembra aver voluto equiparare il contratto redatto in forma scritta e il contratto formato tramite "algoritmi informatici".

Si pone, in prima battuta, un problema definitorio in quanto, generalmente, si tende a *minimizzare* la definizione di *smart contract* come una semplice trasposizione in codice informatico di un contratto con 'particolari' caratteristiche. In realtà, uno *smart contract* presenta due importanti caratteristiche: (i) la non necessaria azione umana per l'esecuzione della prestazione; nonché (ii) la possibilità di inserire dei sistemi di "auto-tutela" che garantiscano l'esecuzione del contratto e rendano superfluo l'intervento di un giudice in caso di inadempimento di una delle obbliga-

²²Cfr. in particolare artt. 23, 24, 38 EMIR; 14, 15, 33, 62 CSDR; 39 e ss. MiFIR.

²³Su questi temi cfr. DE FILIPPI, WRIGHT, *Blockchain and the Law*, Harvard University Press, 2018; MICHELER, *Explaining the infrastructure underpinning securities markets – market failure and the role of technology*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2941643 (2017); PAECH, *Securities, intermediation and the blockchain – an inevitable choice between liquidity and legal certainty*, LSE, Society and Economy Working Papers 20/2015.

zioni in esso contenute²⁴.

Da questo punto di vista gli *smart contract*, una volta inseriti su una *blockchain*, si comportano come un agente “autonomo” e sono paragonabili alle *vending machine*, di cui abbiamo detto in apertura di queste note, ma infinitamente più sicure. Essi infatti non costituiscono che una serie di istruzioni scritte in codice di programmazione, immesse sulla rete e ivi destinate a rimanere “indipendenti”. Per questo motivo, pensare agli *smart contract* come a uno strumento per lo scambio di promesse al pari di un tradizionale contratto sembra, oltre che riduttivo, anche far perdere, in qualche misura, alcune potenzialità insite in essi, che non è possibile rinvenire all’interno di un “classico” contratto.

E’ corretto domandarsi, anche se non è agevole rispondere, almeno allo stato, se dal ricorso agli *smart contract* nel settore bancario e finanziario possano derivare benefici, in particolare alla luce della legge n. 12/19. L’utilizzazione degli *smart contract* potrebbe, invero, velocizzare la conclusione delle operazioni, mantenendo standard di tutela almeno pari a quelli offerti dalla forma scritta dei contratti redatti nella maniera tradizionale. Il cliente sarebbe, inoltre, garantito circa l’immutabilità delle clausole concordate all’atto della conclusione del contratto. Ancora, oltre alla maggior trasparenza, l’utilizzazione di uno *smart contract* renderebbe comunque più sicuro il cliente circa l’auto-esecuzione della prestazione, aumentando la fiducia che questi ha verso l’intermediario e i servizi che gli sono offerti.

7. Da ultimo, due brevi osservazioni sul concetto di moneta virtuale (o criptoaluta), più volte richiamato in queste pagine.

Non è agevole dire *cosa siano* queste monete virtuali che si stanno rapidamente diffondendo, anche se il mercato sta da ultimo mostrando minori entusiasmi.

²⁴Cfr FURNARI, *Validità e caratteristiche degli smart contract e possibili usi nel settore bancario finanziario, ne I diversi settori*, cit., p. 90 ss.

smi.

Per un lungo periodo ne trovavamo embrioni di definizione solo nei pareri delle principali autorità di vigilanza e regolamentazione, come BCE, EBA e Banca d'Italia.

Sino al 2017, infatti, l'ordinamento nazionale è rimasto sprovvisto di una definizione normativa delle valute virtuali. Con il d. lgs. n. 90 del 2017, attuativo della IV direttiva europea antiriciclaggio (direttiva (UE) 2015/849), il legislatore ha modificato la normativa contenuta nel d.lgs. 231 del 2007 (c.d. decreto antiriciclaggio), definendo all'art. 1, lett. qq), la valuta virtuale come *“rappresentazione digitale di valore, non emessa da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente”*.

Nonostante le soluzioni definitorie adottate, rimane comunque dubbia la questione della natura giuridica delle valute virtuali. Le tesi proposte al riguardo scontano critiche di diverso genere. Ne consegue una consistente incertezza sul regime giuridico applicabile, che pone numerosi problemi anche in relazione al diritto d'impresa.

È in questo acceso dibattito che si collocano tre interessanti decisioni: la sentenza del Tribunale di Verona del 24 gennaio 2017, la sentenza del Tribunale di Brescia del 25 luglio 2018 e il decreto della Corte di Appello di Brescia del 24 ottobre 2018.

Con siffatte pronunce per la prima volta la giurisprudenza interviene sul tema dell'uso delle criptovalute in ambito societario.

Secondo la ricostruzione del Tribunale di Brescia le criptovalute devono qualificarsi come “beni”. Al contrario, la Corte d'Appello le ritiene assimilabili alla “moneta”. Entrambe le ricostruzioni manifestano aspetti di debolezza. In particolare, la

qualificazione in termini di bene giuridico solleva alcune perplessità in relazione al fatto che l'attribuzione di diritti di esclusiva sui beni immateriali è regolata, nel nostro ordinamento, da un principio di stretta tipicità, ossia il diritto sul bene immateriale esiste se esiste una norma che lo riconosca. Nel caso delle criptovalute una norma non c'è, o meglio c'è, ma non dice in alcun modo che un'informazione o un numero *sia un bene giuridico* immateriale. La qualificazione della criptovaluta come moneta, d'altro canto, sconta differenti criticità. Le criptovalute, infatti, possono essere ricondotte con difficoltà al concetto di "moneta", poiché non rientrano in nessuna delle ricostruzioni offerte dalle diverse norme che si occupano della *valuta*²⁵.

Il Tribunale di Verona ha invece, in modo più originale, qualificato la criptovaluta come servizio (*rectius*, prodotto) finanziario. Una simile lettura evidenzia anch'essa criticità. Tuttavia questa soluzione è forse la migliore.

Sembra in effetti più ragionevole ricondurre le criptovalute alla più ampia categoria dei "prodotti finanziari", identificati dall'art. 1, comma 1, lett. u) del TUF come "gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria", quanto meno nell'ipotesi, comune, in cui le criptovalute assumano la funzione, appunto, di "investimento di natura finanziaria".

Raffaele Lener

*Ordinario di Diritto dell'economia
nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*

²⁵Cfr. LIVI, *Le criptovalute nella giurisprudenza, ne I diversi settori*, cit., p. 111 ss.

FRAZIONAMENTO DELLA FILIERA PRODUTTIVA E REGOLE DEL CONTRATTO * **

(Splitting Up the Supply-Chain and the Law of Contract)

ABSTRACT: *In order to adopt a new perspective when discussing contract law in the digital age, the following essay analyses the general topic of the fragmentation of the production in the light of three case studies: Google Nest thermostat, crowd-funding and robo-advisors. The three cases are considered relevant for the matter due to the fact that they all exercises the same disrupting power on their supply chain: if, indeed, part of the products and services of their supply chain have been long offered by one or few providers, now the same products and services are realized by an indefinite number of players horizontally spread over the market. This evolution critically challenges not only the traditional categories of contract law, but also the recently established categories of the consumer regulation of the EU, generating fundamental questions which requires quick and proper answers.*

SOMMARIO: 1. — Dalle carrozze senza cavalli al capitalismo digitale. 2. — Primo quadro: di *Internet of Things* e del mito del consumatore informato. 3. — Secondo quadro: il *crowdfunding* e il diritto contrattuale delle piattaforme. 4. — Terzo quadro: il *roboadvice* e il *robo4advice*. 5. — La responsabilità del produttore come risposta di sistema ai problemi di frazionamento “orizzontale” della produzione. 6. — Non conclude.

1. Il titolo della relazione assegnatami, interpretato sistematicamente alla luce del tema generale del convegno, induce a una lieve forzatura testuale che al-

*Contributo approvato dai revisori.

**Il presente contributo riproduce il testo della relazione, dal titolo “Prestazione frazionata e regole del contratto”, presentata al V convegno associativo ADDE, dedicato a “Mercati regolati e nuove filiere di valore”, tenutosi in Bari, il 29 e 30 novembre 2019.

lontanerà le mie considerazioni dal piano strettamente civilistico della teoria dell'obbligazione, cui sembrerebbe invece condurre il riferimento alla prestazione "frazionata": dunque, non mi occuperò di prestazioni uniche rese in più *tranche*, evocando magari risalenti quanto suggestivi dibattiti sulla differenza tra vendita a consegne ripartite e somministrazione, quanto, ben diversamente, di temi di contratto e di responsabilità inerenti al frazionamento degli input della produzione.

L'esperienza insegna che, per interpretare qualcosa senza precedenti, si cerca sempre rifugio nelle categorie più familiari. Ricorda Shoshana Zuboff¹ che la prima reazione, di fronte all'avvento dell'automobile a motore, fu di chiamarla "carrozza senza cavalli" (e, se si riflette, questo retaggio appartiene ancora al linguaggio comune, che ci porta a esprimere la potenza del motore in numero di cavalli).

Qualcosa di simile sta accadendo per il diritto contrattuale nell'epoca del capitalismo digitale, di fronte al quale categorie come l'autonomia privata o il consenso esibiscono la stessa goffaggine dell'immagine della carrozza senza cavalli.

Per dimostrarlo, mi intratterrò su tre esempi in tema di *Internet of Things* (IoT), piattaforme di credito e *Fintech*: tre quadri — di tratto più impressionistico che realistico — utili, spero, a cogliere le peculiarità dell'attività contrattuale d'impresa nel contesto di un capitalismo digitale che tende a scomporre e parcellizzare le tradizionali filiere del valore.

2. Traggo l'esempio dallo studio un giovane ricercatore di un'Università inglese (ma dottore di ricerca dell'Università di Palermo)². Questo termostato è com-

¹Cfr. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, tr. it. Roma, 2019, p. 22.

²Fondata da Tony Fadell e Matt Rogers, entrambi ex ingegneri Apple, l'azienda offre inizialmente un sistema per così dire "chiuso", nel quale si interfacciano soltanto dispositivi Nest (termostati, rilevatori di fumo, videocamere). Acquistata da Google nel febbraio 2014 per 3,2 miliardi di dollari, Nest cambia pelle: l'iniziativa *Work with Nest* è infatti rivolta ai produttori di terze parti e mira a creare un ecosistema connesso all'interno delle *smart home*, in cui i dispositivi di aziende differenti

ponente di un ecosistema che, raccogliendo dati sulle abitudini domestiche degli utenti, predicandone i comportamenti e trasmettendo queste conoscenze ad altri dispositivi connessi (come impianti elettrici, forni a microonde o frigoriferi), promette di rendere le abitazioni *smart*. Per far funzionare Nest, dopo averlo acquistato, occorre scaricare una *app* e prestare un “consenso sui termini del servizio” e un “consenso dell’utente finale”. Chi avesse voglia, e soprattutto competenza e tempo, per leggere questi due documenti, scoprirebbe un complesso gioco di rimandi e relazioni contrattuali con altri prodotti o servizi necessari per “implementare” l’ecosistema. Il consumatore informato — categoria che, nel contesto del capitalismo digitale, mostra la sua intima natura di *fictio iuris* — di Nest sarebbe dunque costretto a esaminare circa mille cosiddetti contratti³: qualcosa che oltrepassa la “conoscibilità” delle condizioni generali dei singoli contratti “di carta” del capitalismo industriale e che sterilizza sul nascere ogni barlume di ciò che, nel linguaggio comune, ascriviamo al significato di “consenso”.

Tutto ciò mette ovviamente a nudo i limiti di una legislazione consumeristica edificata, negli ultimi due decenni del ‘900, sulla fisiologica asimmetria informativa/cognitiva che affligge la contrattazione B2C e spinge a riflettere, come tanti studiosi europei iniziano a fare, sull’efficacia e l’effettività delle *policy* regolatorie in materia contrattuale e sulla crescente necessità di un loro profondo ripensamento.

Provando ora a guardare all’ecosistema Nest — che dei dispositivi IoT è esempio paradigmatico — dalla specola dell’imputazione di responsabilità per i danni provocati, si intuisce quanto l’Internet delle cose “impatti” sulle assicuranti

(produttrici di lampadine led, prese di corrente, dispositivi per il risparmio dell’acqua, etc.) possano comunicare tra loro, con l’obiettivo di semplificare la vita degli utenti. Ancora più recente è la totale integrazione nel c.d. ecosistema Google, operata attraverso l’assistente virtuale Google Now.

³Cfr. NOTO LA DIEGA, *Contracting for the ‘Internet of Things’: Looking into the Nest*, in *European Journal of Law and Technology*, Vol 7, No 2 (2016), disponibile su <http://ejlt.org/article/view/450/662>

categorie della tradizione.

Nelle sue condizioni generali del servizio, infatti, Nest informa che utilizzerà servizi forniti da terze parti per abilitare alcuni aspetti del proprio servizio ma fornisce una lista soltanto esemplificativa delle terze parti con cui si interfaccia (citando ad esempio i servizi web di Amazon per lo stoccaggio, la sincronizzazione e la comunicazione dei dati o gli operatori di telefonia mobile per le notificazioni al dispositivo).

Da ciò consegue che, dal punto di vista contrattuale, il cliente non è in grado di identificare il soggetto dal quale dipende l'esattezza della prestazione (e, specularmente, da cui dipende l'inadempimento o l'adempimento inesatto)⁴.

Il termostato di Nest, ad esempio, può essere comandato non solo dall'assistente vocale di Google, ma anche dalla Mercedes su cui si viaggia, capace di segnalare al sistema che si sta rientrando a casa, sì da far trovare un clima confortevole. Quest'ultimo esempio dà bene la misura della quantità dei soggetti coinvolti nell'esecuzione della prestazione, sebbene non ancora del titolo per cui sono coinvolti. La temperatura tropicale del termostato nell'agosto palermitano è da imputare a un malfunzionamento del Nest, a un'errata comprensione delle istruzioni da parte dell'assistente vocale di Google o all'input errato inviato dalla Mercedes, che magari l'utente ha parcheggiato sotto casa prima di prendere il taxi per andare all'aeroporto?

⁴Ma c'è anche di più. Le condizioni generali del servizio degli sviluppatori di Nest prevedono che i Nest API e gli altri Materiali di sviluppo Nest possono consentire agli sviluppatori di controllare il software e i dispositivi Nest o di ottenere informazioni che possono impattare sulla sicurezza dei clienti e degli utilizzatori finali dei prodotti e dei servizi Nest.

Tanto significa che gli utilizzatori finali dei prodotti e dei servizi Nest corrono il rischio che la necessaria connessione ad app e dispositivi di terze parti possa direttamente nuocere alla loro sicurezza.

3. Siamo qui al cospetto di un esempio paradigmatico di diritto contrattuale delle piattaforme, considerato che il funzionamento del *crowdfunding* non è descrittivamente dissimile da quello di piattaforme di servizi non finanziari come AirB&B o Uber.

Lo schema contrattuale utilizzato per soddisfare l'interesse creditorio vede il concorso di tre parti, una delle quali plurisoggettiva.

Per essere più chiari: nelle operazioni di *crowdfunding* una pluralità di soggetti trasferisce denaro a una piattaforma che, a sua volta, presta il denaro a un richiedente. (Così come in AirB&B il conduttore paga la piattaforma la quale, trattenuta la percentuale a titolo di compenso, trasferisce il residuo al locatore mentre in Uber l'utente paga la piattaforma la quale, trattenuta la percentuale a titolo di compenso, trasferisce il residuo al *driver*).

Sotto il profilo economico l'operazione è dunque sicuramente trilatera.

La piattaforma solleva tuttavia il quesito se la trilateralità sia tale anche sotto il profilo giuridico.

La domanda non è oziosa: dalla risposta discendono, infatti, importanti conseguenze disciplinari. Se si ritiene che la parte finanziatrice sia costituita dall'insieme dei piccoli prestatori, per definizione non professionali, ne risulta l'inapplicabilità della disciplina sul credito ai consumatori, atteso che ai sensi dell'art. 121 TUB, il "finanziatore" è "*un soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito*"; mentre all'esito opposto si giunge, ovviamente, ritenendo che il "finanziatore" sia la piattaforma.

Personalmente — premessa tuttavia la mia sostanziale ignoranza del fenomeno, da altri studiato con ben altro approfondimento — sarei incline a propendere per la natura di "finanziatore", ex art. 121 TUB, del gestore della piattaforma, e

ciò in considerazione del funzionamento del *social lending*, nel quale il gestore stesso non svolge esclusivamente un'attività tecnico-materiale, ma una vera e propria attività di intermediazione tra prestatori e richiedenti.

Sotto il profilo dell'inadempimento del servizio e dunque delle pedissequae responsabilità mi pare emergano almeno un paio di questioni di non immediata soluzione. Da un lato, si pone il problema del rifiuto immotivato di credito conseguente a un errato processo di estrazione di dati finanziari relativi all'aspirante prenditore e di "processazione" degli stessi: qui, infatti, è tutto da chiarire il ruolo giocato, nella complessiva operazione mediata dalla piattaforma, delle agenzie di valutazione del merito creditizio; d'altro lato, si pone il problema del mancato recupero di quanto prestato dai prestatori/investitori, i quali, dal momento in cui trasferiscono la loro provvista, perdono il controllo della sua destinazione, non potendo incidere sulla scelta dei destinatari della stessa: da qui il dubbio, ad esempio, se i gestori della piattaforma rispondano per l'inadempimento, per le false dichiarazioni dei richiedenti o per il mancato aggiornamento dei dati utili a valutarne l'effettiva affidabilità.

4. Anche in questo caso abbiamo un frazionamento degli input della produzione del servizio di consulenza finanziaria: è noto, infatti, che le modalità di costruzione dell'algoritmo (la c.d. *algo-governance*) sono di regola esternalizzate a *software house* che normalmente detengono diritti di privativa sul funzionamento della *black box*. Ne segue che, pure qui, si assiste a una moltiplicazione degli attori che intervengono nella prestazione del servizio, per rendere il quale occorre, preliminarmente, estrarre dati pertinenti (*data mining*) e adeguatamente processarli: attività, queste, normalmente "delegate" a soggetti diversi dal consulente, sia pur automatizzato.

Il principio di c.d. neutralità tecnologica che informa il sistema MiFID II rende

ovviamente irrilevante, rispetto alla tutela della clientela, il mezzo tecnico impiegato per rendere il servizio di investimento ma, nondimeno, l'impatto della tecnologia sulla prestazione solleva nuovi e ulteriori rischi connessi all'automazione del servizio.

I casi prospettabili sono diversi: nel c.d. *robo4advisor* può ad esempio ipotizzarsi un malfunzionamento del software o un uso errato da parte del consulente. Nella gestione di portafogli su base individuale che si avvalga di *roboadvisor* può, invece, prospettarsi il caso dell'errato monitoraggio continuo dell'investimento, che non conduca al necessario disinvestimento o, specularmente, all'investimento non necessario.

Pochi dubbi sulla responsabilità del prestatore del servizio — tenuto peraltro, per la politica di controllo di conformità (art. 22 MiFID II), di gestione dei rischi (art. 23 MiFID II), e di *internal audit* (art. 24 MiFID II), a raccogliere e mantenere adeguata documentazione di sistema che indichi le ragioni, lo scopo e la costruzione dell'algoritmo, al fine di ricostruire il processo di investimento — resta però anche qui sullo sfondo il tema dell'imputazione di una responsabilità concorrente della *software house* per il danno cagionato dalla costruzione dell'algoritmo necessario a estrarre e processare i dati necessari per prestare il consiglio.

Sia nel *roboadvice*, sia nel *robo4advisor*, il danno può discendere eziologicamente da un difetto di progettazione o da un malfunzionamento del *software*: i dati sui potenziali investitori, se mal calibrati in fase di programmazione e/o mal processati dall'algoritmo, possono infatti indurre consigli inadeguati rispetto all'interesse del cliente.

Ora, posto che l'algoritmo è governato da *software* proprietari normalmente prodotti da terzi e da questi ceduti o licenziati al prestatore del servizio, il problema è se, ferma la responsabilità dell'impresa d'investimento, il produttore del software

possa essere direttamente chiamato a rispondere del danno subito dall'investitore.

Il problema, in altre parole e anche in questo caso, è se chi concorre alla costruzione di una prestazione tecnologicamente complessa incorra, o meno, in responsabilità diretta nei confronti del cliente danneggiato.

5. Provando a riannodare le fila di un discorso svoltosi, come si è detto, in modo più impressionistico che analitico, il problema restituitoci dai tre quadri esaminati mi pare fondamentale uno: ferma l'ovvia responsabilità dell'impresa contrattualmente obbligata, si può dare al cliente anche la possibilità di coinvolgere direttamente altri soggetti nel giudizio di responsabilità?

Si può, in altre parole, evocare la disciplina della responsabilità del produttore di fronte al danno occorso al fruitore di un servizio alla cui progettazione/costruzione hanno concorso più imprese ma che è contrattualmente imputabile solo a una di esse?

Il problema si riferisce soprattutto al caso Nest e al *Roboadvice* o *4advice* ma è evidentemente più ampio di questi due casi perché può, ad esempio, abbracciare anche l'importantissima questione, cui non ho dedicato attenzione, del rapporto tra *manufacturer* e *distributor* nella *product governance*.

Ed è un problema che si pone, credo, perché la responsabilità del produttore nasce in un contesto di filiera industriale di tipo tradizionale, nel quale la catena del valore si sviluppa per anelli verticali, passando da chi produce a chi intermedia per poi giungere al consumatore finale. Nel contesto del capitalismo digitale, invece, la verticalità si rompe, poiché più soggetti concorrono, orizzontalmente, a "costruire" una prestazione complessa e l'apporto di ciascuno è essenziale al funzionamento del sistema.

Al riguardo mi pare che nessun dubbio si possa sollevare sul fatto che il con-

chetto di “prodotto” ricomprenda anche il servizio e dunque le *res quae tangi non possunt*: l’espressa estensione anche all’energia del concetto normativo di “prodotto”, operata dall’art. 115, comma II, c. cons., autorizza certamente una tale conclusione, sì da poter dire, con linguaggio civilisticamente più consono, che il “prodotto” abbia la stessa latitudine del “bene” di cui all’art. 810 c.c.

Quanto alla possibilità di estendere la responsabilità per il danno occorso all’utente anche a chi, pur non essendo stato parte del contratto, sia stato però parte del processo di ideazione/costruzione del servizio inesatto, mi pare che la questione possa oggi trovare soluzione invocando il nuovo comma 2-*bis* dell’art. 115 c. cons., per il quale «produttore ... è il fabbricante del prodotto finito o di una sua componente».

Si tratta di una disposizione aggiunta relativamente di recente e che, pur senza avere ancora chiaramente presenti i problemi sorti nell’ultimo decennio con l’irrompere del capitalismo delle app, delle piattaforme e dell’automazione robotica, ha trovato comunque ingresso in un contesto produttivo nel quale la linearità della filiera economica di tipo tradizionale aveva ormai ceduto il passo a forme più evolute e orizzontali di creazione del valore.

Mi pare quindi che, attraverso questo veicolo normativo, interpretato se vogliamo in chiave evolutiva, ma di sicuro conforme alla sua *ratio*, pure lì dove la costruzione della prestazione sia “frazionata” tra più imprese, ben si possa chiamare a rispondere, pur sempre contrattualmente (anche se non per inadempimento dell’obbligo primario di prestazione che nel contratto trova fonte), anche il produttore e/o il fornitore della singola parte del più complesso servizio, i quali hanno comunque avuto un ruolo efficiente nella “costruzione” della prestazione inesatta.

6. Vorrei ora chiudere queste brevi e sparse considerazioni riprendendo uno

dei tanti suggestivi passaggi della relazione di ieri del prof. Jannarelli, il quale ha evocato la necessità di un diritto civile comune dell'era digitale. Oggi siamo esattamente nel mezzo di una transizione verso un modello di capitalismo — della rete, delle piattaforme, della sorveglianza — che corre assai più rapidamente della nostra lenta capacità di comprensione e sistemazione. Nella celebre conferenza stampa che Neil Armstrong tenne prima della spedizione dell'Apollo 11, l'astronauta disse che andare sulla luna serviva più a cercare nuove domande che a trovare nuove risposte. Ho l'impressione che i giuristi dell'economia, giovanissimi giovani e meno giovani, stiano al capitalismo digitale come l'uomo alla luna prima di Armstrong.

Sicuramente così mi sento io, e per questo confido che la relazione — se non a offrire nuove risposte — sia servita almeno a offrire, soprattutto ai più giovani, qualche nuova domanda.ate alla loro qualificazione giuridica, sono abilitati a eseguire compiti

Roberto Natoli

*Ordinario di Diritto dell'economia
nell'Università degli Studi di Palermo*

IL SISTEMA BANCARIO VATICANO NEL QUADRO DELLE DISPOSIZIONI ANTIRICICLAGGIO *

*(The vatican banking system in the
framework of anti-money laundering provisions)*

ABSTRACT: *This paper intends to shed light on the impact of recent regulatory measures concerning anti-money laundering, within the Vatican financial system. It therefore highlights some problematic issues, above all from the point of view of the adequacy of the law with respect to which two important underlying issues remain in terms of effectiveness of the system, on the one hand, as a norm introduced through a complex of reforms that can not be reconciled with a context that not used to rigorous control mechanisms and, on the other hand, in terms of its compatibility with the general principles of the canonical order, at the base of the Vatican City's system, characterized by a principles radically different from that of the other banking systems.*

SOMMARIO: 1. Questioni esegetiche - 2. Linee evolutive dei rapporti tra Stato italiano e Chiesa cattolica. - 3. Segue. La convenzione monetaria del 2009. - 4. Primi passi nel processo di armonizzazione del diritto vaticano alle direttive antiriciclaggio... - 5. Segue. ... alla luce delle osservazioni del rapporto di valutazione Moneyval. - 6. Obblighi di adeguata verifica e sistema sanzionatorio della normativa antiriciclaggio vaticana. - 7. Operatività tramite POS: la particolare situazione degli intermediari localizzati nello Stato Vaticano. - 8. Segue. Le relazioni con le banche corrispondenti. (Cenni). - 9. Osservazioni conclusive.

1. Quando ci si riferisce all'insieme delle norme che sovrintendono all'attività d'intermediazione finanziaria, in una parola al complesso sistema giuridico presente nella legislazione del nostro Paese, non possiamo non tenere conto del

*Contributo approvato dai revisori.

profondo processo di riforma che ha interessato, nel corso degli ultimi dieci-quindici anni, l'ordinamento bancario e finanziario della Città del Vaticano, uno Stato il quale vuoi a motivo della prossimità geografica e culturale, vuoi anche per la preminenza dei rapporti economici, ha cercato di equiparare il proprio modello regolamentare a quello vigente in Italia, introducendo principi di specializzazione operativa e di vigilanza prudenziale in linea con l'impostazione europea, tuttavia trascurando per molto tempo alcuni ma significativi profili strettamente legati al riciclaggio di denaro e al finanziamento al terrorismo, a causa della mancanza di un effettivo regime repressivo in materia¹.

Questa riflessione che parrebbe indurre a considerare coesistenti sul nostro territorio più "legislazioni bancarie", solo in parte coincidenti – per completezza si pensi alle delicate questioni legate all'assetto ordinamentale del sistema finanziario sammarinese, Stati entrambi che da *enclave* dell'Italia sono progressivamente divenuti *enclave* dell'Unione europea, con conseguenti inevitabili discrasie tra i rispettivi ordinamenti e quello europeo² – è stata certamente stimolata dai numerosi e con-

¹Della mancanza di un riconoscimento di "equivalenza antiriciclaggio" se ne parla, per la prima volta, nel documento dell'UIF (Unità d'Informazione Finanziaria della Banca d'Italia) del 2013 a proposito dell'operatività tramite POS nello Stato della Città del Vaticano.

Per maggiori chiarimenti, cfr., <http://www.bancaditalia.it/media/chiarimenti/pos-vaticano/Vaticano-10-1-13.pdf>

²Per un'analisi giuridica del fenomeno, cfr., Legge 17 novembre 2005, n. 165 rubricante «*Legge sulle imprese e sui servizi bancari, finanziari e assicurativi*» che regola l'attività delle banche e degli altri intermediari finanziari nella Repubblica di San Marino. Tale legge, conosciuta con l'acronimo LISF, riassume in un unico testo le disposizioni più rilevanti concernenti l'attività d'intermediazione finanziaria.

Sul tema pochissimi sono gli studi condotti dalla letteratura. Si veda, VALIGNANI, *La legge bancaria della Repubblica di San Marino*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, 98 ss.; STOLFI, *Il sistema bancario sammarinese*, ne *Il fisco*, 2002, fasc. n. 1, 6238 ss.; CHEZZI – ALBANI, *Il sistema bancario e finanziario sammarinese*, Rimini, 2004; BALDUCCI – MAFFEIS – VALENTINI, *Operazioni & Investimenti a San Marino*, Milano, 2007, 47 ss.

Un particolare richiamo, per gli interessantissimi spunti di riflessione, dev'essere fatto al recente lavoro di A. URBANI, *I rapporti economico-finanziari tra Italia e Repubblica di San Marino*, in *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, di M. Pellegrini (a cura), Padova, 2016, 373 e ss. laddove, tra l'altro, l'a. mette a confronto i due ordinamenti dal punto di vista dell'adattamento alle norme antiriciclaggio soffermandosi sui riflessi del segreto bancario nella legislazione sammarinese prima della riforma del sistema.

tinui scandali finanziari che hanno riguardato il sistema bancario della Santa Sede negli anni recenti, portando alla ribalta un quadro composito del modo in cui la banca vaticana ha svolto il suo operato³, reso possibile dall'assenza quasi totale di controlli di vigilanza e da una pretesa immunità giurisdizionale, sul presupposto – spesso contraddetto da evenienze di bilancio – che siffatta attività si concentra in prevalenza nella gestione dei patrimoni di fondazioni religiose e caritatevoli, ma che poi, in buona sostanza, si è tradotta (e direi consolidata) in un esercizio improprio dell'attività bancaria.

Così anche TEDESCHI, *Vaticano (Stato della Città del)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè ed., 1993, vol. XLVI, 284 e ss.

Sulle peculiarità del segreto bancario, si veda *amplius* F. CAPRIGLIONE, *Segreto della banca, segreto delle banche, segreto bancario*, in *Bancaria*, 1983, n. 3, 249 e ss.

³Lo Stato Vaticano e la Santa Sede sono così sottoposti alla potestà ispettiva del Moneyval, una Divisione del Consiglio d'Europa che si occupa della valutazione dei sistemi antiriciclaggio dei Paesi membri e “suggerisce” i migliori standard di vigilanza e trasparenza finanziaria. Il 2 luglio 2012 il Moneyval ha pubblicato la sua prima relazione di valutazione sull'attuazione da parte del Vaticano delle norme internazionali ed europee finalizzate a combattere il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo. I valutatori europei hanno tra l'altro riscontrato la permanenza di carenze tecniche; suggerito di rafforzare la base legislativa per la vigilanza; mosso rilievi in ordine alla mancanza di chiarezza circa il ruolo, la responsabilità e l'indipendenza dell'AIF anche in relazione all'omesso monitoraggio di 46 organizzazioni *non profit* operanti all'interno dello SCV, con riferimento alle quali non è previsto alcun accesso dell'AIF ai libri e registri finanziari.

Agli istituti finanziari con sede nello Stato Vaticano – categoria non meglio individuata, ma della quale può ritenersi facciano parte l'APSA (l'Amministrazione del patrimonio della Sede apostolica) e lo IOR – è inoltre concesso l'ingresso nei sistemi di regolamento interbancario e di pagamento dell'area euro sulla base dei termini e delle condizioni determinati dalla Banca d'Italia con il consenso della Banca Centrale Europea (art. 9) che dunque esercita un potere di vigilanza.

L'APSA è stata costituita da Paolo VI con la Costituzione Apostolica “*Regimini Ecclesiae Universae*” del 15 agosto 1967, successivamente Giovanni Paolo II con la Costituzione Apostolica “*Pastor Bonus*” del 28 giugno 1988 ha dettato una ulteriore disciplina (artt. 172 e 173). Con *Motu Proprio* dell'8 luglio 2014 Papa Francesco ha abrogato la Sezione Ordinaria trasferendone alcune competenze.

L'APSA da tempo non è più sotto la giurisdizione dell'AIF. Come già previsto nel rapporto MONEYVAL del 2012, tutti i conti in essere nell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica – considerato una sorta di “banca centrale” del Vaticano – sono stati chiusi al termine del 2015 e la vigilanza dell'APSA è diventata appannaggio della Segreteria per l'Economia, descritta come “una nuova agenzia di coordinamento per gli affari economici ed amministrativi”.

Per un approfondimento dei compiti dell'APSA, cfr., SCHOUPE, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Giuffrè, 2008, 172 e ss.

Sui problemi posti dalla legislazione antiriciclaggio si veda il contributo di AA. VV., *La legislazione antiriciclaggio dello Stato della Città del Vaticano: una comparazione con il sistema italiano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*,^{[L]_{SEP}} Rivista telematica n. 9/2013.

Anche se in realtà sembra più corretto non parlare di “settore bancario” ma di un’unica rilevante istituzione finanziaria (una istituzione pubblica e non privata o bancaria, vale a dire lo IOR), la dottrina in argomento ha spesso tentato un confronto, ma i risultati sono stati sovente vanificati dalla scarsa trasparenza e quindi da una certa opacità con la quale siffatto Istituto ha condotto le proprie operazioni finanziarie (dal fallimento del Banco Ambrosiano nel 1982 fino ad oggi) a tacere del fatto che il difetto, fino a poco tempo fa, di un adeguamento ad alcuni standard europei sull’evasione e il riciclaggio di denaro sporco, ha senza dubbio sottoposto lo IOR⁴ – la c.d. Banca Vaticana – alle pressioni esercitate da grandi istituti finanziari mondiali, come Deutsche Bank, JPMorgan e UniCredit finiti, dopo la crisi dell’euro, a seguito della crisi economica e finanziaria mondiale del 2008, nel mirino degli organismi pubblici di regolamentazione per i loro rapporti con la Santa Sede.

Ma la rete è molto più vasta e con essa il coinvolgimento non occasionale dello IOR nelle vicende della finanza nazionale e internazionale, ove si consideri come l’Istituto, che già intrattiene relazioni con circa 35 banche corrispondenti di tutto il mondo, abbia istituito di recente nuove relazioni mediante l’offerta di servizi di pagamento globali, in particolare ai suoi clienti istituzionali (ordini religiosi ed en-

⁴Lo IOR è la banca centrale del Vaticano (anche se erroneamente in quanto tale compito è svolto dall’Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica – APSA, entità canonica con funzioni di tesoreria e di gestione degli stipendi) ed è, allo stesso tempo, riconosciuto come istituto finanziario (pur non possedendo alcuna licenza bancaria) creato nel 1941 da PIO XII con la funzione di amministrare i capitali degli ordini religiosi, degli istituti religiosi maschili e femminili, delle diocesi, delle parrocchie e degli organismi vaticani di tutto il mondo. La sua peculiarità sta nel fatto di non avere sportelli né di erogare prestiti o finanziamenti, ma di gestire i patrimoni dei clienti investendo principalmente in portafogli a basso rischio e lunga durata, con un’esposizione elevata al comparto obbligazionario. Inoltre permette i trasferimenti di denaro via bonifico ed emette carte di debito e di credito, gestendo una rete di circa 13 ATM e 120 terminali POS nella Città del Vaticano.

L’istituto si pone al centro di un’organizzazione mondiale di banche controllate dal Vaticano e i suoi bilanci, almeno fino al 2013 sono stati noti solo al Papa, al Collegio dei cardinali che lo gestiscono, al Prelato dell’Istituto, al Consiglio di sovrintendenza, alla Direzione generale ed ai revisori dei conti. Sulla scorta della recente riforma di agosto 2019, e nell’ottica di una maggiore trasparenza, sono ora previste più frequenti riunioni del Consiglio di Sovrintendenza anche “mediante mezzi di comunicazione”, norme più stringenti per il personale e soprattutto un ruolo potenziato per il Prelato che diventa l’uomo chiave dell’Istituto. Inoltre aumenta il numero dei membri del Consiglio di Sovrintendenza che passa da 5 a 7, modificando così i componenti del *board* laico.

tà della Chiesa), che detengono la più ampia parte del patrimonio depositato presso l'Istituto⁵.

A tale reiterata opacità di gestione si è aggiunta anche un'atavica reticenza a consentire adeguati scambi d'informazione tra autorità, resa ancor più impenetrabile dalla resistenza degli organi direttivi alla soggezione a controlli interni, elementi questi che hanno portato il Vaticano, almeno fino al 2017⁶, fuori dalla cosiddetta "white list" delle nazioni che contrastano i riciclatori di denaro e il finanziamento del terrorismo.

Inoltre ad alimentare il sospetto di presunte operazioni di riciclaggio internazionale, suffragato da circostanze di fatto – si rammentino le numerose iniziative

⁵In termini critici sul funzionamento dello IOR, cfr. in dottrina G. CASUSCELLI, *Lo IOR e le occasioni sprecate*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 19 del 2013. L'esigenza di riforme che definiscano adeguatamente i rapporti tra IOR e sistema bancario italiano sono state avanzate nello studio di BELLINI, *Lo IOR non è intoccabile (attività patrimoniali degli enti centrali della Chiesa e giurisdizione dello Stato)*, in *Queste istituzioni*, n.52, 2014, 7 e ss.; MINERVINI, «Realizzabilità» dei crediti nei confronti dello IOR?, in *ibidem*, n.52, 2014, 16 e ss.; RISTUCCIA, *Perché va cambiata la concezione giuridica dello IOR nei rapporti finanziari internazionali*, in *ibidem*, 1982, n.52, 36.

Sulla scorta del rinnovato Statuto dello IOR voluto di recente da Papa Francesco, le consistenze patrimoniali detenute dall'Istituto – secondo il rapporto relativo al 2018 – sono riferibili a 14.953 clienti, così suddivisi: ordini religiosi (53%), dicasteri della curia romana, uffici della Santa Sede e dello Stato della Città del Vaticano e nunziature apostoliche (12%), conferenze episcopali, diocesi e parrocchie (9%); enti di diritto canonico (8%), cardinali, vescovi e clero (8%), dipendenti e pensionati vaticani (8%); altri soggetti, comprese le fondazioni di diritto canonico (2%).

Per un approfondimento della natura dello IOR e del suo quadro storico-giuridico prima della riforma di Giovanni Paolo II, si rinvia a VITALI, *L'Istituto per le Opere di Religione (IOR) e il diritto italiano*, in *Dir. eccl.*, 1987, I, 1171 e ss.; FINOCCHIARO, *Lo IOR nel diritto italiano*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 21; BERTONI, *Enti centrali della Chiesa e immunità penali*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1922 ss.; COLAIANNI, *Lo IOR e l'art. 11 del Trattato Lateranense*, in *Foro it.*, 1988, I, 2087 e ss.; CASUSCELLI, *Il Trattato del Laterano, le garanzie per gli enti centrali e la controversia sullo IOR*, in A.A.V.V., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado, Estudios en memoria del Professor Pedro Lombardia*, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1989, p. 577 ss.; MARGIOTTA BROGLIO, *Enti centrali della Chiesa e Istituto per le opere di religione, considerazioni sull'interpretazione dell'art.11 del Trattato Lateranense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 546; COLELLA, *Caso IOR e rapporti tra Stato e Chiesa*, in *Il Tetto*, 1987, 550 e ss.; IDEM, *Le "valutazioni di giuridicità" della Cassazione e il caso I.O.R.*, in *Questione Giustizia*, 1987, 555 e ss.

⁶Con la pubblicazione nella G.U. del D.M. del 23 marzo 2017 il MEF ha consentito l'ingresso del Vaticano nella white list che tiene conto dell'intervento organico di riscrittura delle liste operato dal precedente D.M. del 9 agosto 2016 in merito agli accordi per lo scambio di informazioni ai fini fiscali.

dell'autorità giudiziaria italiana e alle ben note Commissioni parlamentari d'inchiesta (tra tutti il caso Sindona impostosi all'attenzione negli anni '80)⁷ – anche una serie di operazioni spregiudicate con l'allora Banco Ambrosiano effettuate nella veste di “socio di fatto”⁸, le quali hanno portato solo di recente, a seguito di ulteriori e non meno conosciuti scandali finanziari, all'istituzione (con Lettera Apostolica di Benedetto XVI, in forma di “*Motu Proprio*” del 30 dicembre 2010) di un organismo di monitoraggio indipendente noto con l'acronimo AIF (c.d. Autorità per l'informazione finanziaria), una vera e propria *authority* che si occupa di prevenzione e contrasto dei movimenti di denaro sospetti entro le mura vaticane, dotata di un apposito ufficio per la vigilanza prudenziale; in tal modo rispondendo ad una raccomandazione del Comitato Moneyval del Consiglio di Europa⁹ per la valutazione

⁷Da non dimenticare gli Atti parlamentari, Camera dei Deputati, VIII legislatura del 2 luglio 1982 sul noto caso Calvi e quelli relativi alla successiva seduta dell'8 ottobre 1982 per la parte riguardante le “Interpellanze e interrogazioni sulla vicenda del Banco Ambrosiano”.

⁸Nel 1982, mentre la trattativa per la revisione del Concordato lateranense si avviava verso la fase conclusiva, la cronaca nera e quella giudiziaria registravano due episodi collegati: l'inquietante morte di Roberto Calvi e il fallimento del Banco Ambrosiano.

In una seduta della Camera dei deputati dell'epoca dedicata alle interrogazioni parlamentari relative alla vicenda del Banco Ambrosiano, si affermò che essa rappresentava «*la più grave deviazione di un'importante istituzione bancaria rispetto alle regole della professione, verificatesi in un grande paese industriale in questi ultimi 40 anni. Essa è anche il frutto di una confusione dei poteri, di influenze, di ambiti, che ha caratterizzato taluni aspetti della vita italiana di questo decennio. Al fondo di questa vicenda c'è la solita miscela, che ha caratterizzato tutti gli altri scandali della storia bancaria italiana, fatta di scorrettezze amministrative, di familiarità politiche, di legami indecifrati*». Nella vicenda era coinvolto, ancora una volta, lo IOR come era già avvenuto per la vicenda del “finanziere Sindona” che non riconosceva i suoi debiti diretti e/o indiretti verso le consociate estere del gruppo Ambrosiano, le quali vantavano crediti nei confronti dello IOR e di sue patrocinate – assistite da lettere di patronage – dell'importo complessivo di 1.159 milioni di dollari. Lo IOR, a sostegno dell'inesistenza del debito, adduceva l'operatività delle lettere di manleva consegnate da Calvi all'arcivescovo Marcinkus. Negli Atti parlamentari della Camera dei Deputati, VIII legislatura del 2 luglio 1982, il Governo chiedeva alla IOR una chiara assunzione di responsabilità per alcune operazioni con il Banco Ambrosiano in cui l'Istituto sembrava assumere la veste di “socio di fatto”. Inoltre il Governo chiedeva una definizione del ruolo dello IOR nei rapporti col sistema creditizio italiano anche in sede di accordi tra Stati fino a prospettare la possibilità di costituire una filiale italiana dell'Istituto che, in quanto tale, sarebbe completamente soggetta ai controlli bancari e valutari.

⁹Il Moneyval, Comitato di esperti del Consiglio d'Europa per la valutazione di misure contro il Riciclaggio di Capitali ed il Finanziamento al Terrorismo, è un organismo in seno al Consiglio d'Europa.

dei sistemi antiriciclaggio, la quale – solo per inciso – non ha a tutt’oggi eseguito riscontri ispettivi sia sullo IOR che sull’APSA (Amministrazione del patrimonio della sede apostolica), altra importante cassaforte del Vaticano, programmati per la fine di gennaio 2014, ma poi disattesi, lasciando in sospeso delicati questioni, riguardanti in specie l’effettivo congelamento di notevoli somme di denaro per le quali non sussiste ancora alcun provvedimento di confisca¹⁰.

Il primo rapporto di valutazione sulla conformità del Vaticano alle raccomandazioni formulate da Moneyval è stato concluso nel 2012, seguito dall’aggiornamento del 2016 e dal documento di 211 pagine del “*Terzo rapporto intermedio di valutazione*” pubblicato nel 2017 nel quale il Comitato ha accolto positivamente i progressi compiuti. In particolare, la creazione di una Unità Specializzata nelle indagini sui crimini economici e finanziari nel corpo della Gendarmeria, e la nomina di un Promotore di Giustizia aggiunto specializzato.

¹⁰Entro tutto il 2019 il Vaticano dovrà presentare un dettagliato piano di aggiornamento contro il riciclaggio di denaro dal momento che non è ancora stato portato davanti ai Tribunali della Santa Sede nessun caso di riciclaggio di denaro nonostante ingenti somme di denaro continuano a restare congelate e bloccate sia allo IOR che all’APSA senza che siano stati oggetto di procedure penali e di confisca.

Ecco perché il Moneyval raccomanda alla Santa Sede di garantire che gli elementi di riciclaggio di denaro di tutte le indagini sui reati finanziari in corso siano affrontati in modo proattivo. Si ritiene infatti che l’efficacia complessiva delle azioni della Santa Sede, nella lotta contro il riciclaggio di denaro, dipenderà dai risultati ottenuti in fase di processo e di Tribunale, impegnando la Santa Sede a presentare, entro dicembre 2019, un rapporto di aggiornamento sulle misure adottate per attuare le raccomandazioni del Comitato.

Sul lavoro svolto dalla IOR, cfr., TORNIELLI, *Lo Ior spiega i suoi passi verso la trasparenza*, in *Vatican Insider, La Stampa*, 22 gennaio 2014, consultabile in <http://vaticaninsider.lastampa.it/vaticano/dettaglio-articolo/articolo/ior-31438>.

Per quanto riguarda l’attività di verifica sull’adeguamento alle disposizioni antiriciclaggio, si veda, tra gli altri, F. SARZANINI, *Finiscono sotto inchiesta altre 13 operazioni fatte sui conti dell’Istituto opere religiose*, in *Corriere della Sera*, 3 luglio 2013; *Ior, il Pm del Vaticano congela i beni di monsignor Scarano*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 luglio 2013, consultabile in <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2013-07-12/vaticano-congela-beni-monsignor-130208.shtml>. Più recentemente, I. SCARAMUZZI, *Nuovo arresto per Scarano. Il Vaticano: collaboriamo con l’Italia*, in *Vatican Insider, La Stampa*, 21 gennaio 2014, consultabile in <http://vaticaninsider.lastampa.it/news/dettaglio-articolo/articolo/scarano-lombardi-31418/>

Vedasi anche le misure di legge e il regime sulla confisca dei beni introdotto con la Legge n. IX «*Confisca e blocco preventivo dei beni*» dell’11 luglio 2013 e la Legge n. XVIII dell’ottobre 2013 in tema di trasparenza, vigilanza ed informazione finanziaria. Inoltre con la nuova formulazione dell’art.36 c.p. vaticano, si stabilisce che in caso di condanna, il giudice ordina la confisca delle cose che servirono a commettere il reato, nonché delle *res* che ne costituiscono il prodotto, il profitto e il prezzo dell’impiego.

Salvo diversa previsione di legge le cose confiscate sono acquisite al patrimonio della Santa sede Sulla letteratura in argomento, cfr., FORNARI *La confisca del profitto nei confronti dell’ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 63 e ss.; AA.VV., *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, di D. Fondaroli (a cura), Padova,

In continuità con l'azione già intrapresa in questo ambito a partire dal "*Motu Proprio*" del 2010 per la prevenzione ed il contrasto delle attività illegali in campo finanziario e monetario, l'impegno del Vaticano, nell'adottare i principi e adoperare gli strumenti giuridici sviluppati dalla Comunità internazionale, è stato potenziato adeguando ulteriormente l'assetto istituzionale con il successivo "*Motu Proprio*" dell'8 agosto 2013 e con la Legge vaticana n. XVIII dell'8 ottobre 2013, recante norme in materia di trasparenza, vigilanza e informazione finanziaria.

Quest'ultima può ritenersi particolarmente innovativa in quanto oltre a stabilire obblighi per la prevenzione e il contrasto del riciclaggio di denaro sporco, del finanziamento del terrorismo e della proliferazione di armi di distruzione di massa, contempla una serie di regole di natura prudenziale volte a disciplinare – per la prima volta – l'aspetto costitutivo e organizzativo per l'esercizio dell'attività finanziaria¹¹ con l'intento di creare un *corpus* normativo che ricorda, sia pure molto genericamente, il contenuto del Testo Unico bancario italiano.

Ruolo di primo piano in materia di vigilanza prudenziale degli enti che svolgono professionalmente attività di natura finanziaria, viene affidato all'AIF che adeguata il rispettivo Statuto alle delicate competenze che essa è chiamata a svolgere. In specie, il nuovo Statuto voluto da Papa Francesco nell'ambito di un profondo rinnovamento della struttura interna, distingue i ruoli e le responsabilità del Presidente, del Consiglio direttivo e della Direzione, per assicurare che l'Autorità per l'informazione finanziaria possa agire con piena autonomia ed indipendenza e coe-

2008, 117 e ss.

¹¹In particolare il Titolo III, «*Vigilanza regolamentare prudenziale degli enti che svolgono professionalmente un'attività di natura finanziaria*» introduce nel sistema finanziario vaticano dei requisiti d'accesso per l'esercizio dell'attività finanziaria, criteri di organizzazione e gestione degli enti finanziari, requisiti patrimoniali e di liquidità in capo agli enti e di onorabilità e competenza in capo ai membri della direzione, degli organi di controllo e dell'alta dirigenza; mentre nello specifico all'art.66 si contempla l'irrogazione di una serie di sanzioni amministrative in caso di mancato rispetto di quanto stabilito al Titolo III da parte dei soggetti obbligati.

rentemente con il quadro istituzionale e giuridico della Santa Sede¹².

Da ultimo, riprendendo testualmente le finalità indicate da Pontefice « [...] *continuare ad adeguare sempre meglio le strutture e l'attività dell'Istituto per le Opere di Religione "alle esigenze dei tempi" facendo ricorso, in particolare, alla collaborazione e alla responsabilità di laici cattolici*», con Chirografo del 10 agosto 2019 viene compiuto un altro significativo passo in avanti nel delicato *iter* di adeguamento agli standard internazionali riconosciuti, sia – come traspare dalle parole del Santo Padre – rinnovando dall'interno l'ormai vetusto Statuto approvato da Papa Wojtyla nel lontano 1990, sia apportando un importante cambiamento nella *governance* dell'Istituto stesso¹³, con l'introduzione – vera novità dell'attuale riforma – della figura del revisore esterno (persona fisica o società) incaricato del controllo dei conti nominato questa volta dalla Commissione cardinalizia, su proposta del Consiglio di Sovrintendenza, che conferisce a tale nuovo soggetto un incarico per un periodo di tre esercizi consecutivi «*rinnovabile una sola volta*»¹⁴. Tale prassi avreb-

¹²Oltre alle summenzionate funzioni, l'AIF opera nell'ambito della raccolta e dell'analisi delle dichiarazioni di trasporto transfrontaliero di denaro contante, misure di prevenzione del finanziamento del terrorismo e aggiunge una serie di importanti funzioni tra cui quelle relative alla valutazione generale dei rischi.

Si rinvia al Rapporto Annuale dell'AIF sull'attività di informazione finanziaria e di vigilanza per la prevenzione e il contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, anno V, 2016 del 16/5/2017, reperibile al sito <https://press.vatican.va>

¹³Nel nuovo Chirografo viene specificato che sono organi dell'Istituto la Commissione cardinalizia, il Prelato, il Consiglio di Sovrintendenza, la Direzione. Viene meno pertanto la figura dei Revisori interni.

In particolare, per quanto riguarda Commissione cardinalizia si conferma la sua composizione nel numero di cinque cardinali nominati *ad quinquennium* dal Papa, confermabili una volta rispetto alla previsione del precedente Statuto, il quale si limitava a stabilire che erano "confermabili".

Rimangono immutati sia lo scopo perseguito dallo IOR, quale Istituto per le opere religiose e caritatevoli, che la regolamentazione della figura del Prelato – oggi nominato dalla Commissione cardinalizia – il quale oltre a seguire l'attività dell'Istituto, partecipa in qualità di Segretario alle adunanze della Commissione stessa e assiste alle riunioni del Consiglio di Sovrintendenza. L'introduzione del Segretario unico responsabile della verbalizzazione delle sedute consiliari e della custodia dei relativi verbali si pone nel solco di una nuova prassi bancaria tesa a evitare il coinvolgimento – in un'attività così delicata - di dirigenti che potrebbero trovarsi in condizione di conflitto d'interesse.

¹⁴Secondo il Chirografo del 10 agosto 2019, le funzioni in materia di bilancio del nuovo revisore cambiano rispetto allo Statuto del 1990 sia nella sua composizione (precedentemente nomina dei soli

be lo scopo di eliminare un possibile conflitto d'interessi insito nello Statuto precedente, il quale prevedeva che la nomina dei tre revisori spettasse al Consiglio in questione.

Dunque, la strada verso possibili scenari di trasparenza delle operazioni e di contrasto di eventuali abusi del sistema finanziario – tra cui il controllo delle credenziali dei detentori di conti e dei flussi di denaro contante – sembra decisamente aperta mostrando elementi di radicamento nell'ordinamento vaticano non solo ove si guardi alla pubblicazione, avvenuta nel corso di questi ultimi 5 anni, dei risultati annuali da parte dello IOR, quale tangibile segnale dell'avvertita esigenza di dar corso ad un sistema di controlli sempre più efficiente, ma *a fortiori* laddove si consideri l'ulteriore passo in avanti intrapreso dal Vaticano nell'azione di “finalizzazione” del lavoro d'indagine, avviando nell'ambito del *law enforcement* e giudiziario adeguati procedimenti relativi al riciclaggio di capitali¹⁵.

In quest'ottica, il Protocollo d'intesa siglato, nel luglio del 2013, dall'AIF con la propria controparte italiana (Unità di Informazione Finanziaria - UIF) della Banca d'Italia – pur nel rispetto dei modelli predisposti dall'Egmont Group¹⁶ contenenti

organi interni, nel numero di tre) ma anche nella modalità di espletamento, imponendo un limite di rielegibilità non previsto precedentemente. Tra i compiti quello di esprimere «*con apposita relazione il giudizio sul bilancio dell'Istituto, previo esame di tutti i libri e documenti contabili*» e di svolgere altresì un controllo informativo «*ricevendo dall'Istituto – e a questo richiedendo – ogni informazione utile alla propria attività di revisione*».

Il Chirografo e il nuovo Statuto dello IOR approvato dal Pontefice ad *experimentum* per due anni entrerà in vigore immediatamente; successivamente entrambi saranno contemporaneamente inseriti negli *Acta Apostolicae Sedis*.

¹⁵Si considerino le condanne avvenute nel corso del 2018 per alcuni ex dirigenti dello IOR per il reato contestato di truffa e *autoriciclaggio* e ancora per manipolazione del mercato azionario (quest'ultimo reato in attesa di approdare a un processo nei Tribunali vaticani). Per non parlare delle vicende dei fondi e conti dello IOR appartenenti a quella che è stata chiamata la “cricca” dei grandi eventi, balzata agli onori della cronaca qualche anno fa e che vedeva coinvolti prelati di calibro e l'imprenditore Diego Anemone rimasti (forse) negli archivi della banca vaticana in attesa di giudizio.

¹⁶Il Gruppo Egmont (meglio conosciuto come l'organizzazione mondiale delle Unità di Informazione Finanziaria Nazionali) è stato fondato nel 1995 e attualmente consiste in una rete informale di 156 di Unità d'Informazione Finanziaria (FIUs) di oltre 130 Paesi. Esso costituisce il luogo appropriato per le FIUs di tutto il mondo per lo scambio di informazioni e per il coordinamento della lotta contro il riciclaggio del denaro e il finanziamento del terrorismo). Questo protocollo è stato redatto in

clausole di reciprocità, riservatezza e utilizzi consentiti delle informazioni – getta le basi per una concreta cooperazione e scambio d'informazioni finanziarie fra autorità competenti dei Paesi coinvolti (ma l'impegno si estende anche ai nuovi rapporti di collaborazione con Stati Uniti, Belgio, Spagna, Slovenia e Paesi Bassi e degli altri che si sono succeduti a partire dal 2014) nel reciproco intento di contrastare, a livello internazionale, il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo¹⁷.

Corre l'obbligo ricordare come lo Stato Città del Vaticano e la Santa Sede sono stati sottoposti alla potestà ispettiva del Moneyval¹⁸ anche in ragione dell'adozione dell'euro quale propria moneta. Il conseguente impegno a rispettare talune condizioni, ha comportato che gli enti finanziari vaticani entrassero in uno spazio giuridico contraddistinto dalla soggezione a vigilanza e controlli, di tipo amministrativo, esercitati da soggetti "terzi" rispetto all'ordinamento vaticano e all'ordinamento canonico.

Vengono in evidenza, da quest'angolo visuale, oltre alle tematiche dell'antiriciclaggio anche quelle dell'opponibilità del segreto bancario in materia fiscale, dell'anonimato societario e degli strumenti finanziari al portatore che rappre-

conformità dei principi internazionali che disciplinano la collaborazione tra *Financial Intelligence Units* (FIU) e, in particolare, degli standard elaborati dal GAFI e dal Gruppo Egmont. Esso formalizza la cooperazione e lo scambio di informazioni finanziarie fra autorità competenti dei paesi coinvolti, ai fini del contrasto a livello internazionale del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo

Cfr. anche http://www.bancaditalia.it/media/chiarimenti/29072013_UIF.pdf

¹⁷Le autorità italiane hanno infatti cominciato «ad ampliare la prospettiva rispetto a qualche anno fa in cui prevaleva l'aspetto bilaterale, quando ci si preoccupava soprattutto di sapere quanti italiani sono allo Ior». Le relazioni si sono stabilizzate e si è allargato il campo d'intervento; per esempio ci sono stati proficui scambi d'informazioni relativi a cittadini italiani che non avevano connessioni con la Santa Sede e lo IOR: in casi come questo le autorità vaticane possono intercettare informazioni utili alle istituzioni italiane e portarle a loro conoscenza.

¹⁸Indubbiamente, un peso decisivo verso l'adeguamento agli standard comuni dev'essere riconosciuto alla procedura Moneyval, che ha operato da catalizzatore ed ha accompagnato il Vaticano con un approccio che è stato non solo di supervisione ma anche e soprattutto "consulenziale".

Così, BANI, *La regolazione prudenziale in materia finanziaria nell'ordinamento della chiesa cattolica*, in Bani-Consorti (a cura di), *Finanze vaticane e Unione europea. Le riforme di papa Francesco e le sfide della vigilanza internazionale*, il Mulino, 2015, 164 e ss.

sentano non solo i principi del sistema giuridico, ma veri e propri pilastri a fondamento del sistema economico vaticano.

Con riferimento specifico al segreto bancario, le insistenti pressioni a livello internazionale hanno reso necessaria poi la caduta di uno degli ultimi paradisi fiscali (favorendo pertanto quell'auspicato scambio di informazioni fiscali già a partire dal 2009, principio che viene esteso anche a possibili indagini giudiziarie sempre nell'ambito tributario) e una revisione soprattutto della materia della rogatoria internazionale come strumento di rapporto tra autorità al fine di agevolare un'efficiente prosecuzione del procedimento penale¹⁹.

Non a caso in una delle recenti raccomandazioni del Comitato europeo di Moneyval si evidenzia la necessità, si cita testualmente, di «*intensificare l'attività di prosecuzione giudiziale e quella previa di investigazione dei reati in materia finanziaria*». Tale evenienza è determinata dal fatto che le attività di Gendarmeria e di Promotore di Giustizia vaticane sono vincolate alla struttura del reato di riciclaggio il quale prevede che ne vengano individuati tipologia e luogo dove questo avviene²⁰.

¹⁹L'esperienza di questi anni ha dimostrato come per quanto i rapporti tra lo Stato della Città del Vaticano e l'Italia siano ottimi, tuttavia resta ancora in piedi l'uso della rogatoria internazionale, la quale potrebbe essere facilmente superabile dalla firma di accordi di collaborazione reciproci molto più stretti proprio relativamente ad una collaborazione giudiziaria. Pertanto, sono stati proposti la creazione di accordi *ad hoc* con le autorità giudiziarie all'estero per quanto riguarda la sede migliore per l'azione penale, nel pieno rispetto della sovranità di ciascuna giurisdizione.

A questo proposito, già a partire dal 2016 sono arrivate in Vaticano 7 rogatorie internazionali, tutte provenienti dall'Italia, e il Vaticano ha risposto a 6 di queste, mentre non ha acconsentito ad una che riguardava la deposizione di fronte ad autorità giudiziarie italiane di «*soggetti e per fatti connessi ad indagini condotte nello Stato*». Ad ogni modo, si sta consolidando la cooperazione internazionale, in particolare proprio con la Magistratura italiana, anche se è comunque operante, da anni, anche la cooperazione tra le autorità di polizia che ha dato significativi risultati non solo nell'ambito delle attività investigative coordinate, ma soprattutto per la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico.

Per la letteratura in argomento, cfr., SMITH., *International Cooperation in Litigation: Europe*, Martinus Nijhoff, L'Aia, 1965 e più di recente DIOTALLEVI (a cura di), *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere: libro XI, artt. 696-746*, Milano, 2012.

²⁰La Gendarmeria vaticana ha stipulato nel corso del 2015 protocolli di intesa con la Guardia di Finanza e l'Arma dei Carabinieri, nonché con la Polizia nazionale in Colombia.

Da ciò scaturisce la necessità di una “cooperazione degli Stati esteri”²¹ con rogatorie internazionali solitamente lente e incerte, spesso rifiutate per “ragioni oggettive e di diritto”.

Dalla riforma del 2013, e dunque con l’adeguamento alle norme antiriciclaggio, sono stati introdotti una serie di strumenti *ad hoc*, quali il blocco preventivo dei beni, dei conti correnti, fondi e altre risorse economiche e il congelamento dei beni. In pratica, l’Autorità di Informazione Finanziaria può intervenire e procedere al fermo reale delle cose di cui sospetta l’illecita provenienza, anche se una tale ampiezza di poteri non va a “colpire” i patrimoni, risultando così del tutto insufficiente a contrastare efficacemente e dissuasivamente eventuali gravi condotte²².

Pertanto, nonostante il regime di collaborazione tra autorità amministrativa e giudiziaria, rimane ancora una certa frizione tra logiche del sistema preventivo e quelle della funzione giudiziaria, soprattutto ove si consideri come il principio di non colpevolezza vada a condizionare la relativa fase del giudizio²³.

Un aspetto indubbiamente rilevante dell’intesa raggiunta dalla Santa Sede in materia fiscale riguarda la tassazione delle rendite finanziarie. La firma dell’Accordo con l’Italia ha sancito infatti il pieno adempimento, con modalità semplificate, degli obblighi fiscali relativi alle attività finanziarie, detenute presso enti che svolgono attività finanziaria nella Santa Sede, da parte di persone fisiche e giuridiche fiscalmen-

²¹Nella generalità dei casi, il luogo in cui avviene è sempre un Paese estero (soprattutto l’Italia) con l’ulteriore circostanza che chi commette il delitto è sempre un cittadino estero e non vaticano.

²²Circa la qualificazione giuridica dell’Autorità di Informazione Finanziaria, cfr. DALLA TORRE, *La nuova normativa vaticana sulle attività illegali in campo finanziario e monetario*, in *Ius Ecclesiae*, vol. XXIII, 2001/I, 114 e ss.

²³Va evidenziato, a tal riguardo, che ogni qualvolta le risultanze probatorie appaiono fragili o comunque non convincono oltre ogni ragionevole dubbio, esigenze di giustizia – e di economia processuale – impongono un limite al procedimento non oltre la soglia del dibattimento, ciò in quanto gli indici di anomalia che portano al blocco delle operazioni sospette non bastano a provare la provenienza dei patrimoni intercettati, richiedendo quasi sempre la collaborazione di autorità giudiziarie straniere.

Da ciò l’esigenza di un sistema più efficiente ed efficace che poi ha portato ad una riforma del Codice Penale ed anche ad un sistema antiriciclaggio di nuova concezione, frutto di una riforma iniziata dai tempi di Benedetto XVI.

te residenti in Italia²⁴.

Posto in questi termini, sembra indubbiamente risolversi uno dei nodi classici del contenzioso fiscale fra il Vaticano e il nostro Paese, dal momento che proprio qui, per evidenti ragioni geografiche, sono ospitate una miriade di strutture e di beni immobili appartenenti a enti religiosi, congregazioni, ordini, molti dei quali hanno depositi allo IOR pur producendo reddito in ambito nazionale.

Per effetto dell'Accordo – che indubbiamente rappresenta un considerevole sforzo nel campo della cooperazione fiscale con l'Italia – si porrebbe quindi fine alla lunga stagione dei privilegi ecclesiastici in *subiecta materia*²⁵.

Cosicché il rientro di grandi capitali in Italia fa ben sperare di poter far luce sui più controversi segreti gelosamente custoditi tra gli archivi della banca vaticana magari dissipando qualche dubbio e forse svelando scomode verità sullo scandalo del Banco Ambrosiano²⁶.

2. Prima di procedere ad un sia pur sommario confronto tra le rispettive leggi

²⁴Nel testo dell'Accordo sono indicate tre categorie: i dipendenti del Vaticano, i sacerdoti e le società di vita apostolica e gli enti ecclesiastici con personalità giuridica.

Nel comunicato stampa dello IOR dello scorso giugno 2019 – nell'ottica di una maggiore trasparenza – si mette in evidenza l'operatività dell'Istituto nel corso dell'ultimo anno, il quale per volontà di riforma dello stesso Papa Francesco «*ha affinato ulteriormente l'integrazione di criteri negativi e positivi di screening per la selezione delle attività finanziarie in cui realizzare investimenti coerenti con l'etica cattolica, selezionando esclusivamente imprese che svolgono attività conformi alla Dottrina Sociale della Chiesa Cattolica*».

²⁵La cooperazione fiscale con l'Italia (rivolta ai clienti privati IOR con residenza fiscale italiana) è stata sancita con la firma della Convenzione fiscale tra la Santa Sede e la Repubblica d'Italia dell'1 aprile 2015, per poi entrare in vigore il 16 ottobre 2016. È stato inoltre firmato un trattato fiscale *ad hoc*, con gli Stati Uniti d'America il 10 giugno 2015, al fine di introdurre il FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) che impone obblighi di osservanza verso gli indirizzi della legge fiscale americana.

²⁶Al riguardo, Commissione parlamentare d'inchiesta sul caso Sindona e sulle responsabilità politiche ed amministrative ad esso eventualmente connesse, 18 settembre 1980 - 27 ottobre 1982 (Legge 22 maggio 1980, n. 204), VIII.

Un panorama molto articolato si rinviene nei Resoconti stenografici della seduta del 2 luglio 1982, per la parte relativa a interpellanze e interrogazioni sul caso Calvi (Atti parlamentari, Camera dei Deputati, VIII legislatura, 2 luglio 1982) e della seduta dell'8 ottobre 1982 per la parte relativa a "Interpellanze e interrogazioni sulla vicenda del Banco Ambrosiano" (*ibidem*).

antiriciclaggio attuate in Italia e nella Sede Apostolica è bene ricordare le ragioni del difficile adeguamento di tale impianto normativo proprio nell'ambito di quest'ultimo ordinamento, determinate da una serie di questioni giuridiche tra cui quella circa l'efficacia retroattiva dell'obbligo di trasparenza, una vicenda indubbiamente emblematica nata in una fase particolarmente delicata per la banca vaticana²⁷.

Il dovere di adeguamento al canone della trasparenza e al contrasto delle attività illegali in campo finanziario, come sarà opportuno analizzare, è stato, in un primo momento, disatteso in nome della "stabilità" del sistema finanziario vaticano: è un dato che i bilanci fino all'entrata in vigore della Legge n. CXXVII del 2010 (1° aprile 2011) sono stati rigorosamente ritenuti privati. Ciò ha consentito di ignorare l'obbligo rivolto ai soggetti interessati (*i.e.* lo IOR) di rispondere «*pienamente e rapidamente*» anche alle richieste relative ai rapporti e alle operazioni condotte prima di tale legge (ovvero relativi al quinquennio precedente)²⁸ come richiesto testualmente dall'art.32, co.2.

Ne emerge in generale un quadro composito determinato soprattutto dalla peculiare condizione di Stato *enclave*, la quale ha sempre garantito alla Città del Vaticano margini di autonomia e indipendenza non solo economico-politici, ma anche giuridici e giurisdizionali tali da garantire una piena sovranità ed indipendenza

²⁷Si rinvia, per maggiori dettagli sulla vicenda, all'articolo pubblicato sul sito web www.ilfattoquotidiano.it/2012/01/31/lo-ior-si-fa-beffe-dellitalia/187870/.

²⁸ L'art. 32, co.1, della legge n. CXXVII del 2010 prescrive che i soggetti di cui all'art. 2, tenuti alla lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo «*avuto riguardo ai rapporti continuativi o d'affari instaurati e alle operazioni eseguite, conservano, per un periodo di cinque anni dalla cessazione del rapporto o dall'esecuzione dell'operazione, la copia dei documenti richiesti, le informazioni acquisite, le scritture e le registrazioni eseguite nell'adempimento degli obblighi di adeguata verifica, affinché possano essere utilizzati per qualsiasi indagine o analisi su eventuali operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo*».

Il comma successivo prescrive poi che quegli stessi soggetti «*devono adottare sistemi che consentano loro di rispondere pienamente e rapidamente a qualsiasi richiesta di informazioni proveniente dall'Autorità di Informazione Finanziaria relativamente alle operazioni e ai rapporti continuativi o d'affari da essi intrattenuti nel corso degli ultimi cinque anni*».

(temporale e politica) della Santa Sede, resa necessaria ai fini di una completa esplicazione dei propri compiti religiosi e spirituali²⁹. La missione della Chiesa cattolica in tutto il mondo ha creato un vero e proprio collante finanziario di dimensioni globali sollecitando l'introduzione, a partire dal Pontificato di Papa Benedetto XVI, di una puntuale regolazione per allineare il quadro finanziario del Vaticano agli standard internazionali e alle *best practices*.

Tuttavia questo sforzo progressista è stato in parte rallentato, almeno nel passato più recente, da rapporti di vicinato tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica segnati da occasioni mancate e da una disciplina, in materia bancaria, poco o punto coincidente. Ad una regolamentazione italiana rigorosa, quanto all'esercizio dell'attività d'intermediazione e alla capillare distribuzione territoriale delle relative strutture creditizie, si è sempre contrapposta l'operatività di un unico Istituto (lo IOR), che a dispetto della denominazione e diversamente da quanto previsto dal proprio Statuto, è stato sin dalla sua origine dedito, nella pratica, all'esercizio improprio dell'attività bancaria³⁰. Basti citare la disinvolta gestione protrattasi anche dopo gli anni dell'amministrazione Marcinkus, la quale per un verso ha ostacolato fortemente volontà e tentativi di riforma, per l'altro, è stata tra le cause dello scio-

²⁹Per ulteriori riflessioni, Cfr., JEMOLO, *Carattere dello Stato Città del Vaticano*, in *Riv. dir. internaz.*, 1929, 193 e ss.

In termini critici, D'AVACK., *Vaticano e Santa Sede*, Il Mulino, 1994, 190. e ss.; CARDIA, *Vaticano e Santa Sede. Dal Trattato Lateranense a Giovanni Paolo II*, in D'AVACK (a cura di) *Vaticano e Santa Sede*, 29 secondo cui la strumentalità del Vaticano determina che esso potrà trovare la sua sola ragione di esistenza nella Santa Sede e che, pertanto, non può immaginarsi un orientamento politico diverso da questa o un capo politico diverso dal pontefice. L'assenza di una vera e propria popolazione, legata alle peculiarità tipiche che caratterizzano i requisiti per avere cittadinanza vaticana e che le conferiscono il carattere temporaneo, attribuisce allo Stato Città del Vaticano la configurazione di uno *Stato-apparato* piuttosto che di uno *Stato-comunità*, da cui si evince l'impossibilità di un suo autonomo sviluppo «*perché, in quanto privo dell'elemento comunitario, il Vaticano non potrà mai prendere coscienza di sé come di qualcosa di diverso da ciò che è, uno strumento a servizio della Santa Sede*».

³⁰Si legge negli Atti parlamentari, Camera dei Deputati, VIII legislatura, 8 ottobre 1982, che l'istituto in relazione alla specifica attività che esso esplica (che ha in sé tutti gli elementi per essere definita attività bancaria) e secondo un orientamento ormai consolidato, assume la configurazione di un'azienda di credito estera operante in uno stato estero.

glimento della banca vaticana e della sua possibile trasformazione in “banca etica”³¹.

Quando si parla di occasioni mancate ci si riferisce in particolar modo alla sussistenza di modelli ordinamentali diversi (Chiesa cattolica e Stato laico, oggi in parte superati dall’introduzione nel primo di categorie giuridiche ed economiche proprie del sistema statale) spesso stridenti se solo si pensi al fatto che fino a qualche anno fa il Vaticano rientrava tra quei paesi considerati ad alto rischio di riciclaggio di denaro sporco per la sussistenza di un segreto bancario forte unitamente alla mancanza di un controllo sugli istituti finanziari e, non ultima, alla totale assenza del riconoscimento europeo di “equivalenza” antiriciclaggio.

Una situazione questa che avrebbe dovuto spingere le autorità ecclesiastiche, ancor prima della stagione delle grandi riforme papali, a implementare un quadro di vigilanza prudenziale allo scopo di impedire possibili abusi del proprio sistema finanziario e definire canoni di protezione per il consumatore (in quanto la maggior parte dei titolari di conti vaticani sono cittadini europei); mentre lo Stato italia-

³¹Nel 2017 l'Istituto fa sapere di aver servito circa 15.000 clienti rappresentativi di circa 5,3 miliardi di euro di risorse finanziarie (5,7 miliardi di euro nel 2016), di cui circa 3,5 miliardi relativi a risparmio gestito e in custodia. Il contributo maggiore al risultato netto, pari a 44,3 milioni di euro, è derivato dalla gestione degli attivi dell'Istituto.

La politica d'investimento dello IOR dunque è rimasta prudente ed è stata in linea con le strategie degli anni precedenti. In aggiunta al raggiungimento degli obiettivi finanziari, l'Istituto ha conseguito anche altri obiettivi di carattere qualitativo, tra cui i più importanti hanno riguardato investimenti coerenti con l'etica cattolica: l'esaltazione della vita umana, la creazione e la dignità umana sono alcuni tra i valori irrinunciabili che guidano l'Istituto nella selezione degli investimenti. L'Istituto ha infatti espresso il proprio impegno a contribuire alla «*cura della casa comune*» invocata da Papa Francesco nella lettera Enciclica “*Laudato si*”, selezionando i propri investimenti anche sulla base della responsabilità sociale delle imprese e del loro ruolo nella realizzazione di un futuro sostenibile, così come richiamato dal Santo Padre.

Nel 2017, l'Istituto ha quindi continuato ad escludere investimenti in imprese che violano o non rispettano in pieno i principi globalmente riconosciuti in materia di diritti umani, standard lavorativi, lotta alla corruzione e lotta alla criminalità ambientale, pronto a disinvestire qualora il rispetto di tali principi da parte delle imprese scelte venisse meno. Parimenti, ha continuato a realizzare investimenti tesi anche a favorire lo sviluppo dei paesi più poveri, nel rispetto di scelte coerenti con la realizzazione di un futuro sostenibile per le generazioni future. Lo IOR nel corso del 2017 ha contribuito inoltre alla realizzazione di numerose attività di tipo benefico e sociale, sia attraverso donazioni di carattere finanziario, sia tramite concessioni di immobili di sua proprietà, in locazione a canone agevolato o comodato d'uso gratuito a enti con finalità sociale.

no avrebbe dovuto, da canto suo, promuovere congruenti modifiche dell'Accordo del 1984 sull'indipendenza dei relativi ordini³², così da consentire alla Banca d'Italia quei controlli di trasparenza sempre negati fino all'entrata in vigore della Direttiva 2005/60/CE³³.

Un concreto inizio di trasparenza – sia pure ostacolato per lungo tempo dall'*establishment* cattolico – è datato 2009 a seguito della Convenzione monetaria siglata il 17 dicembre con la Commissione europea; un atto importante che avvia un processo normativo culminante nella Legge n. CXXVII del 2010 (modificata nel 2012 e poi definitivamente abrogata nel 2013) il cui pregio è stato quello di fornire – attraverso una serie di provvedimenti attuativi – una prima regolamentazione alla lotta al riciclaggio, muovendosi su un doppio binario: introduzione di nuove fattispecie delittuose, da un lato, predisposizione di una disciplina specifica in materia di congelamento dei fondi per prevenire il finanziamento del terrorismo, dall'altro. Essenziale, in tal senso, è stata l'attività svolta dall'AIF che, fatti salvi i decreti adottati

³²L'Accordo tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede del 18 febbraio 1984 ha concluso una lunga e laboriosa trattativa iniziata nell'ottobre del 1976 dal Presidente del Consiglio dei Ministri *pro tempore*, che avocò alla Presidenza del Consiglio tutta la materia delle relazioni tra Stato e Confessioni religiose. Obiettivo dell'Accordo è essenzialmente l'adeguamento del regolamento dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica ai principi della Costituzione repubblicana, attraverso l'applicazione del procedimento di revisione bilaterale di cui all'art.7, co.2, della stessa Costituzione. Con l'Accordo del 1984 vengono introdotte molteplici e sostanziali innovazioni al Concordato del 1929, il quale viene integralmente sostituito dalle nuove disposizioni. Il nuovo Concordato si configura come un "accordo-quadro" di principi fondamentali che regolano l'indipendenza dei rispettivi ordini dello Stato e della Chiesa, individuando gli specifici capisaldi costituzionali, sui quali ricostruire il sistema dei loro rapporti con l' articolato rinvio ad ulteriori intese su specifiche questioni, da stipulare successivamente tra autorità statali ed ecclesiastiche competenti.

La prima di tali intese è stata quella sulla riforma degli enti e beni ecclesiastici e del sistema di sostentamento del clero, cui sono seguite quelle sulla nomina dei titolari di uffici ecclesiastici, sulle festività religiose riconosciute agli effetti civili, sull'insegnamento della religione cattolica nelle scuole, sul riconoscimento dei titoli accademici delle facoltà approvate dalla Santa Sede, sull'assistenza spirituale alla Polizia di Stato, sulla tutela dei beni culturali di interesse religioso e degli archivi e biblioteche ecclesiastiche.

Si veda al riguardo, ASTORRI, *Stato e Chiesa in Italia: dalla revisione concordataria alla "seconda repubblica"*, in *Quaderni dir. pol. eccl.*, 1/1994.

³³Cfr., Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo.

dall'Autorità Giudiziaria in sede penale, ha disposto con atto proprio il congelamento dei fondi e delle risorse economiche detenuti da persone fisiche, giuridiche, gruppi o entità, designati secondo i principi e le regole vigenti nell'ordinamento europeo³⁴.

Dunque dal *Motu Proprio* «La Sede Apostolica» del 2010, le nuove norme in materia finanziaria³⁵ trovano fondamento nelle categorie giuridiche tipiche del sistema antiriciclaggio nazionale portando a compimento un necessario processo di aggiornamento ed integrazione del codice penale vaticano oramai obsoleto e, se vogliamo, inadeguato.

³⁴Con il medesimo provvedimento sono individuate, sulla base dei principi e delle regole vigenti nell'ordinamento europeo, le esenzioni dal congelamento (art. 24, co.1).

L'AIF è stata istituita nel dicembre 2010, e dal 3 luglio 2013 fa parte dell'Egmont Group, cioè dell'organizzazione internazionale delle Unità di informazione finanziaria nazionali (UIF). La sua indipendenza operativa è stata ristabilita nel dicembre 2012, quando è stato cancellato l'obbligo dell'AIF di definire protocolli d'intesa, da sottoporre preventivamente anche al *nulla osta* della Segreteria di Stato vaticana; un obbligo questo che era stato introdotto con una norma del gennaio 2012. In tal modo è stata modificata la previgente regolamentazione del 2010, che consentiva all'AIF di collaborare senza necessità di accordi formali.

L'intervento normativo del 2012, in linea con gli standard internazionali in materia di indipendenza operativa delle FIU, ha favorito l'ammissione dell'AIF nel Gruppo Egmont e ha posto le basi per la sottoscrizione del Protocollo con l'UIF, che ricalca il modello predisposto dallo stesso gruppo.

³⁵L'osservanza, in via suppletiva – e previo recepimento da parte della competente autorità vaticana – delle leggi italiane in materia penale e di procedura penale è sancito dalla Legge sulle fonti del diritto del 1° ottobre 2008, n. LXXI.

Cfr., BENEDETTO XVI, *Motu proprio, Legge sulle Fonti del Diritto dello Stato della Città del Vaticano*, n. XXLI, 1 ottobre 2008, AAS suppl., LXXIX (2008), 66-70 Legge sulle fonti del diritto, 1 ottobre 2008 n. LXXI, AAS suppl. 79 (2008), 65-70, rinnovata al fine di procedere ulteriormente nel sistematico adeguamento legislativo dell'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano.

In proposito le autorità vaticane ritengono, con particolare riferimento al codice di procedura penale che, nel complesso, si tratti di codici liberali, i quali grazie anche alle innovazioni apportate da Paolo VI, con la legge 21 giugno 1969 n. L, risultano, nelle applicazioni, in armonia con il principio del "giusto processo" e la sua ragionevole durata.

Si veda, Legge 21 giugno 1969 n. L, di riforma del diritto penale e processuale penale. Tali modifiche sono state apportate con la Legge n. L del 1969, al fine di eliminare le modifiche apportate al Codice del 1889 dall'entrata in vigore della Legislazione fascista. Peraltro l'interesse delle innovazioni sta più nei principi che le ispirano, che nella portata pratica, data la rarità dell'applicazione della Legge penale nella Città del Vaticano.

Sul punto, CIPROTTI, *Note sull'aggiornamento della Legislazione penale vaticana*, in *Rivista di Diritto internazionale*, LIV, 1971, 40 e ss.; DALLA TORRE, *Aspetti della Giustizia Vaticana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, ^L_{SEP} *Rivista telematica* (www.statoechiese.it) n. 18/2013; ID., *La nuova normativa vaticana sulle attività illegali in campo finanziario e monetario*, in *Ius Ecclesiae*, XXIII, 2011, 112 e ss.

Tanto che, per certi versi, tale legge è sembrata addirittura antesignana in quanto l'elaborazione di alcune fattispecie perseguibili penalmente sono andate al di là della stessa casistica italiana, introducendo al novellato art.421-*bis* i reati di «riciclaggio» e «autoriciclaggio»³⁶.

La repressione di condotte criminali, inserite nell'ordinamento penale del Vaticano, indicano pertanto un superamento dello stesso apparato delittuoso italiano laddove, segnatamente a quest'ultimo delitto e per scopi meramente normativi, se ne prevedeva un richiamo nell'ambito del D. Lgs. n.231/07³⁷ trovando – solo dopo un lungo e travagliato percorso legislativo, completato con l'introduzione nell'art.3, co.3, della Legge n.186/2014 in materia di emersione e rientro di capitali detenuti all'estero – una sua collocazione sul piano sistematico, trasfusa in un secondo momento nel nostro ordinamento penale all'art.648-*ter.1*³⁸ ai fini della persecuzione

³⁶Corre l'obbligo ricordare come prima del 2010 il sistema penale vaticano non contemplava il reato di riciclaggio, ma solamente il reato comune di *ricettazione*.

Sulle ragioni di tale riforma si veda, *amplius*, RIVETTI, *Le ragioni giuridiche ed ontologiche della normativa antiriciclaggio nello Stato Città del Vaticano. La nuova architettura economico-finanziaria*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 55, 2, 2015, 377 e ss.; ZANNOTTI, *La normativa antiriciclaggio dello Stato vaticano*, in G. Dalla Torre, P.A. Bonnet (a cura di), *Annali di Diritto vaticano 2015*, Stato Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2015, 67 e ss.

³⁷Cfr., D. Lgs. n.231 del 21 novembre 2007 recante l'«Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione e successive modificazioni e integrazioni».

Il decreto introduce un nuovo approccio alla prevenzione e contrasto del riciclaggio basato, anche, sulla "collaborazione attiva" di banche, intermediari finanziari, assicurazioni e professionisti.

³⁸Conversione in Legge n.186/2014 del disegno di legge n.1642/2014, rubricante «Disposizioni in materia di emersione e rientro di capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale. Disposizioni in materia di autoriciclaggio».

Fino ad allora il reato non era perseguibile, posto che ai sensi dell'art.648-*bis* c.p. commette reato chi «fuori dai casi di concorso di reato» pone in essere tutte quelle azioni riconducibili al riciclaggio di proventi da attività criminose. Grazie a questa *clausola di riserva*, il soggetto che commette in prima persona il reato presupposto, e successivamente ricicla egli stesso quanto ottenuto da suddetto reato, non è perseguibile per riciclaggio.

Il nuovo reato previsto dall'art.648-*ter.1*, sanziona pertanto la condotta di chi, dopo aver commesso il reato presupposto, provvede a sostituire, trasferire od occultare i proventi del reato stesso (denaro, beni o altre utilità) per investirli o immetterli in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative.

La punibilità è subordinata alla condizione che la condotta di trasferimento o sostituzione sia concretamente idonea a ostacolare la provenienza delittuosa del provento del reato. Di contro, uno

del reato.

Il sistema penale antiterrorismo contenuto nella Legge n. CXXVII³⁹ viene successivamente rivisitato mediante Legge Pontificia del 2012, la quale introduce un sistema penale *repressivo* di contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nonché di altri gravi reati economico-finanziari. Essa sostanzialmente contiene un *corpus* unitario di fattispecie delittuose (dal riciclaggio, all'*autoriciclaggio* ed ai reati cc.dd. "presupposto", cioè quei comportamenti delittuosi che generano proventi), oltre a fattispecie a contenuto più specificamente amministrativo, con uno sguardo attento agli obblighi di "adeguata verifica" della controparte; di registrazione e conservazione dei dati relativi ai rapporti continuativi e alle procedure di segnalazione delle operazioni sospette.

Coerentemente con un diritto penale più pervasivo, il delitto di riciclaggio perde così i suoi connotati di reato accessorio, quale mezzo d'indagine e di repressione di gravi reati-presupposto, divenendo un bersaglio penalistico e un fine in sé del tutto avulso dall'interesse per il delitto a monte, al punto da ritenere configurato il delitto anche in caso di qualificazione amministrativa di una determinata operazione finanziaria⁴⁰.

specifico esimente è previsto nei casi in cui il denaro, i beni o le utilità vengano destinati alla mera utilizzazione o godimento personale del reo.

Per una particolareggiata disamina delle potenzialità della normativa italiana in materia di rientro di capitali dall'estero, si veda RUSSO, «Voluntary disclosure su contanti e cassette di sicurezza all'estero. Luci ed ombre di una procedura "stralciata" dalla Legge di bilancio 2019», in "La relazione tra intermediari e clienti nel diritto dell'economia", IANUS - Diritto e Finanza, n.19/2019, 193 e ss.

³⁹A seguito delle ispezioni degli osservatori di Moneyval presso la Città del Vaticano a novembre 2011 emerge la necessità di rivedere la Legge n. CXXVII, al fine di recepire alcune Raccomandazioni del GAFI. Di conseguenza il Presidente del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano, il 25 gennaio 2012 emana il Decreto di urgenza n. CLIX, con il quale introduce un numero significativo di cambiamenti necessari e auspicati, che sono stati presi in considerazione ai fini del rating. In particolare sono state introdotte nuove norme penali che riguardano tra l'altro l'abuso d'informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato (artt.299- *bis* e 299-*ter*; la produzione e il traffico di sostanze stupefacenti (art.326- *bis*); il finanziamento del terrorismo (art.138-*ter*).^{[L] [SEP]}

⁴⁰Tale impostazione è condivisa da CARDIA, *La nuova Legge Fondamentale dello Stato Città del*

A delineare le situazioni in cui scatta l'obbligo di adeguata verifica della clientela è l'art. 28 della legge n. CLXVI del 2012 che, come si dirà, nel restringere il gruppo dei soggetti tenuti al rispetto di tali obblighi sottrae le Autorità pubbliche da alcuni adempimenti antiriciclaggio⁴¹. Ad ogni modo, sia la normativa italiana che quella vaticana si basano sull'osservanza del c.d. *risk-based approach*⁴² ovvero sulla possibilità di svolgere un'adeguata verifica della clientela *semplificata* (ad esempio se la controparte è un soggetto finanziario situato in un Paese considerato equivalente) o *rafforzata*, specificando quando ciò è possibile o doveroso⁴³ ed indicando procedure da adottare, inclusi gli adempimenti da assolvere. Tale regime delineato sulla falsariga degli artt.25 e ss. del D. Lgs. n.231/2007 e artt.6 e ss. della Direttiva 2005/60/CE aggiunge in più una clausola di esenzione rispetto agli Stati che – previo provvedimento di “riconoscimento” della Segreteria di Stato – impongono obblighi equivalenti a quelli vaticani.

Rispetto alla precedente formulazione, il decreto modificativo dedica agli

Vaticano. Il rapporto tra potestà legislativa e potestà esecutiva, op.ult.cit., 4 e ss.; AA.VV., La legislazione antiriciclaggio dello Stato Città del Vaticano: una comparazione con il sistema italiano, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, n.9/2013, 8. Gli a. sottolineano in termini critici, come nel contesto di una continua vanificazione dei contorni della fattispecie, il reato presupposto è costituito da qualunque delitto non colposo cosicché non è necessario che esso sia accertato giudizialmente. Il soggetto agente peraltro non è obbligato a conoscere specificamente l'origine delittuosa della cosa, essendo sufficiente il dolo eventuale.

⁴¹Ai fini che qui interessano, ci si riferisce al fatto che l'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica (APSA), che rappresenta il secondo ente in ordine di importanza a svolgere attività finanziaria in Vaticano e che lo stesso Moneyval nel *Mutual Evaluation Report of anti-money laundering and combating the financing of terrorism regime of the Holy See (including Vatican City State)* considera come un intermediario finanziario, è da ritenersi a tutti gli effetti un'Autorità pubblica.

⁴²Per quanto riguarda l'approccio basato sul rischio, l'adeguata verifica dev'essere svolta in maniera proporzionata al rischio connesso alla categoria e alla tipologia di rapporto, prodotto o servizio, operazione o transazione o canale di distribuzione. In ipotesi di rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo – connessi allo sviluppo di nuove attività e prodotti, inclusi canali di distribuzione e l'uso di tecnologie nuove o in via di sviluppo – i soggetti obbligati sono tenuti, tra l'altro, ad una valutazione prima di qualsiasi operazione e transazione, adottando misure adeguate per gestire e contenere i rischi in questione.

⁴³In quest'ultimo caso, la verifica riguarda i conti di corrispondenza con enti corrispondenti di un altro Stato, nel caso del Vaticano, o di uno Stato extracomunitario, nel caso dell'Italia. Il motivo di questa differenza è data dal fatto che il Vaticano, diversamente dall'Italia, non fa parte dell'Unione europea.

obblighi di registrazione e conservazione dei dati vaticani due articoli esaustivi, in parte conformi a quanto dettato dal citato decreto del 2007, sia pur presentando rispetto alle analoghe disposizioni italiane ancora delle limitazioni tali da indebolire l'efficacia delle relative misure antiriciclaggio⁴⁴.

In merito al tema delle segnalazioni di operazioni sospette esso merita indubbiamente una specifica attenzione. Da tempo infatti, in attesa dei nuovi obblighi imposti dalla IV Direttiva europea antiriciclaggio (entrata in vigore proprio nel 2017), si è posto il problema di ripensare alla logica del “sospetto” affermatasi nell'uso di questa disciplina dal quale statuiscono oramai sanzioni del tutto svincolate dal rispetto del dogma del “fatto”⁴⁵.

Tale perplessità sembra emergere proprio in riferimento alla legge vaticana, il cui art.34, relativo appunto alle segnalazioni, non si limita ad obbligare i soggetti a riferire all'AIF eventuali operazioni di riciclaggio e finanziamento al terrorismo, ma prevede per gli stessi l'obbligo di inviare una segnalazione anche nel caso vi sia il “sospetto” o la “conoscenza” che i beni, il denaro contante o altre utilità, provengano da attività criminose (anche in assenza di operazioni di riciclaggio o finanziamento al terrorismo) così da attribuire agli stessi una responsabilità più ampia⁴⁶.

⁴⁴Con riferimento alle informazioni, ai dati e ai documenti ottenuti in sede di adeguata verifica della clientela, l'art.32, Legge n. CLXVI/12, prevede l'obbligo di registrazione e conservazione di tutto il materiale raccolto per cinque anni dalla fine del rapporto o dall'esecuzione della prestazione allo scopo di permettere all'Autorità giudiziaria di ricostruire l'operazione, ma limitatamente al caso di un procedimento penale. Pertanto non a seguito del semplice sospetto, ma solo nella circostanza in cui vi sia un procedimento penale in corso, qualsiasi sia la sua natura.

⁴⁵La necessità di delimitare il perimetro delle segnalazioni, dal momento che il mero sospetto potrebbe portare a segnalare un soggetto ingiustamente, scaturisce dalla c.d. “logica del sospetto” elaborata, strutturata ed etichettata con la formula del *risk-based approach* ripresa nel contesto della Legge CLXVI del 2012.

Per la letteratura in argomento, cfr. BUSANI, *Antiriciclaggio, segnalazioni solo se «motivate»*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 maggio 2013, 21; GALIMBERTI, *Restyling per le segnalazioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 maggio 2013, 26.

⁴⁶È importante rilevare che ai destinatari degli obblighi non è richiesto di svolgere un'attività investigativa o qualsiasi altra attività che va oltre alle loro specifiche funzioni. Anzi, proprio le stesse normative prevedono che il “sospetto” sia rilevato sulla base delle «*caratteristiche, entità, natura dell'operazione o da qualsivoglia altra circostanza conosciuta in ragione delle funzioni esercitate*»,

Mette conto ricordare, solo per inciso, come benché sia agevole evidenziare notevoli similitudini nell'ambito dei rispetti ordinamenti, il recepimento delle norme in materia di riciclaggio non ha costituito un'occasione di scelta riformatrice e collaborativa tra i due Stati, basata su strumenti giuridici pattizi, nonostante gli enti finanziari vaticani siano entrati in uno spazio giuridico contraddistinto dall'obbligo di vigilanza e controlli, di tipo amministrativo, esercitati da soggetti "terzi" rispetto all'ordinamento vaticano e a quello canonico⁴⁷. Cosa che ha comportato, per la prima volta, la soggezione dello Stato Vaticano a verifiche di natura giurisdizionale affidati a un organo giudiziario terzo⁴⁸ e la contestuale (e per certi aspetti inattesa) rinuncia della Santa Sede all'esclusiva ed assoluta potestà e giurisdizione sovrana sul Vaticano in campo monetario (art.3, co.1, del Trattato lateranense)⁴⁹.

*tenuto conto anche della capacità economica e dell'attività svolta del soggetto cui è riferita, in base agli elementi a disposizione dei segnalanti acquisiti nell'ambito dell'attività svolta ovvero a seguito del conferimento di un incarico», proprio come previsto in fase di adeguata verifica della clientela. Entrambi le leggi prevedono che le rispettive autorità competenti pubblichino periodicamente degli «Indici di anomalia» che dovrebbero aiutare i soggetti ad individuare eventuali operazioni sospette. Sul tale ultimo tema si rinvia a CASOTTI - GHEIDO, *Misure antiriciclaggio: identificazione, conservazione e segnalazione delle operazioni sospette D.M. 3 febbraio 2006, n.141*, Milano, 2006, 115 e ss.*

⁴⁷Cfr., Convenzione monetaria del 17 dicembre 2009, in specie art.8, tra l'Unione europea (rappresentata dalla Commissione europea e dalla Repubblica Italiana) e lo Stato Vaticano, il quale da quel momento si impegnò ad «*adottare tutte le misure appropriate, mediante il recepimento diretto o azioni equivalenti, per attuare gli atti giuridici e le norme UE elencati nell'allegato alla Convenzione, in materia di (...) b) prevenzione del riciclaggio di denaro (...)».*

La Convenzione in oggetto prevede, tra l'altro, l'introduzione di presidi in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo mediante l'emanazione di alcuni importanti provvedimenti vaticani, tra cui la legge n. CXXVII del 2010 (entrata in vigore il 1° aprile 2011) concernente, per l'appunto, la prevenzione e il contrasto del riciclaggio dei proventi delle attività criminose e del finanziamento del terrorismo, modificata a meno di un mese di distanza dal decreto 25 gennaio 2012 n. CLIX del Presidente del Governatorato. Seguono la Legge n. CXXX/10 relativa ai tagli, alle specifiche, alla riproduzione, alla sostituzione e al ritiro delle banconote in euro e relativa all'applicazione dei provvedimenti diretti a contrastare le riproduzioni irregolari di banconote in euro; la Legge n. CXXVIII/10 sulla frode e contraffazione delle banconote e monete in euro; ed infine la Legge n. CXXIX/10 riguardante la faccia, i valori unitari e le specificazioni tecniche, nonché la titolarità dei diritti d'autore sulle facce nazionali delle monete in euro destinate alla circolazione.

⁴⁸Mediante riconoscimento alla Corte di giustizia dell'Unione europea «*della competenza esclusiva per la risoluzione delle controversie tra le parti derivanti dall'applicazione della Convenzione e che non possano essere risolte in seno al comitato misto».*

⁴⁹Con Lettera Apostolica in forma di *Motu Proprio* del 30 dicembre 2010, il Pontefice ha stabilito la

3. Una delle maggiori espressioni della sovranità statale è senza dubbio rappresentata dalla possibilità di coniare monete metalliche ed emettere banconote⁵⁰. Attraverso la Convenzione monetaria stipulata il 17 dicembre 2009 con l'Unione Europea⁵¹ anche l'impianto normativo vaticano si dota, per la prima volta, di un sistema di tutela sugli strumenti di pagamento, adottando al pari degli altri Paesi europei l'euro quale propria moneta⁵². Ai sensi dell'art.9 dell'Accordo in parola si consente infatti agli istituti finanziari, aventi sede nella Città del Vaticano, l'accesso (per il tramite dei sistemi di pagamento italiani, visti gli stretti legami tra i due Paesi) ai sistemi di regolamento interbancario e di pagamento dell'Area Euro sulla base di termini e condizioni appositamente determinati dalla Banca d'Italia con il consenso della BCE⁵³.

vigenza anche per i Dicasteri della Curia Romana e per tutti gli Organismi ed Enti dipendenti dalla Santa Sede, tra i quali lo IOR per le attività di cui all'art. 2 della medesima legge.

Col predetto *Motu Proprio* il Pontefice ha inoltre costituito l'AIF, conferendole la personalità giuridica canonica pubblica e la personalità civile vaticana. Attraverso l'approvazione dello Statuto ha stabilito altresì che l'AIF esercita i suoi compiti nei confronti dei dicasteri della Curia romana e di tutti gli organismi ed enti prima indicati; ha infine delegato, limitatamente alle ipotesi delittuose di cui alla suddetta legge, i competenti organi giudiziari dello Stato Vaticano a esercitare la giurisdizione penale.

⁵⁰Sulla questione si veda, per tutti, CAPRIGLIONE, *Moneta* (voce) in *Enc. dir.*, Milano, 1999, 747 e ss.

⁵¹Attraverso la Convenzione in parola viene esercitato il diritto di dichiarare l'euro come propria moneta ufficiale, in conformità al Regolamento n.1103/97/CE e al Regolamento n. 974/98/CE. Si considerino inoltre i principi stabiliti negli accordi esistenti tra Vaticano e Repubblica Italiana e in particolare nel Trattato fra la Santa Sede e l'Italia (11 febbraio 1929 e successive modificazioni); le disposizioni delle Convenzioni monetarie bilaterali e, non meno importante, della Convenzione monetaria del dicembre 2000 tra la Repubblica Italiana e lo Stato della Città del Vaticano.

In argomento, VECCHI, *L'affievolimento di sovranità dello Stato città del Vaticano per assorbimento nell'aria monetaria dell'euro*, in *Dir. eccl.*, 1, 2002, 1049.

⁵²Cfr., Regolamento n.1103/97/CE e Regolamento n.974/98/CE.

La Convenzione tra la Repubblica Italiana e lo Stato Vaticano, conclusa il 3 dicembre 1991 (abrogata dopo l'entrata in vigore dell'euro) già prevedeva, tra l'altro, all'art.3 che le monete vaticane e le monete italiane avessero, rispettivamente, nel territorio italiano e nella Città del Vaticano, identico corso legale e potere liberatorio nei rapporti tra i privati e in quelli con le pubbliche casse.

⁵³Per un approfondimento del contenuto della Convenzione e delle Leggi vaticane nn. CXXIX, CXXX, CXXVIII e CXXVII del 2010, si veda DURISOTTO, *La nuova Convenzione monetaria tra l'Unione Europea e lo Stato Città del Vaticano*, in *Arch. giur.*, 2012, 61 e ss.

Il coordinamento con la normativa di prevenzione del riciclaggio di denaro, nonché di frode e falsificazione dei mezzi di pagamento⁵⁴, costituisce – a seguito di detta Convenzione – il presupposto giuridico di riferimento della nuova normativa volta a fissare i principi, le regole e gli obblighi idonei a garantire una maggiore coerenza nelle relazioni tra l'Unione Europea e i Paesi che, come il Vaticano, utilizzano l'euro⁵⁵.

In questa scelta gioca un ruolo di primo piano essenzialmente la necessità di regolarizzare l'utilizzo della moneta nel territorio della Santa Sede.

Infatti il Vaticano, pur potendo contare su una propria moneta sulla base degli accordi bilaterali sottoscritti con l'Italia – quale specifica conseguenza del Tratta-

Lo Stato della Città del Vaticano dal 1° gennaio 2002 ha emesso monete in euro per il valore nominale massimo annuo di 670 mila euro. Tali monete sono identiche a quelle in euro emesse dagli Stati membri della Comunità europea, per quanto concerne il valore nominale, il corso legale, le caratteristiche tecniche ed artistiche della faccia comune e le caratteristiche artistiche comuni della faccia nazionale.

Le caratteristiche artistiche della faccia nazionale sono preventivamente comunicate dallo Stato della Città del Vaticano alle competenti autorità comunitarie.

Il valore nominale annuo delle monete in euro emesse dallo Stato della Città del Vaticano si aggiunge al volume di monete emesse dalla Repubblica Italiana ai fini dell'approvazione da parte della Banca Centrale Europea del volume complessivo del conio effettuato dalla Repubblica Italiana, ai sensi dell'art.106, paragrafo 2, del Trattato CEE. Il Vaticano comunica ogni anno alla Repubblica Italiana, entro e non oltre il 1° settembre, il valore nominale delle monete in euro che prevede di emettere nel corso dell'anno successivo.

⁵⁴In applicazione dell'impegno all'attuazione delle norme comunitarie, lo Stato Vaticano ha emanato una serie di leggi in materia di banconote e monete in euro e di prevenzione ed il contrasto del riciclaggio dei proventi di attività criminose e del finanziamento del terrorismo.

⁵⁵Quest'esigenza di uniformità ha trovato supporto nello stesso Trattato sull'Unione Europea, in cui la Comunità europea si è impegnata a facilitare la rinegoziazione degli attuali accordi con lo Stato della Città del Vaticano a seguito dell'introduzione della moneta unica. Con la decisione del 31 dicembre 1998 il Consiglio della Comunità Europea ha determinato le modalità per la negoziazione e la conclusione dell'accordo concernente le relazioni monetarie con lo Stato della Città del Vaticano. Inoltre la stessa decisione ha previsto, tra i principi su cui è basata la posizione della Comunità nei negoziati, che lo Stato della Città del Vaticano si impegni a non emettere banconote, monete o sostituti monetari di qualsiasi tipo se non dopo aver concordato con la Comunità le condizioni di dette emissioni e che ciò non pregiudica il diritto dello Stato della Città del Vaticano di emettere monete da collezione in euro. Tale emissione da parte dello Stato Vaticano è effettuata in linea con gli orientamenti previsti per le monete da collezione emesse dagli Stati membri della Comunità europea, che prevedono il divieto di emissione di monete da collezione in euro sino al 1° gennaio 2002 e l'adozione di caratteristiche tecniche, artistiche e tagli che consentano di differenziare tali monete da quelle destinate alla circolazione.

to Lateranense che, per inciso, non ha posto alcun limite alla sovranità del Vaticano nello *ius monetae*⁵⁶ – ha preferito, in un secondo momento, porre in essere una serie di accordi con l'Italia per regolarne l'utilizzo, così da facilitare la circolazione monetaria anche oltre i confini del Vaticano senza far venire meno l'esercizio di una delle funzioni tipiche della sovranità, qual è quella di battere moneta⁵⁷. Si tratta, ad ogni modo, di una materia in cui il Vaticano non potrà mai esercitare le sue prerogative ma per la quale mantiene l'intenzione di sottolineare la pienezza, nei limiti del Trattato, in funzione della tutela di quelle garanzie di visibile indipendenza della Santa Sede che tale sovranità è in grado di soddisfare appieno⁵⁸.

Merita comunque una riflessione il fatto che la Convenzione del 1930 rappresenti indubbiamente il fondamento giuridico della competenza italiana a trattare tale materia con il Vaticano consentendo a questi la possibilità di rinegoziare le condizioni di validità del patto originario, coordinandosi con la Comunità Europea.

Il venir meno della valuta italiana – contestualmente all'entrata in vigore dell'euro – ha inevitabilmente fatto cadere l'oggetto della Convenzione con l'Italia e posto le basi per un nuovo accordo monetario⁵⁹.

⁵⁶Ci si riferisce allo *ius monetae* in materia di sovranità territoriale, ai sensi dell'art.1 della Legge 7 giugno 1929 n. V sull'ordinamento economico, commerciale e professionale. Tale articolo in particolare precisa che «*fino a che le norme ad essa relative non siano state emanate e la medesima non sia stata emessa, hanno corso legale la moneta e i biglietti di banca del Regno d'Italia secondo la legislazione del medesimo*».

⁵⁷Per evidenti ragioni logistiche, i due Stati convennero ufficialmente di utilizzare, secondo le condizioni individuate dalla Convenzione monetaria stipulata il 2 agosto del 1930, la lira italiana, con le sue monete e le sue banconote. Furono fissate, dunque, le regole per la produzione delle sole monete, al fine di fornire queste di una faccia nazionale vaticana. Tale faccia nazionale assumeva la funzione di manifestare l'identità dello Stato che usufruiva della lira italiana.

⁵⁸Non si tratta dunque di una tipica forma di sovranità – quale dev'essere considerata la capacità di battere moneta – la quale, a sua volta, va intesa nei limiti e nei modi stabiliti dalla Convenzione monetaria del 1930 costituente la base giuridica per ammettere un potere vaticano in campo monetario e il fondamento giuridico della competenza italiana a trattare tale materia col Vaticano.

⁵⁹Si tratta della Convenzione monetaria stipulata tra la Repubblica Italiana, per conto della Comunità Europea, e lo Stato della Città del Vaticano e per esso la Santa Sede, del 29 dicembre 2000, alla base della legge vaticana n. CCCLVII del 26 luglio 2001. Per permettere l'accesso all'utilizzo della moneta unica europea ad altri Stati che non fanno parte dell'Unione, si è proceduto alla stipula di una Convenzione monetaria anche con la Repubblica di San Marino il 29 novembre 2000, la quale è stata

L'autonomia del Vaticano, nel decidere con chi porre in essere un accordo in materia monetaria, viene ad essere confermata nell'ambito della Convenzione del 2009, dalla possibilità di stipulare direttamente l'utilizzo della moneta unica europea⁶⁰ come propria moneta ufficiale, in conformità con il Regolamenti CE n.1103/97 e n.974/98⁶¹. In specie, l'art. 5 prevede espressamente la facoltà per il Vaticano di «*far coniare le sue monete da una zecca UE che conia monete in euro*» diversa da quella italiana, con il duplice effetto di consentire all'Unione Europea di trattare *direttamente* con i piccoli Stati extracomunitari presenti nella c.d. «eurozona» (interessati ad utilizzare la moneta unica) e di comportare un conseguenziale ed inevitabile spostamento del Vaticano dall'Italia alla Comunità Europea. Dunque, fermo restando la permanenza di un rapporto collaborativo privilegiato con lo Stato italiano, è possibile stipulare accordi volti a disciplinare le questioni di carattere materiale che riguardano l'utilizzo e la tutela della moneta e del suo sistema monetario e finanziario.

Gli effetti della citata Convenzione hanno riguardato anche l'emanazione di specifiche disposizioni di protezione dell'euro contro frode e falsificazione⁶².

Sotto un profilo ermeneutico il concetto di falsificazione, secondo l'accezione

conclusa con la Repubblica italiana, per conto della Comunità europea.

⁶⁰Sul tema si veda, *amplius*, CONSORTI, *Il Vaticano e l'Europa fra euro e IOR. Un passo avanti e uno indietro*, in *Pol. dir.*, 2011, 516 e ss.; VECCHI, *L'affievolimento di sovranità dello Stato Città del Vaticano... op.ult.cit.*, 1035 e ss., per il quale la proclamazione di un proprio *ius monetae* «*intendeva sciogliere la situazione compromissoria del precedente periodo intermedio della debellatio, contrassegnato dall'assenza di un territorio fisico e dai dettami della nota Legge delle Guarentigie del 1871*».

⁶¹Mentre per la produzione degli euro metallici – considerata anche la ristrettezza territoriale di questo Stato – si è imposto l'utilizzo dei servizi della Zecca dello Stato italiano.

⁶²Si veda in particolare Regolamento n.1338/2001/CE che finisce talune misure necessarie alla protezione dell'euro contro la falsificazione, pubblicato in GUCE L 181/2001; Regolamento n.44/2009/CE recante modifica del regolamento n.1338/2001/CE, che definisce talune misure necessarie alla protezione dell'euro contro la falsificazione, pubblicato in GUUE L 17/2009; Regolamento n.2182/2004 pubblicato in GUUE L 373/2004; Regolamento n.46/2009/CE che modifica il Regolamento n.2182/2004, pubblicato in GUUE L 17/2009; Decisione quadro 2000/383/GAI relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, pubblicata in GUCE L 140/2000; Decisione quadro 2001/888/GAI che modifica la decisione precedente.

comunitaria, va inteso come tutti quei fatti fraudolenti consistenti nella fabbricazione o alterazioni di monete in euro o banconote indipendentemente dal mezzo impiegato, ovvero l'immissione fraudolenta di banconote false o di monete false, evidenziando ampi margini di sovrapposizione con la definizione indicata dal legislatore Vaticano allorquando intende per banconote e monete false quelle riconducibili a riproduzioni aventi l'apparenza di monete e banconote ma che sono il risultato di fabbricazione o alterazione⁶³.

Pertanto le banconote ritenute false e circolanti all'interno del Vaticano – in virtù di accordi formali con i corrispondenti organismi italiani ai fini dell'identificazione – sono trasmesse alla Direzione dei servizi di sicurezza e protezione civile (che le consegna all'autorità di Presidenza del Governatorato per poi essere inviati alla Banca d'Italia) per gli opportuni adempimenti previsti dalla normativa comunitaria in materia di frode e contraffazione⁶⁴.

In evidente controtendenza rispetto al passato, lo Stato Città del Vaticano instaura, per la prima volta, rapporti di collaborazione per lo scambio di informazioni, nonché di contrasto dei fenomeni di contraffazione attraverso un'attività di prevenzione delle attività illecite, determinando in tale modo un inevitabile "affievolimento" della sovranità o, se si preferisce, una sorta di "autolimitazione" nella propria sfera d'azione in nome di un preciso dovere di trasparenza delle operazioni finanziarie entro tutta l'Area Euro in funzione di contrasto ai fenomeni di riciclaggio internazionale.

⁶³ Si veda, a tal riguardo, Legge n. CXXX del 30 dicembre 2010 (specificatamente art.3) della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano relativa a tagli, specifiche, riproduzione, sostituzione e ritiro delle banconote in euro e sull'applicazione dei provvedimenti diretti a contrastare le riproduzioni irregolari di banconote in euro e alla sostituzione e al ritiro banconote in euro.

⁶⁴ Analogamente le monete considerate false sono trasmesse all'Ufficio numismatico che le consegna sempre all'autorità di Presidenza del Governatorato che, a sua volta, provvede immediatamente ad inviarli alla Zecca italiana.

Si veda, in specie, l'art.5 della Legge n. CXXVIII del 30 dicembre 2010 relativa a sanzioni in caso di violazione degli obblighi di ritiro dalla circolazione delle monete false.

4. L'introduzione nella Città del Vaticano di una articolata normativa di contrasto a fenomeni di riciclaggio si colloca tuttavia in uno scenario molto più ampio richiedendo una chiave di lettura indubbiamente più articolata e complessa. In termini riassuntivi possiamo affermare che tale produzione ha contribuito non solo ad attuare, rispetto al passato, un quadro legislativo-economico vaticano⁶⁵, ma anche a definire meglio la *governance* interna dello IOR e la base della propria clientela⁶⁶. Dal 2011, infatti, dopo l'implementazione della disciplina AML/CTF e dopo i primi rapporti di valutazione Moneyval, lo IOR ha rivisto l'organizzazione interna sulla base dei nuovi obblighi legislativi.

Le linee evolutive più recenti pongono pertanto in essere una trasposizione

⁶⁵Varie sono le tappe del susseguirsi degli interventi normativi i cui sviluppi sistematici sottendono alle applicazioni dei moderni principi dell'etica sociale nei rapporti con l'economia e il processo comunitario di integrazione dei mercati.

Sui principi dell'etica sociale, con particolare riferimento all'attività dei mercati finanziari, cfr., CAPRIGLIONE, *Etica della finanza e finanza etica*, Roma-Bari, Laterza, 1997; FUCILLO, *Dare etico. Agire non lucrativo, liberalità non donative e interessi religiosi*, Giappichelli, 2011.

L'ambivalenza nell'operato della Chiesa (tra ricchezza e spiritualità) ha sempre condizionato sul piano etico le scelte di carattere economico. Una delle maggiori critiche rivolta la Chiesa cattolica consiste infatti proprio nella scarsa coerenza tra predicazione della povertà evangelica e l'uso delle ricchezze. Di fronte a questo genere di accuse la Chiesa, fino a non molto tempo fa, si è trincerata dietro una cortina impenetrabile mantenendo riservatissimi dati e notizie sulla sua capacità patrimoniale e sulla sua stessa organizzazione economica.

Si veda più nello specifico, ai fini dell'applicazione delle norme antiriciclaggio, DURISOTTO, *La nuova convenzione monetaria tra l'Unione Europea e lo Stato Città del Vaticano*, in *Arch. giur.* 2012, p. 61 ss. e, per la legge antiriciclaggio, PERRONE, *Il motu proprio per la prevenzione del riciclaggio*, in *Iustitia*, 2011, p. 391 ss.; DALLA TORRE, *La Santa Sede e la lotta al riciclaggio ed al terrorismo*, in *Veritas et Jus*, 2011, 3, p. 49 ss.; RIVETTI, *Stato Città del Vaticano, Santa Sede e normativa antiriciclaggio. Produzione legislativa tra specificità funzionali e complessità strutturali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 23 del 2013 e MANZELLI, *La disciplina antiriciclaggio in Italia e nello Stato Città del Vaticano. Un'analisi comparativa*, in www.cattolici-liberali.com, aprile 2011.

⁶⁶IOR, Istituto per le opere religiose o di carità, costituito il 27 giugno del 1942 con l'atto Chirografo di Papa Pio XII, incorporando la preesistente Amministrazione per le opere di religione. Con un secondo Chirografo del 24 gennaio 1944, lo stesso Pontefice ha fissato le nuove norme che consentono all'Istituto di amministrare e gestire depositi di contante e titoli per conto terzi, e di assumere dipendenti laici.

Nel 1990, Papa Giovanni Paolo II è intervenuto nuovamente per dare nuova configurazione all'Istituto, affidandone il controllo a un apposito Consiglio di Vigilanza, senza però modificarne scopi e funzioni.

dello *status* dello IOR da "entità centrale della Chiesa" svolgente attività finanziaria sia *iure imperii* che *iure gestionis*, ad "entità che svolge un'attività finanziaria su base professionale", una definizione che consente di superare, nella pratica, le questioni connesse alla natura peculiare dell'Istituto, ma che lascia comunque invariata la *ratio* del relativo Statuto.

Quel che emerge è senza dubbio un'esigenza di "allineamento" al diritto statale e comunitario che tuttavia ha dovuto tener conto della *specificità* della regolazione vaticana e dell'essenza stessa dell'operatività, in ambito finanziario, dello IOR secondo principi propri del diritto.

Agli inizi degli anni '90, Giovanni Paolo II nella sua famosa Enciclica *Centesimus Annus*⁶⁷ ebbe a dichiarare che «*la Chiesa si trova(va) davanti a "cose nuove" e a nuove sfide*» segno evidente di un cambiamento che avrebbe portato di lì a poco anche il «portone di bronzo» dello Stato Città del Vaticano ad aprirsi alle necessità dei tempi, con la consapevolezza della minaccia dell'espandersi della criminalità transnazionale e dell'uso improprio del mercato e dell'economia, nonché del terrorismo.

Nel dicembre 2009, come si è avuto modo di dire, la Santa Sede (in nome e per conto dello Stato Città del Vaticano) ratificava la Convenzione monetaria 2010/C28/05 assumendo l'impegno di adottare tutte le misure appropriate, mediante il recepimento diretto delle Direttive e degli atti giuridici comunitari, per prevenire e contrastare il fenomeno del riciclaggio⁶⁸. Si introducono quindi, per la prima volta, presidi in materia di contrasto a fenomeni di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo unitamente al riconoscimento della possibilità per gli istituti finanziari, con sede in Vaticano, di accesso a sistemi di regolamento interbancario e di paga-

⁶⁷Cfr., Lettera Enciclica del 1° maggio 1991.

⁶⁸ Per un'indagine più accurata del rapporto tra le recenti riforme vaticane e la normativa europea, si rinvia a E. BANI, P. CONSORTI, *Finanze Vaticane e Unione europea. Le riforme di Papa Francesco e le sfide della vigilanza internazionale*, Il Mulino, 2015.

mento nei termini poc'anzi indicati⁶⁹.

Una logica conseguenza se posta in relazione a fenomeni più ampi, quali l'*internazionalizzazione* dell'economia. La liberalizzazione degli scambi commerciali, dei servizi, della circolazione dei capitali e delle persone genera forme di commercio globale con ricadute dal punto di vista etico e politico. Non a caso, in quest'ottica, la Chiesa ha sempre insistito – passando dalle encicliche di Giovanni Paolo II⁷⁰ e di Benedetto XVI⁷¹ – sui principi etici che devono essere sottesi alle regole equilibrate di mercato e accompagnati da meccanismi di controllo pubblici.

Sull'ondata massiccia delle disposizioni in materia di antiriciclaggio, a luglio 2012 il Comitato del Consiglio d'Europa pubblica un rapporto – il primo rapporto indipendente sullo IOR e sul più complessivo sistema finanziario del Vaticano – che dipinge un quadro schiacciante di "*due diligence*" nei confronti del quale, per la verità, già Benedetto XVI, seguito poi da Papa Francesco, aveva intrapreso una serie di importanti riforme della legge antiriciclaggio, riscrivendo sostanzialmente *ex novo* la precedente disciplina.

Mette conto ricordare che proprio nell'ambito di tale richiamo, a partire dal *Motu Proprio* di Benedetto XVI del 30 dicembre 2010, il legislatore vaticano – con

⁶⁹In particolare, art.9 della Convenzione monetaria del 17 dicembre 2009, già *cit.*, che conferisce alla Banca d'Italia la potestà, in accordo con la BCE, di fissare termini e condizioni di accesso.

⁷⁰Nel senso di un maggior monitoraggio dei mercati si riporta uno stralcio del discorso di Papa Giovanni Paolo II, *Discorso ai Membri della Pontificia Accademia delle Scienze Naturali*, il quale nel far presente che una delle preoccupazioni della Chiesa circa la globalizzazione sta nel fatto che questa è divenuta rapidamente un fenomeno culturale, mette anche in evidenza il carattere inclusivo, persino offensivo, della logica di mercato che riduce sempre più l'area disponibile alla comunità umana per l'azione pubblica e volontaria ad ogni livello.

Cfr., Papa Giovanni Paolo II, *Discorso ai Membri della Pontificia Accademia delle Scienze Naturali*, 25 aprile 1997, 5 e ss.

⁷¹Anche Papa Benedetto XVI torna sul tema affermando che l'attività economica non può risolvere tutti i problemi sociali mediante la semplice estensione della logica mercantile. Questa va finalizzata al perseguimento del bene comune, di cui deve farsi carico anche soprattutto la comunità internazionale attraverso opportuni controlli.

Cfr., Papa Benedetto XVI, Lettera Enciclica *Caritas in Veritate*, 29 giugno 2009, 7 e ss.

modifiche strutturali al Codice penale Zanardelli del 2009⁷² – introduce nel sistema penale vaticano i nuovi reati di riciclaggio e antiriciclaggio⁷³, sul presupposto che il riciclaggio dei proventi di attività illecite e di finanziamento al terrorismo minano alla base le fondamenta della società civile, necessitando dunque di una cooperazione e di un coordinamento a livello internazionale. Sullo sfondo il rinnovato rapporto tra Diritto vaticano e Diritto canonico, che costituisce la prima fonte normativa e primo criterio di riferimento interpretativo dell'ordinamento statale vaticano⁷⁴.

Questa scelta legislativa fornisce certamente un dettaglio significativo. Se si guarda all'intero *corpus* normativo degli ultimi anni, si ravvisa un fenomeno di *dilatazione* del Diritto vaticano oltre i suoi naturali confini, i cui riscontri sono certamente ravvisabili nel succitato *Motu Proprio* «La Sede Apostolica» di Benedetto XVI⁷⁵. Si determina pertanto un'erosione dell'impenetrabilità dell'ordinamento canonico stesso, come sostenuto da più parti in dottrina⁷⁶, e una conseguente attribuzione di competenze giurisdizionali agli organi giudiziari dello Stato Città del Vaticano stabilendo che i competenti organi «*esercitano la giurisdizione penale*» in or-

⁷²Ci si riferisce al codice penale unificato elaborato dal Ministro di grazia e giustizia Giuseppe Zanardelli e promulgato il 30 giugno 1889, per entrare in vigore il 1° gennaio dell'anno seguente. Nello Stato Vaticano il Codice viene recepito con Legge n. II del 7 giugno 1929.

⁷³Ci si riferisce alle Leggi n. CLXVI (in specie art.3); n. CLIX e n. CXXVII tutte promulgate tra il 2010 e 2012 da Papa Ratzinger.

Ancora una volta la scelta del decreto ha suscitato perplessità in dottrina, soprattutto avendo riguardo alla esistenza di una effettiva «*urgenza e necessità*» in questa materia.

Sul punto, si rinvia a AA.VV., *La legislazione antiriciclaggio dello Stato Città del Vaticano: una comparazione con il sistema italiano*, *op.cit.*, 8; CARDIA, *La nuova Legge Fondamentale dello Stato Città del Vaticano. Il rapporto tra potestà legislativa e potestà esecutiva*, in *Ius ecclesiae*, 2001, 328, allorché si sollevano timori in merito di un utilizzo improprio dello strumento di urgenza.

⁷⁴Più nello specifico, *Motu Proprio* di Benedetto XVI rubricante «*Legge sulle Fonti del Diritto dello Stato della Città del Vaticano*», n. XXLI, 1° ottobre 2008, «AAS suppl.», LXXIX, 200, art. 1.1.^[SEP] Per la dottrina in argomento, cfr. TEDESCHI, voce *Vaticano* (Stato della Città del), in *Enc. Dir.*, *op.cit.*, 284 e ss.; BOLOGNINI, voce *Santa sede. A) Diritto canonico*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, XLI, 1989, 277 e ss. (in particolare p. 286); ed ancora TEDESCHI, voce *Santa sede. A) Diritto ecclesiastico*, *ibidem*, 288 e ss.; PETRONCELLI HÜBLER, voce *Santa Sede*, in *Enc. giur.*, Treccani, XXVII, Roma, 2004.

⁷⁵Cfr. Lettera apostolica in forma di *Motu Proprio* del 30 dicembre 2010.

⁷⁶Sul tema, per tutti, DALLA TORRE, BONI (a cura di), *Il diritto penale della Città del Vaticano. Evoluzioni giurisprudenziali*, Giappichelli, 2014, 137 e ss.^[SEP]

dine ai reati introdotti dalle nuove leggi indicate dallo stesso documento e «*in ordine ai reati commessi contro la sicurezza, gli interessi fondamentali o il patrimonio della Santa Sede*» e ad ogni altro reato «*la cui repressione è richiesta da un accordo internazionale ratificato dalla Santa Sede*».

L'impianto normativo del 2010 rappresenta perciò un vero proprio spartiacque per l'integrazione dell'assetto normativo vaticano ai principi imposti dalle direttive europee in materia. Esso risulta essenzialmente basato su un doppio binario costituito da una disciplina di carattere penalistico, di natura repressiva, cui si contrappone un apparato di tipo preventivo di matrice comunitaria, che attraverso lo strumento della c.d. "collaborazione attiva" da parte degli intermediari mira al monitoraggio dei correlati flussi economici⁷⁷.

Come si avrà modo di dire nel prosieguo, il sistema penale repressivo tende a promuovere la trasparenza e l'integrità dei settori economici e, nondimeno, a sostenere la collaborazione attiva tra le autorità competenti ed i soggetti tenuti al rispetto degli obblighi di legge.

Nonostante alcuni limiti di natura sistematica – e le delicate questioni sollevate in merito alla controversa retroattività della normativa antiriciclaggio⁷⁸ – questo primo intervento normativo appare, nel suo complesso, conforme ai principi e alle regole vigenti nell'Unione Europea, contemplando al suo interno sia disposizioni di vigilanza sul denaro contante (in entrata e in uscita dallo Stato Città del Vaticano) sia obblighi sul trasferimento di fondi⁷⁹ e infine presidi sanzionatori amministrativi non solo riferiti agli enti e alle persone giuridiche ma anche a quelle fisi-

⁷⁷Conseguentemente, il legislatore vaticano impone una serie di adempimenti agli operatori che in qualche modo realizzano l'acquisizione di notizie sulla movimentazione finanziaria.

⁷⁸Secondo un parere informale reso alla Segreteria di Stato, si ritiene che il sistema legale dello Stato Città del Vaticano proibisca leggi con effetti retroattivi, trattandosi di disposizioni che obbligano a un *facere* riferito al futuro.

Più in dettaglio, DALLA TORRE, *Efficacia nel tempo delle disposizioni normative della legge dello Stato della Città del Vaticano n. CXXVII/2010*, in *Il Fatto Quotidiano*, 15 febbraio 2012.

⁷⁹Si veda, art.1, Legge n. XVIII dell'8 ottobre 2013 n.10 della Pontificia Commissione per lo Stato Città del Vaticano, già citata.

che, per via della prevista obbligatorietà della c.d. “azione di regresso”. La strada inaugurata da Benedetto XVI viene seguita dal suo successore Francesco, il quale con *Motu Proprio* «Ai nostri tempi» dell’11 luglio 2013 si colloca proprio nel solco di tale rinnovamento disponendo l’estensione della giurisdizione penale vaticana – in riferimento ai reati indicati nelle Leggi n. VIII e n. IX (di modifica e integrazione del Codice penale e di procedura penale) – alle persone ed enti operanti nella Santa Sede, imponendo l’osservanza di misure per la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; vigilanza prudenziale degli enti che svolgono professionalmente un’attività di natura finanziaria⁸⁰.

Si noti come, da un punto di vista giuridico, il Vaticano non essendo uno Stato appartenente alla Comunità Europea avrebbe potuto operare un rinvio fittizio alla normativa italiana; tuttavia al fine di salvaguardare le peculiarità dell’ordinamento vaticano e soprattutto di rispettare i limiti dell’ordine pubblico, ha dato corso ad una politica di armonizzazione del diritto interno vaticano agli *standard* europei attraverso autonomi interventi legislativi, così da porre concreta attuazione agli impegni internazionali assunti anche in materia penale⁸¹.

La radicale opera di riforma legislativa di questo piccolo Stato *enclave* di ap-

⁸⁰Le misure contro i soggetti che minacciano la pace e la sicurezza internazionali vengono emanate mediante *Motu Proprio* “*La Promozione*” dell’8 agosto 2013 da Papa Francesco per la prevenzione e il contrasto del riciclaggio, del finanziamento del terrorismo e della proliferazione di armi di distruzione di massa.

A tal scopo, viene rafforzata l’applicazione delle leggi vaticane ai Dicasteri della Curia Romana ed agli altri organismi ed enti dipendenti dalla Santa Sede, nonché alle organizzazioni senza scopo di lucro aventi personalità giuridica canonica e sede nello Stato della Città del Vaticano.

Si veda in maniera più particolareggiata, C. PIERGALLINI, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell’ente: un groviglio di problematica ricomposizione*, in AA. VV. (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, BUP, 2016, vol. I, 739 e ss.

⁸¹Cfr. GROSSI, *Relazione del promotore di giustizia, per l’inaugurazione dell’anno giudiziario*, Città del Vaticano, 12 gennaio 2013.

Circa i cardini portanti della nuova normativa vaticana in materia, si veda, FABRIS, *La riforma vaticana delle norme sulla prevenzione e il contrasto del riciclaggio e del finanziamento al terrorismo*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 2012, 387; CARDIA, *Una piccola rivoluzione. Le nuove norme vaticane in materia finanziaria*, in *Il Regno – Attualità*, IV, 2011, 73 e ss.; DALLA TORRE, *La nuova normativa vaticana sulle attività illegali in campo finanziario e monetario*, in *Ius Ecclesiae*, 2011, 109.

pena quarantotto ettari⁸² da sempre privo di tessuto industriale produttivo e irrilevante per dimensione dei consumi, non si è limitata ad interessare solo il settore penale – mediante l'introduzione di nuove fattispecie di illecito, connessi anche con la previsione di nuove forme di responsabilità degli enti collettivi – ma ha avuto riflessi in ambito tributario e amministrativo, introducendo anche qui inedite misure in materia di vigilanza, *compliance* ed informazione finanziaria che per la loro complessità richiedono certamente una sede di trattazione più appropriata di questa.

5. Agli inizi del 2012, a seguito dell'emanazione della oramai nota Legge n. CXXVII del 30 dicembre 2010 – destinata ad incidere profondamente attraverso modifiche strutturali del peculiare sistema delle fonti di diritto penale – viene effettuata una prima visita ispettiva da parte di Moneyval⁸³.

Un "atto dovuto" che fotografa la situazione di uno dei più piccoli Stati del mondo che benché interessato da un flusso annuale di svariati milioni di turisti e fedeli, non risulta supportato da alcuna economia di mercato, in quanto le attività finanziarie sono svolte a supporto delle opere di carità e di religione. Condizione questa che secondo tale rapporto ispettivo ridurrebbe quasi del tutto la possibilità

⁸²Come affermava Pio XI in relazione all'entità geografica della Stato Città del Vaticano «*quel tanto di corpo che basta per tenere unita l'anima*», ossia quella porzione di territorio che «*basti come supporto della sovranità*». Una sovranità pienamente espressa attraverso il proprio ordinamento giuridico che in tutte le sue peculiarità e complessità si allinea alle necessità dell'attuale epoca della globalizzazione (giuridica ed economica), restando comunque ancorato ai cardini del Diritto canonico e del Diritto *divino*.

⁸³Il Moneyval (meglio noto come *Comitato di esperti per la valutazione delle misure di lotta contro il riciclaggio di denaro ed il finanziamento del terrorismo*) si costituisce nel 1997 nell'ambito del Consiglio d'Europa, raggruppando 47 Stati membri. Tra essi la Santa Sede è presente non come membro ma in veste di operatore permanente.

Oggetto della sua attività è essenzialmente quello di effettuare monitoraggi per verificare l'efficacia dei sistemi antiriciclaggio adottati, mettendo in pratica le quarantanove direttive del GAFI (Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale) in materia, integrate con le Direttive antiriciclaggio dell'UE. Il sistema valutativo di Moneyval si basa infatti sulle *core and key recommendations* del GAFI, che costituiscono standard internazionali per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo.

Per un approfondimento, cfr. HOPTON, *Money Laundering, A Concise Guide For All Business*, seconda edizione, Ashgate, Chippenham, 2012; ALEXANDER, *Insider Dealing and Money Laundering in the EU: Law and Regulation*, Ashgate, Chippenham, 2013.

di perpetrare azioni di riciclaggio di denaro sul territorio della Santa Sede.

Tuttavia, il primo MER (acronimo di *Mutual Evaluation Report*)⁸⁴ mette in rilievo che il rischio di azioni illegali si lega a tre fattori determinanti e non trascurabili che interagiscono tra di loro. Il primo indubbiamente individuabile nel grande volume di transazioni finanziarie (comunque necessarie per lo svolgimento della missione universale della Chiesa cattolica) cui si aggiunge la portata mondiale delle attività finanziarie (anche nei confronti di Paesi «non virtuosi», che non operano in linea con le direttive del GAFI). Infine, l'accesso limitato alle informazioni concernenti le organizzazioni senza scopo di lucro operanti sul territorio vaticano.

Un secondo rapporto di valutazione del Moneyval è datato un anno dopo⁸⁵, attraverso la pubblicazione di tre documenti che raccolgono un sommario e un resoconto dettagliato delle considerazioni poste, alle quali viene allegato una raccolta delle normative oggetto di valutazione. Si tratta quindi di un elaborato che è stato posto in essere mentre il Vaticano poneva una serie di importanti riforme della legge antiriciclaggio le quali hanno sostanzialmente riscritto *ex novo* la precedente disciplina⁸⁶.

Allo stesso tempo però le osservazioni emerse hanno individuato lacune ed ambiguità in settori importanti della materia, successivamente in parte corretti al fine di garantire il rispetto delle Raccomandazioni GAFI. Come già affermato, appariva fondamentale rientrare nella lista degli Paesi considerati «virtuosi» e allineati agli standard europei per poter intrattenere rapporti finanziari trasparenti con i più

⁸⁴Cfr., “Rapporto di Mutua Valutazione” (*Mutual Evaluation Report*) del 4 luglio 2012 che fa parte della procedura ordinaria prevista dalle Regole di Procedura di Moneyval.

⁸⁵Rapporto Moneyval del 2013, *Mutual Evaluation Report della Santa Sede e dello Stato Città del Vaticano* (punti 3 e 4).

Si rinvia, in particolare, a SARAI, *La valutazione di Moneyval nei confronti della Santa Sede e dello Stato Città del Vaticano in materia di lotta contro il riciclaggio dei capitali e il finanziamento del terrorismo*, in *Dir. eccl.*, 2012, 209 e ss.

⁸⁶A tale prima valutazione è seguita il 9 dicembre 2013 la pubblicazione di un *First Progress Report* presentato dalla Santa Sede per illustrare i progressi compiuti nel rimediare alle lacune individuate dal Comitato nel rapporto di valutazione del 2012.

importanti Stati del mondo.

Il *Motu Proprio* per la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio, del finanziamento del terrorismo e della proliferazione di armi di distruzione di massa dell'8 agosto 2013 e la successiva Legge n. XVIII dell'8 ottobre 2013, pongono rilevanti innovazioni nella disciplina della materia, dando seguito alle richieste fatte dai primi valutatori del Rapporto Moneyval nel segnalare una «*mancaza di chiarezza*» sul ruolo, la responsabilità, l'autorità e l'indipendenza dell'AIF come supervisore anche in ragione delle incongrue ripartizioni tra la Segreteria di Stato e l'AIF (che manteneva all'epoca poteri di ispezione e vigilanza sugli obblighi di adeguata verifica) messe in atto dalla riforma del 2012⁸⁷. In particolare, si evidenziò l'esigenza di conformare la disciplina alle previsioni della Raccomandazione GAFI n.29 del 2004, la quale richiede(va) che «*le autorità di vigilanza avessero i poteri necessari per monitorare e garantire il rispetto degli obblighi da parte delle istituzioni finanziarie*».

In questa ottica, importante è stato il ruolo svolto dal *First Progress Report* del 2013 (che segue cronologicamente l'adozione del precedente *Mutual Evaluation Report*) nell'indicare modalità atte a migliorare la normativa e, progressivamente, portarla in linea con i principi delineati dalle Raccomandazioni GAFI. Il *Progress Report* si sofferma, in particolar modo, sul rapporto tra AIF e IOR sia riguardo la necessità di incentivare e rafforzare lo scambio di informazioni tra i due enti, sia richiedendo il rafforzamento dell'attività di monitoraggio e un ruolo più attivo dell'AIF nei confronti dello IOR e dell'APSA, come già indicato nel secondo Rapporto Moneyval⁸⁸. La richiesta più importante indicata dai valutatori riguarda proprio la ne-

⁸⁷Le critiche più serie del Rapporto Moneyval riguardarono proprio il ruolo e l'autorità dell'AIF, di cui non era chiaro il funzionamento e l'autonomia. In particolare i valutatori, criticando le modifiche operate dalla riforma del 2012, raccomandarono espressamente di *ripristinare per l'AIF l'accesso diretto alle informazioni finanziarie, amministrative, investigative e giudiziarie*, per poter adeguatamente svolgere i propri compiti nella lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo.

⁸⁸Il mancato esercizio del potere di verifica sullo IOR da parte dell'AIF, anche mediante ispezioni, è stato più volte sottolineato nel Rapporto Moneyval (punti 770-771 di pag.145) soprattutto in quanto

cessità che lo IOR sottoscriva i principi fondamentali cui si basa l'impianto di Basilea per la vigilanza bancaria (*Basel Committee on Banking Supervision*) e che esso sia supervisionato da uno specifico organo di vigilanza prudenziale⁸⁹.

Per cercare di soddisfare le richieste dei valutatori Moneyval con *Motu Proprio* del 15 novembre 2013 è stato approvato un nuovo statuto dell'AIF che riforma la struttura interna dell'organismo, attribuendogli nuove funzioni⁹⁰, tra cui in particolare, il potere di irrogare sanzioni amministrative nei casi espressamente previsti dalla normativa. Principio fondamentale su cui poggia l'impianto ordinamentale è costituito proprio dal rafforzamento della funzione di vigilanza e di regolamentazione dell'AIF e dall'introduzione del principio di *vigilanza prudenziale*, ovvero di una funzione di "supervisione globale" attribuita alla stessa AIF⁹¹, nei confronti degli

limitato alle sole misure e procedure di controllo interno e nella selezione del personale, non essendo chiaro se tale potere ricomprendesse anche la possibilità di compiere ispezioni in loco.

In specie, ai punti 807-808 di pag.149 si legge «*As stated above no inspections have been executed since the formation of the FIA at the beginning of 2011. All communication was done via correspondence. IOR states that it had sent its internal procedures to FIA for acceptance but never received a response. Considering the issues at stake between IOR and foreign authorities and the small size of the financial sector in VCS, it is remarkable that FIA did not conduct an on-site inspection within IOR to investigate the issues in appropriate detail*».

⁸⁹ In questo contesto, appare significativa l'osservazione conclusiva del *Report Progress*, secondo il quale «*it was somewhat surprising that there have not been formal AML/CFT inspections yet of the IOR and APSA, though it is noted that the remediation processes undertaken by the IOR, and to some extent the APSA, are being pursued in close conjunction with the FIA, as a supervisor*».

⁹⁰ In particolare, l'art. 3 punto 3 prevede che tale autorità «*adotta le procedure e le misure necessarie per garantire la separazione operativa fra la funzione di vigilanza e regolamentazione e la funzione di informazione finanziaria*». Mentre con riguardo al potere di accesso alle informazioni, l'art. 8 stabilisce che l'autorità «*accede ai documenti, dati e informazioni, collabora e scambia informazioni a livello interno e internazionale nei casi stabiliti dall'ordinamento*».

⁹¹ Sulla maggiore autonomia dell'AIF e sui poteri di supervisione degli enti, i valutatori Moneyval hanno espresso alcune perplessità innanzitutto in ordine al diritto (non riconosciuto) di accesso ai locali degli enti ed istituzioni sottoposti al suo controllo, ai loro libri contabili e a tutte le informazioni e ancora dubbi riguardano la limitata facoltà di scambiare informazioni e redigere Protocolli di intesa.

Nell'ambito della supervisione degli enti, si segnala da parte dei valutatori, che le numerose organizzazioni senza scopo di lucro, operanti sul territorio vaticano, non risultano sottoposte ad alcun sistema di controllo, nonostante siano interessate da ingenti movimentazioni patrimoniali.

Sempre in tema di controlli, nonostante siano state previste norme *ad hoc* in tema di adeguata verifica della clientela, si osserva nella relazione che la legislazione vaticana prevede delle eccezioni troppo ampie e tali da non consentire un'efficiente vigilanza in caso di operazioni compiute a distanza e/o da persone politicamente esposte. Dovrebbe, poi, essere contenuto il ricorso al segreto

enti che svolgono professionalmente un'attività di natura finanziaria. Si delinea, pertanto, un ridimensionamento delle funzioni affidate alla Segreteria di Stato dalla riforma della legge antiriciclaggio del 2012 e si affida al Comitato di Sicurezza Finanziaria il compito di coordinare l'adozione ed il regolare aggiornamento di politiche e procedure per la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio, che conferiscono all'AIF adeguati poteri sanzionatori, di controllo, verifica e monitoraggio verso i soggetti che svolgono attività di carattere finanziario⁹².

A seguire, nel 2017 – in attesa della visita degli ispettori di Moneyval in Vaticano che avverrà nel corso del 2018 per poi concludersi con il successivo rapporto sui progressi compiuti nel 2019⁹³ – sono stati riconosciuti gli importanti passi in avanti compiuti dall'Autorità di Informazione Finanziaria e dal Tribunale vaticano per l'attività sul campo della cooperazione internazionale; così come un giudizio generalmente positivo è stato espresso sul modo in cui è stato messo a punto il sistema, cosa che ha portato ad una nuova Unità per i Crimini Finanziari nella Gendarmeria Vaticana⁹⁴ e ad una Sezione per i reati finanziari all'interno del Vaticano. In linea con tale riassetto, l'introduzione di una nuova legge sulla registrazione e la vigilanza delle organizzazioni *non profit* che da questo momento diviene appannaggio

finanziario per «bloccare» richieste di informazioni da parte delle competenti autorità.

Completamente negativo viene, invece, giudicato il dato che l'AIF non possa irrogare sanzioni nei confronti dell'APSA.

⁹²Si rinvia, al riguardo, all'intervista a Radio Vaticana di BRÜLHART, *Motu Proprio, siamo sulla strada giusta, forte volontà di trasparenza finanziaria*, in <http://www.news.va/it/news/motu-proprio-brulhart-siamo-sulla-strada-giusta-fo>.

Cfr., inoltre, M.C. FOLLIERO, *La legislazione vaticana in materia finanziaria: un banco di prova dell'art. 17 del TUE e dei principi di collaborazione e cooperazione tra Chiese, Stato e Unione europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 35/2013, 13 e ss.

⁹³A questo punto della valutazione, il rapporto sui progressi è definibile “*desk based*”, cioè fatto sulla base delle risposte al questionario. Questo presuppone l'assenza di visite in loco (*on site visit*) per verificare l'efficacia delle riforme, cosa che avverrà nel corso di quest'anno, come si deduce dal rapporto.

⁹⁴Ad essa si è aggiunta, nel maggio 2017, la nomina di un Assistente Promotore di Giustizia.

dell'AIF⁹⁵; mentre ancora deboli sono apparsi gli sforzi per ottenere l'avvio di procedure giudiziarie e di indagini proattive, anche in presenza di un sistema ben funzionante di segnalazioni di attività sospette⁹⁶.

6. L'analisi della normativa vaticana in materia di antiriciclaggio deve necessariamente accompagnarsi a un approfondimento dell'*iter* che ha portato alla creazione di misure di prevenzione e contrasto del fenomeno.

Preme subito rammentare come le misure delineate dalla Legge CXXVII del 2010, non parvero all'epoca sufficientemente proporzionate e dissuasive sia dal punto di vista strutturale in quanto le varie fattispecie – tra cui appunto il delitto di "riciclaggio" contenuto all'art.421-*bis* del codice penale vaticano – vennero giudicate piuttosto riduttive rispetto al fenomeno considerato, sia perché la politica intrapresa dalla Santa Sede nella lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo sembrò poco convincente e comunque inadeguata per l'uscita dalla *black list*.

Per questo le linee di riforma successive, imposte dalla Legge CLXVI del 2012, nel colmare le precedenti lacune, hanno riscritto l'intero complesso normativo del 2010, tanto da costituire un testo sostanzialmente e strutturalmente innovativo più che una semplice modifica di quello precedente, come è facile desumere dalle numerose estensioni degli articoli della norma.

Moltissimi i punti d'interesse della regolazione del 2012 che ripropone in particolare il tema della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche con-

⁹⁵La Commissione Pontificia per lo Stato di Città del Vaticano ha approvato la Legge n. CCXI del 22 novembre 2017 avente ad oggetto la registrazione e la vigilanza delle organizzazioni senza scopo di lucro e che include specifici requisiti per la segnalazione.

La maggiore consapevolezza delle organizzazioni *non profit* è parte di un percorso, che già lo scorso anno ha visto sempre più enti istituzionali impegnati nel segnalare attività sospette. Nel 2017, in particolare, i rapporti sono arrivati in 9 casi da Autorità della Santa Sede e dello Stato di Città del Vaticano.

⁹⁶Sia l'AIF che le autorità giudiziarie, nell'ambito delle loro attività, hanno richiesto e fornito risposte nel campo della cooperazione internazionale.

seguinte a condanna per uno dei reati stabiliti dagli artt. 421-*bis* e 138-*ter*⁹⁷ c.p., ma anche, e non meno importante, l’inserimento di nuove fattispecie⁹⁸ e la rivisitazione di talune previsioni sanzionatorie.

Quanto al primo, trattasi di uno dei nodi centrali della normativa contenuta all’art.42-*bis*, poiché il modello relativo agli obblighi antiriciclaggio, cui si ispira il legislatore vaticano⁹⁹, dedica diverse disposizioni sia in termini di responsabilità amministrativa che di obblighi di adeguata verifica, registrazione e conservazione dei dati, rispetto ai quali pone un preciso regime di esclusioni¹⁰⁰.

Per vero, l’attività legislativa in tema di responsabilità degli enti, già a partire dalla legge del 2010, via via considerando tutte quelle successive, ha messo in evidenza la difficoltà dell’ordinamento vaticano (ma anche di quello italiano, le cui rispettive disposizioni in materia appaiono spesso sovrapponibili) di creare una disciplina autonoma e coerente.

Diciamo che a far data dalla Legge CLXVI, e successivamente con la Legge IX del 2013, si inaugura una stagione di innovazioni procedurali e sistematiche

⁹⁷Cfr., art. 42-*bis* della Legge CLXVI *cit.*

⁹⁸Vengono stabilite alcune disposizioni “generalì” dirette alla prevenzione e contrasto sia al riciclaggio sia al finanziamento del terrorismo (ad es., l’art. 2, che elenca i soggetti tenuti all’osservanza delle misure di contrasto e prevenzione); altre orientate alla regolamentazione di “nuovi” delitti, quali il riciclaggio e l’autoriciclaggio (Capo II), i reati collegati al terrorismo, tra cui il delitto di “finanziamento del terrorismo” *ex* art. 138-*ter*, e “altre” fattispecie contenute nel Capo III (dalla malversazione a danno dello Stato e l’indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, ai delitti abuso d’informazioni privilegiate e manipolazione del mercato; dalla tratta di persone al contrabbando, alla pirateria, ecc.).

⁹⁹Il riferimento è alla Direttiva 2005/60/CE ed in parte della disciplina italiana, *ex* D. Lgs. n.231/2007 più volte citato.

¹⁰⁰Così, ad esempio, gli obblighi di adeguata verifica, registrazione, conservazione e segnalazione delle transazioni sospette incombono sulle persone fisiche e giuridiche (art.2, co.1, lett. a), mentre l’Autorità pubblica è tenuta soltanto alla segnalazione (art.2, co2). Analogamente, l’ambito di operatività del citato art.42-*bis*, relativo alla responsabilità amministrativa della persona giuridica in caso di condanna per i delitti di riciclaggio (art.421-*bis* c.p. vat.) e finanziamento del terrorismo (art.138-*bis* c.p. vat.) non si estende all’Autorità pubblica.

Preme ricordare che l’obbligo di segnalazione (art.34) – l’unico comune a tutti i soggetti, inclusa l’Autorità Pubblica la quale peraltro non subisce alcuna conseguenza sanzionatoria in caso di violazione – è riferito alle “transazioni” (e non alle “operazioni”) sospette, come invece indicato nella già ricordata Direttiva e nel D. lgs. n. 231/2007, nel probabile intento di circoscrivere l’oggetto dell’indagine a “movimenti” di denaro o beni.

dell'ordinamento vaticano, la quale introduce per la prima volta principi giuridici come, ad esempio, quello del giusto processo, dando vigenza al postulato secondo cui il processo diventa il luogo ove il diritto si rappresenta¹⁰¹. Cosicché nell'ordinamento vaticano la determinazione secondo cui l'imputato ha diritto a che il giudizio sia concluso entro un «*termine ragionevole*» risulta essere funzionalmente collegato alla sua «*ragionevole durata*»¹⁰². In questo modo il legislatore vaticano ha ripreso ed arricchito, nell'ottica dell'imputato, la prospettiva finalistica globale della *celerità* del procedimento già delineata, sia pure in modo embrionale, nella precedente Legge vaticana n. L del 1969 in materia di modifica delle legislazioni penale e processuale.

Ma ancora. Modifiche di natura sistematica vengono introdotte nell'ordinamento giuridico vaticano anche con riguardo al tema della presunzione d'innocenza e della cooperazione internazionale.

L'art. 35 della Legge vaticana n. IX del 2013 stabilisce come «*ogni imputato è presunto innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata*», riproducendo un principio presente nei testi fondamentali adottati dalla comunità internazionale a tutela dei diritti dell'uomo¹⁰³.

Quel che emerge nel contesto del rinnovato quadro legislativo penale e processuale – anche rispetto ai Codici italiani ritenuti applicabili «*fino a che non si fosse*

¹⁰¹Secondo PISANI, «*Giusto processo*» e «*presunzione d'innocenza*» nella recente legislazione vaticana, Edizioni ETS, 2013, il richiamo alla nozione di «giusto processo» potrebbe essere, in qualche modo, correlativo alla nuova stesura dell'art.111 della nostra Carta Costituzionale, operata dalla Legge Costituzionale n.2 del 23 novembre 1999.

¹⁰²La locuzione richiama la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) laddove si afferma che ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata entro un «termine ragionevole» (art.6 della Convenzione).

Per la letteratura in argomento, si veda CHIAVARIO, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., Studi in ricordo di G. Pisapia, vol. II, 2000, 99 e ss.

¹⁰³Si vuol far riferimento sia all'art.11, par. 1, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948) sia all'art. 6, par. 2, della correlativa Convenzione europea del 1950 ed ancora all'art. 14, par. 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.

provveduto con leggi proprie della Città del Vaticano» è la postulazione di un principio di co-essenzialità della nozione di «giusto processo» e di quella di «presunzione di innocenza» rispetto al quadro di tutele già ampiamente e puntualmente delineato nella Convenzione europea, volta a garantire il diritto indefettibile ad un «processo equo»¹⁰⁴.

Alle citate modifiche fanno tuttavia da contrappeso alcune rilevanti anomalie, determinate in parte da un acritico intervento di stratificazione normativa soprattutto in tema di responsabilità degli enti, *ex art.42-bis*.

Come precedentemente accennato, il restringimento del gruppo dei soggetti tenuti al rispetto dei nuovi obblighi ha reso fondamentale individuare quali soggetti rientrino nella categoria persona fisica o giuridica, oppure Autorità pubblica, per la quale permane ancora un regime di esenzione dall'osservanza di alcuni adempimenti antiriciclaggio.

Le disposizioni contenute nell'*art.42-bis* prevedono, ai fini dell'adeguamento ai parametri comunitari richiesti, sanzioni pecuniarie e interdittive nei confronti delle sole persone giuridiche¹⁰⁵ – e non anche delle autorità pubbliche – nell'esclusiva ipotesi di *condanna* per uno dei delitti di cui ai succitati articoli del codice penale vaticano, riconoscendo nel solo «interesse»¹⁰⁶ il criterio oggettivo di ascrizione della sanzionabilità della persona giuridica.

Si delinea, in tal modo, una responsabilità di natura meramente *accessoria* del soggetto collettivo dal momento che l'ordinamento in esame prevede l'incriminazione e le eventuali sanzioni in capo alla persona giuridica esclusivamente nel caso in cui le persone fisiche commettano un fatto rientrante nella fattispecie di

¹⁰⁴Cfr., art.6 della Convenzione, già *cit.*

¹⁰⁵L'art.1, co.1, della Legge CLXVI stabiliva che per «persone giuridiche» erano da intendersi «ogni persona giuridica, qualunque sia la natura e l'attività, incluse le fondazioni ed i trust, non rientranti nella definizione di Autorità pubblica».

¹⁰⁶Il riconoscimento di quest'unico requisito pone una sostanziale differenza con la normativa italiana che all'art. 5 c.p. riconosce l'*interesse* e il *vantaggio* quali presupposti obiettivi che devono necessariamente legare la condotta illecita del singolo all'ente.

riciclaggio o di finanziamento del terrorismo (anche internazionale) e siano *condannate* rispetto alle suddette incriminazioni.

Problema a parte è quello della delimitazione soggettiva ai fini della normativa antiriciclaggio, cosa che ha destato non poche contraddizioni interne al contesto normativo per la peculiarità del trattamento riservato all'APSA, la quale rientrando nella definizione di Autorità pubblica non è stata, di conseguenza, tenuta al rispetto degli obblighi di legge come pure di tutti i regolamenti e le disposizioni emanati dalla neo costituita Autorità di Informazione Finanziaria vaticana.

A tal proposito, la prima valutazione del Rapporto Moneyval evidenziò proprio l'anomalia di tale esclusione, in quanto impediva l'applicazione delle sanzioni in tema di responsabilità amministrativa all'APSA nella sua qualità di ente che «*in base all'ordinamento interno, svolge, direttamente o indirettamente, un'attività istituzionale espressione dell'autorità sovrana*» e dunque non tenuta ad osservare gli obblighi di adeguata verifica, di registrazione e conservazione delle transazioni sospette.

L'approccio normativo cambia con la successiva Legge XVIII del 2013, la quale pur mantenendo un trattamento differenziato per tali Autorità pubbliche, ne precisa la natura e gli scopi, qualificandole quali enti «*che svolgono in maniera istituzionale un'attività di natura finanziaria in nome e per conto di organi ed enti della Santa Sede e dello Stato*»¹⁰⁷.

Non vi è dubbio pertanto come l'attuale definizione conferisca una maggiore caratterizzazione al concetto di «autorità pubblica» rispetto al passato anche se proprio tale esplicitazione ha sollevato inevitabili incertezze in merito all'inclusione

¹⁰⁷Per queste autorità viene esclusa l'applicazione del Titolo III della legge, che disciplina il sistema di vigilanza e regolamentazione prudenziale degli enti che svolgono professionalmente un'attività finanziaria. Ne consegue, pertanto, che una autorità pubblica non è sottoposta né ai criteri di organizzazione e gestione (art. 58), né ai criteri di gestione dei rischi e di monitoraggio stabiliti dall'AIF (art. 60). In particolare, non è sottoposta alla vigilanza e alla regolamentazione degli enti che svolgono professionalmente un'attività di natura finanziaria (art. 65), né è sottoposta alle sanzioni amministrative irrogate dall'AIF nel caso di violazione degli obblighi in materia di vigilanza prudenziale (art. 66).

dello IOR, ente che, come noto, svolge prevalentemente attività di carattere finanziario¹⁰⁸: una prerogativa del tutto stridente con la qualificazione di «persona giuridica canonica» contenuta nel proprio Statuto¹⁰⁹, con la singolare conseguenza di non applicare la disciplina più rigorosa proprio a un soggetto che, dato il tipo di operatività svolta, risulta particolarmente esposto al rischio di riciclaggio o di finanziamento al terrorismo.

Ciò porterebbe inevitabilmente ad interrogarci se sia ancora possibile considerare lo IOR una banca estera collocata in Stato extracomunitario (che non impone obblighi equivalenti a quelli previsti dalla Direttiva 2005/60/CE) dal momento che proprio lo Stato della Città del Vaticano¹¹⁰ ha promulgato addirittura ben due leggi in materia di antiriciclaggio.

7. Nel contesto più ampio dell'adeguamento alla normativa europea in mate-

¹⁰⁸In merito a questo aspetto, i valutatori Moneyval nel 2012 hanno volutamente escludere dal novero di tale qualificazione lo IOR il quale, sebbene oggetto di ampie valutazioni nel Rapporto dell'organismo europeo, non è mai richiamato in relazione alla qualificazione di «autorità pubblica» e viene considerato come non responsabile nei confronti della Prefettura degli Affari Economici della Santa Sede, funzionando in modo indipendente.

Cfr., Rapporto Moneyval in cui si afferma che «*the IOR is characterised in the legal commentary as an “atypical” institution because it combines a peculiar set of qualities and activities that do not fit easily into any one category. Its fundamental features are as follows: it is a foundation established as a canonically recognized separate juridical person created by the sovereign to serve the purposes set out for it by the sovereign. The IOR is situated exclusively on the sovereign territory of the VCS*». Nello stesso Rapporto si aggiunge inoltre «*HS/VCS representatives stress that the IOR is a public institution whose nature is public and activity is iure imperii (by virtue of its sovereignty), but which also conducts activities comparable with that of a financial institution, which are iure gestionis (commercial or private acts) in character*».

Anche il Rapporto del 2013 sembra confermare questa impostazione quando, in merito al regime semplificato previsto dall'art.13 della nuova legge antiriciclaggio, espressamente prevede che IOR (come pure l'APSA) non deve accedere alla gestione e al contenimento dei rischi in forma semplificata.

¹⁰⁹Si rammenti tuttavia come lo IOR sia un'entità canonica fondata direttamente dalla Santa Sede (*stricto sensu* il Papa) con una natura giuridica incompatibile con quella di una banca.

¹¹⁰Così, VITALI, *L'Istituto per le opere religiose (IOR) e il diritto italiano, op.cit.*, 514 e ss., evidenziando come esso abbia costituito da sempre motivo di acceso dibattito, per la commistione dei diversi punti di vista dai quali può essere riguardato. Cfr., *amplius* la precedente nota 86 in riferimento al Rapporto Moneyval del 4 luglio 2012, il quale definisce lo IOR un'istituzione «atipica».

ria di antiriciclaggio si colloca la decisione adottata dalla Banca d'Italia nel 2013 di imporre agli intermediari localizzati nello Stato Vaticano ogni operatività tramite POS (in buona sostanza l'utilizzo delle carte di credito e carte bancomat)¹¹¹ a seguito di diniego dell'autorizzazione da parte della stessa autorità¹¹² con conseguente blocco degli ATM situati in territorio vaticano da parte della Procura della Repubblica di Roma.

Alla base della decisione dell'organo di vigilanza vi è stata la necessità di dar corso alle norme vigenti nell'Unione Europea in materia di reciprocità di trattamento, secondo cui si consente alle banche dei Paesi comunitari di operare in uno extracomunitario a condizione che in quest'ultimo siano presenti una regolamentazione bancaria e un sistema di controlli di vigilanza adeguati, nonché possibili scam-

¹¹¹Tale decisione non influisce sulla possibilità di utilizzare all'interno dello Stato Vaticano il bancomat emesso dallo IOR, oltre ai contanti e agli assegni.

¹¹²La Deutsche Bank Italia è una banca provider che gestisce dal 1997 il sistema dei bancomat e delle carte di credito all'interno della Città del Vaticano. Si tratta, però, a tutti gli effetti, di un soggetto di diritto italiano e, proprio per questo motivo, il suo operato è sottoposto alla rigida vigilanza della Banca d'Italia anche in tema di autorizzazione all'apertura di sportelli.

Solo nel corso dello 2013 i vertici della Deutsche Bank hanno presentato una sorta di richiesta di "sanatoria", respinta però dalla Banca d'Italia sul fondamento che il Vaticano, ai fini della normativa antiriciclaggio, appartiene alla categoria dei Paesi extracomunitari "non equivalenti". Infatti sulla base delle norme antiriciclaggio, lo Stato Città del Vaticano, in quanto soggetto extracomunitario, non può avere un sistema POS gestito da una banca italiana secondo le norme del TUB, ex art.16, co.4 che testualmente cita «*le banche italiane possono operare in uno Stato extracomunitario senza stabilirvi succursali previa autorizzazione della Banca d'Italia*».

L'art. 1, co.5, D. Lgs. 16 novembre 2015, n.181 ha sostituito la parola «extracomunitario» con l'aggettivo «terzo».

Cfr., in argomento Comunicato della Banca d'Italia relativo al blocco dell'operatività dei POS nello SCV del 10 gennaio 2013, in http://www.olir.it/areetematiche/news/documents/comunicato%20bi_vaticano-10-1-13.pdf. Ancora sul tema, CALABRÒ, *Vaticano, carte di credito bloccate. Decisione di Bankitalia per l'antiriciclaggio. Alla Sistina con i contanti*, in *Corriere della Sera*, 3 gennaio 2013; ID., *Il Vaticano: sorpresi per il blocco Bankitalia. Bruehlhart, direttore dell'antiriciclaggio: «Da nessun Paese al mondo misure simili»*, 13 gennaio 2013; FUCCILLO, *I "bancomat" vaticani e la nuova "questione romana" in materia finanziaria*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 6 del 2013, p. 8 ss.

Ed ancora gli articoli di Repubblica da titolo "Vaticano, riattivato il servizio di pagamento con Bancomat e carta di credito" e La Stampa "Accordo con una società svizzera. Il Vaticano riattiva i bancomat" usciti entrambi il 12 febbraio 2013.

bi di informazioni tra le rispettive Autorità¹¹³.

E' facile dunque dedurre, in difetto di una regolamentazione bancaria vaticana e contestualmente alla mancanza del riconoscimento europeo di "equivalenza", antiriciclaggio¹¹⁴, come una siffatta circostanza abbia suggerito alle autorità di controllo italiane di adottare un comportamento restrittivo anche in relazione al fatto che l'avvio della riforma è sembrata, almeno in un primo momento, non rispecchiare un effettivo regime antiriciclaggio – sia nei confronti delle banche stabilite in Italia sia per l'attività bancaria svolta dallo IOR con controparti italiane – tale da rendere inapplicabile i controlli semplificati previsti per i rapporti con le banche comunitarie, le quali consentono a queste ultime di non comunicare i nomi dei clienti per conto dei quali sono effettuate le singole operazioni¹¹⁵.

Un atteggiamento questo indubbiamente difforme da quello tenuto da altri Paesi europei nei confronti dell'operatività bancaria vaticana, in seguito al quale sono state stretti importanti rapporti di collaborazione¹¹⁶.

¹¹³Gli Stati ritenuti "equivalenti" a fini di antiriciclaggio sono poi individuati uno per uno dal Consiglio dell'Unione. Ogni Paese comunitario, tra cui l'Italia, recepisce a livello nazionale la lista degli Stati "equivalenti" con un proprio decreto.

¹¹⁴Per inciso, ai sensi della normativa antiriciclaggio, la Città del Vaticano è considerata Paese extracomunitario «*non equivalente*» a fini della vigilanza.

¹¹⁵Un rapporto del luglio 2012 di Moneyval, il Comitato di esperti antiriciclaggio del Consiglio d'Europa, ha indicato che il Vaticano era riuscito a superare alcuni importanti standard di trasparenza finanziaria, senza però addivenire ad una disciplina efficiente per combattere il riciclaggio. La materia si inquadra nel contesto delle Raccomandazioni del Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI), costituito presso l'OCSE, e dei principi del Gruppo Egmont, organismo che raggruppa oltre 130 FIU tra cui quella italiana e, dal luglio 2013, quella vaticana.

I principi elaborati nelle sedi internazionali sanciscono, tra l'altro, l'obbligo delle UIF di prestare la più ampia collaborazione possibile, secondo criteri di reciprocità. Considerata la dimensione anche transnazionale del riciclaggio, tali condizioni sono essenziali ai fini dell'individuazione e dell'approfondimento di fenomeni criminali che coinvolgono diverse giurisdizioni.

Nella cornice delle regole internazionali, la collaborazione può essere disciplinata anche attraverso intese bilaterali. I *Memoranda of Understanding* tra le FIU sono specificamente previsti dagli standard internazionali ed europei, che ne hanno regolato alcuni aspetti essenziali. Le Raccomandazioni del GAFI stabiliscono che le Autorità di Paesi che condizionano lo scambio di informazioni alla stipula di protocolli d'intesa - tale è il caso dello Stato della Città del Vaticano - devono negoziarli e definirli tempestivamente con il più ampio numero di controparti.

¹¹⁶Oltre ai rapporti con gli Stati Uniti e la vigilanza americana, L'AIF (Autorità di Informazione Finanziaria del Vaticano) ha trattato accordi bilaterali con più di altre 20 *Financial Intelligence*

Le ricadute pratiche di questo provvedimento, che sembrò essere di «*ostacolo al regolare funzionamento delle attività (economiche) vaticane*», fece molto discutere la dottrina del tempo, portando addirittura ad ipotizzare una lesione dei principi sanciti dall'art.7, co.2, della Costituzione dello *stare pactis* e dell'esercizio della libertà religiosa dei fedeli che giungono in territorio vaticano. Tanto che la misura restrittiva, applicata *sostanzialmente* a scopo preventivo sull'utilizzazione della «moneta elettronica» nell'area geografica della Sede Episcopale, parve addirittura costituire un «*ostacolo allo svolgimento dell'evangelizzazione, e al contempo costituire una limitazione alla libertà religiosa dei fedeli cattolici*».

Nonostante la *querelle* sollevata sulla questione, indubbiamente il provvedimento della Banca d'Italia trova una diversa interpretazione rispondendo piuttosto alla necessità di incentivare il governo vaticano a proseguire sull'intrapresa strada delle regole di trasparenza e vigilanza sulle operazioni finanziarie; spiegazione indubbiamente più consona ove si consideri che il servizio di pagamenti elettronici, con carta bancomat o carta di credito, fu riattivato dopo circa un mese grazie alla stipula di un nuovo accordo con una società svizzera cui fece seguito la firma di un Protocollo di intesa con l'Unità di Informazione finanziaria italiana¹¹⁷.

Anche in questo caso il ruolo dell'AIF – che, come ricordato, trae origine dall'assenza o, perlomeno, dalla grave carenza di un sistema affidabile di trasparenza finanziaria – è apparso decisivo. In particolare, dalla sua istituzione, a seguito del *Mutu Proprio* di Benedetto XVI fino alla novella del 25 gennaio 2012, il progressivo potenziamento dei compiti e la sua indipendenza da altre istituzioni vaticane (com-

Unit di altrettanti Paesi. Nel 2012 tale autorità ha stipulato Protocolli di intesa con Belgio e Spagna per lo scambio internazionale di informazioni e ha avviato ulteriori negoziati.

¹¹⁷In realtà anche per lo SCV esiste un obbligo di rispettare gli impegni assunti con le Istituzioni europee e, dal punto di vista pratico, pur nella permanenza di un effettivo disagio per i fedeli che vogliono utilizzare una carta di credito nel territorio Vaticano, la soddisfazione di un'esigenza religiosa può essere facilmente realizzata dalla presenza, nel territorio italiano immediatamente contiguo ai palazzi vaticani, di innumerevoli sportelli bancomat in grado di fornire il contante necessario per effettuare degli acquisti o corrispondere offerte.

presa la Segreteria di Stato) sono stati risolutivi per l'adeguamento della Santa Sede agli standard internazionali in materia di trasparenza e contrasto al riciclaggio e al terrorismo.

A partire dal 2013, l'AIF fa un ulteriore passo in avanti firmando il Protocollo d'intesa con l'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia nel quadro dei principi in materia di collaborazione internazionale antiriciclaggio, finalizzata allo scambio di informazioni utili all'approfondimento di casi di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo di interesse per le due Autorità¹¹⁸; esso tuttavia non riguarda gli aspetti relativi ai controlli sul sistema finanziario¹¹⁹.

¹¹⁸Ancor prima erano stati firmati Protocolli d'intesa con la *Cellule de Traitement d'Informations Financières* del Belgio (9 giugno 2012); con il *Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias* della Spagna (17 dicembre 2012); con il *Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN)* degli Stati Uniti d'America (7 maggio 2013) e con la *Zentralstelle für Verdachtsmeldungen del Bundeskriminalamt (Bka)* della Germania (4 dicembre 2013).

Per l'Accordo con gli USA si veda, CALABRÒ, *Santa Sede-Usa intesa bilaterale anti-riciclaggio*, in *Corriere della Sera*, 8 maggio 2013, 41 e ss. Per i rapporti con la Banca d'Italia e la controparte tedesca si rinvia ai siti web <http://www.news.va/it/news/firma-del-protocollo-dintesa-fra-lautorita-di-in-6> e http://it.radiovaticana.va/news/2013/12/04/laif_firma_protocollo_dintesa_con_la_contro_parte_tedesca-raffo_rzata/it1-752641.

¹¹⁹Al fine di prevenire e contrastare efficacemente il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo l'AFI può acquisire dalle autorità competenti ogni informazione utile allo svolgimento dei compiti di cui all'art. 24, co. 1. Il medesimo organismo poi stabilisce collegamenti con gli altri che svolgono funzioni similari negli altri Paesi al fine di contribuire al necessario coordinamento internazionale; all'uopo formulando alle competenti autorità internazionali proposte di designazione di soggetti o enti ai fini dell'adozione delle misure ai sensi del suddetto comma.

Tra i compiti dell'AIF rientrano inoltre le valutazioni sulle istanze di esenzione dal congelamento di fondi e risorse economiche presentate dai soggetti interessati e la formulazione alle competenti autorità internazionali delle proposte di cancellazione dalle liste dei soggetti designati, anche sulla base di istanze presentate dagli stessi soggetti interessati.

Circa la qualificazione giuridica di detta autorità, si rinvia a SARAIS, *L'istituzione dell'Autorità di informazione finanziaria (AIF): l'impegno della santa Sede nel contrasto degli illeciti finanziari*, in www.iuscanonicum.it, 2 e ss., il quale sottolinea come il *Motu Proprio* istitutivo prevede che l'AIF abbia non solo personalità civile vaticana ma anche personalità giuridica canonica pubblica. In altre parole, prevede che essa rappresenti, allo stesso tempo, un ente morale di diritto vaticano e una persona giuridica canonica pubblica, ai sensi del can. 116 del Codex Iuris Canonici.

Quest'organismo, inoltre, conformemente ad altri "uffici" analoghi presenti in Paesi dell'UE, sovrintende al rispetto degli obblighi stabiliti in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo ed emana disposizioni di attuazione delle norme contenute nella legge, con esclusione di quelle contenute nei Capi II e III; esso ha il potere, altresì, di emanare istruzioni e provvedimenti di carattere particolare nei confronti dei soggetti sottoposti all'autorità di

Si tratta, come ben si comprende, di una vera e propria “svolta” nei rapporti tra la Banca d’Italia e le Autorità vaticane dopo tre anni di gelo seguiti al sequestro di 23 milioni di euro dello IOR avvenuto, su segnalazione dell’UIF, da parte della Procura di Roma nel settembre 2010 e arrivato fino al blocco di tutti i POS e bancomat installati nella Città del Vaticano dalla filiale italiana della Deutsche Bank per decisione della Banca d’Italia¹²⁰.

L’Accordo infatti punta a fissare una cornice per la condivisione delle informazioni su operazioni finanziarie tra i due Stati, sul presupposto che una cooperazione amministrativa tra le suddette autorità risulta essere un modo più veloce per accedere a dati bancari sensibili, piuttosto che passare attraverso rogatorie giudiziarie internazionali.

Sull’onda delle importanti modifiche in tema di trasparenza e controllo sulle finanze vaticane si colloca la Lettera Apostolica adottata dalla Pontificia Commissione (su *Motu Proprio* di papa Francesco dell’8 agosto 2013). In particolare, il provvedimento rafforza i poteri di controllo dell’AIF affidandole una vigilanza di tipo prudenziale sugli enti che svolgono professionalmente un’attività di natura finanziaria nell’ambito territoriale vaticano (IOR, APSA e su tutti gli Enti promossi dalla Santa Sede o basati nella Città del Vaticano, che «*svolgono professionalmente un’attività di natura finanziaria*») con la possibilità di predisporre misure di contrasto e pre-

vigilanza anche emanando e aggiornando periodicamente gli indicatori di anomalia, al fine di agevolare la concreta individuazione delle operazioni sospette.

Fondamentali sono i compiti che l’ufficio svolge nel ricevere le segnalazioni di operazioni sospette e provvede a effettuare i necessari approfondimenti al fine dell’eventuale denuncia al Promotore di Giustizia presso il Tribunale per le eventuali azioni penali. In tale prospettiva valuta l’efficacia dei sistemi adottati dai soggetti obbligati per combattere il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo e, ove del caso, suggerisce le modifiche integrazioni da apportare ai sistemi medesimi. Nell’espletamento di tali compiti, inoltre propone le eventuali integrazioni e modificazioni della legislazione in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo (compilazione di statistiche in ordine all’applicazione e all’efficacia delle misure amministrative ed organizzative di prevenzione e repressione; studi in materia ed elaborazione e diffusione di modelli e schemi rappresentativi di comportamenti anomali sul piano economico e finanziario riferibili a possibili attività di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo).

¹²⁰Il blocco operativo viene imposto a partire dal 1 gennaio 2013.

venzione del riciclaggio e finanziamento del terrorismo¹²¹.

Peculiarità della legge è la disciplina del trasporto transfrontaliero di denaro contante, in entrata o in uscita dallo Stato della Città del Vaticano, per un importo pari o superiore a 10 mila euro – disciplina questa successivamente consolidata con l’adesione formale nel 2019 all’area unica dei pagamenti in euro (SEPA) – superando così quel potenziale problema di coesistenza di norme aggravato dal fatto che sin dal 2009 lo Stato vaticano ha sempre rifiutato l’automatica vigenza nel proprio territorio delle leggi italiane.

Alle severe disposizioni previste fanno esplicito riferimento poi le «*Norme in materia di informazione e cooperazione*» le quali attribuiscono un ruolo centrale all’Autorità di Informazione Finanziaria, che collabora e scambia informazioni sia con le altre autorità della Santa Sede e dello Stato della Città del Vaticano, sia con le autorità analoghe di altri Stati, a condizioni di reciprocità e sulla base di protocolli di intesa. In sostanza esse riguardano tutte quelle violazioni che possono interessare organismi sottoposti alla loro vigilanza, da divulgare successivamente anche alle autorità di informazione finanziaria di altri Paesi, a cominciare dalla Banca d’Italia.

Tuttavia sembra concretizzarsi, al di là della stretta vicenda dei bancomat vaticani il rischio di un’eccessiva estensione *tout court* delle “segnalazioni” ogni qual volta siano (anche marginalmente) coinvolte le finanze vaticane. Né il timore di evitare le gravi conseguenze collegate all’omissione sembra comunque rendere di per

¹²¹Sotto quest’ultimo aspetto è stata fondamentale l’introduzione della «vigilanza prudenziale» di matrice comunitaria fra le prerogative dell’Autorità, cioè non solo la possibilità di controllare ogni transazione in denaro in relazione alle ipotesi di riciclaggio, ma anche la valutazione del rischio finanziario, quindi il controllo degli standard di gestione dei bilanci interni dei vari dicasteri, le spese in rapporto alle disponibilità, la capacità di solvenza e così via.

Trattasi di una filiera di questioni che s’incrocia con le nuove disposizioni impartite dalla Segreteria per l’Economia a tutti i dicasteri in materia di bilanci; questa infatti ha indicato di recente fra gli obiettivi da raggiungere quelli di «*rinforzare il processo di pianificazione di modo che le risorse economiche siano destinate dove possano essere utilizzate nella forma più efficace possibile*» e ancora «*rendere disponibili quante più risorse economiche alla missione della Chiesa, attraverso lo sviluppo del financial management e della gestione economica*».

sé lecita ed automatica la comunicazione delle operazioni finanziarie, anche quando quest'ultime – che hanno effetti in Vaticano – devono transitare nel territorio italiano, con la conseguente applicazione di tutta la normativa in tema di trasparenza ed antiriciclaggio.

L'entrata nell'area SEPA dello IOR nel 2018, ad opera del Consiglio dell'*European Payments Council* (EPC), segnando una fondamentale interconnessione del Vaticano al sistema bancario continentale, supera *de iure* la questione riconoscendo in questo modo che ormai il Vaticano, in quanto sicuro ai fini dell'antiriciclaggio, non è più da considerarsi un Paese a “regime sospetto”, nonostante per lungo tempo sia rimasto tra quelli sotto osservazione specifica¹²².

8. Iniziamo con qualche dato. Lo IOR intrattiene a tutt'oggi relazioni con circa 35 banche corrispondenti di tutto il mondo per trasferire i fondi a nome dei clienti, dal momento che non può contare su proprie filiali all'estero. Grazie a questa rete l'Istituto è pertanto in grado di offrire servizi di pagamento globali, in particolare alle controparti istituzionali, che detengono la più ampia parte del patrimonio depositato presso lo IOR¹²³ in modo tale da avere un conto nello Stato Città del Vaticano dove i fondi sono raccolti per il trasferimento, tenuti sicuri e gestiti in maniera conservativa fin quando sono richiesti.

Benché a seguito del primo ciclo di riforma dello IOR, iniziato nel 2014 con termine fine 2017, vi sia stato un concreto adeguamento agli standard IFRS (*International Financial Reporting Standards*), ovvero ai principi contabili internazionali –

¹²²Segno tangibile di tale passaggio è stato l'ottenimento, lo scorso marzo del proprio codice paese bancario su IBAN e sul numero di conto bancario internazionale. Ciò costituisce peraltro una sorta di emancipazione finanziaria dall'Italia, posto come il Vaticano – che nel 1999 ha fatto il suo ingresso nella moneta comune insieme all'Italia – sia stato finora sottoposto da altre giurisdizioni bancarie (e da queste dipendente), principalmente quella italiana per i pagamenti in euro in tutta Europa.

¹²³Nel 2013 lo IOR ha istituito nuove relazioni con banche corrispondenti.

prestando particolare attenzione all'aggiornamento dell'anagrafica dei clienti¹²⁴ e al modo di rapportare riguardo le operazioni finanziarie¹²⁵ – l'aderenza ai parametri internazionali per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo ha dovuto comunque confrontarsi con la gestione delle relazioni intraprese con le banche corrispondenti, soprattutto laddove sono emersi programmi di controllo e sistemi anti-riciclaggio inadeguati.

Un primo elemento da valutare è che nei rapporti con le corrispondenti, lo IOR agisce effettivamente come agente eseguendo e/o effettuando pagamenti e altre transazioni per conto dei clienti della banca corrispondente. Ciò tuttavia non può escludere il fatto che l'Istituto non abbia rapporti diretti con le parti sottostanti alle transazioni che passano attraverso di esso e, in tali casi, potrebbe non essere nella posizione – e molti fatti di cronaca ed una certa letteratura scandalistica ne hanno dato ampia conferma – di verificare l'identità o comprendere appieno la natura di una specifica transazione, soprattutto nell'ambito dell'elaborazione dei pagamenti elettronici (trasferimenti di denaro) e della riscossione e compensazione di assegni.

Questo è dovuto soprattutto al fatto che le banche corrispondenti (con una maggiore tendenza nelle strutture extracomunitarie) molto spesso non si rendono responsabili di un'adeguata *due diligence* sui propri clienti basata sul potenziale rischio di riciclaggio di denaro e di un monitoraggio costante delle loro transazioni in

¹²⁴Ciò ha portato al restringimento delle categorie di possessori di conti, attraverso un'opera di razionalizzazione (ad esempio realizzando un gruppo di conti attribuibili ad una sola Congregazione religiosa, magari operante in paesi in via di sviluppo) anche mediante chiusura dei conti dormienti. Tutto questo ha determinato la chiusura di 396 conti e all'estinzione di circa 2600 conti dormienti, mentre altri 359 conti sono in via di chiusura. La gran maggioranza dei possessori di conti sono clienti istituzionali.

¹²⁵Lo scorso anno lo IOR ha ridotto attività a passività verso tutti i Paesi ad eccezione della Germania; l'esposizione verso *asset* (patrimoni) italiani è stata quasi dimezzata da 1,17 miliardi a 694 milioni; ridotta a un terzo quello verso la Spagna (da 589 a 220 milioni); tagliati anche gli investimenti in Stati Uniti e Canada.

Nessun altro Paese allo stato rappresenta più del 5% degli *asset* totali.

ottemperanza alle leggi e alle disposizioni normative vigenti, tenendo in considerazione, ove opportuno, tutti gli standard internazionali rilevanti¹²⁶.

9. Volendo trarre le fila dell'articolata disamina fin qui condotta circa l'attuale quadro normativo vaticano – sicuramente composito e stratificato – si può sicuramente riconoscere l'enorme sforzo compiuto in questi anni, soprattutto riferibile alla complessa azione riformatrice degli ultimi pontificati, i quali non hanno tralasciato di considerare aspetti più squisitamente attinenti l'ordinamento giudiziario.

A partire dal 2013, anno di emanazione dell'Enciclica "*Ai nostri tempi*" la giurisdizione vaticana si dota dei reati previsti da accordi internazionali allargando la sfera di sottoposizione alla norma a tutti coloro che si trovano in territorio vaticano (e non siano estradati all'esterno) oltre ai Dicasteri della Curia romana o altri organismi dipendenti dalla Santa Sede, ovvero i "soggetti canonici", sottoposti per la prima volta alla giurisdizione penale degli organi giudiziari vaticani.

Trattasi, com'è dato capire, di un'innovazione che sottolinea la funzione strumentale assegnata agli organi giudiziari dello Stato – rispetto ad organi e competenze della Santa Sede – tale da consentire un'interlocuzione e rapporti con altri ordinamenti, specialmente in ambito finanziario, con un punto di riferimento imprescindibile che è il Corpo della Gendarmeria.

Non solo. La Convenzione monetaria sancisce per l'ordinamento vaticano un

¹²⁶Il *correspondent banking* è un'attività caratterizzata da volumi elevati e tempi ridottissimi, la quale comporta importanti flussi di denaro fra un elevato numero di istituti finanziari altrimenti non collegati fra di loro (in quanto solitamente operanti in diverse giurisdizioni). In molti casi, nessuna delle singole parti coinvolte dispone di una visione d'insieme completa sull'intero flusso di transazioni. Un istituto effettua le transazioni avviate dalla propria banca corrispondente per conto di controparti con le quali in molti casi l'istituto stesso non intrattiene rapporti diretti, che non sono suoi clienti e per le quali di conseguenza non ha condotto una *due diligence*. Tali caratteristiche possono rendere i conti della banca corrispondente vulnerabili a potenziali attività illecite da parte di riciclatori di denaro, con una notevole difficoltà per l'istituto nella loro prevenzione e individuazione.

ulteriore momento essenziale nel suo processo di riforma. La legge antiriciclaggio – varata ed “attagliata” alle peculiarità dell’ordinamento vaticano – ha costituito un’occasione per il piccolo Stato di disancorarsi dall’Italia e un esempio “emblematico”, come si è avuto modo di vedere, è costituito proprio dal reato di riciclaggio, introdotto nell’ordinamento vaticano ben prima e in modo più preciso rispetto alla legislazione italiana. Quel che emerge, considerata la novella del codice penale nel suo insieme, è la spiccata vocazione internazionale della Santa Sede, la quale per la prima volta recepisce le convenzioni internazionali, introduce non solo nuove fattispecie di reato ma anche il tanto atteso principio della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche derivate da reato e, non ultimo, opera una ridefinizione dei rapporti giudiziari tra autorità vaticane e straniere¹²⁷.

Con particolare riferimento al sistema bancario vaticano è un dato su cui riflettere il fatto che solo per la prima volta in 125 anni, l’Istituto per le opere di religione ha reso pubblico il suo primo bilancio nel 2012, considerata la fitta rete di rapporti intrattenuti – anche mediante l’offerta di servizi di pagamento globali – in particolare con i propri clienti istituzionali (maggiori detentori del patrimonio dello IOR) per comprendere l’estensione della problematica¹²⁸.

La volontà da parte dell’ordinamento vaticano di rientrare nella cosiddetta “white list” delle nazioni che contrastano i riciclatori di denaro e il finanziamento del terrorismo – così da abbattere il sospetto di presunte operazioni di riciclaggio internazionale – ha risposto pienamente alle Raccomandazioni del Comitato Mo-

¹²⁷Si citano per completezza le modifiche radicali sul rifiuto di assistenza giudiziaria che dev’essere sempre motivato. Esso inoltre può essere opposto laddove l’esecuzione della richiesta sia tale da arrecare pregiudizio alla sovranità, sicurezza, ordine pubblico, o altri interessi fondamentali della Santa Sede e dello Stato, o più semplicemente ad indagini o procedimenti penali ivi pendenti.

¹²⁸In base agli ultimi dati raccolti nel giugno scorso, lo IOR nel rendere pubblico il bilancio relativo all’anno 2018 ha notificato un utile percepito pari a 17,5 milioni di euro (contro i 31,9 milioni nel 2017); tale somma è stata devoluta al Papa che la gestisce direttamente. Il risultato, pur di molto inferiore all’anno precedente, è stato conseguito, come testualmente sottolineato nel comunicato stampa dell’Istituto «*nonostante la forte turbolenza dei mercati e la persistenza di tassi d’interesse ancora molto bassi*».

neyval del Consiglio di Europa per la valutazione dei sistemi antiriciclaggio il quale, come peraltro già accennato, ha reiteratamente disatteso tutti i preannunciati riscontri ispettivi sullo IOR e sull'APSA manifestando ancora delicati problemi d'implementazione.

In continuità con l'azione già intrapresa in questo ambito a partire dal "*Motu Proprio*" del 30 dicembre 2010 per la prevenzione ed il contrasto delle attività illegali in campo finanziario e monetario, l'impegno del Vaticano, nell'adottare i principi e adoperare gli strumenti giuridici sviluppati dalla Comunità internazionale, è stato potenziato adeguando ulteriormente l'assetto istituzionale con il successivo "*Motu Proprio*" dell'8 agosto 2013 e con la legge vaticana n. XVIII del successivo 8 ottobre dello stesso anno, recante norme in materia di trasparenza, vigilanza e informazione finanziaria, cui si affianca un Comitato di sicurezza finanziaria, quale organismo di coordinamento, nominato anch'esso con provvedimento papale. Anche in quest'ambito, per la prima volta, viene posto al centro della prevenzione e contrasto della criminalità in campo economico un sistema basato sostanzialmente sull'"adeguata verifica", che assume una maggiore ampiezza ed incisività nel caso di contenuti giuridici con un'elevata soglia di attenzione per quanto riguarda il trasferimento internazionale dei fondi¹²⁹.

Si è constatato tuttavia che, da un punto di vista della tecnica normativa utilizzata, il legislatore vaticano ha tenuto conto della pluralità delle fonti a disposizione dando origine ad un insieme normativo armonico e coerente, il quale nel quadro della tradizione giuridico-canonica – fonte principale del diritto vaticano – riconosce

¹²⁹Controparte del Promotore di Giustizia è l'Autorità di Informazione Finanziaria, incaricata di raccogliere i dati, che si è dotato anche di un settore di "vigilanza prudenziale" raccomandato da Moneyval. Nel corso del 2015 l'AIF ha ricevuto circa 350 segnalazioni di attività sospette, cosa che evidenzia la crescente consapevolezza degli enti che procedono alle segnalazioni e dunque la sensibilità crescente del sistema di prevenzione. L'AIF a sua volta ha trasmesso al Promotore di Giustizia 7 rapporti, a carico di 9 persone fisiche, soprattutto per potenziali casi di frode ed evasione fiscale, che hanno portato a procedure di sequestro cautelare per un valore complessivo di più di 11 milioni di euro. Ma non ci sono ancora stati procedimenti penali, proprio per i limiti che dovrebbero portare a qualche piccola riforma in merito.

allo stesso tempo l'insieme delle norme stabilite dalle Convenzioni internazionali e della tradizione giuridica italiana cui l'ordinamento vaticano, anche in virtù delle frequenti similitudini, ha sempre fatto riferimento.

Non è un caso allora come il dilatarsi progressivo dei confini virtuali dello Stato, abbia sancito definitivamente il passaggio da *enclave* dell'Italia a *enclave* dell'Europa, acquisendo un raggio d'azione e assetti normativi di matrice comunitaria.

La strada verso possibili scenari di trasparenza delle operazioni e di contrasto di eventuali abusi del sistema finanziario – tra cui il controllo delle credenziali dei detentori di conti e dei flussi di denaro contante – sembra quindi decisamente aperta se si guarda alla pubblicazione, avvenuta negli ultimi mesi dello scorso anno, dei risultati annuali da parte dello IOR, che rappresenta un tangibile segnale dell'avvertita esigenza di dar corso ad un sistema di controlli sempre più efficiente e trasparente.

Inoltre, il Protocollo d'intesa siglato, nel luglio del 2013, dall'AIF con la propria controparte italiana (Unità di Informazione Finanziaria - UIF) della Banca d'Italia – pur nel rispetto dei modelli predisposti dall'Egmont Group contenenti clausole di reciprocità, riservatezza e utilizzi consentiti delle informazioni – getta le basi per una concreta cooperazione e scambio d'informazioni finanziarie fra autorità competenti dei Paesi coinvolti nel reciproco intento di contrastare, a livello internazionale, il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo¹³⁰ (ma l'impegno si estende anche ai nuovi rapporti di collaborazione con Stati Uniti, Belgio, Spagna, Slovenia e Paesi Bassi ed altri ancora seguiranno nel corso del 2014).

Un'inversione d'indirizzo, dunque, in chiave decisamente conformativa agli

¹³⁰Per l'adozione dei Protocolli di intesa, con la Legge del 14 dicembre 2012 n. CLXXXV, non è più necessario ottenere il *nulla osta* della Segreteria di Stato, essendo oggi sufficiente un mero obbligo di informazione. La modifica così operata, sembra rispondere a quelle esigenze di maggiore chiarezza in ordine all'autonomia dell'AIF nella sottoscrizione di tali protocolli, in linea con gli standard internazionali.

standard normativi e comportamentali europei, che si pone in controtendenza a quel cammino secolare intrapreso dallo Stato Città del Vaticano, contrassegnato da tenaci resistenze alle regole e ai controlli esterni sugli enti e le istituzioni rientranti nella propria sfera d'azione.

Non vi è dubbio allora come con l'ultimo Chirografo emanato da Papa Francesco lo scorso agosto, l'attuale riforma dello IOR rientri appieno nel lungo cammino di ristrutturazione e riappropriazione dei principi cattolici voluti dal Pontefice, il quale sembra "riconsegnare" all'Istituto i suoi compiti istituzionali volti, si cita testualmente, a «*provvedere alla custodia e all'amministrazione dei beni mobili ed immobili trasferiti o affidati all'Istituto medesimo da persone fisiche o giuridiche e destinati ad opere di religione o di carità*» in uno spirito di «*fedeltà alle norme statutarie secondo le modalità previste dallo stesso*».

Brunella Russo

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

VARIETÀ

**LEASING FINANZIARIO:
NOVITÀ LEGISLATIVE E ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI ***

*(Financial leasing:
regulatory innovations and most recent case law)*

ABSTRACT: *Financial leasing is a tool that has been exploited among financial markets all over the United States of America and European Union since long time. Nonetheless, in Italy, recently it has been taken in even stronger consideration because of the possibility of using it also within securitization transactions. Indeed, the latest amendments to the Italian securitization legislation (Law 130/1999) has included the financial leasing tool, on the basis of some specific limits. This brought again under the spotlight the debate, where doctrine and courts have had a great role, in standardizing the different types of leasing (on the basis of its nature and the will of the negotiating parties) and evaluating which of them can be included in an Italian securitization transaction.*

SOMMARIO: 1. *Leasing* finanziario nel nostro ordinamento. – 2. Vantaggi degli strumenti di finanza alternativa. – 3. Peculiarità delle *Special Purpose Vehicle* (SPV) – 4. Novità in materia di *leasing*: le modifiche alla Legge 130/1999.

1. Seppur in precedenza già regolato dalla dottrina¹ e dalla giurisprudenza², la tipizzazione del contratto di locazione finanziaria in Italia è avvenuta nel 2017, ad

*Contributo approvato dai revisori.

¹Cfr. TIMPANO, *Il contratto di leasing: vecchi contrasti interpretativi e nuove soluzioni normative*, in *Contratti*, 2017, 539 ss. CAMPOBASSO, *L'intermediazione finanziaria*, in *Diritto Commerciale*, Vol. 3, UTET, 2012, 145. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Giuffrè, 1995, 1 ss. FERRARINI, *La*

opera della Legge 124/2017³, la quale prevede una definizione ben strutturata della fattispecie⁴ che sembrerebbe contemplare esclusivamente il modello di *leasing* finanziario (traslativo o di godimento)⁵ e non anche di quello operativo, che risulterebbe quindi esente dall'applicazione della relativa disciplina⁶.

La novella legislativa, all'art. 1, comma 136 e ss., introduce una definizione del contratto di *leasing* finanziario ed una disciplina relativa agli effetti e alle conseguenze della risoluzione per inadempimento. In particolare il comma 136 dispone che: "*per locazione finanziaria si intende il contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al*

locazione finanziaria ("leasing"), nel Trattato Rescigno, XI, UTET, 1984. LUMINOSO, I contratti tipici e atipici, nel Trattato Iudica-Zatti, I, Giuffrè, 1995, 1 ss. Clarizia, La locazione finanziaria, Giappichelli, 1996, 1 ss.

²Cfr. Cass. Civ., 15 ottobre 1988, n. 5623, in *Giur. It.*, 1989, I, 1, 833. Cass. Civ., 26 novembre 1987, n. 8766, in *Giur. It.*, 1988, I, 1, 555. Cass. Civ. 6 maggio 1986, n. 3023, in *Foro it.*, 1986, I, 1819. Candiani, *Il leasing finanziario e l'equivoco dell'art. 1526 c.c.*, *Corr. giur.*, 2017, 200 ss. (in nota a Trib. Milano 26-1-2016).

³Legge n. 124 del 4 agosto 2017, la Legge annuale per il Mercato e la Concorrenza, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n 189 del 14 agosto 2017 e entrata in vigore il 29 agosto 2017.

⁴Si veda l'art. 1, comma 136, della Legge 124/2017.

⁵Per un'approfondita disamina si veda BECCARI, (a cura di), *Orientamenti sul leasing*, in *Corr. giur.*, 2018, 697 ss. INZITARI, *Leasing nel fallimento: soddisfazione del concedente fuori dal concorso sostanziale e accertamento del credito nel concorso formale*, in *Il Fallimentarista*, 2012. MARTORANO, *Il leasing d'azienda*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 1 ss. CARACCILOLO, *Sulla qualificazione del c.d. "leasing traslativo"*, in *Dir. e giur.* 2008, 482. BUONOCORE, *La locazione finanziaria*, nel Trattato Cicu-Messineo, Giuffrè, 2008, 1 ss. BUSSANI, *Contratti moderni. Factoring, Franchising, Leasing*, nel *trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, *I singoli contratti*, IV UTET, 2004, 1 ss. LA TORRE, *Manuale della locazione finanziaria*, Giuffrè, 2002, 1 ss. In giurisprudenza, invece, si legga Cass. Civ., 23 maggio 2019, n. 13965, ove si mantiene la distinzione tra le due tipologie di *leasing* (distinzione che altre corti, quali ad esempio il Tribunale di Bologna con sentenza del 18 febbraio 2015, e la dottrina hanno talvolta superato) e si chiariscono le conseguenze in caso di inadempimento dell'utilizzatore. Cass. Civ., 10 settembre 2010, n. 19287, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 9, 1222. Cass. Civ., 8 gennaio 2010, n. 73, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 1, 23. Cass. Civ. 23 maggio 2008, n. 13418, in *Fallimento*, 2009, 3, 303 ss. Cass. Civ., 14 novembre 2006, n. 24214, in *Giust. Civ.*, 2007, 7-8, 1641. Tribunale di Milano, Sez. XII, 26 gennaio 2016, in *Corriere Giuridico*, 2017, 2, 199 ss.

⁶Di questo parere BONFATTI, *Il leasing è legge*, in *Riv. diritto bancario*, 2017, 9, 1. SCARPA, *Maggiori chiarezze su concetto di leasing e mancati pagamenti*, in *Guida al diritto*, 2017, 42, 42. Scarpa, *Leasing: che c'è di nuovo?*, in *Imm. e propr.*, 2017, 573 ss.

decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l'obbligo di restituirlo"⁷.

La nuova disciplina richiede, dunque, che il concedente sia una banca o un intermediario finanziario autorizzato e che questo sia obbligato solamente alla stipula di un contratto di vendita con il fornitore. In tal modo l'utilizzatore può fruire del godimento del bene, facendosi carico dei relativi rischi⁸.

Come noto, nell'ambito del *leasing* finanziario la giurisprudenza ha, in più occasioni, avuto modo di distinguere tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, disponendo che al fine di stabilirne la natura nell'uno o nell'altro senso occorrerebbe individuare la volontà delle parti al momento della conclusione del contratto accertando se il canone sia stato pattuito come corrispettivo dell'utilizzazione del bene, ovvero come corresponsione anticipata di parte del prezzo per il suo acquisto. Si avrebbe, dunque, la figura del *leasing* di godimento qualora l'insieme dei canoni risulti di molto inferiore alla remunerazione del capitale investito nell'operazione di

⁷ Art. 1, comma 136, della Legge 124/2017.

⁸Cfr. DI ROSA, *La disciplina della locazione finanziaria nella prima legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *Contratti*, 2018, 218 ss. Foti, *Leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: profili evolutivi nella transizione della prassi al tipo*, in *Contratti*, 2018, 345 ss. Viti, *Le problematiche qualificatorie del leasing finanziario e l'irrisolta questione della disciplina applicabile alla risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore*, in *Europa e Diritto Privato*, 2016, 803 ss. In giurisprudenza si veda Cass. Civ., 5 settembre 2005, n. 17767, in *Giust. Civ.*, 2006, I, 1, 289. Cass. Civ. 2 agosto 2004, n. 14786, in *Giust. Civ. Mass*, 2004, 7-8. Cass. Civ. 30 giugno 1998, n. 6412, in *Giur. It.*, 1999, I, 1234 ss. Cass. Civ., Sez. Un., 5 ottobre 2015, 19785. Tribunale di Cassino, 25 gennaio 2017, in *I Contratti*, 3, 2017.

acquisto e concessione in locazione del bene, e il prezzo pattuito per l'opzione sia corrispondente al prevedibile valore del bene alla scadenza del contratto. Ricorrerebbe, invece, la figura del *leasing* traslativo qualora l'insieme dei canoni remunerasse interamente il capitale impiegato, ed il prevedibile valore del bene alla scadenza superasse ampiamente il prezzo di opzione⁹.

In merito alla disciplina applicabile alla risoluzione della locazione finanziaria per inadempimento dell'utilizzatore, in forza di tale distinzione, la giurisprudenza ha ritenuto si potesse applicare al solo *leasing* traslativo l'art. 1526 cod. civ., in tema di vendita con riserva della proprietà¹⁰. Al *leasing* di godimento, invece, si applicherebbe la disciplina dettata dall'art. 1458, comma 1, cod. civ. in tema di contratti ad esecuzione continuata e periodica.

Il legislatore, però, dettando una completa disciplina dell'inadempimento dell'utilizzatore¹¹, stabilendo un criterio legale di predeterminazione della gravità dell'inadempimento¹², e riequilibrando gli effetti restitutori della risoluzione, ha eliminato in radice la lacuna normativa che rendeva necessaria l'applicazione analogica dell'art. 1526 c.c.

Pertanto, sembrerebbe essere venuta meno la necessità di ricorrere ad indagini, per distinguere il *leasing* traslativo da quello di godimento, in merito all'intenzione delle parti nella conclusione dell'accordo, ai profili economici del con-

⁹Cass. 17 dicembre 1997, n. 12790, in Giust. civ. Mass., 1997, 2394. Cass. 7 febbraio 2001, n. 1715, in Giust. civ. Mass., 2001, 213.

¹⁰Si veda, ad esempio, Cass., 27 settembre 2011, n. 19732, in Foro it., 2012, I, 124; Cass., 10 settembre 2010, n. 19287, in Rep. Foro it., 2010, n. 59; Cass., 8 gennaio 2010, n. 73, in Contratti, 2011, 51; Cass., 23 maggio 2008, n. 13418, in Fallimento, 2009, 303; Cass., 13 maggio 2008, n. 11893, in Giust. civ., 2008, I, 1869; Cass., 28 agosto 2007, n. 18195, in Banca, borsa, tit. cred., 2009, II, 692; Cass., 2 marzo 2007, n. 4969, in Foro it., 2007, I, 2433.

¹¹Art. 1, comma 138, della Legge 124/2017.

¹²Art. 1, comma 137, della Legge 124/2017.

tratto concernenti il prezzo di riscatto, al valore finale del bene e all'entità del canone, dal momento che le conseguenze in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore vengono espressamente disciplinate dall'art. 1, comma 138, della Legge 124/2017.

Inoltre, sempre in ambito di *leasing* finanziario, con la legge del 21 giugno 2017 n. 96, sono stati apportati alcuni emendamenti per introdurre nuove disposizioni in materia nel testo della Legge 130/1999 sulla cartolarizzazione. E' stata prevista infatti, come si approfondirà in seguito, la possibilità di costituire società veicolo diverse dalla Società Veicolo di Cartolarizzazione (SPV) con il compito esclusivo di acquisire, gestire e valorizzare i beni a garanzia dei crediti oggetto di cartolarizzazione, compresi i beni oggetto di contratti di locazione finanziaria.

2. La necessità di finanziamento da fonti alternative e diversificate rispetto al canonico finanziamento bancario, al fine di permettere di allocare più diffusamente il rischio all'interno del mercato finanziario dell'Unione Europea, è indubbiamente uno dei motori di sviluppo delle operazioni di cartolarizzazione nei paesi europei¹³. A tal proposito, il principale obiettivo e vantaggio delle operazioni di cartolarizzazione¹⁴ consiste nel fatto che esse consentono ai creditori (spesso banche e/o altri ope-

¹³Cfr. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa: mutuo di scopo, leasing, factoring*, Tratt. dir. comm., diretto da V. Buonocore, Torino, 2002, 144 ss.

¹⁴Poco conosciuta tra i non addetti al settore, a dispetto del fondamentale ruolo svolto durante le più recenti crisi finanziarie, la cartolarizzazione ("*securitization*" secondo il modello seguito dalla prassi internazionale) è stata implementata in Italia a partire dal 1999. Secondo la dottrina maggioritaria, le sue origini sarebbero da ricondurre alla disciplina già in uso negli Stati Uniti d'America, altri invece affermano che essa sarebbe nata nei paesi scandinavi. L'operazione o lo schema base di un programma di "cartolarizzazione" prevede la costituzione di un portafoglio (*pool*) di crediti omogenei, la loro vendita a una struttura creata *ad hoc* (*Special Purpose Vehicle* - SPV) e il collocamento da parte di quest'ultima di titoli negoziabili rappresentativi delle quote di questo *pool*. I pagamenti in conto interessi e capitale sui titoli emessi sono direttamente correlati ai flussi di cassa

ratori finanziari) di trasferire ad altri soggetti i rischi creditizi, liberando in tal modo risorse di capitale per nuovi impieghi che altrimenti eccederebbero i limiti della loro dotazione patrimoniale. In tal modo è possibile creare liquidità attraverso la riscossione del prezzo del portafoglio trasferito (quindi convertendo attività illiquide come i crediti in fondi liquidi disponibili per ulteriori impieghi) che può essere utilizzato per altre iniziative o semplicemente per ridurre il debito esistente¹⁵.

I modelli di cartolarizzazione utilizzati nelle operazioni sui mercati esteri si sono spesso evoluti nel tempo, influenzando la prassi sul mercato dei capitali euro-

generati dal *pool* di attività sottostanti. I titoli garantiti dalle attività risultano di maggiore interesse per gli investitori e i loro rendimenti tendono a essere maggiori in relazione al relativo rischio di credito; di norma, sono previste misure di mitigazione del rischio di crediti grazie all'uso, *inter alia*, delle garanzie per una parte o per l'intero ammontare dell'emissione. Inoltre, la denominazione valutaria e i flussi di cassa possono essere adattati alle esigenze specifiche degli investitori ed anche in questi casi possono essere previsti meccanismi di copertura del rischio di tasso o valuta. Per maggiori approfondimenti della tematica, PISANTI, *La legge sulla cartolarizzazione e lo sviluppo del sistema finanziario italiano* in Ferro – Luzzi P e Pisanti, C. (ed.) *La Cartolarizzazione – commento alla legge n. 130/1999*, Giuffrè Editore, 2005, 4. GRANIERI, RENDA, *Introduzione, La securitization tra diritto ed economia, tra normativa nazionale e modelli stranieri*, in Pardolesi, R., *La cartolarizzazione dei crediti in Italia – commentario alla Legge 30 Aprile 1999 n. 130* (Giuffrè Editore, 2005) 1. Ventura, R., *La cartolarizzazione dei crediti nell'ordinamento giuridico italiano: un primo commento alla L. 30 aprile 1999, n. 130*, in *Giur. It.*, 130, 1999. Severi, C., *La tutela degli investitori nella cartolarizzazione dei crediti*, Giuffrè, 2007, 34 ss. Torelli, G., *Verso la riorganizzazione della gestione dei crediti di imposta e contributivi: le società di cartolarizzazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, 229 ss. Fonzo, F., *L'operazione di cessione e cartolarizzazione dei crediti contributivi previdenziali: questioni applicative e processuali* in *Giur. It.*, 2004, 3. P. Ferro-Luzzi, *La cartolarizzazione. Commento alla legge n. 130/1999*, Giuffrè editore, 2005, 41.

¹⁵Nel più specifico ambito bancario, oltre a questo obiettivo principale, se ne possono identificare altri, come la rimozione dal bilancio - e il trasferimento al mercato - del rischio di credito associato al portafoglio trasferito e la diversificazione delle fonti di finanziamento. Ciò comporta anche, con riferimento agli istituti di credito e agli altri intermediari finanziari, la possibilità di "liberare" capitale regolamentare, operando una sostituzione delle attività non liquide incluse nei portafogli di crediti *in bonis* e/o in sofferenza (*Non Performing Exposures* - NPEs) con strumenti finanziari liquidi (o comunque in grado di garantire una maggiore facilità di cessione a terzi dell'esposizione). Quindi, beni di per sé illiquidi possono essere trasformati in strumenti negoziabili sui mercati del capitale di debito e acquistabili anche da investitori più piccoli. Association for Financial Markets in Europe, *High-quality securitisation for Europe* <https://www.afme.eu/globalassets/downloads/publications/afme-high-quality-securitisation-for-europe-the-market-at-a-crossroads.pdf>.

peo e, come parte di un processo di globalizzazione *de facto*, hanno presentato anche la possibilità di organizzare tali operazioni in diverse giurisdizioni¹⁶.

Tutto questo è un sicuro supporto per il sistema bancario che ha dovuto affrontare il netto incremento dei *ratio* patrimoniali imposti dai *regulator* europei in una situazione instabile di mercato e, soprattutto, a seguito delle crisi finanziarie verificatesi nell'ultimo decennio, alle quali si è cercato di porre rimedio anche attraverso il Regolamento (UE) n. 575/2013 che ha implementato una nuova disciplina in materia di requisiti di capitali minimi particolarmente stringente¹⁷.

¹⁶ Wall, R., Structured Finance and securitisation in the UK (England and Wales): Overview https://www.sidley.com/-/media/publications/uk_england_and_wales_sfs_15011955.pdf. Global Legal Book, Securitisation 2018 (England and Wales): A practical cross-border insight into securitization work.

¹⁷ Sul tema si può fare riferimento ad Affinito, M. & Tagliaferri, E., Why do (or did) banks securitize their loans? Evidence from Italy, Bank of Italy, Economic Research and International Relations Area, Temi di discussione (Economic working papers), No. 741, 2010, 1- 44. Norden, L., Buston, C. S. & Wagner, W., Financial Innovation and bank behavior: Evidence from credit markets vol. 43, issue C, Journal of Economic Dynamics and Control, 2014, 130-145. Baradwaj, B.G., Dewally, M. & Shao, Y., Does securitization Support Entrepreneurial Activity?, Journal of Financial Services Research, 2015, 1-25. Panetta, F., Crescita economica e finanziamento delle imprese, https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2015/AIAF_gennaio_2015_texto_finale_REVISIONATO.pdf. Bassanini F., Del Bufalo G., Masera R., Minenna M., Reviglio E., Zadra G., Quantitative Easing, Structured Finance and Support to the Real Economy Proposals on ABS – ASTRID, 2014. Affinito, M. & Tagliaferri, E., Why do (or did) banks securitize their loans? Evidence from Italy, Bank of Italy, Economic Research and International Relations Area, Temi di discussione (Economic working papers), No. 741, 1-44, 2010, 8, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1490966616011&uri=CELEX:52016DC0601>. Demsetz, R. S., Bank loan sales: a new look at the motivations for secondary market activity, https://www.newyorkfed.org/medialibrary/media/research/staff_reports/sr69.pdf. Nadauld, T. D & Weisbach, M. S., Did securitisation affect the cost of corporate debt? <https://pdfs.semanticscholar.org/9aaa/35f183e48ef62b7dea698cabbd81d597593.pdf>. Schwarcz, L., S., Securitization And Post-Crisis Financial Regulation <http://cornelllawreview.org/files/2016/10/SchwarczOnlineEssayfinal.pdf>. The Bond Market Association, European Securitisation: a resource guide, <http://people.stern.nyu.edu/igiddy/ABS/resourceguide.pdf>. Kayode, S.A., Post Financial Crisis securitization: Can (EU) 2017/2402 make any difference? Engelen, W. & Glasmacher, A., The waiting game: How securitization became the solution for the growth problem of the Eurozone, <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1024529418758579>. Kaya, O., Synthetic securitization Making a silent comeback, https://www.dbresearch.com/PROD/RPS_EN-PROD/PR_OD0000000000441788/Synt

Come noto, in Italia, la cartolarizzazione è disciplinata dalla Legge 130/1999, la cui principale caratteristica, oltre all'assenza di specifici riferimenti di disciplina prudenziale, è l'assenza di una vera e propria definizione di cartolarizzazione. Tuttavia, se ne individuano in modo preciso gli elementi essenziali¹⁸ e l'ambito di applicazione che, durante il corso degli anni, sono stati oggetto di numerosi interventi legislativi volti a fronteggiare le varie problematiche legate all'andamento del mercato di quel particolare momento storico¹⁹.

hetic_securitisation%3A_Making_a_silent_comeback.PDF. https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/279432/Master%27s%20Thesis%20_Kayode.Asoro_2018.pdf?sequence=2&isAllowed=y.

¹⁸ Il processo di cartolarizzazione inizia con la costituzione di un portafoglio di attività omogenee (mutui ipotecari, saldi attivi per carte di credito o prestiti per l'acquisto di autovetture). L'omogeneità è necessaria per consentire di effettuare un'analisi di convenienza economica del rischio di credito delle attività aggregate e per acquisire un flusso di pagamenti uniforme. Il cedente di un'operazione può essere una banca o un'altra istituzione finanziaria. Si procede, poi, con la cessione dei crediti oggetto di cartolarizzazione a una società creata appositamente: la Società Veicolo di Cartolarizzazione (SPV). Essa finanzia l'acquisto mediante l'emissione di titoli garantiti dal *pool* di attività e che rappresentano le sue uniche risorse per via della ridotta capitalizzazione che la caratterizza. Per maggiori riflessioni si veda Wall, R., Leong, Jade Li Tai, *Structured finance and securitisation in the UK (England and Wales): overview* [https://uk.practicallaw.Thomsonreuters.com/1-501-1955?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.Thomsonreuters.com/1-501-1955?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1). Baums, T., *Asset securitization in Europe*, Kluwer Law and Taxation Publishers (1994). Buchanan, B. G., *Securitization: A financing vehicle for all seasons*, https://helda.helsinki.fi/bof/bitstream/handle/123456789/14439/BoF_DP_1631.pdf;sequence=1. Norton Rose Fullbright US LLP, *Structured Finance & Securitisation*, <http://www.nortonrosefulbright.com/files/ca-structured-finance--securitization-167792.pdf>. Ramos-Munoz, D. & Ingram, K., *The Law of Transnational Securitization*, Oxford, 2010.

¹⁹Il testo della Legge 130/1999 non è voluminoso: si compone di un corpo normativo principale formato da sette articoli, non particolarmente estesi almeno nella sua versione originale, ma sicuramente intrisi di numerosi requisiti tecnici. La Legge 130/1999 è stata oggetto di diversi interventi legislativi di modifica. Di estremo rilievo è il Decreto Legge n. 145 del 23 dicembre 2013, in quanto ha previsto l'estensione dell'applicazione della Legge 130/1999 alle operazioni realizzate mediante la sottoscrizione e l'acquisto di obbligazioni e titoli similari da parte della SPV. A seguire è intervenuto il Decreto Legge n. 91 del 24 giugno 2014 ("Decreto Competitività") che può essere considerato un'altra pietra miliare dell'evoluzione della disciplina in materia di cartolarizzazione. Riconsiderando la figura della SPV, esso persegue la finalità di diversificare le fonti di finanziamento per le imprese, permettendo alle SPV stesse di concedere finanziamenti. Le Piccole e Medie Imprese (PMI) possono, dunque, ottenere risorse finanziarie al di fuori del normale circuito bancario. Di precipuo interesse risulta la Legge del 21 giugno 2017, n. 96, che ha inserito un nuovo articolo 7.1 nella Legge 130/1999; le disposizioni di detto articolo si applicano solamente alle

3. Le caratteristiche principali delle Società Veicolo di Cartolarizzazione risiedono nel fatto che le stesse vengono costituite al solo scopo di effettuare la cartolarizzazione dei crediti ceduti e, per tale motivo, godono di autonomia patrimoniale perfetta e ridotta capitalizzazione. Tali peculiarità permettono, rispettivamente, di evitare che il cedente risponda nei confronti dei creditori della società veicolo di cartolarizzazione, se non nei limiti del portafoglio dei titoli ceduti²⁰, e di limitare l'assunzione di obbligazioni diverse da quelle necessarie allo svolgimento dell'attività di cartolarizzazione²¹.

Un ulteriore ed interessante elemento inerente alla figura della SPV è la qualificazione giuridica dell'attività da essa svolta. Particolare attenzione, infatti, meritano gli elementi caratterizzanti detta attività. A tal proposito, è utile indagare se la SPV svolga attività economica e, in caso di esito positivo, se lo faccia in maniera professionale e a scopo di lucro. Solamente in tal modo è possibile stabilire se l'attività della SPV possa considerarsi imprenditoriale o meno, e se la caratteristica dell'imprenditorialità prescinda dalle altre.

operazioni di cartolarizzazione che contemplino la cessione di crediti, qualificati come deteriorati (*non-performing*) da parte di banche ed intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 del TUB aventi sede in Italia. In ultimo, con il recente Decreto Legislativo 30 aprile 2019, n. 34 ("Decreto Crescita"), il legislatore ha sostituito il termine "micro-impresa", di cui all'articolo 1-ter della Legge 130/1999, con la nuova seguente previsione: "imprese che presentino un totale di bilancio inferiore a 2 milioni di euro".

²⁰A tal proposito il meccanismo della segregazione dei titoli oggetto della cartolarizzazione dal bilancio del cedente assume un ruolo chiave. Inoltre, l'autonomia patrimoniale perfetta rileva sotto il profilo giuridico anche in quanto tutti i portafogli presenti all'interno del patrimonio della SPV sono autonomi tra di loro. Carnovale, V., *La cartolarizzazione dei crediti – la nuova normativa e i profili di vigilanza* Carnovale, in *Dir. banca merc. fin.*, 2002, 477 ss. Artale, G., *Regime di opponibilità in Ferro-Luzzi, P. (ed.), La Cartolarizzazione – Commento alla legge n. 139/99*, Giuffrè Editore, 2005, 300-301.

²¹La "*thin capitalization*", così come è definita nella *practice* internazionale, comporta che il rischio di non rientrare dalla propria esposizione debitoria è fortemente contenuto per una SPV.

Per quanto concerne il primo aspetto, non v'è dubbio che l'attività della SPV possa essere qualificata come attività economica, intesa come attività potenzialmente redditizia. Al contrario, sembra più complicato riscontrare nella sua attività l'elemento della professionalità, dal momento che l'organizzazione di capitale e forza lavoro assolve la funzione di realizzare lo scopo per il quale è stata creata (vale a dire, l'emissione di titoli coinvolti nella cartolarizzazione dei crediti ceduti).

In ogni caso, la dottrina maggioritaria sostiene che la SPV pone in essere attività imprenditoriale, nonostante la gestione dei crediti sia spesso svolta dal *servicer*²².

Lo scopo di lucro, invece, è al centro di accesi dibattiti dottrinali, che prendono le mosse dal fatto che la produzione di utili non implica necessariamente che la SPV abbia agito a tale scopo. A tal riguardo, l'oggetto sociale della società torna ad assumere rilevanza. È utile interrogarsi se questa debba prevedere uno scopo dichiaratamente non di lucro oppure possa prevedere l'eterodestinazione degli utili eventualmente generati. Tuttavia, si segnala che la dottrina rimane ancora divisa su tale aspetto²³.

Anche il *servicer* è, come noto, una figura fondamentale per la buona riuscita dell'operazione²⁴. Per garantire una maggiore celerità nella conclusione delle varie

²²*Ex multis* si veda SEVERI, *La tutela degli investitori nella cartolarizzazione dei crediti*, Giuffrè Editore, 2007, 54.

²³Cfr. D'ARENA, *La cartolarizzazione dei crediti e dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare dello stato: alcune riflessioni*, in *Giur. merito*, fasc. 5, 2003, 1078. RUMI, *Securitisation in Italia. La legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti*, *Giur. comm.*, fasc. 3, 2000, 438. RUCCELLAI, *La cartolarizzazione dei crediti in Italia a due anni dall'entrata in vigore della L. 30 aprile 1999, n. 130*, *Giur. comm.*, fasc. 3, 2001, 392; GIANNELLI, *La società per la cartolarizzazione dei crediti: questioni regolamentari e profili di diritto societario e dell'impresa*, *Riv. soc.*, fasc. 4, 2002, 920.

²⁴Esso è chiamato a verificare la conformità delle operazioni di cartolarizzazione alla legge, nonché ad un prospetto informativo, qualora previsto. Inoltre, esso riceve dalla SPV, per mezzo di un

operazioni, è frequente che venga conferito anche il potere di rappresentanza per ogni operazione connessa alla gestione e all'amministrazione del portafoglio dei crediti ceduti. Tuttavia, nel caso di cartolarizzazione di crediti erogati da una banca o da un intermediario finanziario iscritto nell'albo unico di cui all'art. 106 TUB, è possibile che vi sia assoluta coincidenza soggettiva tra il cedente e il *servicer*²⁵. In considerazione della delicatezza del suo ruolo e della complessità tecnica delle attività da svolgere, alcune delle quali oggetto di specifica riserva di legge, è facile comprendere come in alcuni paesi, tale ruolo sia ristretto solamente ad alcune entità sottoposte alla supervisione dell'autorità di vigilanza. In Italia, per esempio, tali soggetti devono essere una banca o un intermediario finanziario autorizzato alla concessione di finanziamenti e, per tale motivo, iscritti negli appositi albi tenuti dalla Banca d'Italia, rispettivamente, agli artt. 13 e 106 TUB. Questo fa sì che i *servicer* siano soggetti altamente specializzati nella gestione dei crediti ed in grado di assicurare un elevato grado di professionalità.

Stando così le cose, ne consegue che, di regola, il debitore ceduto — pur in séguito alla cartolarizzazione e, quindi, a modificazione soggettiva del vincolo obbligatorio (del suo lato attivo) già compiuta — non avverte, sul piano strettamente operativo, sensibili modifiche nelle dinamiche del rapporto afferente alla cessione,

apposito contratto (contratto di servizio o di *servicing*), l'affidamento dell'attività di riscossione dei crediti ceduti, oltre ai servizi di cassa e di pagamento.

²⁵In tali occasioni la scelta è supportata da motivi quali le elevate competenze dell'*originator* nella gestione dei crediti e la possibilità di vantare pratiche di riscossione dei crediti più efficienti; l'impossibilità di ricorrere ad un soggetto terzo per questioni connesse alla gestione dei rapporti con i debitori originari; consentire alla stessa banca cedente di trarre dall'operazione di cartolarizzazione l'ulteriore utilità rappresentata dalle provvigioni contemplate nel contratto di *servicing* e, soprattutto, la possibilità di effettuare con il cliente nuovi finanziamenti.

continuando il cedente, quantunque in forza di un diverso titolo, a gestirne ogni profilo²⁶.

E' interessante da ultimo notare che la "Legge di Bilancio 2019" ha introdotto alcune modificazioni ed integrazioni alla Legge 130/1999²⁷. Di fondamentale importanza sono le nuove previsioni volte a favorire la realizzazione, già disciplinata, di operazioni di cartolarizzazione mediante la sottoscrizione o l'acquisto, *inter alia*, di obbligazioni e titoli di debito da parte della SPV (art. 1, c. 1-*bis*) e l'attività di concessione di finanziamenti da parte della SPV (art. 1, c. 1-*ter*)²⁸.

4. Il 23 giugno 2017 è stata pubblicata la legge del 21 giugno 2017 n. 96 di conversione del Decreto Legge n. 50 del 24 aprile 2017, contenente, *inter alia*, disposizioni urgenti in materia finanziaria. In sede di conversione del Decreto, sono stati apportati alcuni emendamenti per introdurre, nuove disposizioni nel testo della Legge 130/1999.

²⁶Cfr. CAMPIONE, *La cartolarizzazione del credito nella prospettiva del rapporto tra originator e debiti ceduti: profili civilistici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 4, 12/2018, 1485.

²⁷Art. 1, comma 1088 e seguenti della Legge 30 dicembre 2018 n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), pubblicata in Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 302 del 31 dicembre 2018 – Supplemento Ordinario n. 62 ed in vigore dal 1° gennaio 2019.

²⁸Ulteriori modifiche riguardano l'art. 7. A tal proposito, al c. 1, lett. a), è stato specificato che la Legge 130/1999 si applica, in quanto compatibile, alle operazioni di cartolarizzazione di crediti realizzate mediante l'erogazione di un finanziamento al soggetto cedente da parte della SPV emittente i titoli, "avente per effetto il trasferimento del rischio inerente ai crediti nella misura ed alle condizioni concordate". Inoltre, al c. 1, dopo la lett. b), è stata aggiunta la lett. b-*bis*), al fine di prevedere che la Legge 130/1999 si applica, in quanto compatibile, alle operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla titolarità di beni immobili, beni mobili registrati e diritti reali o personali aventi ad oggetto i medesimi beni. Dopo il c. 2-*septies*, è stato aggiunto il c. 2-*octies*, al fine di prevedere che il soggetto finanziato titolare dei crediti oggetto di operazioni di cartolarizzazione di cui al c. 1, lett. a) dello stesso articolo 7 può destinare i crediti stessi nonché i diritti e i beni che in qualunque modo costituiscono la garanzia del rimborso di tali crediti al soddisfacimento dei diritti della SPV.

In particolare, la Legge 130/1999 si è arricchita di un nuovo articolo, il 7.1, rubricato "*Cartolarizzazione di crediti deteriorati da parte di banche ed intermediari finanziari*". In tale articolo, che si compone di 8 commi, sono comprese disposizioni volte a favorire, in generale, la cartolarizzazione di crediti qualificati come deteriorati sulla base della classificazione di Banca d'Italia di cui alla circolare n. 272 del 30 luglio 2008, nonché la loro gestione e recupero. Si prevede infatti, *inter alia*, la possibilità: per le SPV che si sono rese cessionarie di crediti deteriorati di concedere finanziamenti finalizzati a migliorare le prospettive di recupero degli stessi crediti; per la SPV, nel contesto di piani di riequilibrio o di accordi di ristrutturazione e sempre con riferimento a crediti deteriorati, di acquisire o sottoscrivere azioni, quote, altri titoli e strumenti partecipativi derivanti dalla conversione di parte dei crediti del soggetto cedente; di costituire, sempre nel contesto di operazioni di cartolarizzazione, società veicolo diverse dalla SPV con il compito esclusivo di acquisire, gestire e valorizzare i beni a garanzia dei crediti oggetto di cartolarizzazione, compresi i beni oggetto di contratti di locazione finanziaria; in caso di cessione di crediti deteriorati non in blocco, di fare ricorso alle modalità semplificate di opponibilità della cessione, rappresentate dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale e dall'iscrizione nel Registro delle Imprese, con l'aggiunta dell'indicazione, nell'avviso di cessione, del sito internet in cui il cedente ed il cessionario dovranno rendere disponibili, *inter alia*, i dati indicativi dei crediti ceduti.

Con il primo comma dell'art. 7.1, il legislatore rende le nuove disposizioni applicabili alle cartolarizzazioni di crediti deteriorati. Infatti, la SPV che si è resa cessionaria di crediti deteriorati, nel rispetto delle condizioni stabilite dalla stessa Legge 130/1999 in materia di finanziamenti da parte di SPV, può concedere finanziamenti

finalizzati a migliorare le prospettive di recupero di tali crediti e a favorire il ritorno *in bonis* del debitore ceduto (art. 7.1, c. 2); in tal caso, la gestione dei crediti ceduti e dei finanziamenti concessi dalla SPV deve essere affidata a una banca o a un intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'art. 106 TUB (art. 7.1, c. 7).

Invece, nel contesto di piani di riequilibrio concordati con il soggetto cedente o di accordi stipulati ai sensi delle norme della Legge Fallimentare (artt. 124, 160, 182-*bis*, 186-*bis*) o di analoghi accordi finalizzati al risanamento o alla ristrutturazione, la SPV può acquisire o sottoscrivere azioni, quote, altri titoli e strumenti partecipativi derivanti dalla conversione di parte dei crediti del cedente, nonché concedere finanziamenti per migliorare le prospettive di recupero di tali crediti e a favorire il ritorno *in bonis* del debitore ceduto. In tal caso, le somme in qualsiasi modo rivenienti da tali azioni, quote, altri titoli e strumenti partecipativi sono assimilate, agli effetti di cui alla Legge 130/1999, ai pagamenti effettuati dai debitori ceduti. Le stesse somme sono destinate in via esclusiva al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli di cartolarizzazione emessi ed al pagamento dei costi dell'operazione (art. 7.1, c. 3).

In tale ipotesi, la SPV deve individuare un soggetto di adeguata competenza e dotato delle necessarie autorizzazioni a cui conferire, nell'interesse dei portatori dei titoli, compiti di gestione o amministrazione, nonché il potere di rappresentanza; qualora questo soggetto sia una banca, un intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'art. 106 del TUB, una società di intermediazione mobiliare o una società di gestione del risparmio, lo stesso soggetto è altresì investito, *ex lege*, del compito di verificare la conformità dell'attività e delle operazioni della SPV alla Legge 130/1999 ed al prospetto informativo (art. 7.1, c. 8).

A tal proposito, al fine di acquisire, gestire e valorizzare, nell'interesse esclusivo dell'operazione di cartolarizzazione, i beni immobili e mobili registrati nonché gli altri beni e diritti concessi o costituiti, in qualunque forma, a garanzia dei crediti oggetto di cartolarizzazione, compresi i beni oggetto di contratti di locazione, anche se risolti, eventualmente insieme con i rapporti derivanti da tali contratti, può essere costituita una società veicolo *ad hoc*, nella forma di società di capitali, avente come oggetto sociale esclusivo lo svolgimento delle suddette attività.

Come evidenziato anche nella relazione iniziale di accompagnamento al disegno di legge di conversione, tale disposizione è finalizzata a valorizzare i beni a garanzia di crediti *non performing*, che sono generalmente oggetto di eccessive svalutazioni nell'ambito delle procedure esecutive; e permettere alla SPV, per il tramite della Società Veicolo, di acquistare i beni oggetto di *leasing*, evitando dunque che tali beni rimangano in capo all'*originator* e che i crediti della cartolarizzazione vengano ceduti ad un prezzo inferiore in quanto considerati *unsecured*²⁹.

Le somme in qualsiasi modo rivenienti dalla detenzione, gestione o dismissione di tali beni e diritti, dovute dalla Società Veicolo alla SPV sono assimilate, agli effetti di cui alla Legge 130/1999, ai pagamenti effettuati dai debitori ceduti. Le stesse somme sono destinate in via esclusiva al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi ed al pagamento dei costi dell'operazione (art. 7.1, c. 4).

Con specifico riferimento al *leasing*, si prevede altresì che qualora la cessione abbia ad oggetto, insieme ai beni oggetto di locazione finanziaria, i relativi contratti di locazione finanziaria ovvero i rapporti giuridici derivanti dalla risoluzione di tali

²⁹Cfr. CAMPIONE, *La cartolarizzazione del credito nella prospettiva del rapporto tra originator e debiti ceduti: profili civilistici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 4, 2018, 1485.

contratti, la Società Veicolo deve essere consolidata nel bilancio di una banca, deve essere costituita per specifiche operazioni di cartolarizzazione e, una volta conclusa l'operazione, deve essere liquidata³⁰.

Ai fini della segregazione dei crediti oggetto di cessione e delle somme corrisposte a valere sugli stessi crediti, nonché dell'esclusione della compensazione e dell'opponibilità della cessione secondo quanto previsto all'art. 4, c. 2, della Legge 130/1999, si prevede che le cessioni effettuate da parte di banche ed intermediari finanziari ai sensi dell'art. 7.1, aventi ad oggetto crediti non individuati in blocco, sono pubblicate mediante iscrizione nel registro delle imprese e pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, con indicazione del cedente, del cessionario, della data di cessione, delle informazioni orientative sulla tipologia di rapporti da cui i crediti ceduti derivano e sul periodo in cui tali rapporti sono sorti o sorgeranno, nonché del sito internet in cui il cedente ed il cessionario renderanno disponibili i dati indicativi dei crediti ceduti e la conferma dell'avvenuta cessione ai debitori ceduti che ne faranno richiesta.

Patrizio Messina

*Straordinario di Diritto dell'economia
nell'Università degli Studi Guglielmo Marconi di Roma*

³⁰Gli adempimenti connessi ai contratti e rapporti di locazione finanziaria devono essere eseguiti dal *servicer* ovvero da soggetto abilitato all'esercizio dell'attività di locazione finanziaria, così come individuato dal comma 8 dell'art. 7.1. TRANQUILLO, *La nuova disciplina del leasing nella legge n. 124 del 2017, Europa e Diritto Privato*, Fasc. 1, 1 marzo 2018, 123.

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 5 NOVEMBRE 2019, N. 7544

Massima

*Abilitazione scientifica nazionale-Commissione esaminatrice- Giudizio di ottemperanza-
Rinnovo procedura*

In mancanza di un'espressa statuizione riferita ad una rinnovazione estesa pure ai precedenti aspetti favorevoli d'un giudizio tecnico verso un candidato, i poteri valutativi della nuova commissione, nominata in sede di ottemperanza, sono circoscritti ai soli profili d'illegittimità rilevati nel giudicato, restando fermi i profili della valutazione positiva, modificabili qualora l'ordine di riesame sia generico, pur nel rispetto dei principi di buon andamento e d'imparzialità dell'azione amministrativa e di tutela dell'affidamento del candidato, onde l'esercizio di tale potere di discrezionalità tecnica non si può estendere ad libitum e implica un obbligo di esaustiva e stringente motivazione, la quale dia atto di tali precedenti valutazioni positive ed analiticamente ne confuti in autotutela le risultanze e faccia constare l'inadeguatezza delle conclusioni cui sul punto è giunta la precedente commissione giudicatrice.

Descrizione

N. 07544/2019 REG.PROV.COLL.

N. 02581/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso NRG 2581/2019, proposto dalla prof. ...*omissis*..., rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianmaria Covino e Federico Tedeschini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, l.go Messico n. 7,

contro

– il Ministero dell'istruzione dell'Università e della ricerca - MIUR, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall' Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12 e

– la Commissione giudicatrice per l'abilitazione scientifica nazionale (sett. conc. 12/E3) e l'Agenzia nazionale per la valutazione del Sistema universitario e della ricerca - ANVUR, non costituiti nel presente giudizio e nei confronti di Lorenza Paoloni ed Elisa Scotti, non costituite in giudizio, per l'ottemperanza della sentenza della Sezione n. 1592/2017, resa tra le parti sulla valutazione negativa della prof. ...*omissis*... al conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale per le funzioni di professore universitario di I fascia, sett. conc. 12/E3 (Diritto dell'economia e dei mercati finanziari e agroalimentari), nonché per la nullità dei relativi giudizi individuali e collegiali, del verbale n. 7 del 27 ottobre 2017 e, ove occorra, dei verbali nn. 3, 4 e 5 ed annessi allegati redatti dalla Commissione giudicatrice di detta procedura durante lo svolgimento di questa;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del solo MIUR;

Visto l'art. 114 c.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore alla camera di consiglio del 29 ottobre 2019 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti costituite, l'avv. Fabiana Seghini (in dichiarata delega di Tedeschini) e l'Avvocato dello Stato Iacoangeli;

Ritenuto in fatto che:

– con DDG n. 222 del 20 luglio 2012 (in GU n. 58 del successivo giorno 27), il MIUR

indisse la procedura ex art. 16 della l. 30 dicembre 2010 n. 240, per il conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore universitario di I fascia, sett. conc. 12/E3 (Diritto dell'economia e dei mercati finanziari ed agroalimentari);

- la prof. ...*omissis*... dichiara d'esser professore associato dal 1° ottobre 2007 nell'Università degli Studi di Napoli «*Parthenope*» e, in tal sua qualità, intese partecipare a detta procedura, la cui commissione giudicatrice fu nominata con DDG n. 247 del 13 febbraio 2013 nelle persone dei sigg. proff. Antonio Jannarelli (Presidente, poi sostituito dal prof. Raffaele Lener), Ferdinando Albisinni, Paoloefisio Corrias, Marianna Giuffrida ed Antonella Maria Sciarrone (segretario);
- in esito alla procedura stessa, il 28 novembre 2013 la commissione, «... *pur considerando positivamente il profilo complessivo della candidata...*», dichiarò non abilitata la prof. ...*omissis*..., la quale impugnò il relativo giudizio riassuntivo e gli atti connessi avanti a questo Giudice;
- con sentenza n. 1592 del 5 aprile 2017, la Sezione ha accolto la pretesa così azionata dalla prof. ...*omissis*..., annullando *in parte qua* il giudizio tecnico-valutativo ed idoneativo (cioè, per assenza d'adeguata motivazione sulla disposta deroga alle regole di valutazione degli scritti scientifici a carattere interdisciplinare, per l'omesso giudizio su tal produzione scientifica, per la pretesa incoerenza di quest'ultima col settore concorsuale d'esame e per l'erroneo giudizio negativo sulla viciniorità di tali scritti al diritto internazionale anziché al diritto dell'economia), ordinando il riesame a cura d'una nuova commissione in diversa composizione;
- in sede di riemanazione, la nuova commissione non solo ha ribadito il giudizio di non idoneità verso la prof. ...*omissis*... (a detta di quest'ultima, non certo in esecuzione di detto giudicato, tant'è che manca nei verbali ogni riferimento alla sentenza n. 1592/2017), ma soprattutto ha valutato le di lei già positivamente scrutinate pubblicazioni come affette da un difetto d'originalità;

– pertanto, la prof. ...*omissis*... adisce nuovamente questo Consiglio di Stato, col ricorso in epigrafe, e, rammentandone i capisaldi, chiede l'esatta ottemperanza del giudicato scaturente dalla citata sentenza, con contestuale declaratoria di nullità dei provvedimenti elusivi così adottati e deduce in punto di diritto tre articolati gruppi di censure;

Considerato in diritto che:

– in via preliminare, va condiviso l'assunto attoreo, ribadito nella memoria conclusionale dell'11 ottobre 2019, secondo cui la nuova commissione ha eluso il giudicato, avendo rivalutato *ultra vires* (ossia in carenza di potere) il profilo della prof. ...*omissis*... asserendo il difetto d'originalità delle di lei pubblicazioni scientifiche;

– dalla serena lettura dei verbali della prima commissione, s'evince come tal aspetto tecnico fosse stato già positivamente vagliato in quella sede e non fosse controverso tra le parti e non revocato in dubbio in sede di cognizione;

– come rettamente osserva la ricorrente, sul punto la nuova commissione non ha tenuto conto del perimetro del giudizio, che essa era stata chiamata a svolgere ed era stato fissato dal giudicato *de quo*, ossia quello: a) sulla coerenza e congruenza delle pubblicazioni da lei presentate, trattando di temi interdisciplinari, con quelli oggetto del sett. conc. 12/E3; b) sull'impossibilità di tralasciare tali pubblicazioni —in linea di massima doverosa, al fine di valorizzare, in maniera ragionevole e proporzionata, la connessione tra i saperi e le ricerche—, per ben valutare la maturità scientifica dei candidati; c) sulla necessaria e pregnante motivazione da rendere sull'abilitazione, a fronte del superamento delle tre mediane, vicenda, questa, certo non preclusiva in assoluto d'un giudizio negativo, ma neppure superabile senza fornirne idonea e convincente contezza;

– inoltre la nuova commissione, nell'espletamento del riesame, era stata vincolata dal giudicato sia ad un giudizio d'inattendibilità sulla valutazione negativa delle

pubblicazioni sull'armonizzazione del sistema fiscale, sul diritto dell'energia e sull'impatto dell'immigrazione sull'economia (aspetti, tutti questi, tutt'altro che incoerenti col sett. conc. 12/E3, cioè una materia di ampia latitudine e in ogni caso relativa alla regolazione giuridica delle attività economiche), sia al giudizio di non perspicuità del rilievo per cui dette pubblicazioni furono redatte in una prospettiva di studio più vicina al diritto internazionale (assunto, questo, inidoneo a sminuire la rilevanza scientifica della produzione scrutinata, che esaltava invece la valenza e la profondità di studio della candidata);

– a tal riguardo, si può discettare se, in giurisdizione di legittimità, il giudicato amministrativo copra (ed in qual misura) il dedotto ed il deducibile, potendosi argomentare pure che un giudicato sì favorevole, si forma però con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto ritenuti dal giudice sussistenti alla stregua dei motivi dedotti in ricorso (con conseguente inapplicabilità automatica del principio secondo cui la pronuncia definitiva copre dedotto e deducibile in via d'azione o eccezione: cfr. così, di recente, Cons. St., IV, 19 novembre 2018 n. 6486);

– a ben vedere, però, l'apprezzamento positivo della prima commissione e dei suoi commissari fu non già un mero *dictum* incidentale, bensì parte integrante del giudizio sulla qualità scientifica della produzione attorea, poi ritenuta, per altri versi (non condivisi dalla Sezione), “fuori tema” rispetto al campo d'indagine del sett. conc. 12/E3, ma non in contraddizione con tal premessa, sicché esso non è mai stato controverso tra le parti, come è facile evincere dagli atti del giudizio di cognizione;

– in questi termini, dunque, l'accertata qualità scientifica della ricorrente già nel procedimento idoneativo in questione e non contestata né in sede amministrativa (mercé, p. es., atti d'autotutela), né in via d'eccezione in sede di cognizione, è dunque divenuta premessa logica ed indefettibile dell'accertamento svolto dal giudicato;

– per vero, la Sezione non avrebbe potuto scrutinare i profili del superamento delle

mediane e della congruenza degli studi interdisciplinari col settore concorsuale in questione, se la prof. ...*omissis*... non fosse stata giudicata positivamente, onde tal vicenda rientra nel concetto di «*deducibile*» assunto dalla giurisprudenza quale effetto fondamentale del giudicato amministrativo (cfr., per tutti, Cons. St., III, 28 maggio 2012 n. 3111; id., IV, 11 marzo 2013 n. 1473; id., VI, 10 febbraio 2015 n. 722; id., IV, 15 settembre 2017 n. 4348; id., VI, 13 giugno 2018 n. 3641; id., V, 8 agosto 2019 n. 5627); – soccorre al riguardo il principio enunciato dalla Sezione (cfr. Cons. St., VI, 19 gennaio 2018 n. 354), secondo cui «*In mancanza di un'espressa statuizione riferita ad una rinnovazione estesa pure ai precedenti aspetti favorevoli d'un giudizio tecnico verso un candidato, i poteri valutativi della nuova commissione sono circoscritti ai soli profili d'illegittimità rilevati nel giudicato, restando fermi i profili della valutazione positiva, modificabili sì qualora l'ordine di riesame sia generico, ma nel rispetto dei principi di buon andamento e d'imparzialità dell'azione amministrativa e di tutela dell'affidamento del candidato, onde l'esercizio di tale potere di discrezionalità tecnica non si può estendere ad libitum e implica un obbligo di esaustiva e stringente motivazione, la quale dia atto di tali precedenti valutazioni positive ed analiticamente ne confuti in autotutela le risultanze e faccia constare l'inadeguatezza delle conclusioni cui sul punto è giunta la precedente commissione giudicatrice...»;*

Considerato altresì che:

- ferma restando la nullità *in parte qua* di tal valutazione elusiva del giudicato, nel merito il ricorso in epigrafe è fondato, in primo luogo a cagione dell'evidente assenza, nei nuovi giudizi, di quella congrua ed analitica motivazione che la Sezione ha ritenuto necessaria per giustificare sia l'esito negativo della valutazione idoneativa (pur a fronte del superamento delle mediane), sia per superare il profilo internazionalistico ed interdisciplinare degli studi compiuti dalla ricorrente;
- per vero la nuova commissione non ha tenuto conto di lavori e conclusioni della

precedente, non solo con riguardo al giudizio positivo sul «*profilo complessivo della candidata quale studiosa del diritto internazionale*», ma neppure delle varie criticità evidenziate dal giudicato che, anzi, non è stato né citato, né riassunto da detta commissione, pur dettandole le linee-guida fondamentali della valutazione e degli obblighi di riesame;

– va inoltre condivisa la censura attorea sull’evidente elusione del giudicato, individuata nel fatto che la nuova commissione ha replicato in modo pressoché identico la motivazione del giudizio collegiale già annullato;

– infatti, la Sezione le aveva chiarito, col giudicato, il suo «... *obbligo conformativo di provvedere ad un nuovo giudizio sulla qualificazione scientifica della Prof.ssa ...omissis... (procedendo)... allo scrutinio* in conformità alle regole enunciate *nella motivazione della presente decisione...*», dal che l’*inopponibilità* d’ogni discrezionalità tecnica della commissione stessa, ormai ridotta e conformata dal giudicato;

– anche qui è utile rammentare il principio di diritto, enunciato dalla Sezione (cfr. Cons. St., VI , 25 febbraio 2019 n. 1321), per cui la consumazione della discrezionalità amministrativa può dipendere, oltre che da consolidati meccanismi di diritto sostanziale (p. es., auto-vincoli posti dalla stessa P.A.) o di diritto processuale (p. es., combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti, preclusioni istruttorie, principio dell’onere della prova), anche della insanabile "frattura" del rapporto di fiducia tra la P.A. e il cittadino, derivante da un agire amministrativo reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio e, perciò, lesivo del canone di buona amministrazione e dell’affidamento riposto di privati sulla correttezza dei pubblici poteri, sicché in tal evenienza resta precluso alla P.A. di tornare a decidere in senso sfavorevole nei confronti dell’amministrato, foss’anche in relazione ai profili non ancora esaminati;

– parimenti elusivo del giudicato s’appalesa il difetto di motivazione e d’istruttoria in cui incorre la nuova commissione con riguardo al merito tecnico della produzione scientifica

della ricorrente, anche monografica, che è reputata sì «*intensa e continuativa... (ma a)... carattere prevalentemente descrittivo e illustrativo delle tematiche indagate, senza apporti originali e innovativi rispetto alla letteratura scientifica esistente, peraltro non adeguatamente indagata*»;

– quantunque non intenda sostituirsi al giudizio tecnico della commissione (sebbene questo Giudice sia qui munito di cognizione estesa anche al merito), non può il Collegio esimersi dall'osservare come quest'ultima non abbia tenuto nella corretta considerazione non solo del precedente giudizio positivo sulla prof. ...*omissis*... qual studiosa del diritto internazionale (dove la necessità, non ritenuta tale dalla commissione, di dar specifica contezza di tal scostamento dal preesistente giudizio), ma nemmeno dei suoi molteplici scritti di diritto dell'energia e del diritto internazionale del lavoro e dell'immigrazione;

– tali studi sulla regolazione delle fonti di energia e degli impatti dell'immigrazione sui mercati, da ritenersi sempre d'approccio alle tematiche pubblicistiche ed internazionaliste secondo il principio della coerenza interdisciplinare contenuto nella sentenza da ottemperare e trascurato invece dalla Commissione, sono valsi alla ricorrente, tra l'altro, incarichi presso l'AGCOM e l'ARERA (già AEEG) —ANR di settore su mercati di primaria importanza economica anche transnazionale—, nonché ampie citazioni delle sue due monografie sulla produzione da FER negli scritti di settore e la sua partecipazione al Trattato dell'Economia CEDAM;

– inattendibili s'appalesano, quindi ed agli occhi del Collegio, le conclusioni cui è pervenuta la nuova commissione, che si son risolte in plurime elusioni del giudicato, tali da determinare la declaratoria di nullità degli atti e dei giudizi emanati da quest'ultima;

– reputa di conseguenza il Collegio sostituire detta commissione con un collegio di tre commissari *ad acta*, nominati ciascuno di loro dai sigg. Rettori delle Università degli studi di Roma *La Sapienza*, Roma *Tor Vergata* e, rispettivamente, Roma 3 tra professori

di I fascia esperti di diritto dell'economia, diversi da quelli già componenti delle due commissioni), entro giorni quindici (15 gg.) dalla notificazione della presente sentenza o dalla sua comunicazione d'ufficio, dandone poi comunicazione alla segreteria della Sezione;

– al predetto collegio è assegnato il termine di giorni trenta (30 gg.) affinché i commissari *ad acta*, alla luce della documentazione rimessa dal MIUR ai rispettivi sigg. Rettori —entro il medesimo termine di giorni quindici (15 gg.) assegnato per la loro nomina—, valutino in via definitiva la posizione della prof. ...*omissis*... alla luce dell'ottemperando giudicato, nonché secondo i criteri dianzi esposti nella presente sentenza, copia della quale in una con quella della sentenza della Sezione n. 1592/2017 sarà trasmessa dalla segreteria della Sezione ai predetti commissari all'atto del loro insediamento;

– ai sigg. commissari è fin d'ora assegnato l'importo di € 3.000,00 (Euro tremila/00), a titolo di anticipo del loro compenso e che il MIUR dovrà loro assolvere in unica soluzione all'atto del loro insediamento;

– con separata ordinanza il Collegio provvederà, subito dopo il deposito della relazione e degli atti e provvedimenti assunti dai sigg. commissari una volta espletato l'incarico commissariale, al relativo conguaglio del loro compenso, con le ritenute di legge ed al netto delle spese documentate, che sarà posto a carico del MIUR;

– le spese del presente giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. VI), definitivamente pronunciando sul ricorso NRG 2581/2019 in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto, previa declaratoria di nullità degli atti di cui in premessa, ordina l'esecuzione del giudicato scaturente dalla sentenza della Sezione n. 1592/2017 nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Condanna il solo Ministero intimato al pagamento, a favore della ricorrente, delle spese del presente giudizio, che sono nel complesso liquidate in € 3.000,00 (Euro tremila/00), oltre IVA ed accessori come per legge.

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

... *Omissis*...

PROFESSORE *IUSSU IUDICIS* IN UNA 'STRANA' SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

(Professor iussu iudicis in a "weird" decision of the State Council)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le indicazioni della sentenza n. 1592/2017 del Consiglio di Stato – 3. Il giudizio di merito del giudice amministrativo sulle pubblicazioni sottoposte a valutazione nella procedura di ASN. – 4. Il *modus procedendi* della Commissione del riesame. – 5. Conclusioni.

1. La sentenza in commento è destinata a sovvertire i criteri interpretativi dei complessi disciplinari oggetto di valutazione nelle ASN, introdotte dalla legge n. 240 del 2010 (cd. legge Gelmini). In particolare, in essa si fa riferimento al settore del 'diritto dell'economia', del quale il Consiglio di Stato offre un quadro prospettico che ribalta la logica esegetica sin qui seguita per identificare i contenuti di siffatto ambito disciplinare ed il metodo di analisi che ne contraddistingue gli studi.

Nella mia qualità di *cultore* della materia - che, da oltre mezzo secolo, si è dedicato all'approfondimento della stessa, seguendo il processo evolutivo che nel tempo ne ha innovato l'essenza - avverto il bisogno di offrire al lettore alcune puntualizzazioni, affinché Egli non sia indotto a ritenere, in linea con le indicazioni della presente sentenza, che il *diritto dell'economia* non abbia una sua *autonomia* scientifico culturale; e, dunque, in ragione di ciò rappresenti una sorta di «calderone» nel quale -

in occasione delle 'selezioni di idoneità' per l'abilitazione scientifica nazionale - possano trovare legittimamente ospitalità coloro che fuggono dal rigore valutativo delle commissioni di altre discipline.

Le esperienze da me acquisite come direttore della *Rivista trimestrale di diritto dell'economia* - che da dieci anni è volta ad evidenziare il ruolo attuale del «diritto» in un sistema globale, in un contesto destinato a recepire e a rielaborare gli impulsi propulsivi rivenienti dal mondo capitalistico -, nonché come Editor-in-Chief di *Law and Economics Yearly Review*, nota rivista del mondo anglosassone, possono forse essermi d'aiuto nel conferire al mio discorso la concretezza esplicativa necessaria per allontanare le perplessità, indotte dalla sentenza che qui si commenta, sul futuro di un settore scientifico disciplinare (lo IUS/05) che ha una propria individualità e specificità, per cui non è possibile in alcun modo identificarlo con altri.

Ciò, con l'ovvia conseguenza di rendere inaccettabili le conclusioni del Supremo Consesso amministrativo che ha voluto, con la sua decisione, scrivere la parola *fine* alla vicenda di una candidata che, come si dirà qui di seguito, ha ripetutamente, senza successo, tentato di conseguire l'abilitazione nazionale nel nominato settore scientifico.

2. La candidata, professore associato di diritto internazionale (IUS/13), ha partecipato ad una procedura ex art. 16 della l. 30 dicembre 2010 n. 240, per il conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore universitario di I fascia, settore concorsuale, 12/E3 (Diritto dell'economia e dei mercati finanziari ed agroalimentari), indetta dal MIUR con DDG n. 222 del 20 luglio 2012 (in GU n. 58 del successivo giorno 27).

I titoli presentati, afferenti l'analisi di tematiche riguardanti le politiche energetiche dell'Unione europea e i connessi problemi della loro attuazione nell'ordina-

mento nazionale, sono stati ritenuti dalla Commissione, incaricata della valutazione dei lavori, non in linea con i criteri tipici del diritto dell'economia (in relazione alle modalità seguite nell'*iter* ricostruttivo della materia trattata). In particolare, con riguardo al merito tecnico della produzione scientifica della ricorrente detta Commissione ha sottolineato che i lavori in parola, pur denotando *intensità* e *continuità*, presentano «*carattere prevalentemente descrittivo e illustrativo delle tematiche indagate, senza apporti originali e innovativi rispetto alla letteratura scientifica esistente, peraltro non adeguatamente indagata*».

Il ricorso presentato dalla candidata avverso il giudizio di non idoneità all'abilitazione scientifica nazionale per le funzioni di professore di prima fascia nel settore concorsuale 12/E3 veniva respinto dal T.A.R. Lazio, Sezione III, sentenza n. 04511/2016; decisione prontamente appellata dalla candidata che ne domandava la riforma. Tale appello veniva ritenuto fondato dal Consiglio di Stato (sent. n. 1592/2017)

Ed invero, il Supremo Consesso amministrativo asseriva che, nella fattispecie, la decisione della Commissione avesse disapplicato «i criteri valutativi stabiliti in via generale dal d.m. n. 76 del 2012... (senza)... il rispetto delle forme prescritte dall'art. 3, comma 3, d.m. cit.»; oltre ad essere carente con riguardo all'«onere motivazionale (anche questo imposto dalla citata disposizione regolamentare) particolarmente intenso».

Nel riferimento alla normativa concernente il «contenuto dei criteri valutativi dei titoli e delle pubblicazioni nelle procedure di abilitazione per l'accesso alle funzioni di professore di prima fascia» la sentenza in parola rappresenta che la Commissione avrebbe effettuato la «scelta...di parametri diversi e più restrittivi» rispetto a quelli previsti dalla regolazione. In essa si precisa, altresì, che «solo l'osservanza del suddetto dovere motivazionale per mezzo dell'articolazione di argo-

mentazioni consistenti e persuasive vale a legittimare la deroga, in ragione del suo carattere (appunto) eccezionale, ai criteri valutativi, previsti secondo canoni di oggettività, trasparenza e proporzionalità, dalla disciplina regolamentare di riferimento».

La costruzione proposta in sentenza - prescindendo dal fatto che il giudizio della Commissione risulta motivato in termini da ritenere esaurienti, secondo gli ordinari canoni valutativi - si fonda sul presupposto che in detto giudizio sia stata utilizzata una formula testuale (“ritiene non adeguato al settore concorsuale”) che, ad avviso del Consiglio di Stato, contraddice «il criterio regolamentare che impone di valutare anche le pubblicazioni coerenti con “tematiche interdisciplinari” pertinenti al settore concorsuale». Da ciò deducendo che detta formula «appare del tutto inidonea ad integrare gli estremi di una motivazione valida e capace di introdurre legittimamente la deroga deliberata».

Ne consegue la facile conclusione secondo cui la «Commissione ... (avrebbe) ... deciso di non utilizzare ...(per)... la valutazione anche .. pubblicazioni attinenti a tematiche interdisciplinari», laddove quest’ultima «nel regolamento è stata ritenuta, in astratto, doverosa (proprio al fine di valorizzare, in maniera ragionevole e proporzionata, la connessione tra i saperi e le ricerche)». A ciò si aggiunga che, richiamando un precedente orientamento del Consiglio di Stato (sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 723; sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2665), la sentenza lamenta la mancanza di una «motivazione pregnante e consistente circa le ragioni dell’apprezzamento sfavorevole» del superamento delle tre mediane, *test* di impatto della produzione scientifica della candidata.

Sulla base delle considerazioni che precedono è stato accolto l’appello della ricorrente e - in riforma della decisione impugnata - è stato disposto l’annullamento del giudizio di *non idoneità* della candidata, imponendo l’obbligo conformativo di provvedere ad un nuovo giudizio sulla qualificazione scientifica della stessa.

3. Siamo in presenza di una decisione che, come ho sottolineato in premessa, incide sul potere valutativo delle Commissioni competenti a pronunciarsi sulla idoneità all'abilitazione scientifica nazionale per le funzioni di professore di prima e seconda fascia. Ed invero, il Consiglio di Stato, individua l'ambito entro il quale deve spaziare il giudizio dei commissari, giungendo a determinare la piena equiparazione tra le tematiche tipicamente proprie di un determinato settore disciplinare e quelle di altri ambiti di studio che col primo presentano una qualche *afferenza*. La critica fondata sul rilievo dell'«inattendibilità della valutazione di incoerenza con il settore concorsuale della produzione scientifica della ricorrente» esplicita il chiaro intento di voler sottrarre ai commissari ogni autonoma considerazione al riguardo.

Il Giudice amministrativo, nella sua qualità di *peritus peritorum*, procede ad un *giudizio di merito* sulle pubblicazioni della candidata e ritiene che rientrino a pieno titolo nel «diritto dell'economia».

Ed invero, nella prima sentenza del Consiglio di Stato (n. 1592/2017) si osserva che «le pubblicazioni allegare dalla candidata ed afferenti all'armonizzazione del sistema fiscale, al diritto dell'energia ed all'impatto sull'economia dell'immigrazione, difficilmente possono essere giudicate incoerenti con la materia del "diritto dell'economia e dei mercati finanziari ed agroalimentari". Se è vero, infatti, che quegli studi non coprono tutti gli spazi del settore concorsuale, è anche vero che appaiono sicuramente ascrivibili entro i confini scientifici del diritto dell'economia, inteso come disciplina dalla latitudine ampia, nella misura in cui riguardano tematiche afferenti alla regolazione giuridica delle attività economiche».

Viene, quindi, per tal via attuata una rideterminazione dei contenuti del settore 12/E3 la quale - all'insaputa di coloro che insegnano le materie a quest'ultimo riconducibili sulla base di puntuali prescrizioni normative - ne amplia la latitudine ben al di là dei confini imposti da una rigorosa applicazione del metodo interdisciplinare

rispettosa delle indicazioni rivenienti dalla regolazione che fa capo al MIUR.

E' evidente come la sentenza in esame abbia ritenuto possibile ricondurre sotto il comune denominatore della «regolamentazione delle attività economiche» (cui fa riferimento la normativa) qualsivoglia tematica che presenti riflessi (*rectius*: implicazioni) di natura economica. Ciò ha fatto con una stringata motivazione, la quale non lascia spazio alcuno alla interpretazione (*difficilmente possono essere giudicate incoerenti con la materia del "diritto dell'economia" ... appaiono sicuramente ascrivibili entro i confini scientifici del diritto dell'economia*) e mal si concilia con la imposizione alla Commissione di abilitazione di fornire argomentazioni diverse da quelle da essa rappresentate.

Sicchè, in prospettiva, è ipotizzabile che anche studi in tema di locazione, compravendita, ecc. per i quali è innegabile la riferibilità alla materia economica saranno allocati nel settore scientifico disciplinare in parola, dando vita ad una generalizzata e semplicistica '*communio pro indistinto*' di saperi, che di certo contrasta con l'autonomia disciplinare di tale raggruppamento, vanificandone la specificità. Di ciò è conferma nella parte della sentenza dedicata ad evidenziare che «l'elaborazione... (delle) ... pubblicazioni secondo una prospettiva di studio più vicina al diritto internazionale... esalta... la valenza e la profondità» dell'indagine; donde la implicita affermazione del carattere *ancillare* del «diritto dell'economia» rispetto ad altre discipline che con esso si relazionano.

C'è da chiedersi se, e in qual misura, sia possibile operare una sì evidente sostituzione del Giudice alla Commissione composta da professori ordinari della materia.

Quanto, poi, al quesito concernente la rispondenza di una costruzione siffatta al «principio di ragionevolezza» o ad altro, per *mia ignoranza* non saprei di certo risolverlo!

Per converso, il tenore della sentenza sollecita alcune precisazioni sulla reale

portata della disciplina che qui ci occupa. Costituisce un dato di comune e generalizzata condivisione il fatto che a fondamento di tale settore di studi vi sia l'esigenza di ricondurre l'analisi dei fenomeni che si dibattono in ambito giuridico ai fondamenti della razionalità economica. Ciò non significa, peraltro, che una qualsivoglia vicinanza con altre discipline possa tradursi in una prevaricazione di queste ultime a danno del perimetro che connota il diritto dell'economia. Un diverso convincimento del Giudice amministrativo potrebbe trovare radicamento unicamente in una logica che ci ricorda la nota favola del lupo e l'agnello («*Lupus superior stabat....*»).

La convergenza di questioni di variegata natura verso un comune riferimento al *diritto dell'economia* è, invece, comprensibile ove sia limitata all'approfondimento di eventi complessi della realtà nella quale siamo inseriti, agendo da catalizzatore nella definizione dell'«ordine», riveniente da regole giuste, che può eliminare gli squilibri e le antinomie che alterano l'andamento dei mercati, condizionando lo sviluppo della collettività.

Già nel passato venne avvertita l'esigenza di approfondire gli aspetti tecnici sottostanti a talune problematiche giuridiche. Al riguardo rileva, in particolare, il ricorso alle valutazioni tipiche dell'analisi economica del diritto, che da anni consente di valutare gli effetti dell'impatto di nuovi complessi dispositivi, sì da fornire utili spunti per il superamento delle difficoltà di messa a regime di nuove procedure.

Un ulteriore, delicato compito è oggi assegnato agli studi di diritto dell'economia ed alla ricerca volta ad arricchirne gli ambiti ed a svilupparne la portata. Esso deriva dall'ineludibile bisogno di conoscenza delle variegata e composite ragioni che sono alla base di una realtà in rapida trasformazione: interpretare il *cam-biamento*, governare la *complessità* sono questi gli obiettivi che sottopongono a dura prova i paradigmi tradizionali del diritto dell'economia (*i.e.* intermediazione, mercato, sistema dei controlli pubblici). Se ne deduce che sono scossi consolidati orientamenti

interpretativi, anche se l'applicazione del «metodo interdisciplinare» conferisce unitarietà alla analisi, assicurando risultati che lasciano intravedere una azione feconda per lo sviluppo della collettività.

Peraltro, detta peculiarità del settore disciplinare in esame non incide negativamente sulla «specializzazione» di una ricerca che, per quanto realizzata nei termini testé precisati, non è configurabile alla stregua di un *indistinto coacervo* di tematiche riconducibili a discipline diverse; ed invero i possibili nessi che, talora, tra queste sussistono, la «flessibilità» dei confini tra i diversi saperi non sopprimono, come sembra ipotizzare la sentenza in commento, la individualità o, più esattamente, la tipicità che connota il diritto dell'economia.

E' ben vero che il collegamento di quest'ultimo con altre materie consente la possibilità di previsioni condivisibili, realizzate mediante lo scambio dei risultati propri di una pluralità di scienze cognitive. Deve ritenersi, tuttavia, fuorviante rispetto ad una corretta interpretazione del significato di una 'fluidità relazionale' tra discipline (che hanno punti di contatto) ogni ipotesi ricostruttiva che da quest'ultima argomenti la possibilità di andare oltre un mero confronto; sì come fa la sentenza in esame laddove opera una convergenza *tout court* tra il diritto dell'economia e quello internazionale.

Da ultimo, è appena il caso di far presente che il raggiungimento dei *valori soglia* (cd. mediane) - cui la sentenza ascrive specifico rilievo ai fini della tesi sostenuta - costituisce unicamente il presupposto necessario per l'ammissione dei candidati alla procedura per l'ASN; sicchè esso non interagisce in alcun modo sulla valutazione di questi ultimi che potranno essere giudicati solo avendo riguardo alla qualità delle pubblicazioni, le quali - è bene ripeterlo - devono essere afferenti al settore disciplinare in considerazione.

4. In sede di riesame della candidata, la nuova commissione ha ribadito il giudizio di non idoneità della stessa, procedendo ad una nuova valutazione dei titoli presentati. Tale *modus procedendi* veniva censurato dalla candidata che ravvisa, nella fattispecie, un'«evidente elusione del giudicato, individuata nel fatto che la nuova commissione ...(aveva)... replicato in modo pressoché identico la motivazione del giudizio collegiale già annullato»; ragion per cui chiedeva l'esatta ottemperanza del giudicato scaturente dalla più volte menzionata sentenza del Consiglio di Stato n. 1592/2017.

La sentenza in commento condivide la tesi della ricorrente precisando che la Sezione aveva chiarito, col giudicato, il suo «... *obbligo conformativo di provvedere ad un nuovo giudizio sulla qualificazione scientifica della Prof.ssa ... (procedendo)... allo scrutinio* in conformità alle regole enunciate *nella motivazione della presente decisione...*». Se ne è dedotta «l'inopponibilità d'ogni discrezionalità tecnica della commissione stessa, ormai ridotta e conformata dal giudicato» che essa «ha eluso... avendo rivalutato *ultra vires* (ossia in carenza di potere) il profilo della prof. ...».

Sicché, la sentenza in commento riconoscerebbe un ridotto ruolo della nuova Commissione, la quale - come viene testualmente precisato - è stata privata «d'ogni discrezionalità tecnica». Da qui la imperiosa sequenza che conduce alla sostituzione della predetta Commissione «con un collegio di tre commissari *ad acta*, nominati ciascuno di loro dai sigg. Rettori delle Università degli studi di Roma *La Sapienza*, Roma *Tor Vergata* e, rispettivamente, Roma 3 tra professori di I fascia esperti di diritto dell'economia, diversi da quelli già componenti delle due commissioni), entro giorni quindici (15 gg.) dalla notificazione della ... sentenza o dalla sua comunicazione d'ufficio».

A monte di questo provvedimento che è contornato da incognite - come quella concernente la nomina dei tre commissari *ad acta* individuati *solo* tra professori di

università romane - si rinviene la facile critica di ravvisare, nella fattispecie, «difetto di motivazione e d'istruttoria... con riguardo al merito tecnico della produzione scientifica della ricorrente»; produzione che per converso - è bene ricordarlo - era stata giudicata con «*carattere prevalentemente descrittivo e illustrativo delle tematiche indagate, senza apporti originali e innovativi rispetto alla letteratura scientifica esistente*».

La sentenza in esame invoca a supporto delle sue attestazioni il principio di diritto, enunciato dal Consiglio di Stato (cfr. sez. VI, 25 febbraio 2019 n. 1321), per cui «la consumazione della discrezionalità amministrativa può dipendere ... anche dalla insanabile "frattura" del rapporto di fiducia tra la P.A. e il cittadino, derivante da un agire amministrativo reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio e, perciò, lesivo del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto da privati sulla correttezza dei pubblici poteri».

In altri termini sarebbe ravvisabile nel giudizio della nuova Commissione una linea comportamentale che avrebbe impedito alla candidata di fruire di un giudizio conforme alle indicazioni della sentenza n. 1592/2017. Ciò trascurando di considerare che, nel caso di specie, appare quanto meno dubbia l'applicabilità del 'principio di diritto' sopra richiamato, in quanto nel giudizio delle Commissioni della ASN che valutano i candidati che hanno vinto un precedente ricorso, quale che siano i limiti di valutazione imposti alle medesime, non può prescindersi da un necessario riferimento alla complessiva produzione dei candidati; costringendo diversamente i membri della Commissione nel differente, ridotto ruolo sostanziale di *commissari ad acta*, conclusione cui - da ultimo - è pervenuto il Consiglio di Stato con la sentenza che si annota.

E' evidente, peraltro, che in tal modo il Giudice amministrativo - forse confermando il noto brocardo *summum ius summa iniuria* - ha innovato le modalità con cui vengono determinate le idoneità dei professori universitari, le quali ora sono riconducibili anche al suo giudizio, oltre a quello delle ordinarie Commissioni nominate in

sede ministeriale.

5. Per concludere, è bene rendere noto che nelle more del giudizio la candidata ha partecipato nel 2017 ad un'altra selezione d'idoneità per professori di prima fascia di «diritto dell'economia», ricevendo anche questa volta un giudizio negativo, appellato con ricorso straordinario al Capo dello Stato in data 24 luglio 2017.

Che dire di fronte ad una lodevole perseveranza nel voler a tutti i costi diventare professore di un raggruppamento, gran parte dei cui componenti si è espressa negativamente nei confronti della candidata? Che dire di fronte ad una sentenza che - sostituendo la volontà del Giudice amministrativo a quella delle commissioni giudicatrici delle ASN - spoglia i professori ordinari delle prerogative loro proprie, come riconosciute dalla legge?

Torna alla mente il famoso verso di Dante «*Vuolsi così cola dove si puote ciò che si vuole e più non dimandare*» (Inferno, canto III, 95)..., è una *triste* considerazione sulla quale dovrebbe riflettere anche il legislatore per evitare che la affermazione di un orientamento giurisprudenziale siffatto possa turbare ulteriormente gli equilibri, per altri versi già precari, della nostra Università.

Francesco Capriglione

CASSAZIONE CIVILE SEZ. III
SENTENZA 05/03/2019, N. 6319

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., non-

ché 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 prov-

vedimento 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 del-

la 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, preparatori 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, para-

grafo 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 rea-

lizzi».

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 sen-

tenza del 19 dicembre 2018.

4.3. La Banca d'Italia, nelle proprie memorie difensive, ha eccepito l'irrelevanza 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 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, costituzionale 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 denunziare 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 Regolamen-

to 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'irrilevanza 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 neces-*

sarie 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 pre-

sente 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 me-

rito, 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 rinvengono 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 sen-

tenza 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 giudici 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 pronunciando 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 motivazio-

ne; dichiara le spese di causa interamente compensate tra tutte le parti.

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

...omissis...

QUALE FUTURO PER POLIZZE LINKED? UNA RIFLESSIONE ALLA LUCE DELLA SENTENZA N. 6319/2019 DELLA CORTE DI CASSAZIONE *

*(What future for linked policies?
A reflection in the light of sentence n. 6319/2019 of the Court of Cassation)*

SOMMARIO: 1. Il fatto – 2. L'evoluzione normativa dei prodotti assicurativi finanziari – 3. La classificazione dei prodotti assicurativi finanziari – 4. Sul principio di diritto enucleato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 6319/2019 – 5. Conclusioni

1. La pronuncia n. 6319/2019 della Corte di Cassazione trae origine dalla conclusione di un contratto tra il ricorrente e due imprese assicuratrici. Il contratto, denominato "Contratto di Assicurazione sulla Vita *Unit Linked – Life Portfolio Italy*", prevedeva che il premio versato dall'assicurato fosse impiegato nella sottoscrizione di quote di un Fondo assicurativo interno il cui valore variava secondo le oscillazioni del prezzo delle attività finanziarie sottostanti. Dette attività finanziarie sottostanti erano rappresentate da Fondi di investimento e la maggior parte di questi era direttamente collegato alle attività finanziarie della società gestita da Bernard Madoff. Il noto *crack* finanziario che ha travolto il citato finanziere ha determinato una perdita considerevole del patrimonio investito dal cliente dopo soli nove mesi dalla stipula del contratto.

Nel contratto le parti stabilivano che, in caso di decesso degli assicurati, i beneficiari avrebbero percepito il controvalore dell'investimento ed un capitale aggiuntivo pari

*Contributo approvato dai revisori.

allo 0,1% del controvalore sulle quote, il cui ammontare non avrebbe potuto superare i quindicimila euro.

In primo ed in secondo grado le istanze dell'assicurato – di nullità o annullamento del contratto nonché di accertamento della responsabilità precontrattuale o contrattuale e di risarcimento dei danni da parte di entrambe le società assicuratrici- sono state rigettate. La Corte di Cassazione ha accolto il primo ed il secondo motivo di ricorso; ha rigettato il terzo, il quinto ed il sesto; ha dichiarato inammissibili il quarto, il settimo, l'ottavo ed il nono; ha dichiarato assorbiti il decimo e l'undicesimo.

2. Al fine di inquadrare compiutamente la materia occorre operare un'indagine andando a ritroso nel tempo, fino agli esordi della normativa che ha regolato i prodotti assicurativi finanziari¹.

¹Nella versione originaria del Testo Unico della Finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) che per primo ha regolato l'ambito dell'intermediazione finanziaria. In questa fase ai prodotti assicurativi finanziari non si applicavano una serie di disposizioni del Testo Unico; difatti l'art. 100 comma 1°, lette. f) prevedeva che le disposizioni relative agli "Obblighi degli offerenti" (art. 94); alle "Disposizioni di attuazione" (art. 95); ai "Bilanci dell'emittente" (art. 96); agli "Obblighi informativi" (art. 97); al "Riconoscimento del prospetto" (art. 98); ai "Poteri interdittivi" (art. 99); agli "Annunci pubblicitari" (art. 101) non si applicassero alle sollecitazioni all'investimento « [...] aventi ad oggetto prodotti finanziari emessi dalle banche, diversi dalle azioni o dagli strumenti finanziari che permettono di acquisire o sottoscrivere azioni, ovvero prodotti assicurativi emessi da imprese di assicurazione». Pertanto, stando a quanto disposto dall'art. 100 alcuni prodotti, per riconoscere i quali si tiene conto del soggetto che li ha emessi, sono sottratti agli obblighi derivanti dalla procedura connessa all'offerta la pubblico, come ad esempio la stesura e la pubblicazione di un prospetto informativo. Il Legislatore opera una cesura netta tenendo conto del fattore soggettivo, dunque della natura del soggetto emittente, realizzando così una *summa divisio* tra i prodotti finanziari e quelli assicurativi, tralasciando di normare quelli assicurativi a contenuto finanziario che, tuttora, difettano di una compiuta disciplina. Pertanto, secondo il Legislatore del 1998, i prodotti assicurativi sono assoggettati alla vigilanza esclusiva dell'ISVAP e hanno l'obbligo di conformarsi alla normativa di settore che, all'epoca, non aveva ricevuto compiuta definizione nel Codice delle Assicurazione, successivo al T.u.F. di poco più di un lustro. Di poi, vi è da aggiungere che l'esenzione dei prodotti assicurativi dall'obbligo di redigere un prospetto informativo, nonché di conformarsi a tutte le statuizioni connesse con la sollecitazione all'investimento, è confermata dall'esclusione di questi prodotti dall'area di applicazione delle discipline a carattere speciale in materia di offerta fuori sede (art. 32 T.u.F.) e di promozione e collocamento a distanza di servizi di investimento e di strumenti finanziari (art. 32 T.u.F.). Sul punto ALPA, *I prodotti assicurativi finanziari*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni private. Commento sistematico*, a cura di S. Amorosino e L. Desiderio, Milano, 2006, 77 s. L'Autore precisa che la genesi di questa esenzione deve essere fatta risalire al 1983 e, più precisamente, alla legge del 23 maggio del 1983, n. 77, che però riguardava esclusivamente i prodotti, che non fossero azioni o

Il legislatore comunitario ha cominciato ad occuparsi di questo genere di prodotti sin dagli anni '70 del secolo scorso. La prima Direttiva in materia è stata la n. 267/79/CEE del 5 marzo 1979 che definiva le assicurazioni sulla durata della vita connesse a fondi di investimento; nella Direttiva successiva, la n. 96/92/CEE del 10 novembre 1992, si regolavano anche i prodotti una connessi a indici azionari o ad altri valori di riferimento diversi dalle quote di un fondo di investimento.

In ambito normativo nazionale, occorre menzionare il decreto “antesignano” del Codice delle Assicurazioni Private: il d.lgs. n. 174/1995 (attuativo della citata Direttiva Comunitaria n. 96/92/CEE e ora abrogato a seguito dell'introduzione del Codice), che all'allegato 1 tab. A conteneva un riferimento alle assicurazioni connesse con i fondi di investimento e all'art. 30, in tema di copertura delle riserve tecniche, considerava anche il caso di prestazioni dell'assicuratore direttamente collegate a un indice azionario di riferimento.

Si deve all'introduzione del d.lgs. n. 209/2005, comunemente definito come Codice delle Assicurazioni (d'ora in poi anche CdA), l'inclusione delle polizze *linked* nel Ramo III (art. 2).

Il Codice al requisito soggettivo – connesso alla natura giuridica dell'emittente – ha affiancato la classificazione oggettiva dei prodotti assicurativi².

È fuor di dubbio che le polizze appartenenti ai rami I, II e IV siano profondamente

altri valori mobiliari ad essi assimilabili, che avessero un esplicito collegamento funzionale tra l'offerta dei titoli da parte delle banche e l'esercizio della loro attività tipica. Nonostante le contestazioni della CONSOB, detta esenzione è stata confermata in sede di redazione del T.u.F. ed è stata estesa anche, come si è già detto, ai prodotti finanziari assicurativi.

²Difatti, il primo comma dell'art. 2 dispone che: «1. *Nei rami vita la classificazione per ramo è la seguente: I. le assicurazioni sulla durata della vita umana; II. le assicurazioni di nuzialità e di natalità; III. Le assicurazioni, di cui ai rami I e II, le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento; IV. l'assicurazione malattia e l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza che siano garantite mediante contratti di lunga durata, non rescindibili, per il rischio di invalidità grave dovuta a malattia o a infortunio o a longevità; V. le operazioni di capitalizzazione; VI. le operazioni di gestione di fondi collettivi costituiti per l'erogazione di prestazioni in caso di morte, in caso di vita o in caso di cessazione o riduzione dell'attività lavorativa (...)*».

connesse a eventi della vita umana e debbano, dunque, essere dunque considerate «prodotti assicurativi propriamente detti». «I prodotti assicurativi propriamente detti si individuano attraverso il riferimento all'art. 1882 cod. civ., che fissa le caratteristiche e i requisiti specifici e peculiari del tipo contrattuale in questione "... l'assicuratore verso il pagamento di un premio, si obbliga... a pagare un capitale o una rendita la verificarsi di un evento attinente alla vita umana..." di conseguenza, è proprio l'incertezza sull'an e/o sul quantum dell'avvenimento che introduce nel meccanismo contrattuale il «rischio» assicurativo tipico della polizza vita, ossia il c.d. rischio demografico»³.

Tra le polizze di cui al ramo III sono incluse le *linked* che, come si è già accennato, sono prodotti assicurativi collegati a parametri finanziari, nel caso delle *index*, o a valori mobiliari, nel caso delle *unit* e che, ad oggi, costituiscono una porzione significativa delle assicurazioni vita collocate sul mercato. Si tratti di prodotti che condividono con le polizze del ramo I la possibilità di fornire garanzie di risultato⁴.

Ad avviare il processo che ha portato agli attuali assetti disciplinari in materia di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione è stata la legge n. 262 del 28 dicembre 2005 sulla tutela del risparmio (*"Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari"*) – segnatamente il suo art. 11, co. 3 – cui si deve l'introduzione nel Testo Unico della Finanza dell'art. 25-bis. Il legislatore, con la citata legge del 28 dicembre 2005 n. 262 e con il successivo decreto legislativo del 29 dicembre 2003, n. 303 c.d. "Decreto Pinza", ha pacificato la questione, disponendo *ex lege* che ai "prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione", ovvero "le polizze e le ope-

³ Pertanto, se è possibile riscontrare un rischio demografico o, più in generale, una convenzione sulla vita umana, il prodotto dovrà essere qualificato come assicurativo G. ALPA, *op. ult. cit.*, 88.

⁴ Cfr. ALPA, *op. ult. cit.*, 88; ROSSETTI, *Polizze «linked» e tutela dell'assicurato*, in *Assic.*, 2002, I, 225 ss.; LEMMA, *Commento sub articolo 41 del Codice delle Assicurazioni Private*, in *Il Codice delle Assicurazioni Private*, CAPRIGLIONE (diretto da), Padova, 2007, Tomo I, Vol. 1, 349 ss.; NAZZARO, *La causa delle polizze unit e index linked*, in *Dir. del merc. assic. e finanz.*, 2016, 61 ss.

razioni di cui ai rami vita III e V” (art. 1, comma 1, lett. w-bis)⁵, dovessero essere in ogni caso applicate le norme previste per l’emissione di prodotti finanziari, a prescindere che fossero o meno polizze garantite (art. 25-bis T.u.F., nella formulazione abrogata alla data odierna)⁶. Tal soluzione è stata peraltro confermata dal D. Lgs. 3 agosto 2017, n. 129, che ha (essenzialmente) traslato il contenuto dell’art. 25-bis T.u.f. nell’art. 25-ter, rubricato “*Prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione*”⁷.

Sulla base di quanto sin qui detto, non può trarre in inganno la locuzione utilizza-

⁵La menzionata lettera altro non fa che riprodurre – anche se con ricadute sul piano sostanziale – le fattispecie che nell’art. 178 cod. ass. rilevano in termini meramente processuali. Si intendono infatti per prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione

⁶L’art. 25-bis, come si è già accennato, introduce significative modifiche sancendo la (definitiva) prevalenza delle disposizioni del T.u.F. ma non abroga le disposizioni che, nel codice delle assicurazioni, dettano le regole di condotta cui imprese e intermediari assicurativi devono attenersi nella commercializzazione dei relativi prodotti aventi contenuto finanziario. L’art. 25-bis prevede che gli articoli 21 e 23 del T.u.F. -originariamente statuiti con esclusivo riferimento alla prestazione di servizi di investimento e accessori, (oltre che alla distribuzione da parte delle banche, in fase di emissione, di propri prodotti finanziari)- dedicati, rispettivamente, ai criteri generali di comportamento e di svolgimento dei servizi e delle attività finanziarie, e ai contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, si applichino alla distribuzione di prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione, ad opera di "soggetti abilitati" e di "imprese di assicurazione"; gli uni e le altre, dispone ancora l'art. 25-bis, comma 2, perseguono le finalità di cui all'art. 5, comma 3, del T.u.F. Ne discende che la Consob e la Banca d'Italia, nelle rispettive competenze, estendono i loro poteri di vigilanza alle attività contemplate dal primo comma della disposizione. Di poi, ai commi tre e quattro si prevede l’applicazione degli obblighi di comunicazione del collegio sindacale, degli organi di controllo e dei revisori; il sesto comma disciplina alcuni aspetti della collaborazione tra la Consob e l’Ivass. L’art. 25-bis estende come già detto, la disciplina finanziaria alla sottoscrizione ed al collocamento, ne rimangono escluse l’emissione del prodotto e le caratteristiche endemiche dello stesso, regolati dalle discipline (originarie) di settore. Difatti, l’introduzione del nono comma all’art. 30, ad opera della legge sulla tutela del risparmio, ha esteso la vigenza della disciplina dell’offerta fuori sede «[...] ai prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione, fermo restando l’obbligo di consegna del prospetto informativo [...]» e, come si è già accennato, sono sottoposti anche alle regole concernenti la promozione e il collegamento a distanza. Sul punto si veda *ex multis Ex multis*, BIN, *Definizioni e classificazioni generali*, in *Commentario al Codice delle Assicurazioni*, (a cura di) Bin, Padova, 2006, p. 14 ss.; GAMBINO, *Note critiche sulla bozza del codice delle assicurazioni private*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1039 ss.

⁷L’art. 25-bis è ora “sdoppiato” e parzialmente contenuto nell’art. 25 ter del TUF (come si accennava in precedenza). Vale la pena di citare, integralmente, il primo comma dell’articolo, nel quale si legge che: «gli articoli 21, 23 e 24 bis si applicano alla realizzazione, all’offerta e alla consulenza aventi ad oggetto prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione». L’art. 24-bis è, anch’esso, una tra le novità introdotte dalla Direttiva MiFID n. 65/2014 ed elenca una serie di informazioni che, in caso di esercizio della consulenza, devono essere fornite al contraente. La ratio della disposizione è in linea con gli obblighi di correttezza, trasparenza e completezza delle informazioni che guidano l’attività degli intermediari del mercato finanziario.

ta per designare detti prodotti: nonostante siano emessi da imprese di assicurazione, essi non seguono, esclusivamente, le regole dettate dalla disciplina assicurativa bensì quelle – analoghe nella forma – previste per lo svolgimento dei servizi di investimento che hanno ad oggetto gli strumenti finanziari e possono essere qualificati come forme di investimento di natura finanziaria⁸. Durante la stagione normativa iniziata nel 2005, le fonti di rango primario e secondario (in particolare i Regolamenti dell’Ivass e della Consob) hanno intrapreso un progetto di progressiva finanziarizzazione degli obblighi informativi che debbono essere osservati dall’emittente e dall’intermediario di polizze *linked*. Nonostante l’assimilazione sostanziale delle regole di comportamento applicabili per l’emissione e la distribuzione di polizze *linked* a quelle originariamente previste per i prodotti di investimento in senso stretto, il legislatore non ha confezionato una disciplina esclusiva ed organica in materia, ma ha apportato interventi frammentati e puntuali al T.u.F. ed al Cod. Ass..

A livello europeo, le più recenti novità provengono dal Regolamento UE n. 1286/2014 e dalla Direttiva “IDD” (2016/97/UE)⁹. Quest’ultima, in particolare, ha ricevu-

⁸Cfr. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2015, 195-196.

⁹Al fine di analizzare lo stato dell’arte al momento attuale, occorre tener conto della riforma della legislazione relativa ai mercati finanziari operata dalla c.d. MiFID II (Direttiva 2014/65/UE). Il legislatore europeo ha ravvisato la necessità di meglio disciplinare la fattispecie relativa agli “*investimenti che riguardano contratti assicurativi che vengono messi a disposizione dei consumatori come potenziali alternative agli strumenti finanziari propriamente detti o in sostituzione degli stessi*” (cfr. considerando 87 della MiFID II), sulla scorta della considerazione per cui tali investimenti sono sempre più diffusi tra la clientela al dettaglio. L’art. 91 della MiFID II – “*in attesa della futura normativa dell’Unione sulle attività degli intermediari assicurativi e delle imprese di assicurazione*” (giunta, successivamente all’emanazione della MiFID II, nel gennaio 2016 con la c.d. IDD) - ha introdotto nella Direttiva 2002/92/CE, in materia di intermediazione assicurativa (c.d. “IMD”), il capo III-*bis*, appositamente dedicato ai prodotti di investimento assicurativi.

L’intervento riformatore della MiFID II si è articolato attorno a due elementi: è stata introdotta la categoria del “prodotto di investimento assicurativo” (“*insurance based investment product*”), definito come “*prodotto assicurativo che presenta una scadenza o un valore di riscatto e in cui tale scadenza o valore di riscatto è esposto in tutto o in parte, in modo diretto o indiretto, alle fluttuazioni del mercato*”. Detta definizione è stata successivamente inserita anche nel Regolamento (UE) n. 1286/2014 (c.d. “PRIIPs”) relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti di investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati. Tuttavia, dal momento che le norme della MiFID II appena richiamate sono state abrogate, a seguito dell’emanazione della IDD - che ha previsto una disciplina

to attuazione in Italia con il D. Lgs. 21 maggio 2018, n. 68, che ha introdotto nel T.u.F. la categoria dei “*Packaged Retail and Insurance-based Investment Products*” (“*Prodotti di investimento al dettaglio preassemblati*”).

Nell’ambito di questo nuovo *genus* di prodotti assumono rilevanza gli IBIP (“*Insurance-based Investment products*”, noti nell’accezione italiana come “*Prodotti di investimento assicurativi*”), definiti come prodotti che “*presentano una scadenza o un valore di riscatto esposti in tutto o in parte, in modo diretto o indiretto, alle fluttuazioni del mercato*” (art. 1, comma 1, lett. w-bis.2) del T.u.F.).

La nozione di IBIP include non solo i prodotti del ramo III e V ma anche alcuni prodotti di ramo I (della tipologia mista rivalutabile) nonché i prodotti “multiramo” o “ibridi”. Questi ultimi sono una crasi tra i prodotti di ramo I e quelli di investimento di tipo *unit linked*¹⁰.

3. La categoria dei prodotti misti finanziari assicurativi¹¹ comprende le polizze e le operazioni di cui ai rami vita III e V e, come si accennava, anche i prodotti ibridi. Vengono così inclusi tutti i contratti di capitalizzazione (ramo V) e i contratti *unit linked* e *index linked* (ramo III). Le polizze *linked* possono essere definite, *prima facie*, come contratti di assicurazione sulla vita in cui la prestazione dovuta dall'assicuratore non è predeterminata al momento della stipulazione del contratto in misura certa, bensì è rapportata ai

maggiormente articolata della materia, partendo comunque dalla nuova definizione (e dalle esenzioni) di prodotto di investimento assicurativo già indicate nella MiFID II (e nel Regolamento PRIIPs) – è opportuno analizzare quanto previsto da tale Direttiva con specifico riguardo ai prodotti *insurance based*. Per un’analisi della disciplina contemplata nella MiFID II si veda TROIANO, MOTRONI, *La MiFID 2. Rapporti con la clientela. Regole di Governance. Mercati.*, Padova, 2016; PEZZUTO, *MiFID II: le novità per il mercato finanziario*, Torino, 2018.

¹⁰Cfr. ANIA, *L’assicurazione italiana, 2017-2018*.

¹¹Con riferimento alla categoria dei prodotti misti assicurativo-finanziari si vedano le riflessioni formulate da BIN, *Il "prodotto misto" assicurativo-finanziario*, in *Ass.*, 1988, pag. 351 e ss.; GALGANO, *Il "prodotto misto" assicurativo-finanziario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, pag. 91 ss., nonché SABATELLI, *I prodotti misti assicurativi e finanziari*, in PATRONI GRIFFI e RICOLFI (a cura di), *Banche ed assicurazioni fra cooperazione e concorrenza*, Milano, 1997, 107.

risultati della gestione finanziaria dell'impresa di assicurazione¹². Il *genus*, come si accennava, si compone di due *species*: quella "*emblematica ed economicamente più significativa*" nasce dalla combinazione di un'assicurazione sulla vita con un investimento di capitali in un fondo mobiliare, detta *unit linked*¹³, che è alla base della pronuncia della pronuncia della Corte di Cassazione di cui si discorre in questa sede; nella seconda categoria, quella delle *index linked*, la prestazione dipende dall'andamento degli indici di borsa o da altri valori di riferimento. Le polizze *linked* «*costituiscono forme assicurative caratterizzate dalla diretta dipendenza delle prestazioni dal valore di una entità di riferimento*»¹⁴, con la conseguenza, quindi, che il rendimento delle stesse può essere in tutto o in parte correlato ad un determinato parametro. Più esattamente, quando ci si trova in presenza di una polizza *linked* di tipo *unit*, la compagnia di assicurazione investe parte dei premi raccolti in quote di fondi di investimento – che possono essere interni o esterni alla società stessa – e, alla scadenza del contratto o al verificarsi dell'evento dedotto nel sinallagma, si impegna a corrispondere all'assicurato una somma commisurata al valore che le quote del fondo mobiliare assumono al momento dello scioglimento del rapporto¹⁵.

Di poi, è possibile individuare differenti categorie di polizze in ragione del grado di rischio sopportato dall'assicurato. Esistono, infatti, *linked* garantite o *guaranteed lin-*

¹²Cfr. FABIANO, *La riforma della disciplina delle polizze linked nelle disposizioni del tuf e dei regolamenti di attuazione: le ragioni di una scelta*, in *Dir. economia assicur. (dal 2012 Dir. e Fiscalità assicur.)*, fasc.2, 2012, 283.

¹³Cfr. BIN, *op. ult. cit.*, cit., (nt. 1), 352.

¹⁴È questa la definizione fornita dall' ISVAP in *Le polizze Index e Unit Linked in Italia*, Quaderno n. 5, in www.isvap.it

¹⁵Circolare del 1° marzo 2005 n. 551/D. In dottrina si vedano *ex multis*, ALPA, *op. ult. cit.*, *passim*; ANTONUCCI, *L'assicurazione fra impresa e contratto*, Bari, 1997, *passim*; M. BIN, *Definizioni e classificazioni generali*, *op. cit.*, 14 ss.; CAPRIGLIONE, *Le polizze «unit linked»: prodotti assicurativi con finalità di investimento*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, *passim*; GAMBINO, *Note critiche sulla bozza del codice delle assicurazioni private*, in *Giur. comm.*, 2004, 1039 ss.; ROSSETTI, *op. ult. cit.*, *passim*; LEMMA, *op. ult. cit.*, 351 ss.; MIOLA, *Assicurazione e mercato finanziario*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2000, 13 ss; DONATI, VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2012, 193 ss.

ked, parzialmente garantite o *partial guaranteed* e pure o *bare linked*¹⁶. Le prime sono le meno rischiose per il contraente, poiché il rischio finanziario ricade totalmente in capo all'impresa. Difatti, in tal caso è garantita la restituzione per intero del capitale oltre alla possibilità di ricevere un importo maggiore se alla scadenza il valore del parametro di riferimento dovesse risultare positivo. Difatti, detti prodotti obbligano gli emittenti a conseguire il risultato promesso assumendosi in proprio i rischi di *performance*. Nella seconda categoria il rischio finanziario viene ripartito tra i contraenti. Dunque, nelle prime due categorie qui descritte si è presenza di prodotti assicurativi misti che garantiscono un rendimento, seppur minimo. La terza nonché ultima categoria è rappresentata dalle polizze pure dove il rischio finanziario incombe, interamente in capo all'assicurato¹⁷. Più specificamente, con riguardo alle polizze *unit* è possibile verificare l'esistenza di un ulteriore criterio di differenziazione: il fondo può essere costituito interamente all'interno di una società di assicurazione o comunque all'interno di compagnie che fanno parte dello stesso gruppo; tra detti fondi interni, è possibile riconoscere quelli con garanzia di prestazione minima, ai quali sono collegate polizze che prevedono una garanzia finanziaria (di rendimento o di capitale investito) da quelli che non prevedono detta garanzia ovvero il fondo può essere costituito esternamente alla compagnia assicuratrice¹⁸.

In definitiva, l'attribuzione della natura finanziaria è connessa alla circostanza «che il rischio dell'investimento ricada integralmente sul sottoscrittore, nel senso che

¹⁶Autorevole dottrina reputa necessario operare detta distinzione ai fini della qualificazione assicurativa delle polizze in questione. Cfr. ALPA, *op. ult. cit.*, 91 ss.; CORRIAS, *op. ult. cit.*, 67 ss.

¹⁷Già nella Circolare ISVAP n. 317/1998 ha chiarito che le compagnie di assicurazione con le polizze *linked* di tipo puro erano obbligate ad effettuare una prestazione assicurativa caratterizzata dalla "variabilità in funzione della fluttuazione di un valore di riferimento" in assenza di una garanzia di restituzione del capitale versato dai clienti all'inizio o nel corso del rapporto assicurativo.

¹⁸Si ravvisa un carattere dirimente nella suddivisione qui riportata enucleata da G. ALPA, *op. ul. cit.* 90 s. Questa classificazione è stata accolta e, in gran parte fatta propria, da larga parte della dottrina. Cfr. CAMEDDA, *La tutela precontrattuale dei sottoscrittori di polizze linked stipulate prima delle riforme del T.u.F.*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, II, 451; E. PIRAS, *Polizze "index linked" collegate ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, II, 76 ss.; L. V. SANGIOVANNI, *La Cassazione sull'equiparazione delle polizze unit linked a strumenti finanziari*, in *Corr. Giur.*, 2013, 773 ss.

quest'ultimo possa ricevere un importo maggiore o minore rispetto ai capitali conferiti, dal momento che la misura del rimborso dipende esclusivamente dall'andamento dei corsi dei valori ai quali il prodotto è agganciato. Al contrario, il rischio di un maggiore o minore rendimento senza il pericolo di una perdita del capitale dato a terzi in gestione, non essendo un vero e proprio "rischio", posto che il livello di profittabilità è già fissato nell'atto di stipula senza possibilità di ulteriori riduzioni, esclude la natura finanziaria dell'operazione»¹⁹.

4. Come si è già detto, nel caso di specie la Corte di Cassazione accoglie (parzialmente) le doglianze del ricorrente ed afferma che, nonostante la prevalenza della causa finanziaria, «la parte qualificata come assicurativa deve comunque rispondere ai principi dettati dal codice civile, dal codice delle assicurazioni e dalla normativa secondaria ad essi collegata con particolare riferimento alla ricorrenza del rischio demografico rispetto al quale il giudice di merito deve valutare l'entità della copertura assicurativa che, avuto riguardo alla natura mista della causa contrattuale, dovrà essere vagliata con specifico riferimento all'ammontare del premio versato dal contraente, all'orizzonte temporale ed alla tipologia dell'investimento»²⁰.

Orbene, il principio di diritto in questione non tiene conto della normativa vigente e dell'evoluzione che ha condotto sino agli attuali assetti disciplinari già descritti nel presente commento²¹. Difatti, anche la giurisprudenza ha osservato che nelle polizze *linked* la rilevanza della specifica prestazione in caso di decesso dell'assicurato è generalmente contenuta, pertanto si è giunti ad affermare che si tratterebbe di investimenti

¹⁹Cfr. ALPA, *op. ult. cit.*, p. 91. L'A. classifica i contratti proprio in ragione del rischio sopportato dalle parti. Anzitutto, perché si possa parlare di polizza vita, occorre che l'impresa assicuratrice assuma il c.d. "rischio demografico" e, pertanto, questo rappresenta il criterio discrezionale per definire un accordo una polizza di assicurazione sulla vita o meno

²⁰Si veda la pagina dieci della pronuncia commentata.

²¹Inoltre, posto che la causa prevalente è quella finanziaria, il "rischio vita" garantito nelle polizze in questione è inteso in senso occasionale, poiché è in occasione della morte dell'assicurato che l'assicuratore versa una data somma al beneficiario.

che non sono volti, in via principale, alla tutela di bisogni previdenziali²². Nel caso di specie, il contratto non può essere dichiarato nullo poiché esiste una “*garanzia in caso di morte*” e non è possibile individuare nell’ordinamento italiano ed europeo una disposizione che ne quantifichi il valore economico. Non appare, dunque, condivisibile l’affermazione della Corte di Cassazione che contesta il fatto che le Corti territoriali non abbiano valutato il concreto ammontare della prestazione garantita. Inoltre, questa ricostruzione imporrebbe ai giudici di effettuare dei calcoli di natura attuariale per i quali sarebbe sempre necessario l’ausilio di una perizia tecnica. La soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione determinerebbe una situazione di incertezza dipendente dal fatto che ciascun giudizio potrebbe condurre a esiti differenti²³.

Di poi, la valutazione “caso per caso” -circa la liceità delle polizze- effettuata sulla base della percentuale di rischio non rappresenta di certo un incentivo per le imprese di

²²Cfr. Tribunale di Parma, sez. I, 10 agosto 2010.

²³Non è questa la sede per affrontare il tema della “certezza del giudizio”, che ben si accompagna alle dissertazioni su un tema congiunto ad esso e dalla portata più generale: quello della “certezza del diritto”. Si vedano le riflessioni di N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 28,1951, 146-157, oltre che le meditazioni di Piero Calamandrei sul ragionamento del giudice come catena di sillogismi nonché sulla massima *habent sua sidera lites* CALAMANDREI, *La genesi della sentenza civile* 1914, rist. in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, I, Morano, Napoli, 1965, 11-54; ID, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (1935 e successive edizioni), Milano, 2003, e ID, *Processo e democrazia*, Padova, 1954. Una più recente riflessione sul tema è quella di GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, *passim*.

Negli anni più recenti il concetto di certezza del diritto coincide con quello della prevedibilità della decisione giuridica. Si vedano a tal proposito le tesi di MacCormick, che definisce la certezza del diritto come fedeltà al precedente: un diritto è certo se nel tempo casi simili trovano soluzioni analoghe. MACCORMICK, *Defeasibility in Law and Logic*. In *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Eds. Z.Bankowski et al.. Dordrecht-Boston-London, 1995, 99-117. Di poi, si vedano anche le dissertazioni di Habermas che pone in relazione il tema della certezza con quello del procedimento argomentativo attraverso il quale si perviene alla decisione del caso specifico. Habermas ritiene che la certezza del diritto oggi assuma un carattere procedurale: «*i diritti procedurali garantiscono ad ogni soggetto giuridico il diritto a un equo procedimento: questo garantisce a sua volta non la certezza del risultato ma piuttosto un chiarimento discorsivo delle pertinenti questioni di fatto e di diritto. Così le parti possono fare affidamento sul fatto che nella decisione giudiziaria risulteranno decisive solo ragioni rilevanti e non ragioni arbitrarie. Se consideriamo il diritto vigente come un sistema di norme idealmente coerente, allora questa certezza prodotta dal procedimento può soddisfare l’aspettativa di una comunità giuridica preoccupata della propria integrità e orientata ai principi, di modo che a ciascuno vengano garantiti i diritti che gli competono*» HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 1992, Cambridge, 220-230.

assicurazione che potrebbero decidere di non effettuare degli investimenti nel settore in Italia²⁴.

La Corte di Cassazione nella sentenza oggetto del presente commento afferma che «rientrano senz'altro nella fattispecie tipica di cui all'art. 1882 c.c. le polizze che operano la sostituzione della prestazione fissa dell'assicuratore con una variabile, agganciata a parametri di mercato, ma che mantengono comunque il rischio demografico; in tal caso, pur attuandosi un parziale trasferimento del rischio dell'assicuratore sull'assicurato in ordine al valore finale della prestazione, il contratto mantiene comunque una funzione assicurativa, individuabile quale causa concreta del contratto, secondo gli ordinari criteri ermeneutici». La ricostruzione non è condivisibile in virtù del fatto che, come affermato dalla Corte stessa nella presente pronuncia, la causa speculativa è prevalente e, in assenza di garanzie in ordine alla restituzione del premio versato o in presenza di una garanzia inferiore al premio versato (c.d. garanzia parziale), l'assenza della funzione previdenziale appare del tutto evidente. Qualora infatti la determinazione della prestazione dell'assicuratore dipenda da fattori esterni, quali l'andamento del mercato finanziario o, in termini più specifici, l'andamento di determinati prodotti o anche indici finanziari, l'assicurato nel momento in cui dovesse verificarsi l'evento e, quindi, maturare le esigenze economico previdenziali, potrebbe non ricevere alcuna prestazione e, comunque, ricevere una prestazione inferiore al premio versato. Rileva l'orientamento della Corte di Cassazione²⁵ secondo cui le polizze *linked* identificano una fattispecie contrattuale che si connota per la irrilevanza del rischio demografico e, pertanto, detti contratti sono qualificati alla stregua di prodotti finanziari qualora il rischio dell'investimento gravi sul clien-

²⁴Le considerazioni riportate nella nota precedente in merito alla certezza del diritto ed alla prevedibilità della decisione giuridica hanno un riscontro fattuale molto rilevante, dal momento che potrebbero rappresentare il discrimine per le imprese di assicurazione che potrebbero decidere di non investire nel territorio italiano.

²⁵Cfr. Cass. Civ., 22 dicembre 2006, n. 27458. Si veda anche CAPRIGLIONE, *Le polizze unit linked: prodotti assicurativi con finalità di investimento*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, 9, 20426 ss.

te²⁶. Di poi la funzione previdenziale difetta anche nelle polizze variabili di ramo III che prevedono la garanzia della restituzione dell'intero capitale ma secondo meccanismi contrattuali che non combaciano con quelli tipici dei contratti assicurativi, dove dunque è configurabile un prodotto finanziario di risparmio con una "venatura previdenziale"²⁷.

La Corte, nella pronuncia oggetto della presente nota di commento, cita la sentenza n. 6061/2012²⁸ della Cassazione, che è piuttosto rilevante in materia ma che contempla, *expressis verbis*, unicamente le polizze stipulate «*prima dell'entrata in vigore della legge del 28 dicembre 2005, n. 262 e del d.lgs. 29 dicembre 2006 n. 303 [...]*» ed indica al giudice di interpretare il contratto valutando al di là del *nomen iuris* quale sia la disciplina applicabile all'accordo. La pronuncia del 2012 non può essere considerata un canone guida da applicare a ciascun contratto, ma unicamente a quelli stipulati prima di

²⁶Cfr. CORRIAS, *Responsabilità civile e assicurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 247; ALPA, *op. ult. cit.*, *passim*; BIN, *op. ult. cit.*, 14 ss.; CAPRIGLIONE, *op. ult. cit.*, 20428; GAMBINO, *op. ult. cit.*, 1039 ss.; ROSSETTI, *op. ult. cit.*, 225 ss.; D'ANGELO, *L'intermediario assicurativo nel contesto del mercato finanziario: quale concorrenza?* In *Giur. comm.*, 2004, I, 32; STELLA RICHTER JR, *Obbligo di restituire e obbligo di gestire nell'attività finanziaria: alla ricerca di una disciplina per «ibridi» bancari ed assicurativi*, in *Banca, impresa, società*, 2002, 495 ss. ²⁶ Di diverso avviso si è posta una parte della dottrina che ha ritenuto che data l'elasticità della disciplina codicistica – segnatamente dell'art. 1882 del cod. civ. – si possa parlare di vera e propria "neutralità" della stessa, posto che la condizione relativa alla durata della vita, «*assume... un significato diverso a seconda della natura degli eventi assicurati (mortalità, longevità), a seconda che la prestazione dell'assicurazione sia certa nell'an o soltanto nel quando, ma anche in considerazione della natura della componente finanziaria dell'operazione*». Di poi, l'A. afferma che già la disciplina del margine di solvibilità contempla sia l'ipotesi in cui l'impresa assicurativa offra una garanzia di capitale sia quelle nelle quali tale garanzia non sia offerta, individuando, per i due casi, parametri di calcolo differenti senza alcuna preferenza per l'uno e per l'altro. E anche nelle norme in tema di costruzione delle riserve matematiche, il legislatore fa un espresso riferimento alle ipotesi di rischio di investimento sopportato dagli assicuratori. Cfr. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, in *Tratt. Rescigno*, 13, Torino, 1985, p. 233 ss. Neanche la Corte di Giustizia UE ha mai avuto incertezze sul regime giuridico da applicare alle polizze prive di rendimento minimo garantito del capitale. La CGUE, anche a causa della mancanza di una disciplina unitaria positiva dei contratti assicurativi nell'Unione, ha da ultimo (sentenza n. 542 del 31 maggio 2018) ribadito che le polizze assicurative possono comportare guadagni o perdite finanziarie al contraente o ai beneficiari in caso di decesso dell'assicurato. Tali polizze sono pertanto considerate soluzioni assicurative assoggettate alla disciplina di settore, anche se non viene garantita la restituzione del capitale purché sia prevista, a fronte del pagamento di un premio da parte dell'assicurato, una prestazione dell'assicuratore in caso di decesso dell'assicurato o di altro evento di cui al contratto.

²⁷Cfr. CORRIAS, *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked: la riproposizione di un tema*, *op. cit.*, 90 s.

²⁸Cfr. Cass. Civ., 18 aprile 2012, n. 6061, in *Foro it.*, 2013 con nota di F. BECHI.

una certa data²⁹.

L'entità *garantita*, cui nella presente pronuncia fa sovente riferimento la Corte, non è già un criterio da adoperare per sindacare la liceità della causa del contratto, o meglio non è possibile ragionare in questi termini se prima non si è compresa la "natura" del prodotto in questione. Per tale ragione, se si prende atto che la causa finanziaria è prevalente perché, come nel caso di specie, la polizza può essere definita "pura" o "parzialmente garantita", la liceità della polizza non potrà dipendere dalla misura del capitale garantito. Non a caso la giurisprudenza ha sottolineato che, in sede di riscatto, il contraente potrà «*recuperare non già il premio o il capitale, bensì una somma commisurata al valore delle quote del fondo, con conseguente integrale assunzione del rischio finanziario*»³⁰.

Si versa, dunque, in presenza di una tipologia di contratti che comportano dei rischi di tipo finanziario per il contraente riconducibili all'andamento del mercato cui appartengono i beni di proprietà del fondo interno o esterno. In sede di riscatto, dunque, il valore attuale netto delle quote e o degli attivi del fondo potrebbe essere inferiore a quello delle somme versate. Si comprende, pertanto, perché il legislatore abbia previsto *in subiecta materia* disposizioni tese a regolare la costituzione di riserve tecniche e a in-

²⁹Contrariamente a detta impostazione -e dunque alla teoria che reputa necessaria una valutazione caso per caso che può non tener conto del *nomen iuris* attribuito al regolamento contrattuale- una recente pronuncia del giugno del 2018 in cui il Tribunale di Brescia ha ricondotto le polizze di ramo III al ramo vita, affermando che l'assenza di una garanzia di restituzione del capitale non osta alla qualificazione del contratto come assicurativo. Segnatamente il Tribunale di Brescia ha richiamato il Regolamento (UE) n. 1286/2014 (oggi art. 1 lett. *ss-bis* del D.Lgs. 209/2005), in funzione del quale la natura del contratto va individuata in base al *nomen* che nel caso di specie era "prodotto di investimento assicurativo".

³⁰Cfr. Trib. Trani, 11 marzo 2008. Di recente anche la Corte d'Appello di Milano ha affermato che: «*l'assimilazione dei contratti di questo tipo agli strumenti finanziari costituisce, infatti, un esito normativo ormai acquisito, ma predicabile anche con riferimento al periodo precedente l'emanazione delle norme anzidette*». App. Milano, 1° maggio 2016 n. 1800, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc.2, 2017, è. 574, con nota di PIRILLI. Sul punto si veda anche l'ordinanza della Corte di Cassazione dell'ordinanza della Corte di Cassazione n. 10333 del 2018.

formare compiutamente il contraente circa i rischi connessi all'investimento³¹. Di poi occorre aggiungere che "la funzione di investimento" che caratterizza detto sinallagma e che, del pari, è comune a molti altri contratti- simili a quello da cui trae origine la pronuncia- presenti nel mercato, non esclude la configurabilità di forme operative nelle quali lo scopo principale che ha mosso il cliente si coniughi con finalità ulteriori. In tali ipotesi operative non vi sono perplessità a ritenere che il contratto sia estraneo al *genus* dei «*contratti assicurativi propriamente detti*», nei quali la riferibilità ad eventi riguardanti la vita umana incide significativamente sulle prestazioni convenute tra le parti. In altri termini, quel che viene in considerazione è la priorità dello scopo di investimento, rispetto al quale il richiamo a talune caratteristiche specifiche dei contratti assicurativi risponde unicamente all'esigenza di far riferimento alle tecnicità di forme negoziali che sono ritenute particolarmente idonee per la prestazione del servizio pattuito³².

Inoltre, data la complessità di detti prodotti, l'informazione precontrattuale è particolarmente esaustiva al fine di rappresentare al contraente tutti i rischi derivanti dall'accordo³³. L'assicurato è, dunque, pienamente consapevole delle caratteristiche proprie del prodotto che sottoscrive. Inoltre, sul punto giova sottolineare che nel caso di

³¹Cfr. PONTREMOLI, *La copertura delle riserve tecniche nei decreti legislativi nn. 175 e 175/1995*, in *Ass.*, 1995, 551 ss; PARTESOTTI, *La copertura delle riserve tecniche*, in *Ass.*, 1995, 524 ss.; V. LEMMA, *op. ult. cit.*, 349 ss.

³²F. CAPRIGLIONE, *op. ult. cit.*, *passim*.

³³Sul punto si veda per una puntuale ricostruzione degli obblighi informativi in generale oltre che del segmento assicurativo, ANTONUCCI, *I contratti di mercato finanziario*, Pisa, 2018, 127 ss; PARENTE, *La protezione dell'assicurato e gli obblighi di trasparenza e di informazione*, in *La tutela del consumatore assicurato tra codice civile e legislazione speciale*, a cura di CAVAZZONI, DI NELLA, MEZZASOMA e RIZZO, Napoli, 2012, 157 ss. Si veda poi la sentenza della Cass. civ., 24 aprile 2015, n. 8412. La Corte di Cassazione enuclea il seguente principio di diritto: «Alla luce di quanto esposto deve dunque concludersi che il dovere di una informazione esaustiva, chiara e completa, e quello di proporre al contraente polizze assicurative realmente utili per le esigenze dell'assicurato, sono doveri primari dell'assicuratore e dei suoi intermediari o promotori. Tali doveri scaturiscono dagli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.; e la loro violazione costituisce una condotta negligente, ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 2. I doveri di cui si è appena detto hanno portata generale, ed in quanto dettati da norme di legge, prevalgono sulle norme regolamentari, quali i regolamenti dell'autorità di vigilanza, ed a fortiori sulle indicazioni contenute in atti addirittura privi di potere normativo, quali le circolari dell'autorità amministrativa».

specie la Corte di Cassazione ha dichiarato infondati il quinto ed il sesto motivo del ricorso ritenendo assolti gli obblighi informativi gravanti sulle compagnie di assicurazione. Il ricorrente, dunque, era stato esaustivamente informato circa la rischiosità del prodotto; inoltre, la scienza economica-finanziaria insegna che la promessa di ottenere interessi così elevati – come erano quelli garantiti dai prodotti Maddoff- è sempre connessa ad un altrettanto elevata rischiosità del prodotto.

Da ultimo si sottolinea che in questa sede non si intende negare che la valutazione del regolamento contrattuale da parte del giudice debba riguardare anche aspetti relativi alla nullità dell'atto che, così come correttamente la Corte di Cassazione afferma, è rilevabile anche d'ufficio dal giudice se non è stata eccepita da una delle parti o se le parti hanno indicato una causa di nullità diversa rispetto a quella rilevata dal giudice. Questa argomentazione è corretta ma rappresenta il presupposto di una dissertazione che, come si è detto, non è condivisibile. Nel caso di specie, come si è già affermato, considerata la causa finanziaria prevalente e la particolare categoria di *unit* in oggetto, non è necessario condurre una valutazione sulla liceità dell'entità della prestazione.

5. Da ultimo, occorre segnalare che le *linked* sono presenti in tutto il mercato europeo come si evince dall'analisi effettuata dall'EIOPA circa la diffusione di dette polizze e delle *insurance with profit participation*. Difatti, la categoria delle *linked* è molto più diffusa nel resto dei Paesi Europei piuttosto che in Italia³⁴. Inoltre, i principi contabili internazionali IAS/IFRS applicabili in tutta Europa nei bilanci consolidati delle imprese di assicurazione (in particolare, l'IFRS 4) prevedono che un contratto sia classificato come assicurativo se il rischio tipico è significativo; al contrario, se il rischio assicurativo non è

³⁴Il grafico è stato pubblicato su un recente report dell'EIOPA di cui al presente link https://eiopa.europa.eu/Publications/Reports/Costs%20and%20past%20performance_2018.pdf#search=unit%20linked

significativo il contratto è contabilizzato alla stregua di uno strumento finanziario³⁵.

In una recente analisi condotta dalla Camera dei Deputati³⁶, si evince che, in Europa, «*gli investimenti a fronte di prodotti danni e i contratti vita con prestazioni finanziarie garantite ammontano a 7.729 miliardi di euro (il 63,2% del complesso). Gli investimenti a fronte di prodotti il cui rischio finanziario è a carico degli assicurati ammontano 2.713 miliardi di euro (il 23,7% del totale). I paesi con maggiore incidenza di investimenti a fronte di polizze con prestazioni finanziarie garantite sono Germania (83%) Spagna (82%) e Croazia (80%) mentre Liechtenstein, Lussemburgo e Irlanda segnalano una quota di polizze tradizionali molto bassa e pari rispettivamente al 10%, 21% e 22%*».

Inoltre, dall'analisi degli aggregati di stato patrimoniale delle imprese assicuratrici di cinque Paesi dell'Unione calcolati secondo i criteri Solvency II emerge che il maggior peso dei prodotti *index* e *unit* è detenuta nel Regno Unito, mentre negli altri Paesi i prodotti assicurativi tradizionali rappresentano l'attività prevalente. La struttura patrimoniale italiana presenta una quota degli attivi detenuti per prodotti *index* e *unit linked* superiore a Francia, Spagna e Germania.

Detta breve disamina della diffusione delle polizze oggetto del presente commento nel territorio europeo è prodromica ad una riflessione che attiene alla diffusione di detti contratti nel territorio italiano. Difatti, il principio contemplato nella pronuncia della Corte potrebbe determinare un *vulnus* al mercato di dette polizze che potrebbe avere ripercussioni sull'economia nazionale dal momento che le società assicuratrici – in modo particolare quelle estere - presenti sul territorio italiano potrebbero essere incentivate a limitare gli investimenti o, nella peggiore delle ipotesi, ad abbandonare il merca-

³⁵ Pubblicato nella G.U.U.E. 29 novembre 2008, n. L 320. Che ha aggiornato il Regolamento (Ue) 2017/1986 della Commissione del 31 ottobre 2017. Che ha modificato l'IFRS n. 4 con il Regolamento (UE) 2017/1988 della commissione del 3 novembre 2017

³⁶ Che è possibile consultare al seguente link https://www.camera.it/_dati/leg18/lavori/documentiparlamentiari/indiceetesti/197/001_RS/00000002.pdf

to italiano³⁷. I principi espressi nella sentenza sono potenzialmente dissuasivi per le società assicuratrici, ciò soprattutto considerata la valutazione “caso per caso”. Inoltre, quanto espresso nella pronuncia non sembra ampliare le maglie della tutela per l’assicurato/investitore che, al contrario, non potrebbe ottenere alcun vantaggio concreto dalla situazione di incertezza delle determinazioni giudiziali. Di poi, non risulterebbe vantaggiosa neanche la rimozione di detti contratti dal mercato, dal momento che ciò limiterebbe notevolmente la possibilità di scegliere il prodotto assicurativo più indicato per ciascun contraente.

Anna Maria Pancallo

Dottoranda di ricerca

nell’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

³⁷Giova riflettere su un ulteriore dato numerico: sulla base dei dati resi disponibili da EIOPA, nel 2017 hanno segnalato premi raccolti in Italia 228 imprese in l.p.s. (su 1.002 autorizzate) e 84 in stabilimento (su 97). Inoltre, il 26% delle rappresentanze ammesse a operare sul territorio italiano ha sede nel Regno Unito e sono presenti in modo rilevante imprese francesi, irlandesi e tedesche. Nel 2017 sono state ammesse a operare in Italia in regime di stabilimento 8 imprese SEE: due dalla Spagna, due dal Lussemburgo, una ciascuna da Malta, Francia, Regno Unito e Germania. Nel 2017 sono state abilitate a operare in l.p.s. 43 imprese o stabilimenti di imprese con sede legale in un altro Stato SEE (76 nel 2016), delle quali 6 nel Regno Unito, 5 nei Paesi Bassi e 3 ciascuna in Francia, Germania, Irlanda, Malta e Spagna.